



Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. LXX. Retractus, cuius jus asseritur Fratribus Venditoris, licet adversa pars aliam, quam Venditionis, conventionem intercessisse prætendat.

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

weit sein Vermögen sich erstrecket. Weilen aber 2do. Hr. H. Zeit der für ihne von Hrn. R. geleisteten Bürgschaft um die eingeklagte Schulden gesessen genug ware, und er nach der Zeit sein Vermögen gemindert, und dem Vorgeben nach nit mehr solvendo worden, werden wohl auch sie R. Erben per dicta num. 32. & 36. præc. die Liberirung von der Bürgschaft begehren können. Wenigist 3. wird Creditrix, bevor sie von Bürgschafts wegen die Bezahlung begehren könne, per num 36. cit. schuldig seyn ihnen R. Erben ihre actiones zu cedire, nach welcher Cession dann sie Erben den Hrn. H. werden anhalten können, daß er eingeklagte Schuld eintweder in paarem Geld abstosse, oder sein dem Hrn. R. hypothecirte Behausung anlässe, welche hernach verkauft, und auf dessen Werth Anfangs die nit errichtete Zins, und hernach das Capital abgestossen werde.

38.
Deciditur
controver-
sa.

Aus welch allem dann wird beantwortet quæstio num. 9. proposita, nemlich, daß sie R. Erben contra die wider sie angestellte action durch nun ermeldte exceptiones ganz wohl sich schützen mögen, besonders aber wider die in ihres Vatters, und respectiv Schwager-Vatters Güter und Vermögen attentirte Immision, man wolle gleich solche vornemmen wegen des wider Hrn. H. vornemgenden Gant-Procels, oder allein

zu Bezahlung quæst. Schuld: Wiesens; dann, wie num 22. gemeldet worden, neben dem, daß die Bergantung des Debitoris nit leicht solle vorgenommen werden, wann andere Mittel zu Befridigung der Creditorum noch übrig seyn, so sollen des Debitoris Schulden aus dessen eygnem Vermögen, nit aber aus eines anderen, auch des Bürgen Gut nit anderst, als soweit er solches verschriften, bezahlet werden. Angesehen dann er Hr. R. allein für die Schuld der Jungfrau L. und Herrn Doctors Bürg worden, und für selbe seine Güter verchristen, kan unmöglich solche Habenschafft des Herrn R. in die Gant-Massa eingeworfen, und selbe mit Arrest belegt werden. Betreffend aber die Schuld der Jungfrau L. steht wider die begehrte Immision exceptio excussionis, & cedendarum actionum, massen per dicta num. 36. ehe der Creditor dem Bürgen seine actiones cediret, diser mit Nichten zur Bezahlung, folglich auch nit eine Immision in seine Haabschafft zu leyden kan angehalten werden. Müste man also ihnen R. Erben bisher deducirte exceptiones angedeyten lassen, und hernach erst sehen, ob sie zur Bezahlung gehalten, und dessentwegen die Immision wider selbe mög decernirt werden. Welches denen juribus, & æquitati deducirter massengeßt zu seyn halte.

CONSILIIUM LXX.

In Sachen das strittige Einstand-Recht betreffend.

S U M M A R I U M .

1. 2. *Facti species.*
3. *Fundamenta contra pratensum jus Retractus.*
4. 12. *Qualis contractus celebratus fuerit, desumitur ex intentione contrahentium.*
5. *Intentio desumitur ex verbis.*
6. *In dubio, quid actum sit, attenditur, an pecunia, an res alia redditiva fuerit.*
7. *Si in contractu electa est industria persona, non datur Jus retractus.*
8. seqq. *Applicantur dicta ad præsentem casum.*
11. *In personis conjunctis præsumitur donation.*
13. *Tunc non est attendendum ad verba, quando constat de contraria intentione*
14. seqq. *Si pecunia transcendit medietatem pretii, censetur res vendita, non obstantibus verbis contrahentium.*
18. *Intentio contrahentium non tam ex verbis, quam ex natura celebrati negotii desumitur.*
19. *Verba menti, non mens verbis accommodanda est.*
20. 21. *Respondetur ad rationes adversa partis, & resolvitur quæstio prima.*
22. *Jus retractus locum solunmodo habet in rebus venditisi.*
23. *Non in permutatione:*
24. & 29. *Neque in donatione:*
25. *Neque in Cessione bonorum.*
26. *Jus Retractus non videtur receptum in Ducatu Neoburgico.*
27. *Statuta non egrediuntur territoria statuum.*
28. *Quando contractus ad utriusque utilitatem celebratus est, cessat præsumptio simulationis.*

29. 30.

29. 30. *Jus Retractūs est stricta interpretatio-*
nis.
31. *Jus Retractūs locum habuit de iure civili an-*
tiquo:
32. *Et nunc universalī consuetudine fere ubique*
est introductū.
33. *Retrabens debet integrum pretium realiter*
actu offerre:
34. *Et quidem simul,*
35. *Una cum expensis ab emptore factis : debetque*
retrahere in usum suum :
36. *Intra annum & diem :*
37. *Alias jus retractūs locum non habebit.*
38. *Contrahentes debent rem vendendam denun-*
tiare consanguineis.
39. *Simulatio contractūs probatur per conjecturas,*
& ex nimis cautelis :
40. *Purgatur autem per juramentum.*
41. *Præsumptionem dolis contra se habet, qui, quod*
una manu concedit, alterā eripit.
42. *Si loco pecuniarum res fungibilis reddit a fuit,*
*jus retractūs habet locum, ac si vera venditio ce-
lebrata esset.*
43. *Qui scienter non facit, quod ex officio tenetur*
facere, de dolo suspectus est.
44. *Jus retractūs per universalem consuetudinem*
est receptum:
45. 46. *Haber locum, si permutatio, donatio &c.*
*celebrata est simula & in fraudem hujus ju-
ris.*
47. *Si in permutatione ex majori parte accedit*
*pretium pecuniarium, censetur facta vendi-
tio.*
48. *Donatio remuneratoria non excludit jus re-
tractūs.*
49. *Deciditur secunda quaestio.*
50. *Donatio propter nuptias reddit ad maritum,*
nisi obstant pacta dotalia.
51. *Pacta dotalia habentur pro actibus in-
ter vivos, etiam si in iis fiat mentio mor-
tis.*
52. *Renuntiationes jurium muliebrium sunt*
strictissima interpretationis.
53. *Provisio in casum mortis facta non obligat*
tempore vita.
54. *Creditor pignoris proprietatem non acqui-*
rit.
55. *Uxor in re donata propter nuptias habet do-*
minum solum civile, & fictione juris.
56. *Instrumentum contraria complectens, rejici*
omnino debet.
57. *Donatio propter nuptias dotem aquare de-
bet.*
58. 59. *Jus retractūs in substrato casū salvum ma-*
set consanguineis mariti.
60. *Spontanea cessione Legatum tollitur.*
61. 62. *An & quando donatio obstat juri retrac-
tūs?*
63. 65. *Scriptura & sigillo publico munita plenam*
faciunt fidem.
64. 66. *Expressio unius est quidem exclusio
alterius, consideranda tamen est intentio con-
trahentium.*
67. seq. *Jus quaustum alteri auferri non de-
bet.*
69. *Jus retractūs competit consanguineis, non*
*affinibus. Quid si duo rem communem ven-
dant?*
70. *In iure retractūs proximior agnatus excludit*
*remotiore, nec locum habet jus repräsentatio-
nis.*
71. *Si plures ejusdem gradū concurrant, omnes*
prorata admittuntur.
72. *Quid si res non possit dividī in plures retrahē-
re volentes?*
73. *Si aliqui nolint uti iure retractūs, reliqui in*
solidum possunt agere pro retractū.
74. *Inter plures ejusdem gradus datur jus præven-
tionis circa retractum: saltem si res sit indivisi-
bilis n. 80.*
75. 79. *Tempus ignorantia non currit.*
76. 81. *Ex cessione unius competit alteri jus re-
tractūs.*
77. 82. *Per jus retractūs conditio venditoris non*
debet reddi deterior.
78. 83. *Ex consuetudine prædium patris relinqui-
tur filio minori, qui post litem contestatam*
transmittit jus suum ad liberos.
84. seqq. *Deciditur tota controversia.*

FACTI SPECIES.

Shat Andreas mit Sybilla seinem Ehe-Weib, vor seiner mit ihr gepflogenen Verheiligung per pacta dotalia de dato den 12. Junii 1699. unter anderen sich dahin verstanden, daß sie Sybilla besagt ihrem künftigen Ehemann zu einem rechten, wahren Heyrath's Gut zubringen solle 1200. Gl. welches er Andreas gleichfalls mit 1200. Gl. mittelst Verschreibung seines ganzen Hofs widerlegt. Des Todfalls halber ist pactiret worden, daß, wann er Andreas vor seinem Ehe-Weib ohne eheliche Leibs- Erben sterben würde, sie Sybilla seinen des Andreas nächsten Befreunden 500. Gl. auch die Truchen mit seinem Hals- Gewand hinausgeben solle. Da aber

R. P. Schmalzgrueber Consilia.

sie Sybilla vor dissem ihrem Mann ohne Leibss- Erben dieses Zeitleiche seegnen wurde, er Andreas schuldig seye ihren der Sybilla nächstien Befreunden 400. Gl. in paarem Geld, samt dero Truchen und Hals- Gewand aussfolgen zu lassen. Da aber beede ohne eheliche Leibs- Erben des Todest verfahren wurden, so sollen des Andreas nächste Befreunde zum Hof, weilen solcher von ihnen herkommet, vor allen das Einstand- Recht haben. Welch alles vor zwey darzu erbetsenen Gezeugen geschehen, auch hierüber zwey gleich-lautende, von einer Hand geschriften Heyraths- Brief aufgerichtet, und mit Hochlöbl. Landschaffts- Insigni gefertigt worden.

Nun aber hat sich nach der Zeit begeben, daß mehr- gedachter Andreas mentionirt seinen, in lange Jahr ingehabten Hof, mit

(livi) Con-

Consens seiner Ehe-Würthen, dero Bruders Kind, Hanns Melchior, welchen sie von Kindheit auf bey sich auferzogen, per 3000. fl. und gewollten pactirten Austrägen übergeben, oder wie des Übergebers Brüder behaupten wollen, verkauffet. Da aber des Andrea Bruder, Simon nach der Hand solches vernommen, hat er, als ein leibl. Bruder, das Einstand-Recht gerichtlich gesuchet, dessen Exempel auch dessen jüngerer Bruder Marcellinus, da er von diesem Bericht erhalten, und von Wien, wo er sich eine Zeit aufgehalten, zurück gekommen, gefolget, und auch um das jus retractus, und zwar vor seinem Bruder Simon sich angemeldet. Seynd aber beede in prima instantia abgewisen worden, darum sie dann das remedium appellacionis zu Hochlobl. Churfürstl. Neuburg Hof-Rath ergriffen, vor welchem dann diese Sach annoch im Stritt verfangen.

Fundamenta für Ausschließung der prætendirenden Einstand-Rechts,

3. **A**uf welche sich Andreas samt seiner Ehe-Consortin steifset, seynd Nachkommende. imd. Dass hie strittige negotium, da besagt beede Ehe-Leuth ihren Hof dem Melchior überlassen, kein Kauff, in welchem allein das jus retractus Platz greissen kan, sonder ein Übergab, oder anderer contractus innominatus gewesen, angesehen, gemeldter Hof nit um das paare Geld, sonder sub hoc onere überlassen worden, dass die zwey übergebende Eheleuth von ihme Melchior toti, und lebendig sollen versorgt und verpfleget werden. Deine zdd nicht hinderlich, dass bey dieser Übergab auch paares Geld per 3000. fl. pactiret worden, massen mentionirt beygesetzter Austrag so hoch anlauffet, dass sothaner Austrag gar leicht dem pretio die Waag halten, ja selbes überwegen wird, folglich à potiori die denominatio zu nemmen ist, besonders da ztd die Haupt-Intention der Übergebenen einzig und allein auf eine Übergab, und nit auf einen Kauff-Contract gehället, welch Intention die verba instrumenti, finis negotii, und andere Umständ sattsam andeuten, welche alle ztd dahin gehen, dass sie Übergebende in ihrem erlebten Alter die Versorgung in Ruhe genüssen, und haben kunnen, zu welchem Ende sie, wie selbe jurat behaupten wollen, gegen dem Melchior ein grössere Conſidenz, als gegen seine eygne Brüder gehabt, angesehen sie von jenem mehr, als von disen Liebs empfangen. Nothfolglich ztd billich gesagt kan werden, quod in hoc casu electa sit industria personæ, in welchem Fall das Einstand-Recht ex ipso rei natura kein Orth findet, weilen das intentirte, besonders aber die Versorgung lebendig, und tot vons und bey denen provocirenden Brüderen,

cum rara sit concordia fratrum, nit leicht zu hoffen siehet. Dass aber 6. dieses kein leerer Vorwand, erhellet ex animo remuneratorio beeder Ehe-Leuthen, welche diesem ihrem nächsten Brüter von Weibs-Seithen quæst. Hof um so vil geringer darum überlassen haben, weilen er ihnen von seiner Kindheit all respectivè kindlichen Geschäftsam erwiesen, in dem Haß-Wesen nach Wunsch, und Verlangen alle Satisfaction geleistet, und sie dardurch bewogen worden, ihm gemeldten Hof um den angegeben Preiss zu übergeben. Worauf dann dieses Negotium zum Theil auch die naturam donationis remuneratoriz, in welcher abermahl das Einstand-Recht nach denen Rechten keinen Platz greift, an sich nimmet. Zu deme ist 7. diser Hof laut angezogenem Heyraths-Brief der Sybillz von ihrem Mann angeheyrathet worden, folglich künften mehrers ihre des Weibs, als des Manns Freunde das Einstand-Recht prætendiren, indeme mittels der Anverheyrathung das Gut die Freundschaft des Andreas verlassen, und in der Sybillz Familiam überscheket worden. Weiters 8. hat des Andrea Freundschaft vermög Heyraths-Brief s. 5. iho das Einstand-Recht nur auf den Fall, da beede Ehe-Leuth ohne Liebs-Erben sterben würden, allein vorbehalten. Zumahlen aber diser casus noch nit vorhanden, wird auch besagtes Einstand-Recht anjezo, bis stantibus, keinen Eingang finden. Wann dann letztlich 9. der casus mortis allein exprimiret ist, wird ihnen bestindenden Ehe-Leuthen in ihren Lebzeiten der freye Gewalt von dem Gut quocunque modo zu disponire, um so mehr zu stehen, als 10. richtig ist, quod unius expressio sit alterius exclusio, bevorab da das Jus retractus ohne das in jure nit fundiret, sonder per

l. dudum 14. C. de contrah. empt-expressæ aufgehoben, und nur per consuetudines, & statuta locorum passim introduciret, sohin das Jus commune restringiret, aber auch der Regul, juxta quam correctoria juris strictè interpretari, & in obscuris minimum sequi debemus, Platz gegeben worden. Klarheit halber werden über hie, pro negativa juris retractus vorgelegte Fundamenta etwelche Quæstiones formiret, aus welchen resolutio causæ sich geben wird.

QUÆRITUR I.

Ob gegenwärtiges zwischen Andrea und seiner Ehe-Consortin seines, und zwischen Hanns Melchior andern Theils gepflogene Negotium vilmehr für einen Kauff-Contract, als eine bloße Übergab, oder anderen Contractum innominatum solle gehalten werden?

Diese letztere will Andreas mit seiner Ehe-
Consortin
4

non esse celebriatam venditio-
nem.
Consortini in allweg behaupten, folglich dadurch behärteten, daß seinen Brüderen Simon und Marcellin, nun seel. das Einstandsrecht in diesen Umständen niemahls gebühret habe, angesehen bey denen Übergaben, welche doch in hisce maximè terris in usu frequenti seynd, auch toto quasi die celebriret, und practiciret werden, kein Einstands-Recht Platz greifst.

Für Declarirung aber, daß es allein ein Übertrag gewesen, werden folgende Ursachen vorgebracht. 1. Ist in dem Fall, da bey einem Negotio theils ein Pretium pecuniarium, theils ein Sach, oder onus pactaret worden, damit man unterscheiden könne, ob ein Rauff, Contract, oder Übertrag, oder ein anderer Contractus innominatus celebriret worden, tanquam pro regula primarij auf die Intention der Contrahenten zu sehen, um daraus zu muthmassen, was sie agiren wollen. Sumitur ex

*L. si sponsus s. s. circa s. ff. de donat. int. vir.
& uxor. L. Labeo 7. S. Servius. 2. ff. de Su-
pell. legat.*

Nam, si expreßè conventum sit, ut res vendatur, erit venditio; si vero, ut permuteatur, permutatio, vel alias Contractus innominatus.

Tiraquell. de retract. s. 1. gloss. 14. n.
24. Boër. decis. 144. Mantic. de tacit.
& ambig. convent. lib. 25. tit. 2. n. 22.
Zoës. de retract. q. 4. n. 86. Balthas.
p. 2. resol. 17. tit. 10. n. 3. Widman
de retract. p. 2. c. 8. n. 3. Philoparch.

Klug. Beambt. p. 4. tit. 17. § 27. & alii apud istos, ex quibus Tiraquell. l. cit. allegat 80, probatissimos, & antiquissimos DD. atque inter hos Iml. Alex. Ang. Bart. Bald. Socin. Gozadin.

Und findet solches Platz, wann gleich das pretium dem oneri æqual wäre oder auch selbes gar übersteigete, sicut fieri posset, si ei, qui volebat emere, non tantum esset pecuniarum, quanti res æstimatur, & propterea id, quod ex pecuniis ipse deerat, in fundo suppleat; nam, ut

*L. Semper 34. ff. de R. J.
ait Ulpianus, semper in stipulationibus, & in catenis Contractibus id sequimur, quod actum est.
Consequenter, quando in aliquo Contractu intervenit pretium simul, & aliæ res, sive pretium cum rebus æ qualitatem habeat, sive etiam superet, contrahentium mens spectanda, atque ex ea ius retractus reputandum est.*

*L. tenetur 6. S. si vendidi 1. ff. de act. empt.
& vendit. cum cito. DD.*

Darum dann in solchem Fall, wann bekannt ist, daß die Contrahenten einen Rauff celebriren wollen, das Negotium für einen Rauff; im widerigen Fall aber, daß eine Permutation intendiret, selbes für eine Permutation, unangesehen, ob das Pretium die rem exceedet, oder nit, zu halten ist.

R. P. Schmalzgrueber Consilia

c. ad questiones 6. de rer. perm. ut

Was aber 2. die Contrahenten für eine Intention in dem von ihnen errichteten Negotio gehabt, wird aus den Worten, deren sie sich in dem Contrahiren gebrauchen, abgenommen; cum enim non sit præsumendum, quod intentio, & animus sit verbis contrarius, aut, quod aliquis dicat, de quo in mente non cogiter; sed potius in ore, & animo, idem esse credi debeat, omnino tenendum est, quod intentio, qualis illa fuerit, ex verbis probetur, quippe, quæ sunt media, ex quibus colligi potest intentio; nam, ut

*L. Labeo cit. S. servius 2.
apud Celsuan inquit Tubero, quorsum nomina,
nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis &
equidem non arbitror, quenquam dicere, quod
non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id
appellari solet; nam vocis ministerio utimur &c.
jungatur textus*

can. is autem 4. cap. 22. q. 2.
Proinde ex generali juris præsumptione animus, & verba correspondere censerunt debent. Es ist auch um desto vester auf die conformitatem verborum cum animo & intentione der Contrahenten zu halten, je kräftigere conjecturæ hierfür streitten, und durch diese besagte præsumption unterstützt wird, massen in concurrentia talium conjecturarum erachten die DD. daß man also dann auf die Worte der Contrahenten Acht solle geben.

Gomez. var. resol. tom. 2. c. 4. n. 9.
Surd. conf. 540. n. 3. Stryck. de cautel.
contract. sect. 2. c. 4. § 33.

Und erwachset diese Præsumption, quod mens verbis conveniat, wann dergleichen conjecturæ, generalem præsumptionem coadjuvantes, zu finden, in einer völlige Prob; cum enim mens, & intentio difficilis probationis sit, recte illa ex verbis, per hujusmodi conjecturas adminiculatis, probatur.

Tusch. V. animus, & intentio. concl. 336.
n. 2. Malcard. de probat. vol. 1. concl. 94.
n. 3. & 4.

