

XIX.

Von
Erbchafts Strittigkeiten.

§. 1.

Untergetene Sache ist ein rechtes Muster der Unwissenheit so wohl, als auch der Bosheit. Die Schriftstellere haben Sätze gemacht, wofür man grausen solle. Was sie in der ersten Schrift nachgegeben, haben sie in der zweyten widerrufen, in der dritten wiederum nachgegeben, und in der vierten abermals widerrufen. Sie haben ihren Parthien bald den Eigenthum, bald die Nutzniessung, bald ein anderes Gerechsam zuoeigenet. Sie haben keine vollständige Geschichte, und der Sache Inhalt vorgetragen, noch die Entscheidungs puncten eigentlich bestimmt. Es will demnach die Nothdurft erheissen, daß nicht nur die verschiedenen Puncten voneinander abgesondert, sondern auch die Geschichte, und Verlauf der Sache möglichster Massen ins klare gesetzt werde.

§. 2.

Des Endes solle ich dann anführen, daß die Geschwistere E. vier an der Zahl gewesen, namentlich Johann Joseph, und Franz Anton beide

beede Klägere, und nunmehr Appellaten, so dann Sybilla, welche dem Vermuthen nach verheyrathet gewesen, und ohne Leibeserben verstorben, und endlich Elisabeth, die zum ersten Ehemanne den Johann Henrich M., dem Peter G. beklagten, und dermaligen Appellanten hingegen zum andern Manne gehabt, mit keinem von beeden Kinder gezeuget, und vor ihrem zweyten Ehemanne das Zeitliche verlassan hat.

§. 3.

Der Franz Anton, die Sybilla, und Elisabeth seynd im Jahre 1744. zu Theilung der elterlichen Hinterlassenschaft, geschritten. Wie es dabey zugegangen habe, ist aus vielen Umständen nicht zu begreifen, so viel indessen gewis, daß der Johann Joseph zu der Theilung nicht ist zugezogen worden.

§. 4.

Einige Zeit nach der Theilung hat die Elisabeth in ihrem Wittibstande von der Schwester Sybilla einen dritten Theil des elterlichen Hauses, und mit ihrem zweyten Ehemanne dem jetzigen Appellanten von dem Bruder Franz Anton ebenfalls einen dritten Theil besagten Hauses gekauft, dahingegen der Franz Anton nach Ableben seiner beeden Schwestern Sybilla, und Elisabeth eine Wiese, Länderey, und ungetheilten Busch verkauft, und der Appel.

Appellant, als Nugniesser in den Verkauf eingewilliget, und selbigen genehmet.

§. 5.

Als endlich der Johann Joseph Pfarrherr zu M. seinen kindlichen Antheil forderte, und derhalben wider seinen Schwager, den jezigen Appellanten am 8. Jenner 1760. gerichtliche Klage anhob; so kam auch der Franz Anton ins Spiel, und führete wider seinen Schwager verschiedene Forderungen ein.

§. 6.

Nach vollführtem Schrifwechsel wurde am 3. August 1760. ein Urtheil folgenden Inhalts eröfnet. " Daß wegen der sub actis
" hinc inde vorgekommenen verschiedenen
" Forderungen, und Gegenforderungen ad
" constituendum quantum liquidum terminus
" liquidandi, nec non medio juramento
" producendi originale annotationem anzubestimmen, indessen aber Beklagter die
" Zahlung der neun Holzschläge mittels Quittung, oder sonst zu erweisen schuldig, so
" dann mit seiner reconventional Forderung zu der Gemeinde zu S. hinzuverweisen seye".
So dann fiel die andere Urtheil am 12. selbigen Monats dahin aus. " Würde Beklagter
" besser, dann bishero geschehen, erweisen,
" daß klagender Pfarrherr zu M. auf seine
" ratam hereditariam der elterlichen Güter
" gegen

" gegen fünf viertel freyer Wiese, oder sonst
 " verziehen habe, so solle dann ferner ergehen,
 " was Rechtens. Dann wird in betref des
 " von dem Kläger, und dem Franz Anton E.
 " in Anspruch genommenen anderthalb dritten
 " Theils elterlichen Hauses, worüber des Bes
 " klagten abgelebte Ehefrau Elisabeth testiret
 " haben solle, der Bescheid ertheilt: Wür
 " de Beklagter die in hocce testamento vor
 " gegangenen Solennitates statutarias, und
 " sonderbar, daß die testatrix vor dem Pfarr
 " herr, und vier Zeugen uno eodémque tem
 " pore, sive actu continuo ihn pro herede
 " universali vel in scriptis, vel nuncupati
 " vé eingefezet habe, rechtsnüglicher, als
 " bis dahin geschehen erweisen, so solle der
 " weitere Rechtspruch erlassen werden.

