



Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. LXV. Debiti, quod quidem vi Literarum Reversalium translatu[m]
videtur, ita tamen ut permanere judicetur prior obligatio principalis.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72304](#)

ter auf das wider ihne Eingeklagte zu condemniren ist. Neque de perjurio Actoris hic facile queri solet, ut habetur

I. fin. ff. de in lit. jurand.

quia juramentum hoc conforme est taxationi judicis, in quo dolus nunquam presumitur. Kan also mit dissem jurament, und darauf folgender Condemnation ohne Anstand fortgesfahren werden, es seye dann Sach, daß Verklagter rechtständig beweise, minder in seine Verwaltung empfangen zu

haben, wo dann der Richter die abgeschworene Summam zu vermindern hat, per ea, quæ docent

Eckolt ad ff. tit. cit. S. 7. Haunold. tom. 5. de J. & J. tract. 4. n. 1128.

König ad tit. de jurejur. n. III.

Und dises ist, was denen Rechten und Billigkeit gemäß zu seyn halte, doch anderer mehr begründter Meynung hiemit nichts benennend.

CONSLIUM LXV.

In causa translationis debiti ex mutuo.

S U M M A R I U M.

1. seqq. Facti species.

2. seqq. Impugnantur literæ reversales in præjudicium obligationis principalis datæ.

13. Exceptiones partis adversæ.

14. Quæstiones discutienda.

15. Pacta novissima derogant prioribus: per conventionem tamen pignoris non tollitur obligatio principalis n. 18.

16. Actio hypothecaria adhæret rei in hypothecam

data: scilicet quamdiu durat obligatio hypotheca. n. 19.

17. Ubi Societas videtur contracta, idem debet esse damnum: sed etiam idem lucrum, n. 20.

21. seqq. Deciditur, non obstantibus reversilibus tenere adhuc obligationem principalem.

23. seqq. Responderur ad exceptiones partis contentaræ.

FACTI SPECIES.

I. **S** haben vor etwelchen Jahren Balthasar, und Melchior von dem Sebastian, beede mit einander dessen ehgenthuml. Ritter-Gut G. A. per 67000. fl. erkauffet. Zu solchem Kauff-Schilling hat Balthasar pro sua parte 36000. fl. geschlossen. Weilen aber dieser sovile Paarschaft in seinem Vermögen nit gehabt, hat thyme Caspar zu Bestreitung diser Summa nach und nach 9000. fl. paar vorgestrecket, welchem dann Balthas versprochen, daß er, sobald der Kauff seine völlige Richtigkeit erlanget wird haben, u. sie Käuffer, oder wenigst darvon der Melchior gebührend imitiret wird seyn gedachte 9000. fl. gleich widerum paar bezahlen, und gutmachen solle. Auf welches hin Melchior zwar von Löbl. Ritterschaffts-Directorio würclich die Immision erhalten, und in Possession des erkaufften Ritter-Guts gesetzt worden; der Balthasar aber Ursach seines Stands, angesehen, daß er ein Jud ware, sothaner Immision vor unsfährig erklärt worden. Dieser Ursach halber, und weilen dem Balthas die paare Mittel damahl zu Handen zu bringen unmöglich ware, hat er Balthas dem Caspar von seinem Anteil und Gebühr des erkaufften Guts, die

schuldige Summa der 9000. fl. an seiner Gebühr ihm selbst darvon ab und hingegen dem Melchior, daß er besagte Summa dem Caspar bezahlen solle, zuschreiben lassen.

Es ist auch dis alles geschehen, und hat Melchior in die Übernahm diser Schuld nit allein gutwillig contentiret, sonder hat über solches gleich unterm dato den 17. Febr. 1715. ein formliche Obligation auf den Caspar, und die Seinige per 9000. fl. Capital, und jährl. Zins mit evngner Hand und Pettschafft in giltigster Form Rechens aus gefertiget, auch dis mehrermeldem Caspar gebührend zugesetlet, wo er ihm Casparo zugleich mehr erhöht Ritterschafft erkaufstes Gut zu mehrerer Sicherheit pro quantitate debiti zu einer Hypothec laut Beylag lic. A. verschriften. Formalia seynd folgende: Ich Melchior s. s. bekenne öffentlich vor mich und alle meine Erben, daß ich meinem vilgeliebten Schweber-Vatter Casparo, auch allen seinen Erben, und rechtmäßigen Inhaber den diser Obligation aufrechte und redlich schuldig worden, auch getreulich bezahlen, und gebührend verzinsen soll, und will, benanntlichen 9000. fl. welche Summa der 9000. fl. Jud Balthasar obgedachtem meinem Schweber-Vatter schuldig, und dergestalten bey mir ans und überwisen, daß besagte 9000. fl. jährs