Besonders aber greifst diese Præsumption Platz, wann aus wideriger Interpretation denen Contrahenten selbst ein grosser Schaden, und Ungelegenheit beykommte; dann alsdann für die Contrahenten auch stunde ratio naturalis, quod aetius in dubio magis interpretandus sit, ne ipsis obsit; duobus enim casus in eo sensu accipere debemus, quod minus lädent, juxta

*Reg. in obscuris 30. de R. J. in 6. & Reg.
in obscuris 114. ff. eod. Bald. conf. 41. lib.
4. Tiraquell. Gloss. 1. n. 27. & 32. Bar.
bos. lib. 1. axiom. 46. concordat
apud eundem lib. 14. axiom. ult.*

juxta quod melior est conditio certantis de damno vitando, quam lucrum querere vo-
lentis.

Wann man aber ztiid die Intention
(l. iii. 2) der

5.

6.

der Contrahenten weder aus denen Worten, noch aus andern conjecturis ersehen kan, muß alsdannererst dahin gesehen werden, ob das Premium grösser, oder die Sach mehrer werth ist. Ersten Falls wird ein emptio venditio, letztern aber ein Permutatio, oder anderer Contractus innominatus præsumiret. Ist also diese dritte Weiß, und Regul die qualitatem contractuum zu unterscheiden nur in subsidium, wann die Intention weder aus denen Worten der Contrahenten, noch aus andern Conjecturen genugsam kan abgenommen werden, zu consideriren. Im übrigen aber bleibt es bey vordeerter Lehr, daß ein jeglicher Contract für ein solches Negotium gehalten solle werden, wie es die Verba, per conjecturas adminiculata, anzeigen. Seynd auch disem Asserto nit entgegen die von Elzgender Parthen allegirte

Tiraquell. Gloss. I. §. 30. n. 11. und Manzius decis. Palat. q. 9. per totam.

müssen beedet die Sach nur dahin decidiren, quod sola, & nuda contrahentium verba, aut solum nomen, negotio ab iis impositum spectari non debeat, nirgendwo aber negiren, quod intentio principaliter considerari, & hæc ex nomine, & talibus verbis, quibus multæ conjecturæ adminiculantur, colligi debeat. Ja besagte DD. bekennen selbst, daß die Meinung, quod contractus, ubi intervenit partim premium, partim res alia, ex intentione agentium præ omnibus judicari debeat, sit communior, & spectando rationem, æquè probabilis. Über das reden die in contrarium allegirte DD. allein de casu, quo intervenit premium, & simul res permittenda. Es ist aber zwischen einer Permutation, und zwischen einer Übergab cum onere, & pacto, daß der Einthuer des Guts die Übergebende tott und lebendig versorgen, bey sich wohnen lassen, und die Alimenta ihnen verschaffen solle, ein mercklicher Unterschied; dann wie

Manz. q. 9. cit. n. 40.

selbst anmerket, in dem ersten Casu liget keinem daran, ob er in dem Rechts-Streit überwinde, oder obsige; si enim actor, retrahere volens, succubuit, retinet pecunias suas; si reus succubuit, & actor agros cedere cogitur, recipit agros suos pristinos, quos ante habuit, & pecunias, quas exposuit; folglich bleibt alles in antiquo statu. Herentgegen, wo man ein Gut mit dem Beding einem übergeben, daß der Übergeber bey dem Übernemmer Zeit Lebens wohnen, und ihm jährlich die Unterhaltung, Hilff und Beystand in Gesund- und Krankheit haben solle, liget gar vil daran, wer das Gut überkomme, cum in hoc pacto, sit electa industria personæ, und kan der Übergeber nit bei einem jeden also getroffener leben, noch von ihm die Alimentation so sicherlich hoffen, minder sich zu einer besondern Con-

fidenz nöthen. In welchem Fall, und da industria certæ personæ eligret worden, auch

4. Nit vil daran liget, ob revera ein Kauff-Contract, oder ein bloße Übergab celebriret worden, item ob der Übergeber eben so leicht, und nutzlich das Pacta von einem andern erhalten kunte; dann auch in den Kauff-Contracten, wo neben dem Prelio auch das onus den Verkäufer bey dem Käufer lebenlänglich wohnen zu lassen, ausgedungen, folglich die industria personæ eligret worden, das Einstand-Recht keinen Platz greiftet, wie à facultate juridica Tubingeni

vol. 3. conf. 38.

decidiret worden, wo besagte Facultät auf den Calum, da einer mit Nahmen W. sein Hauf einem sogenannten Wilhelm um 150. Gl. verkauftet, darbey aber ihm die Wohnung in dem Neben-Stüblein, samt lebenlängl. Alimentation aufgetragen, ex hac ratione motiva, daß Wilhelm ein ehelicher, stiller, ihm Verkäufer selbst befannter Mann, von deme, und dessen Hauff-Frauen er ob singularem industriam, ex longo convictu, & multis rerum argumentis perspectam pietatem, fidem, & affectionem sein vestes Vertrauen gestellte, sein übriges Leben, als ein alt- & gebrechlicher Mann in Ruh zubringen zu können, den Schluss gefasst, daß bey sothauer der Sachen Beschaffenheit das Jus retractus, oder Lösungs-Gerechtigkeit kein Statt, oder Raum haben möge, ex ratione, quia voluntas alicujus, quâ singularem personæ industriam, & fidem quis elegit, præcipue attendenda est, ita, ut aliam personam, licet per hanc fortasse æquè bene, & utiliter finis intentus obtineri posset, substituere non est permittum; aliter enim si fieret, conditio vendoris W. inspecta hac, quam erga emptorem Wilhelnum habebat, fiduciā, & confidentiā, erga actorem verò, retrahere volentem, diffidentiā, non parum deterior redderetur: quod tamen in retractu fieri non debet, cum vendori eadem per retrahentem conditio præstari debeat, quam habuisset, si res penes emptorem mansisset, quod non fieret, si ipsi alia persona, ad quam nullam ille confidentiam habet, obtrudetur.

Nun aber ist imd des Andrex und seiner Ehe-Consortin Intention niemahl gewesen mit Melchior einen Kauff-Contract über quæst. Hof zu schlüsself, sonder es zugen sich aus dem hierüber aufgerichteten Instrument, daß sie seihen ihm Melchior allein übergeben wollen, und zwar ex duplice motiva causa, nemlich erstens um ihre Versorgung in- und nach ihrem Leben bey ihm zu suchen, welche sie bey deme leichter, und sicherer, als bey jemand andern erhalten zu können in zuversichtiger Hoffnung standen,

7.

9.

10.

und zweyten ihme Melchior die treue, und respective kindlich - geleistete Dienst auf so thane Art zu vergelten. Wann dann iuxta dicta num. 4. ad dignoscendam qualitatem Contractuum die intention der Contrahenten vornehmlich zu consideriren, diese intention aber besag num. 5. aus deren Worten, so sie in währendem Contract gebraucht abzunehmen, in casu substrato aber das hierüber versorgte Instrument kein Wort von einem Kauff, wohl aber, und zwar per totum von einer Übergab meldet, wird unmöglich præsens negotium für einen Kauff, sonder allein für eine Übergab, oder andern Contractum ionominatum zu halten seyn.

9. Und hinderet zdd. nichts, wann gleich ein pretium, nemlich 3000. Gl. miteinges kommen; massen solches dem oneri perpetuo beede übergebende Ehe - Leuth tod und lebensdig zu versorge, hinnach in contractu angesehenen lang - jährigen Verdiensten des Melchiors keineswegs die Waag hältet. Solte aber in casu substrato per incessum sich wohl eine Aequalität zwischen denen von Melchior erlegenden 3000. Gl. und zwischen dem der Übergab quæst. Hofs annexirten onere sich befinden, so kunte doch dises Negotium für keinen Kauff - Contract von darum angesehen werden, weilen allhier das dritte, zu einem Kauff - Contract essentialiter requirierte Stuck, nemlich der Consens der Contrahenten ermanglet, weilen sie, wie gemeldet, quæst. Hof mit verkaufen, sonder übergeben, dann ihren weiteren Nutzen, u. behörige Remuneration gegen dem Übernemmer bewürken wollen. Wann dann per dicta num. 6. ad dignoscendam qualitatem contractū celebrati, als dann allein, da die intention der Contrahenten weder aus denen Worten, noch aus andern Conjecturen ersehen mag werden, auf den Excessum pretii, vel rei adjunctæ zu sehen ist, wird in gegenwärtigem Casu das errichtete Negotium für keinen Kauff - Contract zu consideriren seyn, da neben dem, daß der übergebenden Ehe - Leuth intention aus denen von ihnen gebrauchten Worten genugsam erhellt, über das auch

10. 3to. Erweislich der jährlich pactirte Austrag, wann man ihne zu einem Capital anschlagen wolte, das erlegende Pretium der 3000. Gl. weit übersteigt; dann besagter Austrag nach Rechnung partis conventionis jährlich wenigst auf 173. f. s. fr. ankommet, sohin, wann solches zum Capital solte anschlagen werden, dises 3461. Gl. 30. fr. ausmachen wird, folglich das in parata pecunia zu erlegen seyende Pretium um etlich 100. Gl. in denen mittlern Jahren, und noch mehr in denen theuren übertrifft. Und irret nichts, wann gleich diser Austrag kein onus perpetuum ist, allermassen des Guts Besitzer deme nach post lapsum 10. vel 12. annorum Kraft dises Austrags

allbereit 2077. Gl. erleget wird haben, welche Summa seinem Patrimonio so gut abgehet als die erlegte Baarschafft ihren der übergebenden Ehe - Leuthen patrimonio zu gutem perpetuirclich anwachset, weilen selbe besagt ihnen erlegte Baarschafft mittelst des jährlichen Austrags erhalten können, welche sie sonst consummiren müsten. Noch auf eine grösse Summa wurde diser jährliche Austrag ankommen, wann die Erlegung desselben noch länger würde andaueren, welches auch ohne Miracul leichtlich geschehen mag, angesehen beede übergebende Ehe - Leuth, obwohlen alt, doch noch ganz ruhig ihren Weeg und Steg gehen können, auch bey solcher Constitution des Leibs sich befinden, daß sie sich nach Gottes Anordnung noch etlich vil Jahr versprechen können. Ist also so auch dises periculum onoris hujus diu fereendi anzuschlagen, und paratae pecuniae entgegen zusegen.

Gesetz aber, daß 4to ihr der übergebenden Ehe - Leuth Leben nit mehr lang dauern, mithinder Austrag bey Zeiten hinwefallen wurde, so verguntent sie solches dem Melchior von Herzen, daß er den Hof, so ihnen gegen einem andern um 6000. Gl. nit feil wäre, mehr als halb geschenkt überkommene, angelehen des großen Trosts, den sie in die 28. Jahr schon gehabt, und an ihme einen wohlerzohnen, gehorsam, gutgesitteten Sohn alzeit ersehen, da er ihren billischen Schmerzen, wegen Abgang eines leiblichen Erbengs gedämet, also verdienet, daß sein gegen ihnen kindliche Lieb, und bey 10. oder 12. Jahr geleistete treue Dienst, inner welchen er allein alles versehen, von ihnen belohnet wurde. Und ob zwar nit ohne ist, daß sie ihn von Kindheit auf bis anhero mit aller Nothwendigkeit versehen, so ware doch dises ihre Schuldigkeit, nachdem sie selben für einen Sohn angenommen. Ist also es in diesem Fall, da der Werth des Hofs die von dem Melchior pactirte Baarschafft, samt dem jährlich - reichenden Austrag übersteigte, quoad hunc Excessum eine wahhafte Donatio, und remuneratio, quippe cum in personis conjunctis præsumatur donatio, præsertim si accedant alia signa, & singulariter si præcesserunt merita. Neque obstat, et si donatum excedat estimationem meritorum; grato enim animo re pecuniariâ par gratia referri nequit, ut per plurima allegata nota

Tiraquell. in l. si unquam s. largitus n.
80. C. derevoc. donat. & post hunc Mal-
card. vol. I. concl. 555. n. 40. & seqq.

Daz aber stō. der übergebenden Ehe - Leuthen einige intention gewesen, einen solchen Contract zu schlüssen, Kraft dessen ihre Hof bey ihrem angenommenen Sohn, ohne jedermannlich Hindernuß, und Anspruch zu ihrem eygnen Guten irrevocabiliter verbleiben solle, demonstriren ad oculum die mit einlauffende, sehr trüfflige conjectura,

II.

12.

Kurze, und Umständ; dann imd. haben sie ihm, wie erst oben, und mehrmahl gemeldet worden, von seiner ersten zwey-jährigen Kindheit an erzochen, und an Sohns statt angenommen, welcher auch jederzeit ihnen alle Lieb, Ehr, und Gehorsam erwiesen, daraus bey ihnen Übergeberen mutuus amor & affectio entsprungen, welche dann zdo. mit denen Jahren noch mehr erwachsen, da er mit der Zeit, wo er die hierzu nöthige Kräften, und Alter erreichtet, in die 12. Jahr den Hof, als Baur, und Knecht bestens besorget, auch das Haus-Wesen, ohne daß sie Übergebende sich hierum in dem Wenigsten bekümmerten müßten, auch auf das sorgfältigste versehen, folglich durch diese seine so getreue Dienst billich verdienet, daß sie ihm vergolten würden, welches sie nit besser bewürcken kunnnten, als durch an ihne des Hof's machende Übergab zu jener Zeit, daß sie Alters halber demselben nit mehr genug vorstehen möchten. Wo sie auch zid. dahin getrachtet, daß sie auch nach solch geschehener Übergab ihnen selbst ihre Ruhe und Frieden schafften, Welch Zahl und End sie sicherlich erreichen zu können sich getrostet bey ihm Melchior, von dem sie dann ihre wenige Lebens-Zeit zu wohnen, ihre Nahrung zu überkommen, auch in ihrem Alter bey anwachsenden Schwach- und Krankheiten eine trostreiche Hilff zu empfangen ihnen wegen dessen guten Sitten, und vorhin erfahrner Treu die unzweifelbare Hoffnung gemacht, wo sonst 410. Wann diser Contract pro emptione venditione, juris retractus capace, interpretiret wurde, sie Übergeber selch ihr Zahl und End nit kunnten erreichen, indem, da das Einstand-Recht ad actum kommete, sie andersi in ihrem hohen Alter sich einem anderen pro alimentatione anvertrauen müßten, und eintwiders einen solchen sich auf den Hals zu setzen, mit dem sie nit auskommen, noch ihren Ausstrag erhalten kunnnten, oder aber die Uneinigkeit zu vermeyden, in ihren alten Tagen Haus und Hof völlig zu verlassen, und einen unverdienten Retrahten in die Händ zu sehn wurden getrungen werden,

Mit welchen dann bereits abgefertiget bleibt der von Simon gemachte Einwurf, welcher aus dem gemeinen Lehr-Satz genommen, nach welchem zu Dignocirung der Contrahenten man sich nit auf blosse Wort der Contrahenten zu reflectiren habe; dann solches allein zu verstehen in casu, quo de contraria intentione constat, & nullæ aliae conjecturæ suffragantur. Weilen dann in casu substrato für die intention, daß die Übergebende Ehe Leuth keinen Kauff, sonder allein ein Übergab, oder anderen contractum innominatum celebriren wollen, auch die dem Übergabs-Instrument einverleibte Wort dahn lauten, wird besag dictorum num. 5. gänglich zu præsumiren seyn, daß die von denen Übergebenden gehabte intention

mit denen, durch soviel trüfflige Conjecturen bestärkte Worten übereins gekommen. Folglich wird auf deme, daß die Übergeber des Hof's keinen anderen Contract haben celebriren wollen, als wie der von ihnen ihm gegebene Namen ausdeutet, so lang zu beharren seyn, bis deren Gegenthil ein Widriges rechtständig erweiset, zu dem er dann billich anzurufen wird seyn, cum omnis præsumptio onus probandi transferat in adversarium, besonders da in casu substrato ungewiß ist, wie lang die übergebende Ehe Leuth leben, und also ob das Geld, oder der Ausstrag werde höher kommen.

Simon und Consort. hingegen wollen 14. behaupten, daß das hier gepflogene Negotium kein Übergab, sonder ein wahrer Kauf esse cele- zu erachten seye, welches sie aus dem behaßt raten voten, weilen imd. das premium, so Melchior gegeben, den halben Werth des dar-für übernommenen Hof's weit übertrifft, wo dann die Satuta Bavaria exklären, daß sohane Übergab für einen Kauf solle gehalten werden.

Land. Recht tit. 10. art. 18. ibi, Wo - in den Übergaben dasjenige, so der Einthuer des Guts herausgibet - den halben Werth des übergebenen Hof's übertrifft, soll es für einen Kauf gehalten werden. ad quem locum

Illusterrimus D. Baro Schmid. n. 5. allegans Berlich, lib. 3. concl. 39. n. 59.

ait, si pecunia, qua alteri, rem minoris preti danti, refunditur, multum excedit, da das Aufschätz-Geld, so der Einthuer des Guts herein gibt, grösser ist, dann der Werth des darneben eingewechselten Guts, censetur tunc potius facia vendito, quam permutatio, cum magis principale trahat ad se minus principale. Consentit

Balthal. pract. resol. tit. 10. resol. 17. n.

3. l. 2.

ubi, inspicendum est, inquit, utrum plus valeat pecunia, vel res, qua ab una parte parti alteri datur: priori casu erit emptio vendito, in posteriori vero permutatio. Idque iuri communis etiam conforme est per tradita

Reiner. Merckelbach. Epitom. Tit. quell. concl. 36. lit. C.

ibi, secundum id, quod prædominatur, & præponderat. Welches allegirter author in Gloss. ibid. per leges, & AA. fuse am Tag gibet. Und ist solches nit allein in denen Permutationen, sonder auch in denen Übergaben zu verstehen; dann obwohlen Patronus cauz partis conventa unter disen beyden num. 6. einen Unterschied machen will, so hat doch diser in casu præsenti keinen Platz, angesehen der allda celebrirte Contract, nach Maßgab der oben allegirten Bayrischen Rechten nit für ein Übergab, sonder vielmehr für einen Kauf angesehen ist, welche statuta mu-

municipalia auch in dem benachbarten Herzogthum Neuburg ex doctrina

Manz. decis. Palat. q. 9. à n. 35.

wo nit suapte propriā vi, doch ob funda-
menta, & rationes, ex jure universali,
& DD. communi sententia desumptas,
zu consideriren seynd, indem doch das jus
retractus consuetudinarium totius impe-
rii, imo Europæ usu recipiret ist, folglich
dem jentigen, welcher singularem illius de-
suetudinem in aliqua Provincia an führet,
obliget, daß er solches erweise: ad quod fa-
ciunt tradita

Blumlach, de Jur. retract. thes. II. in
fin.

ubi afferit, quod in bonis avitis (wie da-
quæst. Hof ist) neganti retractum onus
probandi incumbat: item, quod, eti in
instrumento judex dicat Übergab, tamen
præcipue ad pretium, utrum prævaleat ali-
mentationi, attendendum sit. Wird also
dem ganzen Hochlöbl. Churfürstl. Dicasterio
bekannt seyn, daß in dem Herzogthum
Neuburg wenigist in dessen Neuburgis. Land-
Vogt-Amt das jus retractus ex consanguini-
tate jederzeit so gut, als in Bayern selbst,
in usu & observantia bisher gewesen, und
annoch seye; ansonst würden die tradita
Manzii, und die viles, nur gar zu wohl wiss-
senschaftliche actus und præjudicia lauter verge-
bene Sachen seyn.