§. 7.

Von beeden Urthelen hat der Beklagte an
 hero appelliret, die Processen erhalten, und
 demnach die Sache zum Schlusse beförderet.
 Ordentlicher Weise wäre also zwar zu unters
 suchen, ob die Nothfristen, und Feyerlichkei
 ten richtig beobachtet worden seyen. Diemeis
 ten aber dieser Punct durch die am 28. Nov.
 1761. eröfnete Beyurthel seine vollkommene
 Erledigung erreicher; so ist diesfalls ein meh
 reres nicht zu melden, dann daß der Appellant
 die erster Instanzacten in Gefolg der Beyur
 thel zu gehöriger Zeit beygebracht habe.

§. 8.

§. 8.

In betref der Hauptsache solle ich demnach, und zwar vor allem anerrinneren, daß der Unterrichter, welcher vielleicht noch gelehrter seyn wollen, als derer Parthien vortrefliche Fürsprecher, die mehristen Puncten nicht einmal berühret, so dann die Parthien in hiesiger Instanz einige Puncten abgeändert, andere Umstände angeführet, und neue Beweismit-teln an Hand genommen haben. Es kommet daher nicht darauf an, ob der Unterrichter wohl, oder übel geurtheilet habe? Sondern mit dessen Uebergehung ist vielmehr zu untersuchen, wie dermalen zu sprechen seye.

§. 9.

Die Ansprüche des Johann Joseph haben mit denen Ansprüchen des Franz Anton keine Gemeinschaft, noch Zusammenhang. Des Johann Joseph Klage gehet dahin, daß er zu Theilung der elterlichen Hinterlassenschaft nicht zugezogen, und darum eine neue Theilung vorzunehmen seye. Der Appellant wendet dawieder ein, daß sein Schwager Johann Joseph auf seinen kindlichen Antheil verziehen habe. Die Einrede wäre schon kräftig genug, wann sie nur erwiesen wäre. Allein in erster Instanz hat der Appellant ganz keinen Beweis beygebracht. Dahier hingegen führt der Appellant an, daß sein Schwager der Theilung zugeesehen, und darinn eingewilliget habe. Zu dessen

dessen Bestätigung leget derselbe eine Urkund bey, verindg welcher der Johann Joseph fünf viertel Wiesen aus der elterlichen Theilung genommen, und damit sich solle begnüget haben. Ueber das eine so wohl, als das andere hat erwehnter Johann Joseph bis dahin sich nicht erkläret, noch auch das allermindeste verhandelet. Dieses Stillschweigen für eine Beskenntnis schon würcklich anzunehmen, finde ich um so bedenklicher, als der Appellant die Sache wider den Johann Joseph ebenfals nicht fortgesetzt, noch das Stillschweigen, und Ungehorsam einmal angezeigt hat.

§. 10.

Wannhero meines wenigsten Ermessens zu Abschneidung der Sache commissio zu ertheilen wäre, von dem Appellanten die Act. N. 31. sub. Lit. C. anliegende Urkund in originali salvâ tamen re - & irrelevantia vorbringen zu lassen, und den Mitappellat Johann Joseph darüber so wohl, als auch das Act. N. 17. fol. 2. p. v. geschene Urgeben: daß nemlich ersagter Johann Joseph der Theilung zugesehen, und darinn eingewilliget haben solle, in seiner Erklärung zu vernehmen.

§. 11.

Der Appellant hat seine in erster Instanz zwar eingeführte, indessen aber übergangene Rückklage dahier widerholet, daß nemlich sein Schwager

Schwager Johann Joseph mehr, denn ein Jahr bey ihme Kost, und Verpflegung gehabt hätte. Hierüber hat der Mitappellat sich ebenfalls nicht geäußeret.

§. 12.

Mithin wäre dem Mitappellaten Johann Joseph aufzugeben, daß er über die Rücklage der genossenen Kost, und Verpflegung sich eigentlich erklären solle.

