

prietas contra boni Grunewald dicti fratribus
confanguineis adjudicanda, expensæ vero tam
ob Confanguinitatem Litigantium, quam ob
probabilitatem causæ sint compensandæ.

III.

Von der Wehrschafte, Leistung.

§. 1.

Henrich und Johann Lucas D. zwey Gebrü-
der haben eine gemeinschaftliche Hand-
lung zusammen aufgerichtet, nach einigen Jahr-
ren den erwachsenden Gerhard Henrich D. eis-
nen Sohn des Erstern darinn mit auf- und
angenommen, und seynd endlich im Jahr 1741.
gesampter Hand zur Theilung abgeschritten,
wobey die guten Schuld-Forderungen von de-
nen Bösen, und Zweifelhaften abgesondert,
die erstern unter ihnen in drey gleiche Theile ge-
theilet, die leztern hingegen ohngeheilet gela-
sen worden.

§. 2.

Einige und ohngefehr 10. Jahren hernach ist
der Henrich mit Hinterlassung mehrerer Erben
verstorben, der Johann Lucas indessen mit Ein-
treibung der ihm angewiesenen Forderungen
immerhin beschäftigt gewesen, hat dieserbale-
ben

ben auch so gar seinem eigenen Angeben nach verschiedene Rechts, Kriegen angehoben, und, um willen er mittels dererselben zu dem seinigen nicht völlig gelanget, seines verstorbenen Bruders Kinder anfänglich zwar alle, nachgehends aber den in die Handlung aufgenommenen Gerhard Henrich sonderheitlich besprochen, daß er sich mit ihme berechnen, und die Wehrschafft der als gut angewiesenen Schulden gebührender massen leisten solle.

§. 3.

Nach vollführtem Schriftwechsel ist am 26sten Junii 1756. die Endurtheil dahin ausgefallen, daß beklagter Gerhard Henrich die eingeklagte Liquidation anzugehen, und dabey befindenden Dingen nach die Wehrschafft zu leisten schuldig, die aufgangenen Kosten aber bis dahin zu reserviren seyen.

§. 4.

Von welcher Rechts, Erkenntnisse derselbe dahero stehenden Fußes provociret, die eingelegte Berufung am 3ten Julii dahier eingeführet, unterm 13ten Augusti das Mandatum um Bericht reproduciret, den 10ten Septembris mit dem Gegenbericht eingekommen, und nach am 20ten selbigen Monats erhaltenen Proceß seine Justificationschrift den 6ten Novembris übergeben, mithin die Nothfristen, sowohl, als auch übrige Feyerlichkeiten genauest beobachtet.

§. 5.

Demnach zur Hauptsache abzuschreiten, so will Appellatus Johann Lucas behaupten, daß der Appellant aus einem zweyfachen Grunde zur Berechnung und Wehrschafft verbunden seye; theils nemlich, weilten bey der vorgenamten Theilung, wie auch durch ein vorher errichtetes Bündnis die Berechnung, und Wehrschafft vorbedungen worden: und theils, weilten auch ohne diese Vorbedingung die natürlichen sowohl als geschriebenen Gesetzen den Appellanten darzu verpflichten thäten.

§. 6.

Indessen als viel das Erstere anlanget, so hat der Appellat solches Blutschlecht erwiesen, gestalten der Appellant die vorbedungene Wehrschaffts-Leistung mittels des ihm aufgetragenen Eydes à posit. 1. usque ad 12. rund ausverneinet, und abgelaugnet hat. Bey dem 13. 14. und 15. Satz hat derselbe zwar eingestanden, während der Handlung bereits Vorbedungen zu seyn, daß vorab alle Schulden, so dann dasjenige, was einer vor dem andern mehr in der Handlung hätte, bezahlet, diesem vorgangen alles gleich getheilet, und einer dem andern in der Vestreibung behülflich seyn sollte. Durch diese Eingeständnis aber ist nichts neues ausgesündiget, sondern nur jenes Bündnis bestätigt worden, welche sämtliche Theilung am 20. März 1738. geschlossen, und worauf der

Appellant sowohl, als der Appellat sich abbezogen haben.

§. 7.

Damit eine Sache also zum Eckel nicht zweymal wiederhohlet, und öfters vorgenommen werde; so ist vorläufig solches Bündniß anzuführen, wessen Inhalt dahin abgethet, daß nemlich bey Trennung, oder Aufhebung der Handlung erst die Schulden alle vorab bezahlet, dann weiters dasjenige, was einer von dem andern mehr in der Compagnie hat, abgeführt, und wann sie gleich sind, die Waaren, und was sie ausstehen haben, gleich getheilet, und einer dem andern, wie recht, und billig ist, solle beytreiben helfen.

§. 8.