15. Es wollen zwar zdo die übergebende
Ehe-Leuthen versicheret zu seyn, daß
quæst. Hof cum pertinentiis von den Ver-
ständigen jederzeit über 6000. Gl. geschähet
worden, folglich daß die dafür gegebene
Baarschafft der 3000. Gl. die medietatem
pretii nit übersteige. Welcher Streich ih-
nen wohl angehen künnte, wann man nit
wüßte, daß Andreas selbst besagten Hof mit
3000. Gl. eingethan. Ist also nit sichtig,
daß das in diser an Melchior beschehenen U-
bergab ihm aufgetragene onus stärker seyn
solle, als das baare Geld der 3000. Gl. so
er beyneben bezahlen müssen. Nach dem von
Simon gemachten, ungefährlichen Ent-
wurff, und Anschlag, wann schon die pa-
etirte Præstation, oder Austrag perpetui-
lich, erblich, und etwann 50. oder 100.
Jahr dauren solte, sie doch nit mehr, als
jährlich, bekläufig 86. Gl. 30. kt. auswer-
fen wird, welche Summa, wann man selbe
nach Christlich- und Lands- gebrauchigem
Interesse zu 5. per 100. rechnen, und zum
Capital machen will, wird etwann 1730.
Gl. antreffen. Weilen aber nach Ableiben
eines aus disen Ehe-Leuthen der dritte Theil,
nach beider Tod aber der völlige Austrag
expiriret, so liget an dem Tag, daß ein so
lurch-währendes onus nit wohl auf die
Helfste, sonder nur etwann auf 865. Gl.
köme gesetzet werden; folksam das pretium
pecuniarium contractui adjectum, drey,
oder bey nahe viermahl so groß, als der re-
servite Austrag, und eben darum der

Haupt. Contract nit contractus innomi-
natus, noch minder in Ansehung so grosser
Geld-Summa eine Donation, sonder vlo
mehr ein formirter Kauff seye. Weilen aber
besag num. 10. Andreas dijen Austrag auf
eine vil höhere Summa ansetzt, wird es end-
lich auf eine aydlich, unpartheyische, und
verständige Schätzung, aus der Sach zu
kommen, ankommen, welche dann an den
Tag geben wird, daß, inspectis omoibus
circumstantiis, nimurum quantitate alimen-
torum, ærate alendorum &c. das pretium
pecuniarium der 3000. Gl. und Ley. Kauff
mercklich vorschlage, folgl ch quæst. nego-
tium nit ein blosse Übergab, oder anderer
contractus innominatus, sonder ein wah-
rer Kauff seye, worzu auch nit vonnothen,
daß wie Covar. und Mantica vermeynen, ad
hoc ut Contractus sit emptio venditio, ein
grosser excessus pretii in solchem Contract
sich finde, sonder genug ist, daß das pre-
tium simpliciter die speciem, oder onus ad-
junctum excedire, prælertim, quando, ut
in præsenti, agitur de præjudicio tertii, in
welchem casu auch allegirte Covarruv. und
Mantica beystimmen.

Was zto. die vorgebende, von dem
Melchior thnen übergebenden Ehe-Leuthen
geleistete, Dienst belanget, hat imo. nit
er Melchior dem Andreas, und seiner Ehe-
Consortin, sonder diser dem vorderen
Hilff, und grosse Dienst erwisen, da er
ihne von Kindheit auf erzochen, ernähret,
gekleidet, und in solchen Stand gebracht,
worinn er sein Brod zu gewinnen fähig, und
nit nur ein, sonder etlich 100. Gl. zusamm ges-
pahret, welches ein Gutthat ist, mit wel-
chen seine ihm Andreas diselbstere Jahr hinc
durch erwisene Dienst mehr, mehr als zivil,
waren vergolten worden, also nit vonno-
then gewesen wäre, daß ihm dessoentrogen
durch Überlassung des Hofs geholffen wür-
de. Wann aber zdo. er Andreas ihm
Melchior seine Freygebigkeit noch weiters
erzeigen, und ihne über dessen Verdienst be-
lohnens wolte, hätte es auf solche Weiß ges-
schenen sollen, daß es die Gestalt eines an-
deren contractus gratuti, nit aber eines
Kauffs (wie es in calu substrato per deduc-
ta ob præponderantiam pretii supra spe-
ciem zu seyn anscheinet) bekommene; dann
wann sich die reservirte Bepwohnung, und
alimentation, da selbe auch 30. oder 40.
Jahr dauren solte, denen 3000. Gl. die Waag
nit hältet, kan selbes noch vil weniger ma-
chen, da die Übergebende inner wenig Jahren
mit Todt sollen abgehen, weile in solch iet-
sterem Fall die species admixta pecuniae
noch geringhaltiger wäre. Wann man aber
zto vorwenden will, diser Übergab seye von
darum geschehen, weilen Übergeber zu Mel-
chior ein grösseres Vertrauen, als zu sei-
nem Bruder Simon, geheget, kan solch
Vorgeben ihm Simon billighister massen
zu Schmerzen kommen, angesehen er sei-
nem

16.

nem Bruder Andreæ Zeit seines Lebens zu einem Verdrüß nicht einzige Ursach gegeben, ihm auch gewißlich sein reservirte alimentation so gut, oder besser im Frides, und Ruhe, als diser junge Mensch einmahl sāsig seyn wird, gereicht wurde haben. Zu dem, wann auch 4to. er Andreas zu seinem Bruder so grosses Misstrauen hätte, und fürchten müßte, er Simon wurde mit der Zeit mit der stipulirten Præstation nit beyhalten, so wären gleichwohl die gerichtl. Compulsorial- Mittel vorhanden, durch welche er Simon zum Gehorsam ohne Be- schwörnuß hätte können bezwungen werden. Und müßte er Andreas auch dergleichen Mittel sich gebrauchen, wann etwann auch Melchior nach übernommenem Hof mit der Zeit sein Gemüth (wie dann die Gemüther der Menschen veränderlich seynd) mutire, oder von seiner künftig nehmenden Eherwürthin, wie oft geschickt, verleithet, dissen Contract nit zu halten wolte. Ist also stō nit zu vermuthen, daß à parte rei, und in dem Herzen des Andreæ ein andere wahre Intention, als auf einen Kauf, gewesen, oder, wann er auch ein andere Meynung geführet, wird diser Contract nit anderst, als auf einen Kauf zu verstehen seyn, massen

17. 4to. Obwohl zwar per deducta num. 4. vor allen auf die Haupt Intention der Contrahenten zu sehen, disse aber per dicta num. 5. aus denen Worten, so sie in Contrahierung gebrauchet, zu colligieren ist, so mache doch in ordine ad ius retractus live admittendum, sive excludendum der blosse Namen, welchen die Contrahenten dem Contract selbst geschöpfet, besonders was selbe ungestudirte Leuth seynd, kein genugsame Prob, daß solcher Contract diejenige Qualität habe, wie sie ihne benamset; sonder es muß endlich den Ausschlag geben die natura actus, an premium intercesserit, vel non. Pro quo præclare

Tiraquell. de retract. consang. l. 30.

Gloss. I. n. 11.

ibi, Quid enim, si premium longè excedit speciem, dicuntque, & credunt contrahentes se permutationem (qua utique est contractus innominatus) non venditionem celebrare, iudicabimusne, permutationem factam, non venditionem, atque ita consanguineum non esse admittendum? certe minime, quia semper, præsertim, cum agitur de præjudicio alterius, potius injicitur natura, & effectus actus, quam nomen, ab agentibus ipsi actui attributum, & impositum. Et pergit n. 12. Et si aliter dicceremus, facilè fraus fieret in alterius præjudicium, cui obviandum, & occurendum est. Concordat

Manz. decis. Palat. q. 9. à n. 35. ad fin.

Wo selber num. 45. herkommen lasset, daß, was immer die Contrahenten dem negotio für einen Namen gegeben, doch

in casu, da das premium die speciem überssteiget, solch negotium pro contractu emptionis venditionis zu halten, cū in hoc, ut ibidem hic author dicit, qualiscunque Excessus faciat emptionem, uti conveniant TT. & Jcti. Proinde purum nomen, contractui impositum, nihil facit, ubi res reperitur certa, nec nominis alteratio speciem contractus, vel substantiam ejusdem immutat.

c. in tantam 36. de simo.

gewißlich, wann ein Contract nach dem Namen, den ihm die Contrahenten gegeben, geurtheilet müßte werden, wurde das jus retractus aus der ganzen Welt schon soviel als ausgetilgt seyn, weilen ein jeder den Kauff einen Tausch, Übergab, oder anderen dergleichen contractum innocentum nennen, mithin die nächste Freunde, und Eheleibl. Brüder zu allen Zeiten zurück treiben können. Muß also vor allem nit von dem Namen, sonder von der Sach selbst, und dero Eigenschaft die wahre Meynung, und Intention der Contrahenten, was immer die Contrahenten darwider melden, hrgenommen werden.

Aus all disem erhellet die Antwort auf des Gegenthels angezogene Motiva. Ad i. num. tur ad. ist quæst. Hof theils um paores ^{gutem} _{contra} Geld, nemlich um die erlegende 3000. Gl. theils um bedingten Austrag von dem Melchior übernommen worden, wo es dann dahin anlauffet, ob das premium, oder der Austrag höher komme; dann wo das premium den Austrag übersteigt, muß die so genannte Übergab nach den Bayrisch. Rechte num. 14. für einen Kauff gehalten werden, welches Recht, weilen auch besag num. præc. communis TT. & Jctorum opinio hierinn einstimmet, auch in dem Herzogthum Neuburg recipiret zu seyn præsumiret wird. Von deme aber mehrers ad quæst. zdam gemeldet wird werden. Wird also, weilen laut num. 15. die partes in Estimation der Höhe des jährlichen Austrags nit übereins kommen, auf eine apdliche richtige, und verständige Schätzung müssen angetragen, u. hieraus die Decision gemacht werden, folglich, wann aus solch gemachter Schätzung sich geben wird, daß das premium, als der Austrag höher komme, wird keineswegs die prætendirende denominatio contractus innominati do, ut des, vel ut facias eingestanden, und in præjudicium der widrigen Parthey zu avertirung dero angewachsenen Einstand. Recht also bestitet können werden, angesehen, daß in gegenwärtigem Contract res & premium, mithin substantia emptionis venditionis vorhanden ist. Was aber die Intention der Contrahenten, welches das dritte Essential requisitum ad substantiam emptionis venditionis

tionis ist, anbelanget, ist bereits num. prae-
genusam erwiesen worden, daß die Haupt-
Intention der Contrahenten nit bloß aus
dem Namen, welchen sie dem von ihnen
celebrirten negotio gegeben, sonder viles
mehr à natura celebrati negotii müsse ab-
genommen werden. Die widrige num. 4. al-
ligirte AA. seynd allein zu verstehen, wann
in casu, da das pretium den Austrag über-
steigt, genugsam bekannt ist, daß die Con-
trahenten keinen Kauff haben celebriren
wollen. Weilen aber in præsenti casu eben
dises controvertiret wird, und man solche
Intention allein aus dem Namen einer
Übergab, welchen die übergebende Ehe-Leuth
dism negozi gegeben, colligiren will,
wird in disen Umständen das Gegenspihl
müssen præsumirt werden, wann nit ande-
re trifftigere Conjecturæ das Widrige
klärlich zeigen. Darum dann

19. Ad 2dum. bis auf die vornemmende ayds-
liche, u. rechtständige Schätzung i. m. wider-
sprochen wird, daß in gegenwärtigem Con-
tract das ausgedogene onus beede überge-
bende Eheleuth tod, u. lebendig zu versorge,
besonders, wann es nit lang andauern sol-
te, dem pretio der 3000. Gl. die Waag hal-
te, oder gar übertreffe. z. d. Können die
von dem Übernemmer des Guts Melchior
angerühmte grosse Dienst zu diesem Über-
schuß mit nichts helfen, weilen sie besag
num. 16. schon bishero genugsam vergoiten
worden, und so per inconcessum solches
noch nit sattsam geschehen, auf solche
Weiß hätte geschehen sollen, daß hierdurch
kein Präjudiz einem tertio in dessen Gerecht-
same erfolgte, so aber geschehen wurde,
wann dem Melchior quæst. Hof durch ei-
nen Kauff- Contract irrevocabiliter zuge-
schänkt wurde. Und irret in calu substra-
to nichts, daß z. d. die übergebende Ehe-
Leuth keinen Kauff, sonder allemeine Über-
gab celebriren wollen, massen per dicta
Tiraquelli num. 17. allegata in dem Fall,
da das pretium die speciem excediret, nit
anzusehen ist, wann gleich die Contrahenten
sagen, und meynen, daß sie einen contra-
ctum innominatum celebriren wollen, son-
der allein ad excludendam fraudem, &
præjudicium tertii auf die Natur, und effe-
ctum actus die Consideration gemacht,
auch hieraus die qualitas contractus ges-
schlossen muß werden. Wann dann juxta
Manzium ibidem citatum, & allegatam
ibidem sententiam, & communem TT. &
JCTorum der excessus pretii eine em-
ptionem ausmacht, wird hieraus auch
müssen decidiret werden, daß auch die wah-
re Intention der Contrahenten, obwohl sie
irriger Weiß sagen, und meynen einen ande-
ren Contract errichtet zu haben, auf einen
Kauff- Contract gezählt habe; nam verba
menti, non mens verbis accommodanda
est.
20. Ad 3tum. Ist schon gemeldet worden,
R. P. Schmalzgrueber Consilia,
- 21.

dass, weilen beide Parteien in Schätzung
der ausgetragenen alimentation nit über-
eins kommen, ein aydlicher, rechtmäßiger
Anschlag dessen müsse vorgenommen, und irr
Bedenken, ob das pretium den paktirten
Austrag übertreffe, oder nit, die Quali-
tät des quæst. Contracts geschlossen wer-
den; demnach dann Ad 4tum. durch die
von Melchior ihnen Übergeberen geleistete,
angebliche Dienst die naturam contractus
nit alteriren, und aus einem Kauff einen
contractum innominatum werden machen
können. Folglich Ad 5tum. werden die
Præsumption pro tali contractu innomina-
to nit bestärken die besagte des Melchiors
Dienst, Lieb, Ehr, und Gehorsam, auch
gute Sitten, durch welche er zwar eine Be-
lohnung verdienet, aber eine solche, so zu
niemands anderen Präjudiz gereichert. Das
Zahl und End aber, welches die übergebene
die Ehe- Leuth bey ihme Melchior gesuchet
haben, nemlich in dem Hof Lebens lang zu
wohnen, ihre Nahrung sicher und ruhig zu
genüßen, in ihrem Alter bey anwachsenden
Schwach- und Krankheiten tröstliche Hilff
zu haben, wurden sie auch, wann sie besag-
ten Hof dem Simon übergeben hätten, ha-
ben erreichen können, und werden es auch
erreichen, wann gleich dises negotium für
einen Kauff- Contract, der des juris retrac-
tus fähig ist, sollte erkennet, und ihm das
Einstand- Recht sollte zuerkennet werden,
massen er sich hierzu würcklich offeriret,
und auch in jure ein ausgemachte Sach ist,
dass der, so in einen Kauff einstehet, und
dardurch das verkauftse Gut an sich ziehet,
die Pacta, so mit dem Käuffer eingegangen
worden, auch er zu halten schuldig seye. Folg-
lich haben Übergeber keineswegs zu föchten,
als ob sie ihren Austrag bey dem Simon nit
erhalten, mit ihm in Uneinigkeit verfallen,
und dessentwegen etwann gac in ihrem Alter
Haus und Hof zu verlassen wurden gezwun-
gen werden; dann, was das vorgeschätzte
gegen den Simon gefasste Mißtrauen belan-
get, ist nit genug, daß man solches allein al-
legire, sonder muß dessen Ursach, weilen
selbes nit ohne Schuld des Simons gescheit
der Weiß gefasst kan werden, cum delicta
non præsumantur, Rechts- vergnügig pro-
biret werden, ansonst wurde es nur für ein
verstellte Sach, und die darum an den Mel-
chior gemachte Übergab pro contractu si-
mulato, & unice ad excludendum retrac-
here volentem intento, zu halten seyn.

Aus der Sach dann zu kommen, wird
i. m. nothwendig seyn, daß man sowohl Resolutus
über den Werth des übergebenen Hofs, als questio,
über die Höhe des paktirten Austrags ein ge-
treue, und unpartheische Schätzung vor-
nehmen. Wann aber aus dier z. d. sich zeit-
get, daß das pretium der 3000. Gl. den
Werth des jährlichen Austrags übersteigt,
wird dier Übergabs- Contract pro si-
mulato gehalten werden, nach Ehr
(Kkkk)

Illustrissimi D. Schmid ad statut. Bavar. tit. 10. art. 18. n. 5. & Berlich. lib. 3. concl. 39. n. 59.

& censebitur ibi potius facta venditio, cum magis principale trahat ad se minus principale, es seye dann Sach, daß 3tiō das jentige, was an dem Werth des Hofes, wann solcher über 6000. Gl. sollte geschätzet werden, abgehet dem Einthuer von den Übergebenden geschenket worden, welche donatio in disen Umständen, da des Einthuers Verdiensten so grosse Remuneration nit scheinen verdienet zu haben, und für eine partiale Ursach das Misstrauen des Andreæ gegen seinen Brüdern allegirer wird, vergnügig probiret muß werden, samt der causa des besagts wider sie gefassten Misstrauens, besonders, weilen ihnen schon in dem Heyrath's Brief das Einstand-Recht vor allen anderen bedungen worden, folglich sie hierzu das jus quæsitum erlanget, welches ihnen durch eine unviderruffliche Übergab wurde allerdings benommen werden.

QUÆRITUR II.

Ob das Jus retractus in casu einer Übergab gebühre, wenigist, wann ein zimliche Baarschafft mit unterlauffet?

22.
Rationes
negandi.

Andreas beharret auf der negativa, und provociret imo ad universalem praxin in his partibus, nach welcher in denen Übergaben, ob schon ein zimliche Baarschafft mit unterlauffet, niemahl ein Einstand pfeaget adjudiciret werden: & quidem ex hac justissima ratione, weilen das jus naturale, & commune einem jeden zulasset, daß er sein Gut, in wem er will, libere transferieren möge.

l. dudum 14. C. de contrab. empt. wo das vorgebrachte Einstand-Recht, dadurch die Befreunde von dem Kauff eines dem anderen Befreunden gehörige Guts removiret, cassiret, und dem Besitzer vollkommen Gewalt gegeben worden, einen Käufer nach Belieben zu erwählen. Ist also, wie

Klock. tom. 4. cons. 79. n. 71. meldet, in his terminis zu verbleiben, bis recepta consuetudo, aut statutum, contrarium plenè, & exactè dargethan, und legitimo modo erwisen ist. Wo aber das Einstand-Recht per statutum aut consuetudinem particularem loci recipiret ist, wird ex unanimi DD. calculo per tradita

Tiraquell, de retract. §. 1. gloss. 2. n. 3. & seqq. Reinck. de retract. q. 4. n. 2. Carpz. p. 2. const. 31. decis. 17. & seqq. Richter. p. 2. decis. 76. n. 176. & seqq. Linck. vol. 2. cons. Altorff. 36. n. 7.

damit jus hoc retractus Platz greiffe, requirierte, ut non quomodocunque res alienata sit, sed ut alienata sit per emptionem venditionem propriè talem, scilicet, que consensu, re, & pretio interveniente perficitur; nam materia retractus est plane statutaria, & consuetudinaria, adeoque stricti juris, ut docent

Joann. Faber. in §. actionum. n. 6. inst. de action. Tiraquell. §. 35. gloss. 1. n. 1. & seqq. Sande decis. Fries. l. 3. tit. 5. def. 1. n. 1.

Darum dann solch jus retractus nit Platz hat 1. in permutatione, oder Tausch Sachen, ob diversam, & contrariam rationem; dann einem Verkäufer wenig darliget, von wem er das Geld für die verkaufte Sach bekomme; ein anderes aber kan sich bey der Permutation ereygen, und der Permutans zu des einen Permutanten vertauschten Sach ein grössere Neygung tragen, als was er von dem andern Permutanten zu gewarten.

Guid. Pap. decis. 92. in fin. & decis. 508. Rosenth. de feud. c. 9. membr. 2. concl. 90. n. 10. Moller. p. 2. const. Sax. 32. n. 30. & seqq. Schrader. de feud. p. 8. c. 7. n. 33. & c. 3. n. 4. Berlich. p. 2. concl. 39. n. 52. Pegius vom Verkaufen lib. 3. c. 2. §. zum fünften. Stryck. de success. ab int. D. 6. c. 1. n. 27. Widmann. de retract. p. 2. c. 8. n. 2. Philoparch. Klug. Beampt. p. 4. tit. 17. §. 27.

Es wäre dann dergleichen Permutatio nur simulata, und in fraudem juris retrahendi eingegangen worden.

Decian. lib. 1. resp. 59. n. 3. Mantic. de tacit. & ambig. convent. lib. 25. tit. 2. n. 4. Reink. de retract. q. 4. n. 91. Berlich. concl. 39. cit. n. 55. Illustrissimus D. Baro Schmid ad statut. Bavar. tit. 10. art. 18. n. 3.

nam, ut idem Illustrissimus Author l. cit. ait, inter consanguineos iæpe talis invidia est, ut malint, quas ipsi conservare non possunt, res in prorsus alienas manus derivare, quam consanguineis relinquere.

Gleichfalls hat dieses Jus nit Statt in donation, oder Verehrungs- Fällen, weilen solche aus einer puren liberalität, und munificenz, wegen besonderer gegen den Donatarium hegender Affection herühret.

l. donationes 1. & l. affectionis s. ff. de donat. Widmann c. 8. cit. n. 9.

Welche Affection offtermahls gegen einen Extraneum grösser seyn kan, als gegen einen Consanguineum, besonders wann so thane Donation propter bene merita beschehen, dergleichen der Donator von dem Consanguineo nit hat empfangen.

Philoparch. § 27. cit.