§. 13.

Des Mitappellaten Franz Anton erste Forderung bestehet aus verschiedenen Posten, und beträgt sich in allem auf 79. Rthlr. 17. Albus, 6. Heller. Dawieder hat der Appellant in erster Instanz ein mehreres nicht eingewendet, als daß er die sechs ersten Holzschläge seinem Schwager bereits bezahlet, und für die drey übrigen Holzschläge Dienstfuhren nach W. gethan hätte. Nunmehr gehet der Appellant zwar weiter, und gibt vor, daß er die Forderung überhaupts für richtig nicht anerkennt hätte. Indessen aber äußeret er sich nicht, welche Posten er anerkenne, und welche er nicht anerkenne.

§. 14.

Dahero dem Appellanten aufzugeben wäre, über die von dem Mitappellaten Franz Anton eingeführte Forderung von 79. Rthlr. 17. Albus, 6. Heller, und zwar von Post zu Post sich zu erklären.

§. 15.

Vorangederter Massen hat der Appellant vorgeschüzet, daß er sechs Holzschläge bereits bezahlet hätte. Dieweilen der Franz Anton solches verabredet; so hat der Appellant in hiesiger Instanz ein juramentum respondentorum aufgetragen, und der Franz Anton zu Ausschwörung des Eydes sich anerbotten.

§. 16.

Es wäre also fernere commissio zu ertheilen, in betref derer sechs Holzschläge die Act. N. 4. fol. 2. de- & oblata juramenta dan- & respondentorum abzunehmen,

§. 17.

Mit den übrigen drey Holzschlägen hat er (als viel aus dem verhandelten zu entnehmen) folgende Beschaffenheit. Der Franz Anton ist nemlich vor einigen Jahren Vorsteher zu S. gewesen, und in dieser Eigenschaft, oder als Vorsteher hat er dem Appellanten drey Holzschläge überlassen, welche der Appellant aus der Ursache nicht bezahlen will; weil er für die Gemeinde zu S. einige Dienstfuhren nach B. gethan hätte. Diese Ursache ist inzwischen um so ungegründeter, als eines Theils der Appellant nicht einmal angemesen, ob er die Fuhren für sich, oder Namens, und statt der Gemeinde gethan habe. Andern Theils

Theils hat derselbe eben wenig angereget, wie viele Fuhren von ihm geschehen, und was desfalls zu vergüten seye. Ueber dies ist der Mitappellat weder zur Zeit, als der Appellant die Fuhren gethan haben solle, Vorsteher gewesen, noch auch dormalen. Er hat also wegen derer Fuhren mit dem Appellanten keine Rechnung zu pflegen, noch kan auch, wann er schon gerne wolte, die Fuhren in seine entweder abgelegte, oder annoch abzulegende Vorstehers Rechnung einführen; zumalen die Fuhren während seinem Vorstehers Amte nicht geschehen, und folglich in seine Rechnung keineswegs gehören. Doch genug, daß die Schuld von dem Appellanten eingestanden, und die Gegenforderung nicht erwiesen seye.

§. 18.

Wannhero der Appellant zu Zahlung und Vergütung der von dem Mitappellaten Franz Anton in Rechnung eingeführten drey Holzschläge an, und mit seiner Gegenforderung wegen gethaner Fuhren zu der Gemeinde zu S. hinzuverweisen wäre.

§. 19.

Der Franz Anton hat (wie oben bereits erwähnt) nach Absterben seiner beeden Schwestern Eybilla, und Elisabeth eine Wiese, Länderey, und Wald verkauft, und der Appellant zu Beförderung dieses Verkaufs auf die

ihme von seiner verstorbenen Frauen Anttheile gebührende Nutzniessung verziehen. Diemeilen derselbe für den gethanen Verzicht 50. Rthlr. bekommen; so will der Franz Anton behaupten, daß der Appellant von denen 50. Rthlr. nur die Nutzniessung hätte, und darum Sicherheit stellen müste.

§. 20.