jährlich *** mit 450. fl. bis zu Ablös: anderwarter Über: oder Seimzahlung gebührend verzinset werden solle, jedoch mit angehender Bedingung, daß von solchen 450. fl. Zins ihm Casparo oder seinen Erben vier Jahr lang *** allweg allein 250. fl. paar bezahlet, die übrige 200. fl. aber unter solchen 4. Jahren jedesmahl zu dem Capital der 9000. fl. geschlagen, und aufs gerechnet werden sollen, mithin dann das Capital in solchen 4. Jahren um 800. fl. vermehret, und wann unterdessen kein Aenderung beschiber, auf 9800. gerichtet, alsdann fordert vor voll mit 490. fl. verzinset werden. Damit aber offe: ermolder mein Schweher: Vatter, seine Erben, und rechtmäßige Inhaber diser meiner Obligation dessen allen mehrers versichert seyn mögen, sollen dieselbe neben mir auf bemeldtem Gut G.A. solchergestalten, gleichwie ich von Lobi: Ritterschaffl. Director. würcklich imuriret, und in Posse gesetzet werden, daß denenselben von meiner Hand, oder besagten Guts jedesweiligen verhandenen Amts: Verwalteren offe: beruherten Ritter: Guts G. A. die forslaußende Zins, auch seiner Zeit das Capital gurgethan, und richtig gemacht werden sollen ic.

Das nächst: folgende, nemlich 1716. Jahr aber erschliche Melchior von dem Casparo sub dato den 3. Febr. einen Revers, oder pactum de non petendo, Kraft welchem sub lit. B. Caspar herkommen lassen, daß zwar er von dem Melchior eine schriftliche Obligation auf sich und seine Erben ad 9000. fl. unterm dato 17. Febr. 1715. ausgestellter worden, also, und dergestalten, als ob er ihm Casparo übermeldte 9000. fl. schuldig seye; weilen aber diese 9000. fl. vom Jud Balchas alleinig auf das von obenennantem Melchior erkauft Ritter: Gut in denen partiren 25. Jahren zu bezahlen überwiesen, und ihm Caspar die Immission pro quantitate debiti zugeleget worden, als hat er Caspar durch bedütenen Revers sich dahin eingelassen, daß er diser Schuld halber respectiv weder an Melchior, noch seine Erben, sonder allein an und auf dem erkaufsten Gut zu suchen habe: wesentlich wegen auch er Caspar den Melchior quittiret, und los gezehet. Es hat auch Caspar disen Revers eigenhändig unterschrieben, u. sein gewöhnliches Pettschafft beygedrucket. Weil aber unter selben das datum L. gesetzet worden, da doch ersagter Revers in S. versiertiget worden, hat Caspar gleich unter das Concept eigenhändig geschrieben Formalia S. nit L., auch darbey angemercket, daß Melchior sothanen Revers selbst aufgesetzet, er Caspar aber abgeschrieben, auch des Erlegten halber keine andere Sicherheit, als auf offe: ernentes erkaufst Ritter: Gut hat haben können.

R. P. Schmalzgruber Consilia.

Über eine Zeit aber hat sich wegen des gesprochenen, und allerseiths bekräftigten Gute Kaufs, auch darauf, wie gemeldet, vor gegangener würcklicher Immission ein uns vermuteter Anstand und gängliche Verwirrung dergestalten hervorgethan, daß alles in ein beschwerliches Stecken gerathen, indem Verkäufer quæll. Ritter: Guts vorgegeben, es hätte Käufer ihm Verkäufer mit alles, was versprochen, prädictet, und er Verkäufer darum auch, weilen an dem Contract noch ein Grosses erwangler, gar sehr sich lädiret befindet. Weshalbwohl dann, pendente inter Venditem Sebastianum, & emptorem Melchiorem lite, auch Caspar zur Bezahlung seines vorgesetzten Gelds der 9000. fl. auch der Interessen davon nit hat gelangen können, welches also Ursach gegeben, daß mittler Zeit zwischen Melchior und Caspar ratione hujus debiti exsolvendi, vel dimittendi Hypothecam ein häftiger Streit entstanden, zumahlen Kraft obbesnannten Reverles Melchior, und nach dessen Absterben seine Erben nit mehr Debitor seyn wollen; hingegen aber Caspar solchen Revers angefangen zu impugniren, welchen Streit auch seine hinterlassene Erben noch bis dato prosequieren.