Es wäre dann gleichfalls etwas Verstelltes bey der Donation vorgegangen, welchen falls die Donatio irrita ist, und kau der Donator gezwungen werden dem Consanguineo die Sach wider seinen Willen zu verkaufen.

Bargal. de dolo libr. 3. c. 13. q. 2. n. 8.
Pegius dict. c. 2. §. dergleichen.
Reink. q. 4. cit. n. 93. & seqq. Philoparch. cit. l. 27.

25. Letstens neben andern hat das Einstand-Recht keinen Platz in denen Cessionibus bonorum, oder Übergaben, angesehen, daß in dergleichen Übergab, wann selbe mittelst eines Austrags geschiehet, mestens personæ fides, cohabitatio, & industria eligiret wird, in welchem casu, auch da ein Contractus emptionis venditionis celebraret worden, wann solches beschehen cum onere, dem Verkäufer Lebens- länglich die Beywohnung zu gestatten, und ihne totid und lebendig zu verpflegen, per resonsum juridicæ Facultatis Tübingeris, num. 7. allegatum, das Einstand-Recht ob electam certæ personæ industriam kein Orth, oder Raum haben kan, auch, wann der Verkäufer eben sowohl bey dem Retrahenten, als bey dem Käufer, dises sein Intent erhalten kunte. Nun obwohl zwar

26. 2dō Die Bayrisch. Land-Recht tit. 10. art. 18. einen Unterschied machen, und gebiehen, daß in dubio darauf zusehen, ob das Pre-tium die Halbscheid des übergebenen Guts übertrifft, oder nit, und in dem ersten Fall das Einstand-Recht gestattet, so ist doch imd in dem Herzogthum Neuburg das Bayrisch. Recht quoad hoc punctum, & quoad talia specialia nit angenommen, und ist allein in usu quoad formalia Proces-suum. Notissimum autem est, quod statuta non egrediantur territorium statuentium.

Gaill. lib. 2. obs. 32. & obs. 124.

Müßte also in besagtem Herzogthum in diesem Puncto ein sonderbares Statutum, oder Consuetudo vorhanden seyn, von welchem aber nit wissentlich ist, massen teste

Manz. decis. Palat. q. 10. n. 13. 14. &
15. cum 19. & 20.

die Neuburgisch. Herrn Consiliarii schon vor mehr dann 100. Jahren erkennet, daß ponderando die emanirte gnädigste Mandata weder per statutum, weder per consuetudinem universaliter in his terris das Jus retractus introduciret seye, per formalia, Ex quibus verbis prehenditur jam ante 50. annos agnosce Consiliarios Palatinos, neque statutum, neque consuetudinem ratione retractus extare. Decidiret auch besagter Manzius in quaest. allegata mit keinem Wort, quod haec consuetudo suo tempore obtinuerit: quin imd er stehet expreßè contra hanc consuetudinem num. 27. & 33. q. cit. absonderlich aber in denen Bauren-Güteren. Da dann in bemeldtem Herzogthum ein dergleichen Sta-

R. P. Schmalzgrueber Consilia.

tutum, wie in Bayrn, nit zu finden, noch auch dessen Observanz quoad jus retractus per consuetudinem introduciret worden, wird hieraus pro casu præsentí kein Argument deduciret können werden, sonder mehrere Probs nothig seyn; nam consuetudo, cùm facti sit, ab allegante probanda est.

Cravett. cons. 624. n. 13, cum communione.

Und wann auch ztd constirete, daß in bedütenem Neuburgisch. Herzogthum das Jus retractus in dem usu wäre, wäre noch weiters zu erweisen, daß besagtes Recht in selbes ad normam juris Bavariæ per consuetudinem introduciret seye worden; so lang aber dises nit erwiesen wird, bleibt es bey der ob-allegirten, bekannten Regula, quod statuta non egrediantur territorium statuentium. Weilen dann das Jus commune in denen Übergaben ob excessum pretii das Jus retractus nit concediret, wird auch selbes in casu præsenti nit Platz greissen.

Über das 4dō haltet das Jus Bavanicum cit. tit 10. art. 18. in casu, da das Pretium die Halbscheid des Guts übersteiget, allein für einen Kauff, und lasset das Einstand-Recht zu allein ob præsumptam fraudulosam intentionem contrahentium, wo nemlich sie nur simulate den Contract ein Über-gab nennen, doch interne einen Kauff schlüsselfollen, ut legenti totum textum patet. Wo also der Contract, wie in casu præsenti, zu bender Theil Nutzen und Nothdurft, wie die Formalia haben, errichtet worden, wird nothfolglich die præsumptione fraudis, und statuti intentio cessare müssen. Ferners ist auch gewiss, daß die 3000. Gl. so Kraft der Übergab der Melchior denen Übergebenden erlegen müssen die Halbscheid des Werths, so quæst. Hof in sich selbst cum pertinentiis hat, nit übersteige, ja nit einmahl, wann man alles zusammen nimmet, adæquiren, angesehen, willbergeber betheuren wollen, sie versicheret seynd, daß selber mit besagten Pertinentiis über 6000. Gl. von dens Verständigungen geschäget worden. Stehen wir also nit in dem Casu, wo das Bayrisch. Recht die Übergab für einen Kauff halte, und das Jus retractus concediret.

Solte man aber s. den Austrag hinweckziehen, oder diser dem Melchior nit lang auf dem Hals liegen, sonder die Übergebende kurz versterben, so ist der Übergebenden, wie sie betheuren, gänzlicher Will gewesen, daß der halbe Theil dem Übernemmer solle geschencket seyn, und zwar ganz billich, weilen, wie schon oben gemeldet worden, er Melchior ihnen Übergebenden nit nur durch sein beständiges Wohlverhalten die größte Consolation gemacht, sonder auch in 8. bis 10. Jahren dermassen in dem Hause Wiesen, und allen andern, wie ein Kind seien

(Kkkk 2)

27.

28.

29.

nen Elteren, an die Hand gegangen, daß sie mit Wahrheit sich rühmen darfien, in diesen letstern Jahren von ihme, als einem 26. jährigen Menschen mehr Guts empfangen zu haben, als sie von dem Gegner, und seinen Helffern Zeit ihres Lebens genossen. Nun aber, daß bey einer Donation das Einstandsrecht keinen Platz habe, lehret communis DD. cum

Tiraquell. de retract. consang. §. 25.
Gloss. 2. n. 3. Matth. de Afflict. de
retract. §. 3. n. 8. Hartm. Pistor.
lib. 2. q. 12. n. 17. Reink. de retract.
q. 4. n. 93. Widmann. de retract. p.
2. c. 8. n. 9. Harppr. tom. 6. conf. Tubing.
94.

Und seynd die wördige DD. allein zu verstehen, si donatio sit simulata, aut fraudulosa, wie citr. DD. anmercken.

30.

Wann dann schlüsslich das Jus retractus 1 mo weilen per dicta num. 22. das jus commune einem jeden den freyen Willen zu lässt sein Gut zu veralieniren, an wen es ihm beliebig ist, wider die gemeine Rechten streitet: also 2. selbes, tanquam restrictivum juris commonis, folglich in materia odiosa, stricte zu interpretiret ist, und nur alldort Platz greifet, wo selbes per statutum, oder consuetudinem introduciret ist. Diese aber 320 quia facti est, rechtständige Prob erforderet, kan man zwar solches Recht in so weit in seinem esse belassen, wo für selbes bekannte statuta, oder Land-gebräuchliche Observanz zu Statten kommen, in dubio aber, und 4. wo dieses nit rechtständig probiret ist, wird wider selbes, tanquam introductum contra jus commune, zu sprechen seyn, quippe cum de casu ad casum, & de loco ad locum extendendum non sit. Dem dann zu Gutem kommt der allgemeine Lehr-Satz

Reg. qua à jure 28. de R. f. in 6.

juxta quam, qua à jure communi exorbitant, nequam ad consequentiam sunt trahenda, besonders, wann in judicio hieron gehandlet wird, und um den favor des rei conventi zu thun ist; dann in solchem casu Platz greift

Reg. favorabiliore 25. ff. eod.

per quam favorabiliore rei potius, quam actores habentur. Wird also 5. wann Simon, und Confort. mit Rechts = begnügen darthun, daß auch in dem Herzogthum Neuburg das jus retractus ad normam juris Bavarii eingerichtet seye, von seinem Gesuch allerdings abzuweisen seyn.

31.

Rationes affirmandi.

Dass aber in casu substrato ihme Simon und Consort. das Jus retractus gebühre, wollen sie weisen per sequentia argumenta.
1. Ist quæst. Hof von ihrer Freundschaft, wie dessen Bruder Andreas in seinem Heyraths-Brief selbst bekennet, herkommen. Folglich gebühret ihm als nächsten Freund, und Bruder das jus retractus gentilitii, welches, wie

Berlich. p. 2. concl. 39. Carpz. p. 2. const. 31. def. 1. Reink. de retract. q. 1. n. 3. & seqq. Philoparch. Blug. Beambt. p. 4. tit. 17. §. 12. cum aliis

anmercken, ein species retractus legalis ist, massen sich findet, daß auch de jure civili per

l. si in emptionem 35. ff. de minor.

die Blüts-Befreundte die extraneos von Er Kaufung der Freunds-Güter abtreiben können. Welches auch

l. dudum 14. C. de contrah. empt.

die Kayser Valentinianus, Theodosius, und Arcadius eingestehen, doch per dictam legem nachgehends, weilan hierdurch die Freyheit über das Seinige zu disponitien all zu sehr restringiret würde, aufgehoben haben. Doch kommen in Auslegung dieses Textes nit alle DD. übereins; dann etwach apud

Müller. ad Struv. exerc. 23. thes. 55.
lit. 8.

davor halten, es seye das jus retractus, antiquori jure introductum, durch diese Kayserl. Constitution keineswegs aboliret, welches sie abnehmen aus dessen Worten, ubi pro causali ratione ponitur, quid durum, ac iniquum sit, ut homines suo arbitrio vendenda non distrabunt, ac propterea deciderit, ut, superiori lege cassata, unusquisque suo arbitratu, querere, vel probare possit emporarem. Welches auf das Jus retractus nit angehet, massen durch selbes die Freyheit sein Sach zu verkauffen, an wen es beliebig, nit benommen, sonder vilmehr der gemachte Rauff approbiret, und allein zugelassen wird, daß die nächste Freund in den Rauff einstehen, und das verkauffte Gut, retu empiori eodem, quod ipse exsolverat, pretio, an sich ziehen mögen. Es seye aber, wie ihm wolle, so ist doch

2. Mit der Zeit besagtes Einstands-Recht durch eine General-Gewohnheit schier an allen Orthen eingeführet, und wiederum gut geheissen worden. Von welcher Gewohnheit, daß selbe in Deutschland in dem Schwung, und usu seye, testirte

Gaill. lib. 2. obs. 19. Brunnemann. ad l.

14. cit. Carpz. p. 1. const. 3. def. 2.

Koepp. decis. 52. n. 15.

Es wird auch diese Gewohnheit in jure Canonico, & feudali approbiret

c. constitutus 8. de in integr. ref. & 2. feud.

3. 7. sed etiam item 2. feud. 26. §. Titius.

Brunnem. l. cit. Schmid ad statut. Ba-

var. tit. 10. art. 1. n. 2. Philoparch. §. 12.

cit.

dahero werden die statuta, und consuetudines, wo dieser Retractus in usu ist, nit für odios, sonder für favorabl angesehen.

Cravett. conf. 118. n. 4. & 10. item

conf. 142. in princ. Menoch. conf. 4. n.

14. Gaill. obs. 19. cit. n. 1. Philoparch. §.

12. cit. Quip:

Quippe cū lugubre, & deplorandum sit
videre paternas domus, & antiqua Majorū
prædia in externas manus transire, atque
devenire. Doch ist dises Einstand: Recht
von einem Orth zu dem andern, oder von
einer Person zu der andern nit zu extendire,
weil regulariter die statuta, und consuetu-
dines keine Extension leyden, und dahero
strictè zu interpretire seynd.

Sixtin. libr. 2. conf. Marburg. 9. n. 88.
Roland. à Vall. vol. 3. conf. 62. n. 6. &
seqq. Philop. l. cit.

Wo aber in vicinis locis (wie in præsenti
cau in Bayrn, und übrigem Deutschland)
dises Jus in usu ist, kan probabiliter in du-
bio colligiret werden, daß selbes auch in lo-
co, de quo quæritur, per consuetudinem
introduciret seye

arg. c. super eo 3. de cognat. spirit.

ubi Epiloco injungitur consuetudinem Me-
tropolitana Ecclesia, & aliarum circumposita-
rum inquirere, & diligentius imitari. Ja wels-
len das jus retractū besagter massen in
ganz Deutschland recipiret ist, wird das
onus probandi, daß es nit auch in dem
Hertzogthum Neuburg in usu seye, denen
negantibus allerdingz obliegen. Deme nach
dann

33. zio. Weilen Simon, und Consort. die
nächste Freund zu dem Überlasser seynd,
auch quæst. Hof von ihrer Freundschaft
herkommen, und beynebens das von Mel-
chior erlegte pretium den pactirten Aus-
trag übersteiget, werden selbe das Einstand-
Recht jure consanguinitatis, ja auch vi pas-
eti, massen ihnen solch Recht laut des An.
1699. den 12. Jul. errichteten Heyraths-
Brieffs vor andern exprelē reserviret
worden, mit allem Recht suchen, und be-
gehren können, daß man ihnen denselben,
præstis præstandis, zukommen lasse; nam
retrahere volens consanguineus admitti
debet, si observet requista. Plerumque
autem requiri solet imo, ut retrahens
pretium de quo cum extraneo initio, &
verè convenit, integrum actu, & ritè reali-
ter offerat.

Gaill. l. 2. obf. 19. n. 7. Struv. exerc. 23
thes. 63. & ibid. Müller. lit. a.

quia Empor, à quo res retrahitur, ab em-
ptione indemniss abire debet.

arg. l. debet 27. in fin. & l. illud 29. §. item
1. ff. de adul. edict.

quod, non restituto pretio, fieri nequit,
sic enim duplici onere, & jacturā affice-
retur, in quantum scilicet careret pretio, &
re retractā.

l. ex empto 11. §. qui autem. 18. ¶. neque
enim. ff. de action. empt. & vend.

Neque sufficit velle pro eo constituere pig-
nora, aut Fidejussores, quamvis idoneos,
sed cogitur restituere pecuniam, quam Em-
por dedit.

Carpz. p. 2. conf. 33. def. 7. n. 4.

Et quidem hoc procedit, etiam si pretium,

ab emptore promissum, aut solutum, exce-
dat justam æstimationem; nam in retractu
non tam ad justam æstimationem rei, sed
ad premium, quod Emptor dedit, vel dare pro-
misit, respicitur; ut colligitur ex Constitu-
tione Friderici ¶, quantum quisque Emptor der-
dit. Et hanc sententiam dicit Constitu-
tioni, & rationi convenientem amplectuntur

Tiraquell. de retract. §. 1. Gloss. 18. n.
4. & seqq. Welsenb. p. 2. conf. 66. n. 35.
Hartm. Pistor. lib. 2. q. 12. n. 9. &
12. Müller. ad Struv. thes. 63. cit.
lit. d.

Excipitur, nisi dolo, & fraude, eo
duntaxat fine, ut deterreteretur retrahens,
majus premium oblatum fuerit; tunc enim
a judice solet moderari, & ad veritatem re-
diguntur.

Rosenthal de feud. c. 9. membr. 2. concl.
86. n. 3. & concl. 30. n. 3. Richter. decis.
76. n. 119. Müller. lit. d. cit.

& interdum Emptor ad juramentum adigi-
tur, quod majus premium dolosè ad ex-
cludendum retrahentem non obtulerit.

Rosenthal l. cit. concl. 90. n. 3. Carpz.
p. 2. conf. 33. def. 2.

Potest etiam Emptor, præsumptionibus,
& conjecturis gravatus, quod forsitan do-
losè majus obtulerit premium, compelli, ut
exhibeat instrumentum contractū ei, cui
jus retractū competit, inspicendum, ut re-
trahens tali modo ad veri pretii cognitio-
nem venire possit.

Rosenthal. n. 3. cit. Richter. decis. cit. n.
112. Müller. dict. lit. d.

Non obstante tamen tali juramento, re-
trahens, si contrarium probare velit,
aut possit, ad hoc demonstrandum admit-
titur.

Carpz. defin. 2. cit. n. 5.

zdd. Requiritur, ut totum premium si-
mul solvat: nec enim sufficit, si solvat
partialiter, licet Emptor sic solverit; nam
solatio particularis incommoda, & damno-
sa est.

l. planè 3. ff. famil. hercise.
quibus incommodis, & damnis emptorem
affici non patitur æquitas.

l. factum 155. ff. de R. f.

Excipitur, si retrahens ignoret premium,
quanti res extraneo vendita sit; tunc enim
sufficit particularis depositio, additâ pro-
testatione, & oblatione, quod reliquum,
ubi de pretio certior factus fuerit, solvere
paratus sit.

Gaill. lib. 2. obf. 19. n. 10.

Vel si fuerit in diem, & sub certis terminis
facta, aut promissa; tunc enim retrahens
non potest compelli premium, ab Emptore
non solutum, & cujus solvendi dies non
dum cessit, simul solvere; nam eadem indu-
cia, dilationes, & conditiones, quas Em-
por in solvendo pretio habuit, retrahenti
quoque sunt concedendæ.

(K k k 3)

Tiraquell. de retract. §. 1. gloss. 18. n. 14. Richter. decis. 78. n. 116. Carpz. loc. cit. defin. 7. Müller. ad Struv. thes. 63. cit. lit. 1.

35. 3to. Requiritur, ut retrahens simul cum pretio integrè refundat sumptus, & expensas, ab emptore tempore contractus factas: quod tamen intelligendum, nisi emptor in fraudem consanguinei, vel proximi, jus retrahendi habentis, modum expensarum excederit; tunc enim excessum retrahens non tenetur refundere; quia tantum ad necessarias, & utiles expensas, non verò ad delicatas refundendas obligari potest.

Gaill. obs. 19. cit. n. 10.

Refundendum ergo à retrahente est laudemium, quod emptor pro confirmatione contractus domino directo solvit: item Bibale, vulgo Leykauff, & similes sumptus modici, qui ex more recepto ab emptore præstari solent,

Struv. Exerc. 23. thes. 63. & ibi Müller lit. E. & seqq.

4to. Requiritur, ut sibi retrahat, & in usum suum, non verò in utilitatem alterius, & in fraudem emporis: unde plerumque retrahens debet præstare juramentum, quod sibi bonâ fide beneficio retractus uti intendat.

Gaill. n. 10. cit.

36. 5to. Requiritur, ut intra annum, & diem fiat retractus: adeoque res retrahi, atque adeò pretium offerri intra hoc tempus debet; nam, eo lapso, tacita quædam hujus juris remissio inducitur, adeò, ut moræ purgationem non amplius admittat.

Tiraquell. §. 1. Gloss. 11. n. 17. & seqq. Gaill. obs. 19. cit. n. 11. Berlich. p. 2. concl. 40. Struv. Exerc. 23. cit. thes. 64.

Computatur autem hoc tempus statim à facta venditione, vel alia alienatione, iuris retractus capace, licet res nondum fuerit tradita.

Tiraquell. §. 1. Gloss. 2. n. 50. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 12. n. 24. Carpz. const. 32. def. 3. Reinck. de retract. q. 7. n. 156. Struv. cit. thes. 64. & ibi Müller. lit. B.

non tamen currit hoc tempus, nisi scientibus perfetè negotium: idque vi juris communis, juxta quod tempus ignoranti non currit.

I. semper 15. §. annus 4. cum seqq. ff. quod vi, aut clām. I. annus. 6. in fin. ff. de calumnia.

Ignorantium verò, si præsumptio contra illum fuerit, probare retrahens debet: & quidem aliis probationibus deficientibus, juramentum eidem imponitur.

Struv. Exerc. 23. cit. thes. 64.

Weilen dann Simon intra constitutum tempus sich wegen des Einstandes Rechtes anges-

meldet, und die præstanta zu præstire sich offeriret, wird selber mit seinem Consort, desto weniger können von seinem Besuch abgewisen werden, weilen

37. z. ied. ihr Bruder Andreas quæst. Hof an den Melchior irrevocabiliter abzutreten gesunken war. Von welcher Intention da sie begnugige Wissenschaft bekommen, sie gezwungen waren, solches zu antworten, wann sie anderst das ihnen iure consanguinitatis gebührende, und per pacta dotalia vor allen anderen vorbehaltene Einstandsrecht nit vertheidigen wolten; nam, ut cum aliis advertunt

Boer. decis. 76. n. 1. & seqq. Richter. decis. 76. n. 40. Lincken vol. 2. conf.