Hiewider hat der Appellant anfänglich eingewendet, daß, gleichwie ihme von einem zu 105. Rthlr. 66. Albus sich betragenden dritten Theile die Nutzniessung gebührte, er aber zum Genuß mehr nicht, dann 50. Rthlr. empfangen hätte; also sein Schwager Franz Anton von den übrigen 55. Rthlr. 66. Albus die Zinsen entrichten müste. Nachgehends ist der Appellant davon abgegangen vorgehend, daß a) Gefolg des sub Lit. D. anliegenden Kaufbriefes ihme für den gethanenen Verzicht 50. Rthlr. und zwar eigenthümlich gebühreten, er aber darauf nur 38. Rthlr. empfangen, mithin noch 12. Rthlr. zu fordern hätte.

§. 21.

In vorangezogenem Kaufbriefe heisset zwar, daß der Appellant gegen einen baar empfangenen Abstandspfenning der Nutzniessung auf ewig sich begeben habe. Wie aber der Abstandspfenning sich betragen, ob er dem Appellanten eigenthümlich zugehöre, solle,

solle, ist aus der Copey des Kaufbriefs nicht zu entnehmen. Daher dann der Franz Anton nicht nur die Auflegung des Urbildes anverlangt, sondern anbey durch ein juramentum respondentorum erweisen will, vereinbaret worden zu seyn, daß der Appellant statt der Nutznießung den Antheil des Kaufgeldes abnutzen, und desfalls sich verbinden solle. Die erste Gesinnung ist ganz unbedenklich, die andere hingegen nicht statthaft; es seye dann, daß der Kaufbrief die Sache nicht klärlich ausdrückte, sondern noch Zweifel hinterliesse.

§. 22.

In dessen Betracht wäre also fernere commissio zu ertheilen, von dem Appellanten den A. A. N. 31. sub. Lit. D. beygelegten Kaufbrief in originali auflegen zu lassen, den Mitappellat Franz Anton darüber zu vernehmen, und demnach auch gestalten Sachen nach die A. A. N. 41. fol. 2. p. v. de- & oblata juramenta dan- & respondentorum abzunehmen.

§. 23.

Der Appellant hat mit seiner Ehefrau Elisabeth im Jahre 1751. bey dem E. 80. Rthlr. lehnbar aufgenommen, und beede Eheleute dafür nicht nur ihre eigenthümliche Länderey, sondern auch ihren Antheil des Hauses zu S. gerichtlich verpfändet, und verschrieben. Im Jahre 1760. haben die Glaubigere, um zu
ihrer

ihrer Zahlung zu gelangen, den verpfändeten Antheil, oder dritten Theil Hauses angegriffen, und sicherer Johann Ulrich solchen angestieget. Da nun dieser den angestiegenen Antheil seinem Better, dem jetzigen Appellanten am 24. Oct. 1760. wiederum abgetreten, und übertragen; so forderet der Franz Anton diesen Antheil zurück, dergestalt jedoch, daß ihm nur der Eigenthum zuerkennet, und dem Appellanten die Nutznießung lebenslänglich möge gelassen werden.

§. 24.

Hätte des Appellanten Ehefrau zur Zeit der Versteigerung annoch gelebet; so folgte auch von selbst, daß alsdann dem Appellat keine Klage zu statten käme; immassen des Appellanten Ehefrau ihren Antheil Hauses verkaufen, und sonst veräußern, mithin auch konnte versteigen lassen. Dahingegen wäre des Appellanten Anspruch meines unborgreiflichen Dafürhaltens ganz gegründet, wann des Appellanten Ehefrau vor der Versteigerung bereits gestorben wäre. Dem Glaubiger stunde in diesem Falle zwar frey, eine dingliche Klage anzuhoben, und eines der gestellten Unterpfänden anzugreifen. Nichts desto weniger aber wäre die Schuld nur eine persönliche Schuld: Etenim debitum personale, & mobile censetur, quod in summâ pecuniariâ semel solvendâ consistit, etsi creditori pro ejus solutione per hypothecam cautum sit.

MEAN Part. I. Observ. 57. num. 10

Und

Und der Glaubiger nur ein persönlicher Glaubiger: Creditor personalis enim, qui pro debito habet hypothecam, manet personalis, & mobilis, prout distinguitur ab immobilari, & adjuncta hypotheca non facit, ut creditum ejus sit immobile, & iis interminis observari debitum origine sua personale non mutari per hypothecam, sed incumbere hæredi mobilium, non verò immobilium.