Rationes impugnandi literas reveriales

MErden an Seiten des Caspary und dessen Erben Nachfolgende vorgewiesen. imo. Hat besagten Revers nit Caspar, sonder Melchior, als Übernam: weiß gewesener Debitor, selbst aufgesetzt, welcher als ein verschraffter Jurist, ihm Caspar, als einen 80. jährigen Mann, der weiter kein studium gehabt, leichtlich bereden können, daß er acculicte Revers ab- und unterschreibe, welches dann nit in L. (wie in demselben unricht vgeschrieben worden) sonder zu S. in des Debitoris damahl bewohnter Behausung (wo solches unter ihnen zweyen vorgangen) allein ausfertiget worden. Und können

add. quæst. Revers und dessen Unterschreibung der vorher: gegebenen Obligation, wo Melchior das Capital der schuldigen 9000. fl. samt Interesse von 450. fl. von Balchas Juden übernommen, und statt dessen den Caspar, oder dessen Erben richtig zu machen sich verpflichtet, um desto weniger was benemmen, oder nachtheilig seyn, weil sie auch auf die ernestes: Ritter: Gut G. A. eingerichtet, und in verselben ausdrücklich versehen worden, daß der jährlich ab besagten 9000. fl. Capital abfallende Zins von dem sederweisigem Verwalter alda, oder von dem Melchior selbst solle bezahlet werden. Wie dann solche auf bemeldtes Ritter: Gut determinate, u. restrictive gestellte Obligation des Melchiors

(Bbbbz)

chioris Haufffrau Berthas welche des Caspars leibliche Tochter ware) ererst An. 1719. eygenhändig unterschrieben, mithin quæst. Revers selbst castiret, und solch Haupt- Obligation nach Anzeig lit. C. de novo bekräftigt; auch ferner laut lit. D. & E. sowohl sie Bertha, als Melchior die strittige 9000. Gl. Capital auf besagtem Ritter-Gut eingestanden. Ja, was noch mehr ist, hat

7. 3to. Melchior die Bezahlung der accusitien 9000. Gl. Capital, und darab fallenden Zinsen, in dem Vergleichs- Project gegen dem Juden Le. den 10. April 1716. coram Notario, & restibus ihm selbst ausgedungen, ibi, Gestalten (sunt formalia) mein hr. Schweher- Vatter (i. e. Caspar) seinen Zins ab den 9. oder 13350. Gl. ihme expesse reserviret, solle auch mir (h. c. dem Melchior) allein die Creditores zu bezahlen überlassen werden, als mit welchen die Bezahlung in denen ausgestellten Obligationen bereits verglichen. Posteriora autē utique derogant prioribus, soudlerlich, wann selbe zugleich nit stehen können, wie in casu substrato debitor, & non debitor sine prævia solutione.

8. 4to. Weiters hat Caspar, nach ausgehändigtem Revers die Original- Obligation nit nur zur Stund bey Handen behalten, sonder Melchiorem jedannoch für seinen einigen debitorem Übernams- weiß vi pacti novationis, und des pro quantitate debiti hypothecirten Ritter- Guts halber, als possessorem ganz klar und deutlich lit. F. benennet, und zur Bezahlung angestrenget. Da dann Melchior wider solche Forderung nit mehr reclamiret, wird über nit allein ex deductis pro convicto, sonder auch ex hoc silentio pro confessio zu halten seyn; nam, qui in suum præjudicium taceret, cum facile posset contradicere, pro confessio habetur. Welches

9. 5to. noch mehrers bekräftigt wird aus einem von dem Melchior an ihre Caspar den 2. April 1729. abgelassenen Schreiben, dessen copia den actis beyleget, wo occasione eines andern Schreibens, in welchem ihme Casparo geschrieben worden, als hätte Melchior aus quæst. Schuld nur ein Burle gemacht, und gemeldet, daß Caspar keinem Creuzer zu gewarten ic. Er Melchior bey dem solches andenden Caspar schriftlich sich excusiret, mit Angeben, daß solches falsch seye, und er Melchior nur geflagt habe, daß Caspar nur von dem Juden angewiesen, und also sein Geld bey dem Ritter- Gut G. A. zu suchen habe. Wann dann

10. 6to. die Bezahlung der quæst. 9000. Gl. und davon absfallenden Zinsen vi obligacionis auf besagtes Ritter- Gut expesse gespielt, solches auch in dem Revers widerum ausdrücklich vorbehalten, und allein da-

mahl das vorige jus personale ausgestellet, folglich Melchior, nachdem selbernummehr authoritate Cælarea in die Possession benannt- erkaufften Guts immittiret worden, ex jure reali hasset, wird per necessarium consequentiam er und seine Erben hierüber zu respondiren, auch vergnügliche Satisfaction zu leisten allemahlen von Rechtswege gehalten seyn. Und dises um so mehr, als auch

7mo. der Caspar und dessen Erben besag Reverses sub num. 2. auf bemeldtes Gut vom Löbl. Ritterschafts-Directorio würcklich immittiret, und in Possession gesetzet, auch also, wie Melchior, gehalten werden solle. Wann dann Melchior und dessen Erben dise Zeithero von ihren angelegten Capitalien, und andern Mittenden Zins, wo nit völlig, doch den mehreren Theil, dem Verlauten nach, bekommen, und zu Bezahlung der aus dem Gut übernommenen Schulden zu ihrem Nutzen genossen, so redet von sich selbst die grösste Billigkeit, daß auch die Erben Caspari wegen des zu Erkauftung besagten Guts hergelähmen 9000. Gl. von welchen weder Casparus, noch seine Erben bis auf diese Stund nit ein Rechtes Zins bekommen, an deren Creditoribus gleichgestellet, und mit leerer Hand nit abgewisen sollen werden.