Altorff. 35. num. 13.

jus retractus locum amplius non haber, si præmium avitum semel in extraneum (vers gleichen Melchior respectus desse Andrea, als ihm allein mit Schwägerschaft zugethan, ware) translatum est. Darum dann ihne Simon, & Consort. das hierinn habende Interesse billich dahin getrieben, das sie sich schon damahls auch bey Lebzeit der übergebenden Eheleuten um ihr Gerechtsame, zu dero Aufrechthaltung bewerbeten.

Eben dieser Ursach haiber hätte sie über 38. gebende Eheleut ihme Actori, und seinem Bruder Marcellin nun seel. den mit Melchior intentionirten Contract denuntiiren, und selben den Anbot des Hofs auf die mit Melchior stipuliret conditiones machen sollen, welches dann, da es nit geschehen, wie es doch hätte geschehen sollen per traditione.

Ant. Gomez ad legem Tauri 70. n.

36.

inde Actori, & Consort. nata est actio ad hoc præmium retrahendum, & contractum initium rescindendum. Concordat

post afflict. de jure retract. §. 2. n. 1. Müller. ad Struv. Exerc. 23. thes. 65.

lit. B.

Si velint, inquit, contrahentes tuti esse, debent rem venditam denuntiare consanguineis: & non solum denuntianda est alienatio facta, sed & omnes notificari debent circumstantiae & qualitates, ut certam scientiam habeat proximus; alias enim scire non dicitur, nisi quis verè sciat. Hænamque circumstantiaz animum ejus (scilicet ius retractus habentis) impellere possunt, ut redimat, vel non: nec retrahens in morta constituitur, vel tempus incipit currere, cum à die denuntiationis sumat initium. Ita Müller. I. cit. Alius welchem dann

39. 4to folget, das Andreas in Veralierung quæst. Hofs nit alles allerdings bona fide, sonder vilmehr ex simulatione, und zu Schaden seiner Brüder gemachet. Wo dann Platz greift der allgemeine Lehrlatz, juxta quem, si simulare, & in fraudem juris retractus quædam reperiantur celebra, in iis logus est retractui per Con-

CONSILIO LXX. RETRACTUS.

631

Confit. Frideric. de *jur. Prelimis*. ibi, simulatè donaverit, vel legatum dederit. nam in omni dispositione fraus semper intelligitur excepta.

c. Officii 14. de *Testam. l. creditor* 60. §. fin. ff. mandat. l. hares meus 79. §. fin. ff. de condit. & demonstr. l. in *fraudem* 45. princ. ff. de *jure fise*.

Porro probatio simulationis, & fraudis, quippe quæ, cùm clàm fiat, non præsumitur, sed probari debet,

l. *Patronum* 6. & l. *quoties* 18. §. qui dolo 1. ff. de probat. l. *dolum* 6. C. de dolis mal.

fieri præter confessionem, & testes potest ex instrumento, si quod confessum sit: item per varias conjecturas verisimiles, indicia, & præsumptiones.

Paul. *Castrum. p. 2. cons. 34. n. 2. Müller. ad Struv. Exercit. 23. cit. thes. 57. lit. e.*

præcipiè verò ex pluribus, & insolitis cau-tolis adjectis; nam ex his ut plurimum sus- picio simulationis, & fraudis evidens ori- ri solet

arg. l. *siquis* 7. ff. de condit. *instit. Mascard. vol. 1. conclus. 444. n. 9.* & *vol. 2. concl. 816. n. 40.*

Quanto enim plures cautelæ, & circuitio-nes adhentur, tantò magis à simplicitate veritatis, & bonæ fidei receditur, & fraudis suspicione multiplicantur, quippe cùm sic contrahentes, nisi metuissent retractum futurum, tot, & tam accuratis clau-sulis opus non habuissent.

Cravett. *cons. 355. n. 10.* & *cons. 494. n. 23. tom. 3. Sebast. Vant. de nullit. Process. & sentent. tit. de defect. citat. n. 79.* & seqq. Sichard. *ad l. 30. C. de E- vicit. n. 6. Coepoll. de simulat. contract. n. 15.* & seqq. Menoch. lib. 3. præsumpt. 22. n. 60. & 67. Gilhuf. *Arb. judicial. p. 1. c. 6. de probat. l. 155.* & seqq. Müll- ler. *ad Struv. lit. e. cit.*

40. Si alienatio in fraudem ejus, qui jure retractus uti potuisset, facta esse probetur, illa perinde quoad jus retractus habenda est, acsi revera emptio venditio interces-sisset.

Goedd. *vol. 4. cons. Marburg. 29. n. 26.* & seqq. Müller. l. cit.

Si probatio talis deficiat, præsumptio au- tem aliqua fraudis appareat, potest autho- ritate judiciali juramentum deferri empro- ri, & venditori, & quidem purgatorium, quo coguntur jurare, se nihil in fraudem retrahere volentium machinatos esse, atque sic suspicione, & præsumptiones, qui- bus gravati sunt, elidere, seque ab illis pur- gare.

c. *fin. de purgat. Can. & arg. l. præ- senti* 6. §. sed si 4. §. sicuti deposita, C. de his, qui confug. ad Eccl. Beust. ad *Rubr. de jurejur. n. 195.* & ad l. *admo- nendi* 31. num. 144. & duob. seqq. Boger.

class. 6. D. 18. *thes. 35. Müller. lit. e.*
cit.

ubi addit, hoc juramentum purgationis, si à judice ob inopiam legitimarum probationum deferatur, non posse recusari, vel referri, sed omnino præstandum esse. Præ- stito autem hoc juramento, nihilominus in retractus processu probationi in con- trarium locus esse potest per

Constit. Frider. §. ideoque illi, ibi & post juramentum, si probatum fuerit, &c. nam juramentum purgationis probatio- nes, quæ in contrarium ab adversario proferri possunt, non excludit.

arg. l. *admonendi* 31. ff. de *jurejur. Auth. novo jure, C. de pæn. judic. mal. judic. Mynsing. cent. 1. obs. 82. Gaill. lib. 2. de *Pac. pub. obs.* 7. n. 12. Faber in *cod. lib. 4. tit. 2. defin. 3. n. 2. Bocer. D. 8. cit. thes. 86.**

Nun aber scheinet allerding, daß in casu substrato solche præsumptiones, und con-jecturæ concurriren, welche erweisen, daß von denen Übergeberen nit alleg bonæ fide gehandlet worden; dann imd. haben desf Andreæ Gebrüder per pacta dotalia bereits ad retractum das jus quæsitum schon erreie- chet, welches die übergebende Ehe Leuth ohne besagter Gebrüder Consens ihnen nit mehr benennen können; nam per vulgata nemini jus, sibi quæsitum, sine injuria au- ferri potest: & per

Reg. *mutare 33. de R. f. in 6. mutare consilium quis non potest in alterius detrimen- tum.* Es wurde aber per dicta num. 37. ihnen Gebrüderen das jus retractus worden benommen seyn, wann die überge- bende Ehe Leuth, wie sie gesunken waren, quæst. Hof an den Melchior irrevocabiliter hätten übergeben können, ubi proinde lo- cus est generali doctrinæ juris, quod si quis contra pacta expressa veniat, vel una manu concedat promissa, altera querat eripere, præsumptionem dolii contra se ha- beat

l. *procuratorem* 8. §. *dolo* 9. ff. *mandat. add.* Haben die Übergeber dem mit Mel- chior geschlossnen Contract den Namen einer Übergab, oder eines andern Contra- ctus innominati gegeben, da er doch per dicta *ad quæst.* 1. revera ein Rauff gewesen. Deme nit obsteht, daß nur ein Baarschafft an Geld von 3000. Gl. pactiret worden, das andere aber in einer Quantität von jährlich reichendem Getreyd, und anderen Lebens- Mittlen bestanden; nam, ut cum aliis

Robert. Marant. in *specul. aur. & ibi subjunctiona* D. 9. n. 26. Boér. in *consuet. Bitur.* tit. de *retract. lign.* §. 1. §. quid si permutans. Berlich. p. 2. *concl. 39. n. 48.* & 60. Struv. *Exercit. 23. thes. 57.* & ibi Müller. lit. d.

advertunt, si frumentum, aurum; argentum, aut alia res fungibilis, quæ tam facile, & expedite potest expendi, quam

41.

42.

quam numerata pecunia, addatur rei, jus retrahendi æquè, acsi ab initio res vere vendita esset, admitti videtur. Hat also in gegenwärtigem casu das Ansehen, daß dem mit Melchior celebritten Contract nur ad excludendum jus retractus, folglich in fraudem retrahentium der Namen einer Ubergab, oder eines anderen Contracts gesgeben worden.

43.

3tio. Hätten sie denen Gebrüderen per dicta num. 38. den mit Melchior geschlossenen Contract denuntiren sollen, und erwarten, ob sie sich des per pacta dotalia ihnen zugesprochenen juris retractus bedienen wollen, qui autem scienter non facit, quod ex officio tenetur facere, de dolo suspectus est.

l. dolus 44. & l. si procuratorem cit. ff. mandat.

Kan auch sothane Suspicion nit aufheben, da sie für die Ursach ihres facti gegeben haben das Misvergnügen, so sie wider des Übergebers ernennite Brüder gefasset; dann erst errosen müste werden, ob solch Misvergnügen aus billichen Ursachen herkommen, indem doch Simon expressè allexiret sich nit entzinnen zu können, daß er sein Lebenlang seinem Bruder Andreæ einige Ursach zu einem Unwillen gegeben habe, auch sich offeriret, alle conditions, und puncta, so mit dem Melchior eingegangen worden, eben so gut, und sicher, auch noch besser, und sicherer, als jener, zu halten. Aus disen allen dann scheint für sich selbst zu folgen die Beantwortung desjenigen, was oben à num. 22. angeführt worden.

44.
Responde-
tur ad ra-
tiones ne-
gandi.

Ad 1um. Kan per dicta num. 31. das Einstand-Recht billich pro specie retractus legalis gehalten werden, und ob schon das selbe per l. dudum 14. C. de contrah. empt. restringiret, oder wie andere wollen, gar aufgehoben worden, so ist dasselbe doch nach der Zeit besag num. 32. per universalem consuetudinem, etiam Germania, widerum aufrecht gestellet worden. Darum dann, weilen in dubio, wo gefraget wird, ob solch Recht auch in dem Herzogthum Neuburg üblich seye, von Gebrauch der umligenden Provincien der Schluss gemacht muß werden, auch besagtes Recht in diesem geübet wird, wird das onus probandi denen negantibus allerdings obligen.

45.

Ad 2dum. Hat zwar das jus retractus per communem DD. alleinig Platz in emptione venditione, nit aber in permutatione, donatione, cessione, oder Ubergab. Es wird aber in all diesen Contracten von bemeldten DD. alzeit ausgenommen, wann nit dise Contract nur simulat, & in fraudem juris retrahendi wären eingegangen worden. Da dann per dicta num. 41. & duobus sugg. in casu substrato zünlich wichtige conjecturæ, præsumptiones, und indicia einlauffen, welche zeigen, daß der mit Melchior geschlossene Contract nit allers

dings bonâ fide celebriret worden, wird den übergebenden Ehe-Leuthen per dicta num. 40. obligen, daß sie per juramentum auf Anordnung Richterlichen Befehls von der suspicione fraudis sich purgiren, wo doch auch nach Præstirung dises Juraments denen Befreundten des Andreæ frey stehen wird, non bonam fidem der Übergebenden darzuthun. Demedann

Ad 3tum. sich conformiret das jus Bavarium, welches, da es tit. 10. art. 18. statuirt, daß der Gebrauch, und Gerechtigkeit des Einstands auf Wechsel, Tausch oder Ubergaben nit soll gezogen werden, sonder im Rauffen allein Statt haben, eben disse Exception macht per formalia, doch daß solche Wechsel ohne gefährliche Weiß, und durch einen solchen Scheind den nächsten Freunden den Einstand zu verhinderen, damit die Güter in fremde Hand kommen, nit geschehe sonder beider Theil Nutz, und Nachdurft nach aufrichtig, und recht Wechsel- oder Tauschweiss fürgenommen, oder gehandlet werden: welches dann auch so, so es die nächste Freund begehren würden, durch die Partheyen bey geschwornem Ays, oder nach Gelegenheit der Personen bey Trauen und Glauben an Ayds statt erhalten, und bestätiger werden sollte, ohne Gefahrde. Ist also dises statutum nit particular, sonder denen allgemeinen consuetudinibus juris retractus gleichförmig. Eben also gehabt sich, was eodem art. 18. hennach gemeldet wird in formalibus, Wo auch so in den Ubergaben dasjenige, so des Einstand des Guts herausgeber so den halben Werth des übergebenen Guts übertrifft, soll es für einen Rauff gehalten werden; massen besag dictorum ad quast. imam hierinn ex principio, quod magis principale trahat ad se, quod est minus principale, & simul, ut obvietur fraudibus, auch communis DD. tam TT. quam JCtorum extra Bavariam einstimmet, und solchen Contract für einen Rauff hältet.

Ad 4tum. Ob die Voorschafft der von 47. dem Melchior erlegenden 3000. fl. den halben Werth des übernommenen Hof übersteige, wird per dicta quast. prac. eine eydliche unpartheyische Rechnung geben, welches, wann es sich in casu substrato befindet, wird billich à paritate cum permutatione ein Argumentum deduciret können werden, von welchem Permutationsfall

Illustrissimus D. Baro Schmid ad statut. Bavar. allegat. tit. 10. art. 18. n. 5. cum Berlich. lib. 3. concl. 39. n. 59: anmerket, quod si pecunia, quæ alterius minoris pretii danti, refunditur, multum excedit, tunc potius facta venditio, quam permutatio censeatur. Und hält keinen Stich die von des Andreæ cauß Pa;

46. Patrono gegebene Disparität, welche er in deme stellt, daß in der Permutation dem Permutanti wenig daran gelegen, wer sein Gut habe, vil aber dem Übergebenden, wann die Übergab mit einem Austrag lebenslänglich bey dem Einthuer zu leben, und von ihm die Nahrung zu empfangen gemacht worden; dann auch demjenigen, so das Einstand-Recht hat, vil daran gelegen, zu was Hand die avita bona transseriret werden, cum valde lugubre sit ista in alienas manus devolvi. Proinde etiam de damno vitando certat.

48. Ad 47um. Hat es mit derley vermeintner Donation ganz gleiche Beschaffenheit, wie mit der Übergab, oder prætendit Contractu innominato; massen der allgemeine der Rechts-Gelehrten Lehrsatz ist, daß eine mitlauffende donatio remuneratoria, per ea, quæ docet.

Tiraquell, de jur. retract. §. 25. gloss. 2. n.
3. Garf, de donat. remunerat. n. 3. Fachin.
lib. 3. contr. c. 39.

das Einstand-Recht nit ausschlüsse. Von welchem aber etwas mehrers gemeldet wird werden ad quaest. 48am

49. Ad decidendam igitur hanc secundam quaestione, ist ex deductis imò richtig, daß in unserm Deutschland das Einstand-Recht passim in würtklicher Ubung seye. Darum auch die præsumption genommen wird, daß selbes gleichfalls in dem Herzogthum Neuburg Platz greiffe. Demnach dann 2. dasselbige auch der Freundschaft des Andreas nit allein jure sanguinis, sonder auch Kraft der zwischen Andreas und seiner Haushwirthin Sybilla errichteten pactorum dotalium gebühren thut, wann nur der casus vorhanden, wo das Jus retractus Platz greissen kan. Sothauer casus aber atio scheinet in præsenti facti specie offenbar zu seyn, angesehen sie beede Che-Leuth quaest. Hof an den Melchior, als einen respectu des Andrez extraneum übergeben haben. Und zwar 4to simulacrum sub specie einer Übergab, revera aber per emptionem venditionem, wann sich aus wahrhaftiger Schätzung des Hofs zeigen sollte, daß die pactirte 3000. Gl. den halben Werth besagten Hofs übersteigen. Solte aber auch dises nit seyn, so wurde doch s. schwärlich das Jus retractus wenigist post mortem utriusque conjugis können gehinderet werden, weilen solch Jus der interessirten Freundschaft in hunc casum per pacta dotalia expresse bedungen worden, folglich das Jus quæstum hierzu hat, welches Andreas ohne seiner Bluts-Freundschaft Consens ihro nit mehr benemmen hat können. Ist also in casu præsenti wenig daran gelegen, ob man dem hler mit dem Melchior celebrirten Contract den Namen einer Übergab, oder einen andern gebe. Und verbietet auch weder das Kayserl. Land-Recht, noch das Jus commune nit den Reg.

R. P. Schmalzgrueber Consilia.

men einer Übergab vergleichenen Contracten zu geben; dann, was immer solch Contract Namen habe, wann er das halbe pretium des übergeebenen Guts übersteigt, oder sonst simulacrum, und in præjudicium jus retractus habentium celebriret worden, per deducta das Einstand-Recht Platz greissen muß.

QUÆRITUR III.

Ob Andreas quaest. Hof seinem Weib Sybillæ revera vi pactorum dotalium angeheyrathet habe, folglich sie das Dominium hierzu bekommen, und des Andreas Brüder Kraft dessen das Einstand-Recht verlohren haben?

Als Andreas seiner Ehemalithin Sybillæ 50. quaest. Hof angeheyrathet, zeiget sich Rationes klar imò nach Meynung der Überger dubicandi, ber aus dem Instrumento pactorum dotalium §. 2. ibi, da hingegen fürs andere widerlegt er Andreas ihr (der Sybilla) solche 1200. Gl. mit Verschreibung seines ganzen Hofs. Wann dann bekannten Rechtes ist, quod uxor in redonata propter nuptias, vulgo Widerlag, non solum jus reale, sed etiam præ omnibus aliis prælationem habeat, wird hieraus ganz wohl geschlossen können werden, daß sie durch diese per pacta dotalia beschaffene Anheyrathung auch das Dominium mentionirten Hofs überkommen. Welches auch 2do. Noch mehrer erhellet ex §. 3. corundem pactorum, wo Andreas pactaret, daß, wann er vor seinem Ehe-Weib, ohn ehelichen Leibs-Erben, sterben würde, sie seinen nächsten Freunden 500. Gl. baar Geld, auch die Truhen, mit seinem Halb-Gewand hinausgeben solle. Mithin bleibt ihr vi pactorum dotalium der in contradictum verschrifbene Hof in Handen, intuitu dessen sie die besagte 500. Gl. des Andreas ihres Manns Freunden hinausgeben muß. Deme nit obsteht das generale dogma juridicum, juxta quod dos (idem est de donatione propter nuptias) soluto matrimonio, ad dantem revertitur; dann diser Lehr-Sag dahin zu verstehen, nisi aliter sit conventum; dann, obwohl das Weib respectu der Widerlag vi Legis allein ein Dominium fictum acquiriet, so kan doch vi pacti specialis sie wohl auch das Dominium naturale hierüber bekommen. Patrocinatur

D. Christoph. de Chlingensperg ad inst. lib. 2. tit. 7. q. 20.
ubi dicit, tum demum, soluto matrimonio;
donationem propter nuptias reverti ad maritum, si aliud non habeant pacta dotalia.
Concordat

(LIII)

Schnet;

Schneidewin ad §. est & aliud. in fin. Inst. de Donat.

Dass aber in casu substrato Kraft bemeldten Heyraths-Briefs revera ein pactum de lucranda contradote eingekommen, zeigen die hieraus oben allegirte formalia. Und kan

51. 3. Dieses Pactum keineswegs pro donatione mortis causā interpretari werden, weilen in selbem mentio mortis geschehen, sohin ante mortem kein translationem dominii ausmachen kan; dann jene Pacta, welche de lucro dotis, aut donationis propter nuptias handlen, etiam si faciant mentionem mortis, & propterea executionem eō usque suspendant, für Handlungen inter vivos, & verē irrevocabiles actus, quorum dies statim cedit, & venit, zu halten seynd.