MEAN *Part. IV. Observ. 464. num. 4.*

Within mußte auch eigentlich der Appellant, als mobilar Erb seiner verstorbenen Ehefrau die Schuld abführen. Ita namque apud nos conjux superstes fit heres mobilium, ut debita & onera mobilia solvat.

VOETS *in Hist. Jur. num. 209.*

Da nun aber von dem Glaubiger das Unterpfind angegriffen, und daher aus der immobilar Erbschaft jene Zahlung erzwungen worden, welcher der mobilar Erb hätte versügen müssen, so folget auch von selbst, daß der Appellat als Revolutarischer immobilar Erb von dem Appellanten, als mobilar Erbe die vollkommene Schadloshaltung fordern könne. Sive pro fratre (also heisset es

In L. 3. Cod. de Negot. gest)

coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes: sive pignoris

noris liberandi gratiâ debitum univcrsum
 solvere coactus es, actionem eandem ha-
 bebis: vel iudicio familiæ eriscundæ, si
 non est inter vos redditum, eam quanti-
 tatem assequeris. In dessen Gefolg bewähret
 nicht nur

ARGENTRÆUS in *Leges Britonum Art. 562.*
num. 4.

Ut si unus ex heredibus immobilium con-
 veniatur ratione talis debiti, ut detentor rei
 hypothecata, rectè possit convenire heredem
 mobilium, ut cogatur exonerare feudum
 suum à tali hypothecâ, quippe qui ad id
 teneatur, ut heres mobilium; sondern es
 schreibt auch nebst vielen anderen

GORIS *Advers. Jur. Tract. 1. Cap. 4. num.*
16. & seq.

Quod magis viderur obtinere, si obligatio
 sit individua. *L. 2. §. 1. & seq. ff. de verb.*
obligat. L. 25. §. 9. & 10. ff. famil. ercis. Aut si
 hypotheca intercesserit, quæ ab altero con-
 jugum possidetur. *L. 2. C. de heredit. action.*
L. 2. C. si unus ex pluribus hered. creditor vel
debitor. cui consonat consuetudo Aurelianen-
Art. 188. ubi Duret in comment. & in patriâ
 nullam patitur ambiguitatem. Haber tamen
 alter ab altro, vel potius ejusdem heredibus
 repetitionem ejus, quod soluto matrimonio
 ultra debitam portionem exsolverit.

§. 25.

Solchemnach ziehe ich die weitere Folge, daß gleichwie der Appellat von dem Appellanten die völlige Vergütung, und Schadloshaltung begehren, also auch den Antheil Hauses selbst fordern könne; immassen eines Theils der Appellant dasjenige, was dem Appellanten zukommet, dermalen besizet, und daher auch solches in der Natur heraus zu geben verbunden ist. Andern Theils gehöret auch (wie unten des mehreren sich äusseren wird) der größte, und mehreste Theil des Hauses dem Appellaten zu, mithin könnte derselbe den jetztigen strittigen Theil consolidiren, falls der Appellant solchen Theil nicht heraus geben, sondern desfalls die Schadloshaltung verfügen würde. Dahero zu einem auslaufft, ob der Appellant den Theil selbst giebt, oder die Schadloshaltung leistet, und gleich darauf den Antheil Hauses Kraft der Consolidation eben wohl abzutretten hat. Ja, daß dem Appellaten der Antheil Hauses selbst zuerkennet werde, ist dem Appellanten noch um so erspriesslicher, als er dadurch auf einmal abgeholfen, und die bey der Consolidation aufgehenden Kosten vermieden werden.

§. 26.

Dem Appellaten stehet auch desfalls nicht im Wege, daß er zufolge derer Beplagen sub. Lit. E. & F. der Versteigung beggewöhnet, eis

ne Einlösungsfriste gebetten, und selbige fruchtlos habe verstreichen lassen. Er konnte nemlich die Versteigerung geschehen lassen, er konnte zu Erhaltung des Antheiles ein schickliches Mittel an Hand nehmen, und davon wiederum abgehen, ohne daß er dadurch des wider den Appellant ihm zukommenden Gerechtsams sich verlustig machte; anerkennen eines Theils derselbe bey Begehrung der Einlösungsfriste zugleich sein Recht wider den Appellant sich ausdrücklich vorbehalten hat. Andern Theils würde es auch wider alle Billigkeit anlaufen, wann man wegen des Geldmangels, oder Unvermögens zu zahlen, und den Glaubiger zu befriedigen dem Appellaten sein klares Recht absprechen wollte. Falls über dies derselbe in einem, oder andern gefehlet, und sich versehen haben sollte; so mögte solches jedoch ihm um so weniger zum Nachtheile gereichen, je klärlicher in denen Rechten versehen: *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suam verò peccentibus non nocet.*

L. 7. π. de Jur. Et Fact. Ignor.

Et in omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.