Aus disen Ursachen dann haben samentliche Erbs- Interessenten des Caspari, laut Extractus Protocoli de dato 5. bis 9. Merzen An. 1720. besag lit. C. bey einer damahls in L. angestellter Hochfürstl. Commission unterthäig suppliciret, man möchte von besagte Hochfürstl. Commission des Melchioris Mit- Erben dahin anhalten, wie selbe auch die hierin schuldige 9000. Gl. und bis dauer erlöfene Interesse vi obligationis abzahlen, oder ihnen Supplicanten sufficiente Caution præstiren, und befridigen mit angehender Bitt, daß zu dem Ende quæst. Revers und Abschneidung aller Strittigkeiten sogleich, und um so mehe castiret werde, als vil und klar die Frau Schulnerin Bertha, des hr. Melchiors hinterlassene Wittib, die von ihrem Herrn gestellte Haupt- Obligation per dicta num. 6. eygenhändig unterschrieben, folglich die Ausflüchten, und Revers selbst castiret, mithin besagte Haupt- Obligation de novo bekräftiger. Man hat aber damahl folgende

Exceptiones contra hactenus allata s. Etiam Bertha, & Consort. ad Protocollum gegeben. 1mo. Daß selbe sich auf das Testament beziehe, welches hoffentlich respectiver werden, auch die eigentlich Antwort geben wird. 2do. Befriedend den Revers wird sich zeigen, ob er gütig oder ungütig seye. 3to. Was die Unterschrifft belanger, kan man zwar solches nit laugnen, allein ist dises durch die Bertha nur einseitig und unbewußt ihres

11

12

13. Editiones
dissimilares

14

Ehe

Ehe Herrn geschehen, mithin nit zu sehn, wie solche Unterschrift dem widrigen Theil profitabel seyn solle. Über das 4. gehört diese Unterschrift gar nit darein, weilen die Obligation in singulari, und nit in plurali eingerichtet ist. Letztlich stödt hat zwar Melchior das Gut G. A. anno 1717. den 21. August vermög des Kauf-Briefs in dem Besitz gehabt, ware aber die Sach schon dato in solcher Verwirrung, daß zu selber Zeit und in vielen Jahren jünglich weder er, noch seine Erben davon was genüssen wird.

Quæstiones discutiendæ.

14. **D**ie Decision gegenwärtigen Casus kommt an auf zwey haupsächliche Fragen: Und zwar imo ob durch den hernach gefolgten Revers die vordere Obligation, mit welcher sich Melchior verbunden hat statt des Juden Balthas den Caspar und seinen Erben das Capital der 9000. fl. hergeleyhen Gelds, samt denen davon ablauffenden Interessen zu bezahlen, seye aufgehoben, oder vernichtet worden? dann zdo. ob in dem Fall, da besagter Revers in jure geltig ist, die Erben Melchioris ihren Contrapart eintwieders auf den Juden Balthas, oder auf das ihm Casparo pro quantitate debiti hypothecirte, aber noch in dem Streit hängende Ritter-Gut G. A. auch in dem Fall, da selbe hiervom nichts genüssen, oder gar davon sollen abgewiesen werden, mit Zug Rechens mögen anwiesen, und auf solche Weiß sich der Obligation solvendi Capitale, & Interesse gänzlich entzünden?

15. Zu Vertheidigung des gemeldeten Revers mögen folgende Ursachen vorgebracht werden. Und zwar imo. Ist ein allgemeine Regul, und in jure richtig, daß in dem Fall, da circa eandem rem zweyerley Parta vorhanden seynd, das letztere aus diesen zu observieren seye, per textum expressum

l. pacta novissima 12. C. de pact. ibi, Parta novissima servari oportere, tam juris, quam ipsius rei aequitas postulat.

Aus welchem dann das bekannte axioma juris erwachsen, quod pacta novissima prioribus derogent peream, quæ cum aliis DD. notant

Decian. in l. cit. n. 3. Surd. decis. 11.

n. 1. Klock. t. 2. conf. 47. n. 7.
Wann dann quæst. Revers jünger ist, als die von dem Melchior ausgestellte Obligation, mit welcher er die Schuld der von Casparo hergeleyhen 9000. fl. samt Lande gebrauchigem Interesse s. per 100. statt des Juden Balthas zu bezahlen auf sich genommen, wird durch besagten Revers seine Obligation nothwendiger Dingen, und in soweit zerfallen müssen, daß actio personalis in realen verwandlet, und des Caspari