Berlich. p. 2. concl. 51. n. 17. Carpz. p. 2. const. 53. def. 6. Balthas. tit. 1. resol. 7. n. 1. D. Christoph. de Chlingensp. ad inst. lib. 3. tit. 1. q. 2. Object. 1. ¶ certe si pacientes &c.

ex quorum doctrina, si tantum de rei alicuius, vel plurium particularium obventione post mortem alterius conjugis agatur, sine expressione verborum erben, legiren, vermachenzc. pacta dotalia censentur concepta in vim actus inter vivos, & irrevocabilis. Ja

Harppt. vol. 2. cons. Tubing. 18. n. 226.

schreibt, daß oil vortreffliche und bewehrte Sribenten in der besten Meynung stehen, daß auch das Wort erben, u. succedieren, geschweigen die andere non adeo directa verba, als kommen, fallen, folgen zc. in denen pactis dotalibus nit verhindern, quo minus hæc pacta, ceu irrevocabile negotium inter vivos, & per modum Contractus subsistant. Hincetiam

Mevius adjus Lube. p. 2. tit. 1. ad rubr. n. 100.

ait, quod, quando dotali instrumento de certis bonis cautum est, velut, daß der überlebende Ehegat einen gewissen Anteil aus des Verstorbenen Gütern erben, und nemen solle, vi contractus, & donationis inter vivos subsistat. Generaliter insuper, ut post multos alios testis est

Harppt. cons. cit. n. 44. & seqq.

talia pacta, eti agant de succellione coniugum, in vim actus inter vivos concepta fuisse præsumitur. Wann dann in gegenwärtigem casu auch sogar mit dem mindisten Wort nit gemeldet worden von einer erbliebene Succession, sondern allein des Todesfalls halber eine Disposition unter denē künftigen Ehe-Leuthen gemacht worden, wird selbe für kein donatio mortis causa, und also für revocabl können gehalten werden. Und wird

52. 4. Solches auch nit erzwungen aus deme, daß besagt der Sybillæ auf quæst. Hof er-

langtes Dominium contradoris, und dessen execution ad tempus mortis mariti sui deferret ist, und sie ihr habendes Recht bey bemeldtem Hof besag der Übertrag cediret hat; dann solche Cession allein in gratiam des Melchiors, theils ob præcedentia bene merita, theils weil er ihr nächster Besitzende, theils wegen von ihm inskünftig verhoffender Hilff, keineswegs aber in favorem eines andern, als bey welchem ohne das diese rationes moventes sich nit einfinden, beschaffen ist. Notissimi autem juris est, quod cessiones, & renuntiations, singulariter jurium mulierium, strictissimæ interpretationis, & de calu ad casum, & de persona ad personam extendenda non sint.

Barbos. lib. 16. c. 40. axiom. 3. post li. mit. 3.

multò minus renuntiatione facta ex certa causa ad illum casum extenditur, ubi haec causa non subest.

Tusch. lit. R. concl. 180. Speidel. V. renuntiatione juriam. n. 6.

Ist also der Sybillæ consens in alienationem quæst. Hoff nach laut des Übertrags Instrument pur auf den Melchior zu versetzen, folglich, da ihr ein anderer Einthuer sollte obtrudiret werden, kunte sie wiederum zu ihrem Recht stehen, welches ihr via pactorum das Eigenthum quæst. Hoff aus ihres Manns Absterben unwidersprüchlich gegeben. Ohne ihren Consens aber kan Andreas den Hof nit alieniren, weilen er ihr pro contradote, & quidem cum pacto eam lucrandi assigniret worden: ubi iterum certum est, quod absque consensu uxoris non licet alienare dotem, vel contra dotem.

Schneidew. ad inst. lib. 2. tit. 7. §. est & aliud. n. 5. D. de Chlingensp. ibid. q. 19.

Angesehen dann, weilen stö die pacta dotalia quæst. für einen actum inter vivos, & irrevocabile zu halten, mithin das Dominium prædii vermittelst der Universitatratung schon vor mehr dann 30 Jahren würcklich auf die Sybilla gelanget, folglich auf den Andreas Freundschaft hinzukommen, so macht sich der rechtl. Schluss von selbsten, daß, auch, facta hypothesi venditionis, erga Melchiorem celebrata, der Sybillæ Besitzenden vilmehr, als denen klägenden Gebrüderen, und Anverwandten das Einstand-Recht eröffnet worden. Und iret allda nichts, wann selben gleich per pacta dotalia §. 5. das Jus retractus vor allen andern ist vorbehalten worden; dann, weilen sie ihnen, und ihren Nachkommen diese Provision allein in casum mortis utriusque conjugis, nit aber ad dies vita, welches sie cæteris paribus wohl hätten thun können, ausgemachet, greift wider sie Platz die

Reg. contra eum 57. de R. f. in 6. juxta

juxta quam contra eum, qui legem potuit dicere apertius, est interpretatio facienda.

Aber auf diese Argumenta kan folgendes Antwort gegeben werden. Ad 1. num. 54. Solutur. findet sich nit, daß Andreas quæst seinen Hof seinem Eheweib Sybilla würklich angeheirathet, oder mit selbem das von ihr eingebauchte Heyrath. Gut widerleget, zumahnen in dem Heyraths-Brief allein gebrauchet werden die Formalia, widerlegt er Andreas solche 1200. Gl. mit NB. Verschreibung seines ganzen Hofs, welches Wort Verschreibung vilmehr eine hypothec, als translationem dominii andeutet. Und erschellet dessen Meynung klar aus dessen nachfolgenden Worten, wo die Summa dotis allatae, und contradotis promissæ zusamengezogen wird, in formalibus, thut also die völliche Summa 2400. Gl. dann, weilen besagter Hof, wie ermeldter Andreas berheutten will, auf, oder über 6000. Gl. geschätzet wird, wurde die gesamte Summa desß von der Sybilla eingebauchten Heyrath-Guts, und von dem Andrea versprochener Widerlag um ein vil mehrers, als 2400. Gl. ausmachen. Folglich ist zu schlüsse, daß Andreas die ihm von der Sybilla per modum dotis eingebauchte 1200. Gl. mit andern 1200. Gl. consequenter in pecunia widerleget, zu dessen Versicherung aber er ihr seinen Hof verschelben habe. Da nun ausgemachten Rechtfestens ist, quod Creditor pignoris, vel hypothecæ proprietatem non acquirat, kan mit keinem Fundament gesaget werden, daß vermoeg besagter Worten der Sybillæ das Dominium auf besagten Hof von ihrem Mann seye zugeschrieben worden.

Und wann auch schon der Hof selbst per modum donationis propter nuptias der Sybilla wäre angeheirathet worden, so ist doch in jure richtig, daß, wie der Mann in dote, also auch das Weib in contradote kein dominium verum, & naturale, sonder nur fictum, & temporale habe ex

Auct. permis. C. de donat. prop. nupt. D. Christoph. de Chlingenp. ad inst. lib. 2. tit. 7. q. 18. object. 2.

ubi dicit, quod uxor in re donata propter nuptias habeat quidem dominium, sed tantum fictione juris, seu jure singulari. Ad dit q. 18. cit. donationem propter nuptias fieri in securitatem dotis. Mit weniger sagt er cit. libr. 2. tit. 8. q. 2. object. 2. quod uxor habeat, & retineat penes se dominium dotis sive naturale, & tantum civile (quod duntaxat fictum est) transeat ad maritum. Consequenter etiam maritus habet, & retinet dominium naturale contradotis, & tantum civile, & fictum transfert in uxorem. Cujus indicium est, quod per liquida jura

§. est & aliud. 3. inst. de donat. l. cum mult. 1200. C. de donat. ant. nupt.

Dos, soluto matrimonio, revertatur ad uxorem, vel patrem dotantem, & donatio R. P. Schmalzgrueber Confilia,

propter nuptias ad maritum, & hæredes ejusdem. Ratio est, quia utrumque tantum deservit ad onera matrimonii sustinenda, non vero ad patrimonium unius diminuendum, alterius augendum.

Ad 2. num. Es icret auch allda nichts, daß in denen pactis dotalibus §. 3. versehen worden, daß, wann Andreas vor seinem Ehe-Weib ohne eheliche Leibs-Erben sterben würde, sie seinen nächsten Verwandten sooo. Gl. baar Geld, auch die Truhen mit seinem Hals-Gewand hinaus geben solle, woraus man dann schlüssen will, daß ihr Sybilla auch das Dominium über den Hof zugesagt worden; dann, cum juxta

Reg. in obscuris 30. de R. f. in 6. in obscuris minimum sit sequendum, kan gesagt werden, daß in caso substrato nach dem Ableben ihres Manns per pacta dotalia ihrer Sybilla, da sie Zeit während der Ehe keine Leibs-Erben erwerben solten, die in 1200. Gl. bestehende Widerlag bleiben, der Hof aber, mit Hinausgab der sooo. Gl. allein usufructuario modo derozelben gelassen sole werden. Solte aber erzvungen werden, daß der Sybillæ auch das Dominium nach dem Todt des Manns per dicta pacta dotalia in solchem Fall zustehen solle, müßte doch solches mit dizer Condition verstanden werden, daß die Freundschaft des Andrea, wenigst nach beider Ehegatten ohne Leibs-Erben sich ereygnendem Todt, allezeit vor allen andern das Vor- und Einstand-Recht haben sollen, ansonst würden in uno, codemque instrumento pactorum dotalium ganz sichtbarliche contradictionia sich befinden, da §. 5. derozelben besagter Freundschaft das Einstand-Recht vor allen andern zugesagt, vorher aber nach Auslegung der Beklagten §. 3. durch die Anverheyrlung, und dadurch beschobene translation auf die Familia der Sybillæ schon vorhin dices Recht wäre benommen worden: quo casu Plaz greissen würde communis doctrina, juxta quam, si unum, idemque instrumentum repugnantia complectatur, & haec conciliari non possit, rejici illud omnino debet, cum contraria simul vera esse non possint.

Ubrigens wird nit widersprochen, daß per pacta dotalia de lucro dotis, vel contradotis zwischen den Ehe-Leutchen pacisci-ret möge werden, wodurch folglich limitirt wird der gemeine Lehr-Satz, nach welchem ansonst, soluto matrimonio, die dos dem Weib, und contradots dem Mann, und dessen Erben zufollet. Es ist aber eben die Frag, ob in caso substrato ein solches pactum de lucranda dote zwischen dem Andrea und seiner Ehewirthin errichtet seye worden; dann, wie num. 54. gemeldet worden, die Wort, widerlegt er solche 1200. Gl. mit Verschreibung seines ganzen Hofs nit auf ein Pactum de lucranda dote, sonder vilmehr auf eine hypothecam Constitutio

stitutam super similis quantitatis contradicte ausdeuten, wie dann den Fингерzeig hierzugeben die nachfolgende Formalia, thut also die ganze Summa 2400. Et und confirmaret sothane Interpretation auch das Jus commune, juxta quod donatio propter nuptias dotem æquare, & propterea, unum aucta, etiam altera augeri deberet per textum

s. est & aliud 3. inst. de donat. l. si constante 19. & Auth si jam necesse. C. de donat. ant. nupt. & Novell. 97. c. 1. & 2.

Da dann die Sybilla ihre dotem ad quantitatem pretii deß quæst. Hofß nit augriet, ist bisslich zu præsumire, daß Andreas allein disen seinen Hof pro hypotheca contradotis promissæ, quæ sit æqualis cum dote, verschriften. Aus deme dann responso

58. Ad 3. sich ergibet; dann obwohlen sonst bey denen Rechts- Gelehrten ein recipirte Regel ist, daß, ob gleich in denen pactis dotalibus eine Meldung des künftigen Todt-Halls geschicht, derley pacta, wann sie sich mit gebrauchen solcher Worten, welche ein erbliche Succession andeuten, jedannoch pro pactis simplicibus, & irrevocabilibus zu halten seyen, so ist besagter massen annoch nit in claris, ob in casu substrato ein pactum de lucranda dote, sive per modum contractus, & inter vivos, sive mortis causa, unterlossen; dann besag dictorum num. 56. aus deme, daß in casu, wann Sybilla ihren Mann überleben solle, sie dessen nächsten Besfreundten 500. Et hinaus geben solle, sothanes pactum de lucranda contradicte annoch nit mag geschlossen werden; sollte aber dises erzwungen werden, so müßte solches per ibi dicta ad vitandam contradictionem verstanden werden cum clausula reservati juris retractus zu favor deß Andreæ nächsten Besfreundten, ob allegatam in pactis dotalibus causam, weilen der Hof von ihnen herkommet. Darum dann

59. Ad 4tum & ultimum, wann gleich Sybilla sive per pactum inter vivos, sive mortis causa das Eygenthum quæst. Hofß sub executione ad casum mortis differenda erhalten hätte, so hätte sie doch dasselbe durch die an Melchior gemachte cession widerum verloren. Und macht nichts zur Sach, daß besagte cession allein in favorem deß Melchiors geschehen ist; dann sie cedende Ehe- Leuth hierdurch denen Besfreundten deß Andreæ das per eadem pacta erlangte Einstand- Recht nit haben benennen können. Folglich ist besagter Hof, wenngist das Einstand- Recht betreffend, annoch in der Freundschaft deß Andreæ auch nach beschobener Übertrag geblichen. Irret auch nichts, daß Simon ihm, und seinen Nachkommlingen das Jus retractus allein nach beider Ehegatten Todt hat ausgedungen; dann solches auf das höchste allein

probiret, daß von ihnen solch Recht vor dero Todt cum effectu nit möge anbegrebet werden, von welchem aber quæst. sta ein mehrers.

Ist also ad quæstionem præsentē die rechtl. Antwort. imo. daß annoch nit satis am Decidere wesen worden, als wäre quæst. Hof der Sybilla von ihrem Mann cum pacto de lucranda donatione propter nuptias angewyrrathet, und hemic ist das Eygenthum auf besagten Hof zugesprochen worden, massen von solchem pacto in dem Heyrathys. Brief nit ein Wort zu finden, sonder allein in casum mortis disponiret, und sowohl der Sybilla ihre dotalia, als deß Manns Besfreundten der Rückfall ausgejegter worden. Solte aber 2. ein solches Pactum je erzwungen werden, und dises rationem donationis mortis causa haben, so hätte doch selbes seinen effect, vivente adhuc marito, nit erhalten, mithin wäre es ad mortem usque ambulatorium, & revocabile, ja actu ipso revociret, da Andreas mit consens der Sybilla quæst. Hof dem Melchior übergeben; spontanea enim cessione legatum tollitur.

S. si rem suam. 12. inst. de Legat. ex quo argumentum fieri potest ad donationem mortis cauâ, prælertim, cum suffragetur

l. spem futura actionis 3. C. de donat. l. qui mortis 30. ff. de mort. cau. donat. Brunnem. in l. Marcellus. n. 2. ff. tit. eod.

In solchem Casu aber, und da auch zio behauptet solle werden, daß quæst. Heyrathys- Pacta rationem Contractus inter vivos haben sollten, so wurde doch denen Besfreundten das Einstand- Recht nach beschobener Übertrag noch offen stehen, massen die übergebende Ehe- Leuth durch selbe ihnen das Jus quæticum ohne vero Contens nit nemmen können. Folglich kan man mit nichts auf dem beharren, daß per dicta pacta dotalia denen, auf Seiten Sybillæ stehenden Besfreundten ein mehrers Jus, als denen Besfreundten deß Andreæ zukomme, massen per eadem pacta disen Letztern aus Ursach, daß der Hof von ihnen herkommen, das Jus retractus vor allen andern zugesprochen worden.

QUÆRITUR IV.

Ob eine donatio remuneratoria, welche gegen dem Melchior wegen seiner Verdiensten in quæst. Übertrag geschehen soll seyn, das prætendirende Jus retractus ausschließen möge?

Die Ursachen solches zu bejaen seind 61. imo. Weil in jure, und bey denselbigen DD. richtig ist, daß in denen Verehrungsdokumenten oder

oder Donations- Fällen das jus retractus
nicht Statt habe per

Constit. Frid. junct. arg. I. fin. C. de
jur. Emphyt. Rosenthal. de feud. c. 9.
concl. 90. n. 7. Hartmann. Pistor.
lib. 9. p. 1. q. 12. n. 17. Boer. decis. 143.
n. 2. Struv. Exerc. 23. thes. 52. Müll.
ler. ibid. lit. a. Philoparch. Klug.
Beambt. p. 4. tit. 17. §. 27.

weilen solches aus einer puren Liberalität,
wegen besonderer gegen den Donatarium hest
gender affection herrühret. Und ist 2dō.
nicht hierin zu entscheiden, ob es donatio
simplex seye, per

dictam Constit. Frid. ibi, vel simplicis do
nationis, junct. arg. I. squalis 1. C. de fund.
patrim. lib. 11. & l. fin. C. de prad. De
cav. lib. 10.

oder auch 3tiō. propter nuptias; dann auch
donatio propter nuptias das Einstandrecht
ausschließet.

dicta const. Frid. ibi, vel donationis
propter nuptias, junctā l. penult. & ultim.
C. de donat. ant. nupt.

Sa auch 4dō. in donatione mortis cau
sa, vel ex testamento hat das Widerlös
ungs- Recht keinen Raum.

dicit. Const. Frid. ibi, donationis mor
tis causa, vel ex testamento. Afflct. ad
cit. Conf. 5. licet autem 3. n. 9. & 10.
Guid. Pap. decis. 48. n. 2. Carpz. p. 2.
const. 32. def. 16. n. 4. f. & 6. Cons.
argent. 33. n. 16. & seqq. vol. 1. Müller.
ad Struv. lit. a. cit.

Wann dann stō. in casu præsenti die In
tention der übergebenden Ehe Leuthen ge
wesen dasjenige, was das premium des Hofs über
gebenen Hofs, als das von dem Melchior
erlegte Geld, und Austrag übersteiget, ih
me wegen seiner Verdiensten zu schenken,
wird nothwendig sothane Donation das
Einstand- Recht ausschließen müssen.

Vermög dieser bisher allegirten Funda
menten müßte quæst. Donation ein dona
tio remuneratoria seyn. Es hat aber bey
diesem etwelche Bedencken; dann 1mō. hat
Melchior vilmehr Gutthalten empfangen,
als geleistet, da ihne der Andreas von Kind
heit bis dahin, wo er in solchen Stand kom
men, daß er sein Brod selbst zu gewinnen fä
hig, erzochen, gekleidet, und ernähret.
Was aber 2dō. die von ihm Andreas ge
gen den Melchior hegende affection belan
get, müßte selbe ihren Effect sine præjudi
cio des tertiū haben, welches aber in casu
substrato ohn sothane præjudiz durch Ue
bergebung quæst. Hofs nit hat leichtlich ges
sehen können, angesehen 3tiō das jus
retractus auf besagte Hof der Freundschaft
des Andrea, weil selber von ihnen herkom
men, per pacta dotalia, utriusque partis
consensu erecta, vor allen anderen reserviret
und ausgedungen worden, folglich sie Ges
brüder das jus quæstum hierzu erlanget.
Cum ergo juxta

Reg. omnistres i. de R. f.
Omnis res, per quasunque causas nasci
tur, per easdem dissolvatur, müßte 4dō
besagte Freundschaft, wann gemeldte Ue
bergebung des Hofs unwiderruflich, und
das jus retractus ausgegeschlossen solte seyn,
hierzu ihren Consens gegeben haben; nemo
enim donare rem potest irrevocabiliter,
ad ejus revocationem alias, vel alii
jus jam quæstum habent. Welches auch
stō. Platz greifet in denen donationibus
remuneratoria per

arg. I. si unquam C. de revoc. donat.
quamvis enim communis DD. sententia
apud Fachin. lib. 3. contr. c. 89.
doceat, si remunerandi gratiā donatum
quid sit, vel ob aliam causam, quæ com
modum recipiat donatoris, non esse lo
cum huic Constitutioni, tamen necessari
excipiendum est, si talis donatio tollat jus,
alteri tertio jam quæstum.

arg. Reg. Cum quid prohibetur 39. in 6.
ne scilicet, quod una viā non licet, alterā
viā obtineatur. Da dann stō durch ei
ne unwiderrufliche Übertragung an einen extra
neum (wie Melchior respectu des Andreae
ist) dient Freundschaft das jus retractus in
perpetuum benommen wurde, kan selbe kei
nen Platz greissen, sonder das bedungene
Recht, wenigst nach dem Ableben beider
übergehenden Ehegatten unverfehrt verblei
ben, ansonst, und wann 7mō. das Wi
drige geschehen würde, hätte solche remu
neratoria Übertragung den Scheit einer verstell
ten donation, wurde folglich sothane do
natio per dicta num. 24. unkraftig seyn,
und kan der Donator gezwungen werden
dem consanguineo die Sach wider seinen
Willen zu verkauffen.

QUÆRITUR V.

Ob denen Gebrüderen, und
Freundschaft des Andreae schon 7mō,
und noch bey Lebts- Zeiten beider Ehe
Leuthen, da der Hof von ihnen an
den Melchior übergeben wor
den, das ausgedungene
Einstand- Recht ge
bühre?