L. 8. π. ibidem.

Ist nun unangesehen alles dessen, was vorgegangen, dem Appellaten sein Gerechtsam wider den Appellant offen, und unverletzt geblieben;

blieben; so wird auch wohl Niemand in Zweifel ziehen, daß der Appellat bey denen Umständen, wo der Appellant den Antheil Hauses besizet, sothanen Antheil selbst fordern möge, unerachtet er die Einlösungsfrist habe verstreichen lassen; immassen der Appellant, ob er gleich den Antheil Hauses dormalen in Kraft des Uebertrags besizet, jedannoch vor, wie nach derjenige bleibet, welcher die Schuld zahlen, und den Antheil Hauses davon hätte befreyen sollen, und müssen. Anbey bewähren des Appellanten eigene Beylagen sub. Lit. F. & G. ganz klar, daß der Johann Ulrich S., welcher den Antheil Hauses angestiegen, des Appellanten Batter seye, und den am 25. Junius 1760. zuerkannten Antheil am 24. Oct. selbigen Jahrs dem Appellanten schon wiederum überlassen, und abgetreten habe. Mithin ist vernünftiger Weise nicht anders zu muthmassen, dann daß die Anstiehung ein bloßes Blendwerk, ein böser Kunstgriff, und Anstiftung des Appellanten gewesen seye, welche demselben bekennnten Rechten nach nicht den allermindesten Vortheil verschaffen mag.

§. 27.

Zum Schlusse, und um den vielleicht sich ereignen könnenden Anstand zu heben, solle annoch erinnern, daß der Mitappellat Johann Joseph zwar einen leiblichen Bruder des Franz Anton abgebe, indessen aber an der Sache dormalen

dermalen annoch keinen Theil nehmen könne. Dermalen ist nur die Frage von dem Eigenthume des strittigen Antheils, und weme solcher zukomme. Da nun der Johann Joseph im Jahre 1749. Pfarrer, mithin im Jahre 1752. da des Appellanten Ehefrau annoch gelebet, und ihr Testament gemacht, gewisslich Priester gewesen; so kan derselbe nach vorer- schrift der hiesigen Landesordnung

CAP. 23. §. was auch den 2c.

und

CAP. 27. §. es soll aber 2c.

von seiner Schwester immobilar Erbschaft keinen Eigenthum, sondern nur die Nutznießung fordern. Und diese ist auch vermuthlich die Ursache, warum derselbe wegen des strittigen Antheils sich nicht gemeldet hat.

§. 28.

Beschennach dann zu sprechen wäre: Würde Mitappellat Franz Anton E. rechtsgültig erweisen, daß des Appellanten Ehefrau Elisabeth E. vor der Versteigung des strittigen Antheils Hauses bereits verstorben gewesen seye; so solle alsdann näher ergehen, was Rechtens.

§. 29.

So gewis, und ausgemacht nach hiesigen Landesrechten ist, daß jeder dritte Theil Hauses

ses, welchen des Appellanten Ehefrau in dem Wittibstande von ihrer Schwester Sybilla gekauft, dem Mitappellaten Franz Anton ganz, so dann eine Halbschied desjenigen dritten Eheits, welchen der Appellat, und dessen Ehefrau während der Ehe von dem Mitappellaten Franz Anton gekauft, zukomme, und gebühre, wann des Appellanten Ehefrau ohne Testament verstorben;

VOETS de Jure Revolut. Cap. VII. num. 1.
10. & seq. & Cap. XII Exempl. 4. 7. & 19.

Eben so unwidersprechlich ist auch, daß des Appellanten Ehefrau über den ganzen im Wittibstande gekauften dritten, und die Halbschied des mit ihrem Manne gekauften dritten Eheits Hauses eine letzten Willens Verordnung habe errichten können. Da nun dieselbe der ihro zugekommenen Macht sich auch bedienet, und ein Testament zum Vortheile ihres Manns hinterlassen; so ist zu untersuchen, ob dasselbe gültig, und rechtsbeständig seye.