Erben die Bezahlung nit mehr von dem Melchior, oder dessen Erben, sonder von dem hypothecirten Ritter-Gut G. A. als einem hierfür gestellten Unterpfand zu suchen haben. Und irre althier

z dō. nichts, wann gleich der von dem Melchior mit Sebastiano, besagten Guts Eigenthümern celebrierte Contractus Emptionis Venditionis per tententiam aufgehoben, folglich dicker ernanntes Ritter-Gut den Melchiorisch. Erben ab- und Sebastiano, oder jemand andern solle zugesprochen werden; nam liquidi juris est, quod actio hypothecaria adhæreat rei, in hypothecam datæ, quam proinde Creditor à quo vis alio possessor vindicare sibi potest.

l. pignoris 17. ff. de Pign. & Hypoth.

donec ipsi pro debito sit satisfactum, adeoque sublata obligatio pignoris.

l. si cum vendor 66. ff. de Evict.
Et ratio est, quia res oppignorata semper onus suum, seu pignoris obligationem secum trahit, ut decernitur

c. ex literis s. depignor. & al. caut. &

l. si debitor 12. C. de distract. pignor.

Quod procedit etiam casu, quo res oppignorata vendita, vel distracta ex mandato judicis fuit; quia per hoc non potest tolli jus pignoris competens Creditori, cum factum, seu sententia judicis tertio præjudicare non poslit, vel debeat.

c. extenore 11. defor. compet. c. cum super 17. de sent. & re jud. l. prætor 2. s.

siquis à principe 16. ff. ne quid in loc. publ.

Molin. in c. s. cit. n. 2. Abb. ibid. n. 3.

Pirking ad tit. cit. n. 6.

darum dann ztiò. die Erben Caspari ihr Recht und Bezahlung auf das hierfür hypothecirte, und pro solutione accipienda cum Censibus stipulatis assignierte Ritter-Gut dem Revers gemäß billichisther massen angewiesen müssen werden, und solches um soviel mehr, welche zwar Melchior, wie Bertha seine Ehe-Grau Exceptione s. num. 13. anmercket, das von ihm erkauftes Ritter-Gut vermög des Kauf-Briefs An. 1717. ingehabt, doch aber Ursach der gleich darauf entstandener völliger der Sachen Verwirrung, von besagtem Ritter-Gut keinen Nutzen genossen, auch seine Erben sorglich in vielen Jahren nichts nützen werden, welcher Schaden folglich auch die Erben Caspari, als Mit-Immittirte treffen muß, quippe cum hoc modo quasi societas inter Melchiorem & Casparum contracta sit, quippe cuius obligatio consistit in communicatione lucri & damni per Textum

l. si non fuerint 29. ff. pro Socio.

Es seynd aber diese rationes dubitandi nit also kräftig, daß selbe alles Dubium aufheben, und die Melchiorische Erben ab oneire solvendi Capitale cum censibus absol-

(Bbb 3) vitet

16.

17.

viren, wie dann geben wird folgende Abfertigung.

18. *Ad i. i. m. Seynd schon oben num. 5. septem
solvuntur. segg. etlich vil Ursachen beygebracht worden,
Krafft welcher aus quæst. Revers nichts Wis-
deriges gegen die Casparische Erben, sonder
vilmehr für sie geschlossen mag werden; dann
indó ist sothander Revers von Melchior,
einem verschrausten Juristen, selbst aufge-
setzt, und zwar von Casparo unterschrieben
worden, der aber, als ein 80. jähriger
Mann, der kein Sudium hatte, den ihm
und den Seinigen hieraus folgenden, und
war unvermutheten, durch Verwir-
rung des ganzen Handels sich ereigneten
Schaden mit vorsehen kunte. 2. Hat seine
Ehe-Frau die vorherige Obligation nach
bedacht-errichtetem Revers unterschrieben,
auch dero Ehe-Herr Melchior, his literis
reversalibus non obstantibus, sich für als-
lein Schuldnern zu Abzahlung quæst. Ca-
pitals, und Zinsen bekennet, und da er von
Casparo darum angekommen worden, hin-
wider nit reclamiret, folglich tacite hierzu
obligiret zu seyn confitiret, ja expresse be-
meldet, daß Caspar sein vargelyhenes Geld
bey dem Ritter-Gut G. A. zu suchen habe.
Aus deme sich dann 3. id. ergibet, daß Mel-
chior ihm Casparo auf bemeldtem Gut
jus hypothecæ specialis cum potestate per-
cipiendo ex eo fructus pro quantitate debiti,
& censuum stipulatorum gestellet,
und darum in Ermanglung solch percipi-
renden fructuum zu respondiren, und hier-
für vergnügen Satisfaktion zu leisten habe.
Wo dann 4. sich schlüsst, daß ungeachtet dis-
ses Reverses, juxta naturam hypothecarii
contractus die obligatio principalis bey
Melchiore, und dessen Erben verbliben, Krafft
welcher in dem Fall, da Caspar, und seine
Erben auf dem pro quantitate debiti ihm
hypothecirten Gut nit finden mag, Mel-
chior, und seine Erben verpflichtet seynd,
für solche anderwärtige Vergnügen zu
præstieren; cum enim juxta receptam à
DD. definitionem pignus sit conventio,
quâ res aliqua obligatur Creditori in securi-
tatem debiti, obligatio principalis conse-
quenter per illud non tollitur, sed firmar-
tur. Welches noch mehr Platzgreift, da
s. Melchior besag dictorum sub num. 11.
von seinen angelegten Capitalien, und an-
dern Mittlen den Zins genossen, und seine
Erben de præsenti auch nüssen. Weilen
dann unter solchen Capitalien auch quæst.
9000. Gl. begriffen, will alle Billigkeit
von sich selbst erfördern, daß auch des
Caspari Erben hiervon partizipiren, cum
juxta*