De Verweg- Ursachen, so dem Begehs
ren der Gebrüder entgegen zu stehen rationes
scheinen, seyn 1mō. Wann dem dubitandū
Simon, und Consort. das jus retractus
gebührte, müßte solches ihnen gebühren
vi. s. des Heyrathys. Briefs, und durch
alldort sich findende formalia, ibi, zum
fünften, und letzten, wann sie all beide
ohne eheliche Leibs- Erben sterben wuro
den, so sollen des Andreae nächste Be
freunde zum Hof, weilen solcher von ih
nen herkommet, das Einstand- Recht
vor anderen haben. Es wird aber disser
(Lilius)

63.

Synus

Hoc hinc nit vortheilig seyn, massen wie beede übergebende Ehe- Leuth mit einem corporis- chen Ahd erhardtē wollen, daß Simon ohne besagter Ehe- Leuthen Wissen, und Gegent- wart erst nach à tempore pactorum, & contractus matrimonialis verflossenem zwey Jahren, clandestinē zu dem Löbl. Land- Vogt- Amt sich versüget, und disen letzten Puncten, quasi ex contrahentium vol- luntate, angegeben hat. Und wann auch besagter Punct cum utriusque conjugis vol- luntate wäre beygesetzet worden, so haben doch

64.

z dō. Sie actores das Einstand- Recht pur in eum casum, wo beede Ehe- Leuth ohne leibl. Erben verstorben, ihnen vorbe- halten; daß also defacto, und wo beson- ders nach jüngst referirtem Ableiben der Sybilla der Andreas noch bey Leben, der ausdedungene casus, in welchem sie sich desjuris retractus bedienen kūnnten, noch nit vorhanden; nam, ut cum communi

Viv. lib. 2. decif. Neapol. 283. Klock.
tom. 4. cons. 12. n. 12.

notant, expressio unius est exclusio alterius, & expressum facit cestare tacitum. Folglich isthaen Ehe- Leuthen in vivis die freye Disposition gelassen worden. Aus welch'm dann

z tio. folget, daß weilen sie sich nur in easum mortis utriusque conjugis per modum provisionis das jus retractus vorbe- halten, sich aber gleiche provision auf den casum, da übergebende Ehe- Leuth inner Lebs- Zeiten von disem ihrem Hof eine alienation machen würden, nit gemacht, welche sie doch ceteris paribus ihnen hätten machen können, so haben sie sich selbst die Schuld zu geben, und heissetes, quod contra illum, quilegem clarius potuisse dicere, & non dixit, facienda sit interpreta- tio, wie schon oben gemeldet worden.

65.

Solvuntur.

Auf diese Einwürff wird gegnerisch. Seiths opponiret. Ad i. m. Hätte ein Löbl. Land- Vogt- Amt sich selbst höchst vergriffen, wann selbes auf des Simon heimliches, und einschichtiges Angeben, und dictiren, ohne Einstimmung der Contrahenten disen §. s. dem Protocoll, und Heyraths- Brieff beygesetzet hätte: welches gänz nit zu præsumire, quippe cum judex, quæcunque facit, ac jubet, justē facere, ac jubere præsumatur.

c. sicut 18. in fin. de sent. & re jud. & l. fin. C. de offic. jud. civil. ibi, quod non arbitramur.

und wird diese Præsumption von dar bestär- ket, da zu End besagten Heyraths- Brieffs diese clausula beygesetzet worden (wie es sich dann in der Sach selbst befindet) daß zu des- sen wahrer Uckund, und mehrer Bestäti- gung zwey gleich lauende, von einer Hand geschribne Heyraths- Brieff auf- gerichtet, auch selbe (inscriptis duobus te- nibus) mit des Hoch- und Wohlgebohr-

nen . . . Herren Land- Vogts, und Landschaft- Vice- Canglers Insigil verfertiget worden. Scriptura enim, munita sigillo publico, & authentico, si cetera, per consuetudinem, vel alias re- quisita, habeant, indistincte faciunt plena fidem quoad illum finem, in quem si- gillum est appressum, non tantum pro ter- tio, sed etiam contra illum.

c. scripta 2. defid. instrum. & tradit ibid. Gloss. fin. Hiltrop. p. 3. tit. 10. §. vo- cab. instrum. &c. n. 11. & tit. 12. n. 1. & seqq. Welend. ff. ad dict. tit. n. 2. Ever- hard. ad tit. cit. c. 12. n. 25. Pax Jor- dan. lib. 14. tit. 20. n. 5. Haunold. tom. 5. tract. 4. n. 577. Vallens. ad tit. cit. §. 1. n. 3. cum communi.

Wied also disemnach wider allegirten §. s. bemeldten Heyraths- Brieffs nichts Wi- driges auszusezen seyn, und das alda vor- behaltene jus retractus in seinem esse verbleiben müssen.

Ad 2. dum. Wann gleich vermög besage- ten §. sti pactorum dotalium der Gründ- schafft des Andreas in eum casum, da beede Ehe- Leuth ohne Leibs- Erben versterben würden (welcher casus zumahlen sich noch nit ereygnet, angesehender Andreas annoch bey Leben) das Einstand- Recht bedungen werden, so ist doch vor allen die Intention der Contrahenten zu consideriren, cum actus agentium non operentur ultra intentionem illorum. Nun aber, wie das hier- über aufgerichtete Instrument bezeuget, ist in disen pactis, & §. cit. die Intention der Contrahenten gewesen, daß der Hof, weilen er von denen herkommet, ihnen wider dero Willen nit benommen solte werden, und darum in casum alienationis das Einstand- Recht vor anderen bedungen werden. Mithin

Ad 3. tum. Ob zwar vi dicti §. s. der be- dungen casus sich noch nit ereygnet, folglich denen contrahirenden Ehe- Leuthen durante illorum vitâ, die freye Disposition gebühret, so muß doch sothane Disposition also be- schaffen seyn, daß hierdurch denen Freunde- ten ihr erlangte Gerechtsame ad retrahendum præmium quæst. nit benommen werde; welches aber cestire müste, wann men- tionite Ehe- Leuth besagten Hof an den Melchior irrevocabiliter hätten übergeben können, massen, wie schon oben gemeldet worden, wann ein Gut einmahl in fremde Händ gekommen, und bey solchem Fall diejenige, welche das jus retractus hatten, des- selbigen sich nit bedient, sie hinfür bey noch- mahlinger alienation von disem Recht in per- pétuum ausgeschlossen seyn.

Bermög deductorum zeiget sich imd. 68. daß besagter §. stus wo denen das Einstand- Recht vor anderen bedungen worden, fīc quādū- neswegs, als suppositio adjectus, möge angefochten werden, cum instrumentum authenticum apud Magistratum erectum,

& per hujus sigillum confirmatum, præsumptionem pro se habeat. Ist also 2dō. richtig, daß selben das jus retractus zugesprochen worden, & quidem in vim contractus, utpote ab utraque parte stipulatum, wo dann Platz greift.

Reg. contractus 85. in 6.

juxta quam Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur. Mithin 3tiō. obwohlen denen contrahirenden Ehes Leuthen die freye Disposition über ihren Hof bey des ro Lebs-Zeiten gebühret hat, so wäre doch besagte Freyheit in deme vincularet, daß dasihnen Gebüderen stipulite Recht, tanquam jus prius, & jam quæsum, ohne des ro Consens, von befragten Contrahenten nicht benommen werden; nam juxta

Reg. cum quid 84. eod.

Cum quid unā viā prohibetur alicui, ad id alia viā non debet admitti; & juxta

Reg. mutare 33. dict. tit.

Mutare consilium, quis non potest in alterius detrimentum. Desentwegen wird 4tō. denen Besreundten des Andreæ das so bedungene jus retractus nach Ableiben des noch lebenden Andreæ noch offen stehen, und die von ihm an den Melchior beschehene Übertrag durch das Einstand-Recht von ihnen noch revociret können werden. Folglich kan zwar Melchior auf dem ihm übergebenen Hof bis auf des Andreæ tödtliches Hinschreden geduldet werden; nachdem aber selber gestorben, gewärtig seyn, ob mit dessen Besreundte sich ihres quæsti juris zum Einstand bedienen wollen, massen alsdann erst nach buchstabischem Verstand bedütenen §. solch Recht den Eingang findet.

QUÆRITUR VI.

Wer aus denen übrigen zweyen Brüderen, Simon oder Marcellio nun seel. das Einstand-Recht habe ansuchen können?

69. Pro facilitanda responce ad hanc quæstionem merke hier an, was die DD. in diser materia concurrentiæ plurim pro jure retractus tradiren. 1mō. Der um das jus retractus, competentis jure luaninis, concurrere will, muß ein consanguineus, oder Bluts-Besreunder seyn. Wo also diese Qualität nit vorhanden, so cessivet auch die actio retractus.

arg. 1. Julianus 9. §. si quis 2. ff. ad exhibend. Mysn. cent. 3. obs. 51. n. 1. & ult. Berlich. p. 2. concl. 39. n. 24. Philoparch. Klug. Beamt. p. 4. tit. 17. §. 13.

Darum dann die Schwagerschafft bey diesem Einstand-Recht in keine Consideration kommt, gleichwie auch die Schwäger einsander nit succediren.

1. affinitatis 7. c. commun. de success.

Cothm. vol. 1. resp. 2. n. 39. Pegius lib. 2. c. 38. Philoparch. tit. 17. cit. §. 15.

doch wird ausgenommen, wann ihrer mehr eine ihnen gemeine Sach mit einander verkauffen; tunc enim omnium cognatis, ac singuli vendidissent, retractus pro rata competit, ut puta, si vir, & uxor communem rem vendant.

Tiraquell. de retract. §. 31. Gloss. un. per totam. Reinck. q. 2. n. 126. Heesler. p. 2. loc. 2. n. 119.

Limitatur autem hæc assertio, nisi res, conjunction à conthoraliis vendita, alterius tantum sit, & ab ejus familia proveniens; tunc enim is solus vendidisse censendus est, qui solus est dominus.

Tiraquell. Gloss. un. cit. Heesler. dict. loc. 2. n. 120.

2. Wann mehrer aus denen Besreunden das Einstand-Recht exerciren wollen, wird der Nähtere dem remotiori vorgezogen.

Berlich. p. 2. concl. 39. n. 26. & seqq. Christin. vol. 3. decif. 56. n. 1. Reinck. q. 2. cit. n. 25. & seqq. Widman. de retract. p. 2. c. 2. q. 11. Illustrissimus D. Baro Schmid. ad statut. Bavar. tit. 10. art. 10. n. 1. & seqq. Philoparch. §. 13. cit.

Wann er nur inner Jahr, und Tag hierzu um sich angemeldet.

Schrader. p. 1. q. 3. n. 14. insin.

Es wird aber die proximitas in disem casu nit deduciret von den ersten Acquirenten des kauffaren Guts, sonder es ist auf den Verkäufer zu sehen. Darum dann, wann mein Groß-Vatter ein Gut gekauft, ich aber solches widerum verkauftte, da sich um den Verkauf anmelden meines Vatters Bruder, und mein Bruder, so wird diser dem Vorderen in dem iure retractus vorgezogen, weil das jus retractus dem juri successionis nachahmet.

Reinck. de retract. q. 1. n. 48. Widman de retract. p. 2. c. 2. n. 14. Struv. Exerc. 23. thes. 17. Philoparch. §. 13. cit.

Weß Ursachen dann auch in dem retractu, wo des mit dem Verkäufer nächst- gespanten Meldung geschihet, jener nit eingeschlossen ist, welcher in dem folgenden, und weitern Grad dem Verkäufer verwandet ist, wann gleich selber den ersten repræsentiret.

arg. 1. s. libertos 23. §. s. libertus 1. ff. de bon. libertor. Christin. ad leg. municip. tit. 11. art. 4. n. 5.

quia jus representationis ex jure quodam speciali competit.

Novell. 118. c. 3. ¶. hujusmodi autem privilegium.

& hoc etiam retractus nititur, nempe statutis, & consuetudinibus. atqui duo specialia in eadem re concurrere nequeunt. Excipitur, nisi speciali statuto, vel consuetudine jus representationis hac etiam in

70.

in parte si introducum, ut scilicet gradu remotiores simul pro rata admittantur *exempli succedentium ab intestato.*

Müller. ad Struv. Exerc. 23. thes. 57. lit.

Præscindendo aber à tali statuto, & consuetudine, werden die remotiores für aussgeschlossen gehalten, massen die Representation nach einer fictione juris rüchet, der gleichen fictiones die statuta respuirent.

Hartm. Pistor. lib. 2. q. 12. obs. 164.
Reinck. q. 2. cit. n. 60. & seqq. Widman p. 2. c. 2. n. 13. Struv. Exerc. 23. thes. 57. Schmid. ad statut. Bavar. art. 10. cit. n. 17. & 20. Philoparch. §. 13. cit.

71.

Concurriren aber verschidene des venditoris consanguinei von gleichem Grad, so werden alle, wo sie retrahiren wollen, pro rata admittirent.

Berlich. p. 2. concl. 39. n. 25. Christin. vol. 3. desig. 52. n. 2. Reinck. q. 2. cit. n. 63. Heesler. p. 2. loc. 2. n. 116. Struv. Exercit. 23. thes. 57. Philoparch. §. 13. cit.

Es seye dann, daß einer aus ihnen den anderen vor kommen, und habe sich vor ihnen um das Einstand-Recht angemeldet; tunc enim, qui prius egit, præfertur, prout contra alios volunt

Tiraquell. p. 1. §. 12. Gloss. 10. n. 4.
Reinck. dicit. q. 2. n. 63. & 84. cum seqq.

Struv. Exerc. 23. thes. 57. citr.

Oder es wäre der eine Agnat dem verkauften Gut benachbart, welchen Falls ihne vor anderen admittirenen wollen

Reinck. q. 2. cit. n. 56. Illustrissimus D. Baro Schmid l. cit. n. 25.

Außer diesen zweyten Fällen hat es ein Gleichheit mit der successione ab intestato, und werden, wie in diser, als auch in iure retractus, wann sie sich dessen bedienen wollen, alle gleichen Grads pro rata zum Einstand-Recht zugelassen.

Const. Frid. de jure Protimis. ibi, sicut plures sint: junct. 1. si plures 98. ff. de Legat. 3. Faber in §. si plures 5. inst. de Legit. Agnat. success. n. 8.

modo res vendita retrahenda commodam divisionem recipiat.

Tiraquell. §. 11. Gloss. 10. n. 4. Berlich. p. 2. concl. 39. n. 27. Heesler. p. 2. loc. 2. n. 116. Müller. ad Struv. thes. 57. cit. lit. v.

72.

4. Wann die res retrahenda nit leicht, oder füglich sich zertheilen lasset, und diejenige, so um das Einstand-Recht sich anmeldet, in communione nit stehen wollen, oder auch, weil selbe von mehreren nit kan possidirent werden, wird selbe demjenigen adjudiciret, welcher sich vor anderen anmeldet.

l. meminimus 2. C. quand. & quib. quart. Tiraquell. §. 11. Gloss. 2. n. 2. Berlich. concl. 39. cit. n. 28. Heesler. loc. 2. cit. n. 117.

Wann sie aber zu einer Zeit adjudicium provocaret, kommen in disem Fall nit alle DD. in ihren Meynungen übereins; dann erweiche vermeynen, daß als dann die Sach durch das Loos auszumachen seye.

arg. §. optionis 23. inst. de Legat. Tiraquell. p. 1. §. 12. Gloss. 10. n. 4. Faber in Cod. tit. 25. def. 2. Cavall. comm. opin. q. 248. n. 19. & seqq. Heesler. loc. cit. n. 118. Berlich. cit. concl. 39. n. 84. Pegius. lib. 2. c. 10. Reink. q. 2. cit. n. 87. Boér. de retract. lignag. §. 2. Struv. Exerc. 23. thes. 57.

und conformiet sich in diser Meynung auch das jus Bavariae.

Land. Recht tit. 10. art. 10.

alii gratificationi in eo casu locum esse statuant.

arg. l. si plura 46. ff. de relig. & sumpt. fun. & l. sequis 8. §. si inter duos 3. ff. de Legat. 2. Bald. Perus. de jur. Protimis. n. 9. Handed. vol. 1. p. 1. Consult. 7. n. 7.

alii illam relinquunt ei, qui majori ex parte rei empti conjunctus est.

arg. l. sequa 5. ff. famil. hercise. alii denique volunt totam rem arbitrio judicis committendam, ut scilicet illa res, qua commodam divisionem non admittit, totam uni adjudicare, & eum alteri ad certam pecunia summam condemnare possit.

arg. l. Item Labeo 22. §. familia. 2. ff. famil. hercise. Ferron. in consuet. Burdegal. tit. 1. §. 3. Lindeman. in Exeg. de jur. Protimis. thes. 3. 1.

5. Wann ein oder anderer aus denen, welche das jus retractus per se gebühret, sich dessen nit will bedienen, kommt selbes zum Guten denenjenigen, welche selbes exerciren wollen

arg. l. si ex pluribus 9. ff. de suis, & legit. hared.

addeo, ut isti hoc casu pro retractu in solidum possint agere.

arg. l. un. C. quand. non petent. part. &c. Tusich. tom. 4. concl. pract. lit. 1. concl. 583. n. 13. Hartm. Pistor. lib. 2. p. 1. 9. 7. n. 21. Lotich. de jure retract. thes. 29. Müller. ad Struv. thes. 57. cit. lit. e.

In casu substrato haben beide des Andreas Brüder sich um das Einstand-Recht angemeldet, wo Simon seinen anderen Bruder Marcellin von dem Einstand-Recht ausschlüßen will, deme auch der besagte Bruder Andreas bestimmet; hingegen über der Marcellin, seil. prætendiret hat.

Die Ursachen, den jüngeren Bruder Marcellin auszuschließen, seind folgend. Rationes imo ist klar. Rechtens, daß, wann die pro fratre Grund in pari gradu das Einstand-Recht major, siche, jederzeit derjenige dem andern vorgezöhe werde, welcher besagtes Recht zum ersten gesuchet hat. Welches bestätigt wird ex statutis Bavariae

Land.

Land - Recht art. 10. art. 10.

Ibi, wären aber ihr mehr in gleichem Grad, so gebe der vor, der sich am ersten hat angemeldet, concordat.

Illustissimus D. Baro Schmid art. 10. cit. n. 9.

Wann dann auch in dem Herzogthum Neuburg erwehnte Bayrisch. Recht in consideration gezogen, und in decisionibus causarum in Obacht genommen wird, so liegt klar vor Augen, daß in casu substrato, da Simon in Ansichtung des Juris retractus am ersten sich angemeldet, dem Marcellino ermeidtes Recht vor ihm Simon nit habe gebühren können. Was darwider

Zoel, de jur. retract. n. 76. & seqq.

meldet, quod inter consanguineos paris gradus locus preventioni in retractu nullatus concedendus sit, ist nit zu achten, angesehen mehrere bewehrte DD. contrarium sententes ihm entgegen stehen. Es kan auch

75. 2. Ihm Marcellino nichts verfänglich machen die von ihm eingerwendete Entschuldigung, daß er alda, und zu selber Zeit zu Wien abwesend, und um dises, daß Simon mit seinem Bruder Andrea in Proceratione juris retractus versallen, nichts gewußt, massen er doch ein und andere Signatur, diese causam betreffend, ihm Simon hin- und hergetragen, und dises öfters von ihm verstanden; auch die Schwester nur alles gar zu klar ihm gesagt, u. beduten, wie eyffrig er Simon dises Einstand-Recht suche. Deme auch nit obstehet, daß

76. 3. Simon ihm Marcellino de dato 3. Junii 1729. nacher Wien geschrieben, und nebst gemachter notification dises Streits, sich von dem Einstand-Recht zu wichen offeret; dann solches nur sub conditione geschehen, sofern er die Mittel, so zu Erhaltung des Retractus vonndhen, habe. Weilen er aber auf solches sich in das Land nit begeben, und erst, nachdem der Procer schon geschlossen, und ad definitivam die Sach kommen, sich intrudiret, hat es das Ansehen, daß er solches hernach nur fraudulenter angefangen zu suchen, massen Simon vorhin schon grosse Unkosten daraufgewendet, welche Marcellinus in casum succumbentia ihm Simon niemahls refundiren würde, oder kunte. Überdas

77. 4. Manglet es ihm Marcellino an den conditionibus, welche sonst von denen, so das Jus retrahendi behaupten wollen, erforderet werden, als imo daß der jenseige, so einstehen will, jurato behärte, daß er nur in suum commodum das Einstand-Recht suchet. 2. Dass er das Geld, um welches das retrahirende Gut überlassen worden, nit nur verbaliter, sonder realiter offerire, auch alle andere præstanta prætiri-
74. rationes pro fratre magno.

R. P. Schmalzgrueber Consilia.

schidene Umständ vorhanden synd, es stecke eine Subornation unter dem Werth.