§. 30.

Das Testament führet die Unterschrift der Testiererinne, des Pfarrherrn, und vier Zeugen bey sich, und hat also sichtbarlich die in hiesigen Landesrechten vorgeschriebene Form. Als viel dahingegen das Unsichtbarliche anlangt, so stimmt solches mit dem Sichtbarlichen schlecht überein. Der erste testamentarische

tarische Zeug C. S. bezeuget ad interrog. 1. & 4. daß er von dem Appellanten berufen worden, das Testament zu unterschreiben. Das bey wären auch der Peter K., und Philipp S., sonst aber seines Erinnerens niemand, als der Pfarrherr gewesen. Uebrigens hätte er von der Testiererinne kein Wort gehöret, noch selbige gesehen, außer daß er sie ächzend wahr genommen hätte. Von dem zweyten testamentarischen Zeuge Peter K. wird ad interrog. 1. 2. & 6. angegeben, daß seines Erinnerens bey der Unterschrift des Testaments nur allein der Pfarrherr, der P. S., und er gewesen. Er hätte die Unterschrift zwar selbst verfüget, wüßte aber von denen anderen nicht, ob dieselben das Testament vor, oder nach ihm unterschrieben, viel weniger, ob solches in seiner Gegenwart geschehen seye. Und endlich gehen des dritten testamentarischen Zeugen Philipp S. Aussagen ad interrog. 1. 4. & 6. dahin: Er vermeinte nur den Peter K., und Pfarrherrn anwesend gewesen zu seyn, und stünde in Zweifel, ob der C. S. dabey zugleich sich eingefunden habe. Der Pfarrherr hätte ihm auf sein Begehren ungefehr das halbe Testament vorgelesen, und ferner gesagt: Das wäre der Maria Elisabeth E. ihr letzter Will, jedoch wäre er der Zeit allein gewesen. Er hätte das Testament unterschrieben, und auch gesehen, daß der Peter K. solches auch gethan habe. Wegen des Peters Caspars S. erinnerte er sich nicht mehr. Hieraus ergibt sich nun

num, daß erstlich das Testament von der Testiererinne in Gegenwart derer Zeugen nicht unterschrieben, zum andern höchstens nur drey Zeugen zu gleicher Zeit zusammen gewesen, und lezlich die Unterschrift von dem Pfarrherrn in Gegenwart derer übrigen nicht seye versüget worden.

§. 31.

Der Appellant vermeinet zwar das Zeugenverhör dadurch zu entkräften, daß auf Anrufen des Appellats die Zeugen am 7. Nov. 1757. zu ewiger Gedächtnisse abgehöret, und demnach von dem Appellat die Klage zu behöriger Zeit, nemlich in einem Jahre nicht eingeführet, mithin das Zeugenverhör nach hiesiger Landsordnung

CAP. 52. §. Wann aber die Sach ic.

dermalen kraftlos wäre. Derselbe hätte aber sich erinnern sollen, daß der Appellat in gegenwärtigem Puncten nicht die Person des Klägers, sondern des Beklagten vertrete; immassen derselbe aus dem Testament keine Klage führet, sondern nur die dem Appellanten aus dem Testament zukommende Klage durch die Nichtigkeit des Testaments abzulehnen suchet, und solchen Endes das Zeugenverhör zu ewiger Gedächtnisse gebetten, und beförderet hat. Dahero hier statt findet, was

GAIL Lib. I. Observ. 92. num. 8. § 9.

Schreibet: Quod ad reum attinet, is indifferenter, & sine discrimine ætatis, valerudinis, aut absentia non modò senes, aut valeudinarios, sed quoslibet producere poterit. Ratio diversitatis est, quia in ipsius potestate non est possum, quando conveniatur, & ratione istius incertitudinis, ne ei probationes pereant, hujusmodi receptio testium indistinctè valet; zumalen hiesige Landsordnung

cit. CAP. 52. §. ult.

solches mit folgenden bestätigtet: " Der Beklagte aber mag sich solcher Kundschaft, und " Sage in Recht allzeit gebrauchen. " Zudeme da der Appellant zu dem Zeugenverhöre ordentlich abgeladen, und dabey persönlich erschienen ist; so trift dahier ferner ein, was beilobter