Reg. locupletari 48. in 6.

Locupletari aliquis non debeat cum alicuius injuriā, vel jactura. Aus welchem dann folget responsio

19. *Ad 2. dum. Dann weisen in casu substrato
das Ritter-Gut G. A. als ein Hypothec*

cum pacto antichretico, daß Caspar, und
seine Erben die Bezahlung der stipulirten
Zinsen bis auf Abstossung des Capitals er-
hollen sollen, und aber sie wegen unterloffe-
ner Verwirrung der Sachen keine
fructus aus sothamem Gut bisher gaudiren
mögen, flüsset aus der Natur theils contra-
ctū hypothecarii, theils pacti antichre-
ticī, daß des Caspari Erben in solchem Fall
pro consequendo jure suo sifc zweyer Actio-
nen bedienen können, nemlich actionis hy-
pothecariae contrariae, quæ Creditori da-
tur adversus debitorem ad indemnitatē
pignoris nomine consequendam, und
actionis in factum pro jure antichre-
ticos, quæ tali creditori antichretico datur
per

*l. si is, qui i. i. s. si antichretis 1. ff. depig-
nor. & hypoth.*

*si possessionem rei in pignus data amiserit. Hinc,
quod num. 16 in hac ratione dubitan di-
citur, quod actio hypothecaria adhæreat
rei, in hypothecam datæ, intelligendum
est, quamdui durat obligatio pignoris,
vel hypothecæ. Finiri autem obligatio-
nem istam necesse est in casu, quo rescil-
lio contractu emptionis venditionis, pro
qua celebranda pecunia emptori submini-
strata est, per sententiam judicis bonum
coemptum venditori adjudicatur; tunc
enim negotium reddit ad non causam, &
pecunia data ob talem causam conditione
causa datâ, causa non secutâ, repeti po-
test ab eo, cui data illa est ob talem cau-
sam, per ea, quæ traduntur*

*ff. tit. de condit. caus. dat. &c.
Cum enim rescissio, præsertim, si facti sit,
seu declaratoria nullitatis, retrorahatur
ad tempus, quo celebratus fuit talis con-
tractus, talis res habebitur pro aliena,
cujusmodi res, nisi vel Dominus consen-
tit, vel oppignorare volenti jus aliquod
in eam competat, in pignus, vel hypo-
thecam dari non possunt. Werden also
die Erben des Caspari in solchem Fall sich
ihres Schadens an des Melchiors Erben
zu erhollen, und das von Casparo herge-
lyhene Geld samt denen Zinsen von des
Melchiors Erben zu begehren haben, und
zwar ungeachtet des mit dem Caspar errich-
tetem Reverses; cum enim nemo præsumat
tur jactare velle rem suam, ipse Casparus
cogitari non potest aliter per dictas rever-
sales iniisse cum Melchiore pactum de non
petendo, nisi eâ conditione, si pecuniam
suam, & census habere possit ex fructibus
boni coempti, quorum fruitio per memo-
ratas reversales pro quantitate debiti eidem
à Melchiore transcripta fuit.*

*Ad 3. Favorihret dises Argument vñ
mehr denen Erben Caspari; dann, ob gleich
Melchior Ursach der bald nach celebrirtem
Kauff-Handel entstandener Verwirrung,
von dem verkauften Gut keinen Nutzen ge-
nossen, noch auch dato seine Erben davon
was*

was nützen, so müssen sie doch die auf Zins gelegte, und für sothanen Kauf destinirte Capitalien, unter welchen auch die von Casparo hergelijhenen 9000. fl. begriffen seynd. Wann dann aus deme, daß auch Caspar, und seine Erben mit Melchior pro quantitate debiti in besagtes Ritter-Gut immittiret worden, daß von dem Caspar vorgeschoßne Geld auf einen Contractum societatis angesehen gewesen zu seyn gefolgeret wolte werden, müßte jedannoch ex principio num. 17. allegato, quod societatis obligatio consistat in communicatione lucri, & damni geschlossen werden, daß, gleichwie die Erben Caspari aus Ursach ermeldter Verwirrung gleich denen Melchiorischen Erben aus dem erkauften Gut keine Früchten ziehen, und also Schaden leyden, also auch selbe mit bedünen Melchioris Erben verbleiben. Und mögen bishere Resolutiones so erörtherten zweyen Fragen nit umgestossen werden durch die ex adverso opponente Exceptiones, wie da zeigen wird.

l. si non fuerint 29. §. Aristo 2. ff. pro Socio.

nulla est; nam, ut ibidem dicitur, iniquissimum genus societatis est, ex qua quis damnum, non eriam lucrum spectat. Alus dihem allen dann ergibet sich die Antwort auf die num. 14. aufgestellte Fragen.