2. Wäre Marcellin unbemittlet, und müßte, die hinausgebende Summa anerst aufnehmen, mithin würde er sich selbst in einen solchen Stand gefeget haben, wo er, indem die Güter kaum 3. pro 100. ertragen, nebst dem jährlichen Interesse weder die Churfürstl. noch andere Herrschafftl. onera, minder aber dem Andreæ ausgemachten hohen Austrag gewiß würde haben entrichten können. Sohn dann 3. contra omnem juris regulam der Austräger nimium quantum lädaret zu werden in manifesto periculo wurde gestanden seyn, welches die bischofhero von ihm Marcellin geführte Heuz-Wirthschaft bekräftiget, durch welche sein Patrimonium, 10 in 1300. fl. bestanden, allbereits durchgejaget, sohn schon Anzeig gegeben, wie wenig sein Bruder Andreas den ihm stipulierten Austrag sicher zu bekommen sich Hoffnung machen könne. Es glaubet zwar And eas, daß Marcellin vi atletitorum ein ehrlicher Mann gewesen, folglich ihne directe nit habe lädiren wollen. Weilen aber vilmahl geschieht, daß auch ehrliche Leuth aus Unwissenheit des Haufwesens in das Verderben gerathen, und auch solches mit ihm Marcellin geschehen, ware er Andreas nit schuldig sich in Gefahr zu setzen, daß er nit, wann Marcellin zum Einstand-Recht zugelassen wurde, mit seinem jährl. Austrag das Nachsehen bekommen würde. Dahero er dann wider ihm billich protestiret, besonders da bekannt ist, quod non liceat quemvis debitorem obtrudere, præsertim pauperem. Weiters, was

78. 5. Das Jus consuetudinariu, Kraft dessen dem jüngern Bruder vor dem ältern ein speciale prærogativ ratione des Einstand-Rechts gebühren sollte, anbetrifft, steht erst rechtlich zu erweisen, allermassen in jure richtig ist, quod consuetudo sit facti, facta autem probari debeant. Welche rationes auch

6. Beweisen, daß auch sein hinterlassener Sohn sich mit Recht um das Jus retractus nit annehmen können, angesehen, quod juxtapta

reg. nemo 79. de R. J. in 6.

nemo possit plus juris transferre in aliun, quam sibi competere dignoscatur. Da also sein Vater Marcellin ob dictas rationes ad jus retractus nit zu admittiren ware, wird nach dessen Todt auch sein Sohn selbes nit prætendiren können, præsertim, cum sit respectu Simonis gradu remotior, & juxta dicta num. 70. jus representationis in retractu locum non habeat. Hingegen wäre Marcellin in der Meynung, daß ihm das Einstand-Recht vor seinem Bruder Simon gebühre, und er von dijem ihm zufessende Recht so schlechter Dingē nit abweichen können, idque ob sequentes rationes, que

(M m m m) etiam

etiam continent responsonem ad hactenus
objecta.

79.
Rationes
pro fratre
minore.

Ratio ima pro Marcellino est, weilen er damahls, da diser Streit angegangen, zu Wien sich aufgehalten, folglich von deme, daß sein Bruder Simon mit dem Andrea wegen des Einstand-Rechts in Proces verfallen, vorhin nichts gewußt, mithin auch solches ihm nit schädlich, oder præjudicirlich seyn möge; nam, ut dictum est num. 36. tempus, retractui constitutum, non currit, nisi scientibus perfectè negotium, ex vulgato axiomate juris, juxta quod tempus ignorantis non currit. Es wird zwar per ibi dicta erforderet, daß derjenige, welcher die Unwissenheit allegiret, wann ein Præsumption wider ihne stritte, solch allegiret ignorantiam probire. Es wäre aber Marcellin der gänzlichen Meynung, daß er all widrige, wider ihne ersinnliche Præsumption durch dises gehoben, weilen er, nochdem er genugsame, und vollkommene Wissenschaft von diser Sach erhalten, alsbald es seyn könnten, von Wien hinweg, und nacher Haßt gereist, auch ohne Verzug um den Einstand sich beworben. Kan also ihm kein Saumseeligkeit zugemessen werden, und solches um so weniger, weil er so weit entfernet, folglich sich ehender ad defendantum jus suum nit stellen können. Wird also dasjenige, daß ihm sein Bruder Simon hierinn vorkommen, ihm von seinem Recht mit nichts was benennen können; quia juxa

Reg. imputari 41. de R. J. in 6.

imputari non debet ei, per quem non stat, si non impiciat, quod per eum fuerat faciendum. Über das ist

80.

2dd. Nit also richtig, daß unter denen Bluts-Freunden gleichen Grads derjenige, welcher sich zum ersten um das Einstand-Recht sich gemeldet, hierinn den Vorzug habe, massen per dicta num. 71. in dissem Puncto die DD. unterschiedlicher Meynungen seynd. Und obwohl das Bayrisch. Landrecht tit. 10. art. 10. per terminos generales schlüset, daß wo ihrer mehr in gleichem Grad um das Einstand-Recht sich anmelden, derjenige vorgehe, der sich am ersten angemeldet, so will doch der in- und außer Deutschland berühmteste Jurisconsultus

Arnold. Rath in contin. differ. assert.

7.

daß dises restringiret müsse werden ad casum wo res retrahenda unzertheilig, oder schwärlich zertheilet kan werden, additâ ratione ut scilicet statuta hæc eò magis cum jure communi, vel saltē cum communi DD. opinione convenient, quæ habent, quod, si pluribus nomine collective cognitionis, vel familiæ aliquid competat, tum proximiores, in pari gradu existentes (line discrimine, an unus eorum prævenierit reliquos, vel non) simul pro rata ad-

mittendi sint. Es will zwar

Illustrissimus D. Baro Schmid adstatut.

Bayar. art. 10. cit. n. 7.

das widrige behaupten, weilen loc. cit. von dem, ob die Sach zertheilig seye, oder nit, kein Meldung geschicht, ubi etiam rationem dat, quod Serenissimus Legislator eò potius respexisse videatur, ut inter eos, qui pares sunt jure, præoccupationi locus sit, ne res deveniat ad communionem, quæ facile parit discordias, vel, si inter aquales fiat divisio, neutri res retracta aliquid prospicit, cùm divisa bona minus sint utilia, quam unita

Auth. de trient. & semiss.

Es mag aber diser Discurs wohl angehende jure Bavario, wiewohl doch auch per dicta ein Zweifel valter. Angehend aber nach Meynung übriger Rechts-Lehrten, ist, wie gemeldet worden, dises noch strittig, weilen selbe in verschiedene opiniones hinaus gehen. Darum derjenige zum sichersten geht, welcher disen Rechts-Streit denen gemeinen Rechten conform decidiret, besonders, wann man auf deme beharren will, daß in disem passu das Bayrische Recht in dem Herzogthum Neuburg nit recipiret seye. Kan also Simon sich keineswegs ein grösstere Gerechtsame beylegen. Und solches um so vil minder, weilen

3ti. Simon num. 76. selbst bekennet in 81.

dem ihm Marcellin nacher Wien geschriebenen Brief, wo Simon demselben Notification der Puncto retractus zwischen ihm Simon, und dem Bruder Andrea obhanderer Streitsach gethan, ihm Marcellin den Antrag gemacht zu haben, daß, sofern er das Einstand-Recht zu suchen begünne, er ihm solches cediret, indessen aber den Proces fortsehen wolle. Wann dann auch wider Verhoffen auf die Præoccupation, und allegirt. Bayrische Statuta einige reflexion gemacht werden solle, so wurde doch Marcellin, wann er annoch bey Leben wäre, ex jure cesso ein mehrers Recht, und prærogativam haben. Es gibet zwar Simon vor, daß besagte Cession nur sub conditione geschehen, wann Marcellinus die Mittel, so zu Erhaltung des Einstand-Rechts vonnothen seynd, haben würde. Allein, ob diese Condition beygesetzt worden, wird besagter Briefden Ausdruck müssen geben. Und wann auch solches wäre, so hätte sich doch Marcellinus, wann er bey Leben gebliben, und ihm das Einstand-Recht wäre zugesprochen worden, sicherlich sich getrauet besagte Condition, und alle andere præstanta ohne Anstand zu erfüllen, und zu præstiren; dann

4to. Was imd. das benötigte Geld betrifft, wäre er versicherter Hoffnung selbes ohne Beschwärnuß aufzubringen. Weshalb wagen dann 2. weder Simon, noch anderer Bruder Andreas, oder der Gut-Einschuer Melchior sich einiges Weegs zu besorgen

sorgen gehabt hätten, ob sie nit in dem Fall, da ihme Marcellino per jus retractus quæst. Hof zukommen würde, in ihren Rechten würden gefähret werden, massen Marcellin sich obligiret ohne Anstand das verglichene Geld, wie selbes zwischen dem Andrea, und Melchior pactaret worden, nach ihme zuerkanntem Einstand-Recht zu erlegen, die zwischen ihnen Übergeber, und Einthuer des Hofes eingegangene Conditiones zu erfüllen, und dem Bruder Simon die auf den Proces aufgewendete Kosten zu bonificiren. Weiters 3. Stunde er in gänglicher Zubericht, daß er den von ihme retrahirten Hof also administriren würde, daß auch von ihme die Thurfürstl. und andere Herrschaftl. Schuldigkeiten jederzeit würden können sicherlich præstiret werden, angesehen er auch in administration fremder Güter vorhin, wie seine Attestationes beweisen, alle Satisfaction geleistet. Dessenhalben dann ihm ein übel geführte Haushwirthschaft mit Zug Rechtes keineswegs mag vorgeworfen werden, wo er sich mit dem Widerholt durch besagte Attestationes legitimiren kan. Dass er aber 4. mit der Zeit von Mittlen gekommen, kan seiner Schuld mit nichts zugemessen werden, angesehen er ein geraume Zeit ohne Dienst gestanden, folglich von dem Seinigen hat zöhrn müssen, wo leicht zu gedachten, daß ein Brunnen, wann man aus ihm beständig Wasser schöpft, und hingegen nichts mehr einflüsst, endlich muß ausgleichen werden. 5. Und letstens, weilen juxta dicta num. 35. §. 40 erforderet wird, ut, qui retrahere prædium alienatum vult, sibi retrahat, & in usum suum, hat sich Marcellinus offeriret ad juramentum, daß er das retrahirte Gut bey behalten, und für sich sub nullo dolo zu suchen trachte, welch Jurament er auch auf Erforderungs-Fall, salvâ conscientiâ abzuschwören bereitet wäre. Dass also ex hac tenus dictis kein Anstand zu machen gewesen, ob ihme Marcellinos das von ihm gesuchte Einstand-Recht, wann er bey Leben gebliben, sollte zu gesprochen werden, und zwar vor seinem Bruder Simon, mögen

83.

80 Wie Marcellinus vorgetragen, ex iure consuetudinario sattsam bekannt ist, daß vielmehr dem jüngeren Bruder auf ein von seinem Vatter erlössenes Gut eine Prærogativ zu statthen kommt. Welch assertum et auch ex praxi, in tribunalibus Palatinis receptissimâ, confirmiter, allwo jederzeit dem jüngeren Bruder die Höf, und sonstige Güter pflegen übermacht werden, mithin er Marcellin hierzu sortius jus schon längst acquiriret hat, angesehen ihm, als jüngeren Bruder nach Ableben des Vatters vor dem Andrea der Hof schon zugehört hätte, wann er selben ex causa impuberratis zu re-given im Stand gewesen wäre. Was aber num. 78. sexto loco wegen des von ihm hinterlassene Sohn objicirte worden, wird nit

R.P. Schmalzgrueber Consilia.

widersprochen, daß in retractu das jus representationis keinen Platz greiffe, doch mit dieser Ausnahm, wann nit schon der Vatter wegen des Einstand-Rechts item contestaret; cum enim per contestationem litis juxta

l. fin. C. de præscript. 30. vel 40. ann. l. super

1. §. adhac. 1. in fin. C. de annal except.

Temporalis actio usque ad 40. annos, à tempore litis contestata numerandos, perpetetur, sicut jus continuandi actionem, sic consequenter etiam jus retrahendi transire debet ad filium heredem patris, si isti prius jus hoc retrahendi competit.

Aus bisher deducirten giet sich der endliche Schluss imo. Dass, weilen per pacta dotalia §. 5. der Freundschaft des Andrea auf quæst. Hof, angesehen er von ihnen herkommen, nach Absterben beider, besagten Hof besitzenden Ehe-Leuthen, das Einstand-Recht zugesprochen, und reservirt worden, ihnen zweyen, das jus retractus suchenden Gebrüderen, cum jus quæstum ipsis jam sit, solch jus, ohne deren Consens, nit möge benommen werden, besonders, wann besag dictorum ad questionem immam aus aydlicher, unpartheischer, vorgenommener Schätzung sich zeigen solle daß das von dem Melchior erlegende Quantum pecuniarium der pactirten 3000. Gl. den Werth des stipulirten Austrags übersteigen, und die Billigkeit des von dem Andrea wider seine zwey Gebrüder gefaßten Misstrauens nit rechtständig von parte conventa solte probiret werden; dann in solchem Fall die so genannte Übergab pro contractu simulato, revera aber für einen Kauff, wo das Einstand-Recht ex communi per totam Germaniam, & alibi passim recepita consuetudine Platz greift, zu agnosciren wäre. Und wird

84.

Decisio
controver-
sus

2. Besagter Contract, so aus bemeldt erforderndem Überschlag heraus kommen solle, daß die ersagte 3000. Gl. den halben Werth des pactirten, zu einem Capital geschlagenen Austrags übersteigen, wann die pars conventa gleich demselben den Namen einer bloßen Übergab gegeben, jedannoch per dicta ad questionem 2dam pro emptione venditione müssen gehalten werden, besonders da es den Schein hat, daß diese Übergab, wie man sagen will aus der Sybilla an ihren Mann gemachten ungestimmen Zusprechern, mithin ihren neptem auf das Gut zu bringen, und des Manns Brüder davon abzuhalten, vorgenommen, folglich ad accumulationem, & ad excludendum jus retractus solcher Namen gegeben worden; dann, weilen besagter massen auf gemeldtes Einstand-Recht per pacta dotalia die Freundschaft des Andrea das jus quæstum hatte, wurde auf solche Weise die Præsumption seyn, daß Übergeber hier nit alles bona fide juxta ibi dicta gehandlet hätten, welche Præsumption sie schwärlich von sich abweisen könnten. Dass aber

85.

(Mmmma)

3. Quæ-

86.

3. Quæstionirter Hof der Sybilla von ihrem Mann sollte angeheyrathet worden seyn, folglich das Dominium hierüber bekommen, und dessentwegen ihre Befreundte ein grössteres jus ad retractum, als die Befreundte des Manns zu prætendiren hättet, findet sich besag. dictorum *ad quæstionem 3* tiam in dem Heyraths-Brieff nit genügsam fundiret, massen selber allein auf eine hypothec, unter welcher er seinen Hof pro contradote verschriften, ausdeutet. Ja aus ermeldtem Heyraths-Brieff schlüsst sich das gerade Widerspohl, *ex formalibus* §. 4. ibi, wann sie (Sybilla) vor ihme Andreas ohne Leibs-Leben sterben würde (wie es dann dem Vernemmen nach würcklich geschehen) ist er Andreas schuldig ihren Befreunden 100. St. auch baaren Gelds, samt ihrer Truhen, und das Hals-Gewand hinauszugeben. Welche Wort Anzeigen geben, daß Andreas wenigst, Zeit seines Lebens, das Dominium seines Hofs sich vorbehalten, oder, wann er solches der Sybilla gegeben, doch die Rückkehr auf selbiges nach dero Todt sich vorbehalten, wo dann folget, daß in solchem Fall besagter Hof nach der Sybillæ Ableiben wiederum an die Freundschaft des Andreas zurück komme. Ubrigens, wann Andreas eti mehreres jus der Sybillæ hätte zuschanzen wollen, hätte er doch seiner Bluts-Freundschaft ohne dero Consens das jus retractus, per dicta pacta dotalia jam quæsumum zu benennen, und eygenmächtig auf der Sybillæ Freundschaft hinüber zu schieben mit vermocht. Aus welchen dann

87.

4. Folget per dicta *ad quæstionem 4* tam daß auch die, von denen Übergebern des quæst. Hof vorgeschuzte donatio remuneratoria nit unwiderstehlich seyn, und der Freundschaft des Andreas kein Präjudiz machen, sonder höchstens so lang andauern könne, als lang die übergebende Ehe-Leuth bey Leben seyn werden, nach dero Todt aber, weil alsdann der in denen pactis dotalibus ausbedungene casus sich ereygnet, sie Befreundte quæstionirt - an den Melchior alienirten Hof retrahir zu können, alle Macht haben sollen. Auf welchen calum auch das von Thro Churfürstl. Durchl. zu Pfalz de dato den 10. Juli 1730. an Dero Löbl. Land- Vogt-Ambt gnädigstes Rescript zu Deuten scheinet, wo Höchst-dieselbe in dieser cedula verordnet, daß es zwar bey denne in besagter cedula in beeden Instantien aussgefallen, einstimmigen Urtheilen verbleiben, doch dem Marcellino sein etwann zu haben vermeyntes Jus retractus nach dem Todt besagten Andreæ, und dessen Ehe-Weib gegen den Cessionarium, Hanns Melchior rechtlich ein- und auszuführen vorbehalten werden solle. Daß aber

88.

5. Der §. ius, wo der Freundschaft des Andreæ das Jus retractus vor andern bedungen worben, nit clandestine, und wider Wissen und Willen der contrahierenden Ehe-Leut,

ten beygesetzit worden, zeiget sich ex dictis *ad quæstionem 5* tamen, folglich wird das in besagtem §ro ausbedungene Einstand-Recht mit nichts in Controvers fônen gezohen werden, sonder dasselbe wenigst nach dem Ableben beider Ehe-Leuth den Effect haben müssen, in dero Lebs-Zeit aber ihnen zwar die freye Disposition über quæst. Hof zustehen, doch ohne Präjudiz des juris quæstii, welches, besonders, wann solch Recht ex partis utriusque conventione einem Theil zugeleget werden, einseithig nit mag benommen, oder gemitet werden.

Letzlich, und cito wurde dem Marcellino, wann er noch im Leben wäre, das Einstands-Recht vor seine Bruder Simon vi dictorum *ad quæstionem 6* tamen gebühret habe, verificatis his suppositis: 1mo Daz er, nach erlangter vollkommener Wissenschaft der an Melchior beschehner Übergab, in Suchung des ihm gebührenden Einstand-Rechts keine ihm zu Schulden kommende Verweilung nit gemacht. 2o. Daz ihm sein Bruder Simon sein Recht freywillig cediret, und er sothane Cession würcklich angenommen. Und noch vilmehr 3. wann im Herzogthum Neuburg die praxis vorhanden, daß jederzeit dem jüngern Bruder auf ein von seinem Vatter erlassendes Gut der Vorzug zugesprochen zu werden pfleget. Und vornehmlich 4. wann sich zeiget, daß Marcellinus im Stand gewesen seye, die in solchem Fall zu præstiren seyende Obligationes würcklich zu præstiren. Welche supposita wan sie sich verificiren sollen, wurde 5. wohl auch besagtes Einstand-Recht ob item à patre jam contestata dessen Sohn anjezo nach seines Vatters Todt, wann auch er die præstanda zu præstiren fähig wäre, zu erkennen werden.

Weilen aber diser des Marcellini Sohn von allen Mitteln entblossen, und vîelleicht so vil Credit nit haben würde, daß jemand ihm das hierzu benötigte Geld vorstreckte, auch Simon auf seinem eygnen Hof schon wohl gesessen, also für sich den quæst. Hof nit bedürftig, kunte vîelleicht durch einen Vergleich die Sach geschieden werden, wann Andreas, oder der Einhuer des Hofs Melchior das denen Befreunden des Andreæ ausgedungene, und gebührende Einstand-Recht mit baarem Geld ablöseten, dises Geld aber zwischen dem Simon, und seinem ex fratre nepote getheilet würde, massen auf solche Weiß beide Partheyen contentiaret künften werden, folglich der Melchior auf den ihm übergebenen Hof ohne Furcht des Einstand-Rechts verbleiben, der Simon seine Satisfaction, und des Marcellini Sohn samt seiner Mutter die Lebens-Mittel, so ihnen defacto ermanglen, eisiger Weiß erhalten würden. Welchen Anspruch auch die etwölcher DD. num. 72. allegirte Meynung bestimmet, juxta quam in dubio tota res dem arbitrio judicis committenda sit, quis oterit totam rem uni adjudicare, & cum alteri ad certam pecunia summam condonare.

CON-