GAIL Lib. I. Observ. 94. num. 5.

belehret: Ut citatio partis ad videndum jurare testes examen præcedat, magnum habet effectum, ut tradit Soci. in c. quoniam frequenter n. II. vers. 2. requiritur. Videlicet, quod tali casu possit produci examen ad perpetuam rei memoriam ab actore, etiamsi post annum actionem instituat, quia cessat ratio prohibitionis. Ob übrigens gleich der Unterrichter das Zeugenverhör gleich eröffnet, und denen Parthien davon die Copien verstatet;

stattet; so wird dadurch jedoch derer Zeugen Glaub um so weniger geschwächt, als eines Theils der Unterrichter zugleich Richter in der Hauptsache ware, anbey dessen Fehler Niemanden zum Nachtheile gereichen mag. Anders Theils auch

FARINACIUS *de Test. Quæst.* 77. num. 144.

so gar bewähret: Quod licet pars aperiens tales attestaciones sine iudice puniatur poenâ falsi, & amplius non possit opponere contra testes de inhabilitate, vel falsitate, non per hoc tamen eorum dicta non valent.

§. 32.

Solchemnach ist auch vergeblich, wann der Appellant annoch vorschüzet, daß das Testament mit der Clausul: *Omni meliore modo in der beständigsten Form Rechtres versehen,* und von denen Zeugen zwar vor, und nach, doch auf einem, und dem nemlichen Tage wäre unterschrieben worden. Wann dieses letzte auch schon erwiesen, oder erweislich; so wäre es jedannoeh ganz unerheblich. Die Geseze besagen zwar, *modicum intervallum temporis, item modicus actus, qui modò contrarius obligationi non sit, nihil impedit, quò minus duo rei sunt.*

L. 6. §. 3. *π. de duob. reis constit.*

Alleine dieses ist nur zu verstehen von feyerlichen Verheißungen, und Zusagen. Wo die

Gefetze hingegen von letzten Willensmeinungen verordnen, da heisset es ganz nachdrucksam: In omni autem ultimâ voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodémque tempore debent adhiberi: sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accomendantibus.

L. ult. §. 3. Cod. de Codicill.

Hiernach ist dann leichte zu urtheilen, daß, gleichwie die vier Zeugen zu gleicher Zeit nicht zusammen gewesen, noch das Testament von der Testiererinne in Gegenwart sämtlicher Zeugen unterschrieben worden; also bey diesen Umständen die obangeführte Clausel nicht das allermindeste helfen, noch wirken möge; anzuermögen dieselbe aus dem Testament kein anderes Geschäft, dann von Todeswegen zu machen, und also den Abgang der zu einer Verordnung von Todeswegen vorgeschriebenen Erforderlichkeiten zu ersetzen nicht fähig ist; zumalen sie nach Zeugnisse des

*LAUTERBACH in Colleg. Part. II. Lib. XXIX.
Tit. 7. §. 23.*

kein mehrere Kraft, und Tugend hat, als die berühmte clausula codicillaris, von deren Wirkung

*STRYCK. in U. M. Lib. XXIX. Tit. 7. §. 11.
meldet:*

melbet: Effectus hujus clausulæ generatim huc redit, ut si testamentum ob aliquem defectum subsistere non possit, dispositio ad instar codicillorum ad heredem ab intestato directorum valeat, quod tamen non aliter fieri potest, quàm si requisita codicillorum ad minimum in tali dispositione adsint.

§. 33.

Wessenthalben meiner unziesselichen Meynung nach zu sprechen, daß das von des Appellanten Ehefrau Elisabeth E. am 30. August 1752. errichtete Testament für ungültig, und nichtig zu erklären, und demnach der dritte Theil Hauses, welchen vorerwehnte Elisabeth im Wittibstande von ihrer Schwester Sybilla gekauft, dem Mitappellaten Franz Anton ganz, dahingegen nur eine Halbschied dessen dritten Theils, welchen mehrersagte Elisabeth mit dem Appellanten wehrend der Ehe von dem Mitappellaten Franz Anton gekauft, jedoch dem Appellanten die lebenslängliche Nutznießung davon vorbehalten, zuerkennen, und endlich die Kosten bis zum ferneren Spruche auszustellen seyen.