Ad 1dam. Folget responsio negativa, daß nemlich keineswegs zu behaupten seye, daß durch hernachgefolgte Revers die vordere Obligation, mit welcher Melch. sich verbündet hat statt des Juden Balthas dem Caspar, und dessen Erben das Capital der 9000 fl. hergelijhenen Gelds, samt denen darvon abflüssenden Interessen zu bezahlen, keineswegs gehoben, oder vernichtet worden, sondern vielmehr solcher Revers, ne iniquitatis parentissimæ argui debeat, dahin zu verstehten seye, daß zwar der reverlirende Caspar diser Schuld halber weder den Melchior, noch seine Erben ankommen solle, und also selbe hiervon quitt, und losgezehlet, sonder seine Satisfaction allein bey dem Gut G. A. suchen wolle, aber nur in solang, als er besagte Satisfaction bey ermeldtem Gut finden würde; sonst wurde ermeldter Revers zu des Caspars, und dessen Erben größtem Schaden, in welchen er contentirt zu haben ganz nit zu gedenken, ausfallen, Melchior aber, als welcher sothanen Revers selbst aufgesetzt, nit bona fide gehandelt zu haben billichster massen præsummiert müssen werden: Semper autem ea capienda præsumptio est, quæ peccatum excludit, ut communis regula præsumptionum habet. Alus deme dann flüsser responsio.

Ad 2dam Questionem; dann, weilen secundum modo dicta dicti ermeldter Revers nit anderst den Melchior und seine Erben von der Obligation die von dem Caspar hergelijhenen 9000. fl. und darab flüssende Interesse zu bezahlen quitt, und los spricht,

als unter Bedingnuß, wann Caspar und seine Erben besagtes Capital und Zins aus dem ihnen pro quantitate debiti Hypothecirten Ritter-Gut erheben können, gibet sich von selbst die nothwendige Folg, daß in dem Casu, da der um benanntes Gut celebrite Contractus emptionis venditionis rescindiret, und des Melchiors Erben darvon abgewisen, das Gut aber dem Verkäufer, oder jemand anderen zugehaffet solle werden, sie Melchiorisch. Erben keineswegs mehr ihren Contrapart auf bedünes Gut anweisen, und auf solche Weise der Obligation solvendi Capitale, & census stipulatos entschütten mögen; dann auf solche Art, soluto Contractu, müßte nothwendig auch die Hypotheca solviret werden, folglich die Principal-Obligation bey denen Melchiorisch. Erben verbleiben. Und mögen bishere Resolutiones so erörtherten zweyen Fragen nit umgestossen werden durch die ex adverso opponente Exceptiones, wie da zeigen wird.

Responsio ad Exceptiones Partis conventæ.

Ad 1dam ist zwar das Testament, auf welches Bertha, und Coniort. sich beziehen, nit vorgeleget worden: darum dessen Tenor nit wifentlich. Dass aber jenseits der von denen Erben Caspari führenden intention nichts Widriges in sich begreiffe, wird von daraus gemuthmasset, daß solange Zeit beede Partheyen annoch im Streit versangen, welcher ansonji in einem Moment hätte können geschlossen werden, wann das Testament wider sie den Ausspruch geabte, quippe cum ultima voluntas Testatoris, ut

l. in conditionibus 19. princ. ff. de condit. & demonstr.

in conditionibus primum locum obtineat: sola que dominetur, & faciat omnia, ut Imperator

l. cum quastio 23. §. sed & aliam 1. in fin.

statuit, ibi, In omnibus - - Testatoris voluntatem, qua legitima est, dominari censemus: & ideo pro lege recipienda, & secundum illam decisio facienda est.

Ad 2dam Was quæst. Revers für eine Kraft habe, ergibet sich ex dictis num. 5. & sex seqq. besonders aber aus num. 18. cum quatuor seqq. wo unter andern erwiesen worden, daß besagter Revers um Entziehung, daß durch selben nit societas Leonina contrahiret zu seyn scheine, nit anderst gelten möge, auch Melchiorem und dessen Erben von ihrer Obligation das von Casparo hergeschossene Capital und Zins ihme oder jenen Erben zu bezahlen in jowei allein quittire, und los spreche, wann selbe ihr Ge rechtame von dem ihnen pro quantitate debiti hypothecirten Gut suchen mögen: weisen

23.

24.

len dann bey solang andauender Zwistigkeit dieselbe ihr Recht nit können erlangen, hingegen aber des Melchioris Erben dato von denen pro pretio des erkauften Guts erlegten Capitalien, unter welchen auch quæst. 9000. fl. sich befinden, ihren Nutzen haben, will erforderen die höchste Willigkeit, daß auch die Erben des Caspari hiervon partizipiren, und eintweder pro quantitate Capitalis à Casparo subministrati die Zins empfangen, oder in Entstehung dessen sothanes Capital samt den verloffenen, und annoch niemahl bezahlten Interessen heimsorgeren mögen.

25.

Ad 3tiam. Wann gleich Bertha nach der Hand, & post erectas literas reversales, durch welche Caspar den Melchiorem und seine Erben wegen der Schuld, so diser von Balthas Juden hat übernommen, quititet, und los gezelet, auch sich bekennet, sothane Schuld nit an ihne Melchior, oder seine Erben, sonder allein an und auf dem Gut G. A. zu suchen, die An. 17 f. den 17. Febr. übernommene Haupt-Obligation einseitig, und unwillig ihres Ehe-Herrn unterschrieben, so muß doch besagte Unterschrift dem flagenden Theil annoch profitabel seyn, angesehen per dicta num. 6. & duobus seqq. Melchior nach der Hand sich hierum, als allein Schuldner, sowohl tacite als expreſſe bekennet, also das factum seiner Haushfrauen approbiret hat.

26.

Ad 4tam. Irrt allda nichts, daß mentionirte Haupt-Obligation von dem Melchior allein in singulari, und nit in plurali, mit Meldung seiner Ehegemahlin gestellet, und nit gleich von diser unterschrieben worden; dann die hernach gefolgte von ihr gesetzane Unterschreibung ratihabitionis, consequenter mandati locum gewinnet, juxta

*Reg. ratihabitionem 10. in 6.
ibi, ratihabitionem retrotrahi, & mandato non est dubium comparari.* Ist also besagte, von Bertha beschéhene Unterschrift nit anderst anzusehen, als wann sie ihrem Ehe-

Herrn Gewalt und Vollmacht gegeben hätte, sothane Obligation einzugehen, und auch unter ihrem Nahmen quæst. Schuld von Balthas Juden zu übernehmen.

Ad 5tam. Ergibt sich die Beantwortung ex dictis num. 20. & duobus seqq. dann, weilen Melchior, und hernach seine Erben von denen auf Zins gelegten, und für Erkaufung dicker ernannten Ritter-Guts destituirten Capitalien die Zins genüßen, und bis dato genossen haben, auch Caspar mit ihme Melchior in besagtes Gut mit Ritterschafft. Authorität immittiret, folglich quali Contractus societatis unter ihnen celebriret worden, müssen per necessarium consequentiam, wie die Dama, also auch die lucra unter ihnen, und dero Erben gemeinschaftlich seyn, und auf solche Weiß, wann gleich die Melchiorisch. Erben, wie des Caspari die Seinige, von dem Gut selbst wegen noch hangender Zwistigkeit nichts genüßen, da doch die erstere von denen Capitalien die Interesse empfangen, auch die letztere in partem pro quantitate debiti admittiret werden.

Ist also meine gänzliche, doch unvorgreifliche Meynung, daß, ungeachtet, des quæst. Reverses, als, welcher besag num. 19. propter finem von dem Casparo mit anderst eingegangen, und Kraft dessen accusirte Schuld auf das Ritter-Gut G. A. verleget zu sein præsumiret mag werden, als sub conditione, wann Caspar und dessen Erben ihr dargelyhenes Geld und Zins von besagtem Gut erheben mögen, in jetzt schwedem Umständen sie Casparisch. Erben nit auf bemeldtes Gut angewiesen werden mögen, sonder mit allem Recht den regressum auf die Melchiorische Erben machen, und von ihnen actione pignoratitia contraria die ihnen gebührende Satisfaction begehren können. Und dieses ist, was denen Rechten, und aller Willigkeit gemäß zu seyn erachte, doch anderer mehr begründter Meynung hierdurch nichts benemend.

CONSILIO LXVI.

In causa cessi debiti, & nominum venditorum.

SUMMARIUM.

- 1. seqq. *Facti species.*
- 2. seqq. *Non licet cedere actiones suas Iudæis, vel cessas à Iudæis acceptare contra Christianos.*
- 3. *Intelligitur hac constitutio de cessione usura-ria, & extrajudiciali;*
- 4. *Qualis in præsenti casu intercessisse vide-tur.*
- 5. *Action, quam quis ex cessione habet, ad haredes transmittitur.*
- 6. *Qui cessit actionem, potest re adhuc in-tegra convenire debitorem cessum, vel actionem tertio cedere,*