Was nun aber hieraus, wie auch aus des Appellants Antworten erzwungen, und gefolgeret werden solle, ein solches kan ich meines wenigen Orts ganz und zumalen nicht ermessen. Ohne ist zwar nicht, und belehret

MEVIVS P. 3. Dec. 206.

ausdrücklich; qui promisit se curaturum ut à debitore suo res recipiatur, ille debitor aut rei, aut ejus, quod interest, fit, ideo casus fortuitus ad ipsum pertinet, nec eum liberat. Itaque cum contractu innominato cessisset quidam alteri actionem empti contra venditorem pro certa pecunia sibi solven-

da cum hac adjectione, daß er N. N. Cessionario zu dem Kauf beförderlich seyn will, und der Verkäufer ehestes Tages liefern solle: ubi postea id non fieret, visum est isto pacto contineri non tantum, ut debitum praestetur verum, seu vera actio, sed etiam ut sit exactio, seu ut Cessionarius potiatur. ²¹¹
 leine es kann diese Rechtslehre dahier um so weniger eintreffen, als durch obberührtes Bündniß nur die Beytreibungs-Hülfe, nicht aber versprochen worden, daß einer dem andern beförderlich seye, und besorgen solle, daß von denen Schuldneren die Zahlungen verflüget würden.

§. 9.

In dergleichen Vorfällen ist auf das Bündniß ganz genau zu sehen, und schier alle Wörter zu überlegen. Dahero auch der obangezogene

MEVIVS cit. loc.

die Fälle gar deutlich beystimmt, und unter anderen schreibet: Hic, qui non saltem nomen cedit, sed etiam exactiorem promittit, seu si dicit se curaturum, ut debitor iusto tempore, ad quod tenetur, praestet, si tempore cessionis idoneum fuisse debitorem docet, sequentem casum, qui huic accidit, non praestat. Wer wird demnach so unbescheiden seyn, daß er das obberührte Bündniß mit dem vom MEVIO angeführten Fällen vergleicht, und

und von diesen auf jenes schliesse. Wann so-
thanes Bündniß von der Wehrschäfts-Leistung
verstanden werden solle; so thäte die allerlächer-
lichste Widersprechung sich daraus ergeben,
anerwogen bey sich ereignendem Fall des Bünd-
nisses sowohl dieser jenem, als jener diesem die
Wehrschafft leisten müßte; und also keinem ein-
zigen ein Kreuzer dadurch zuwachsen, sondern
alles gegeneinander aufgehen würde. Der
gleichen Auslegung aber, gleichwie gegen die
Vernunft selbst angehet, also auch gänzlich zu
verwerfen ist.

§. 10.

Oder will jemand vielleicht einwenden: das
Bündniß seye dahin auszudeuten, daß wegen
der als gut angetheilten Schuldforderungen
einer dem andern die Wehrschafft leisten solle.
Solchenfalls würde ein im Jahr 1738. errich-
tetes Bündniß auf die im Jahr 1741. vorgenom-
mene Theilung ausgedehnet werden. Inmaß-
sen nicht bey Schliessung des Bündnisses, son-
dern bey der Theilung die guten Schulden von
denen bösen, und zweifelhaften abgesonderet,
und getheilet werden. Ja das Bündniß ma-
chet zwischen guten und bösen Schulden nicht
einmal einen Unterscheid, sondern erwehnet nur,
daß, und wie alles überhaupt getheilet wer-
den solle. Nithin hat man bey der Theilung
das Bündniß nicht einmal befolget, sondern es
den andern Fuß genommen. Dahero auch
das Bündniß sich auf gegenwärtigen Fall um
B 5 so

so weniger erstrecken kann, als davon darinnen nichts enthalten, ja damals nicht eins daran gedacht worden.

§. 11.

Sollte indessen auch sothanes Bündniß auch noch gelten, und zur Richtschnur dienen müssen; so wäre jedannoch einige Verbindlichkeit zur Wehrschafft daraus nicht erzwinglich; auch erwogen dasselbe nur von einer Beytreibungs-Hülfe erwehnet, unter diesem Worte, der Beytreibungs-Hülfe aber die Wehrschafft um so weniger begriffen, je grösserer Unterschied zwischen diesen beeden Sachen obhanden. Ge-
setzt so gar: es wäre auch die Wehrschafft selbst ausbedungen, und versprochen worden; so möchte selbiges nichts destoweniger sich nur auf die Wahrheit und nicht auf die Zahlbarkeit der Schulden erstrecken. Si Venditor (schreibt

LEYSER *ad l. spec. 199. m. 3.*)

evictionem bonam, ewige gute Wehrschafft, und eviction promiserit. Neque tunc bonitatem nominis præstari oportet. Sic respondimus mense Februario anni 1724. & pro ratione decidendi duplicem istam regulam, quod verba contrahentium secundum substratam materiam intelligenda sint, & quod contrahentes in dubio Legum dispositioni se per omnia conformasse præsumantur, posuimus.

§. 12.

Welchem Felnes wegs entgegen stehet, daß nur die guten Schulden getheilet, und also stillschweigend gleichsam ausbedungen worden, ut bona præstentur, in qua specie si post factam exactionem nihil consequi licet, erit actio.

MEVIVS P. I. Dec. 92.

Dann eines theils hat der Appellat, als ein Mitglied der Handlung die Theilung einrichten helfen, folglich den Zustand und Beschaffenheit derer Schulden gewußt, oder doch leichtlich wissen können. Wann er demnach dabey etwas verabsäümet, so hat er solches sich selbst bezumessen, und den Weg zur Wehrschafft versperrt. Qui enim periculum scire facile potuit, pro sciente habetur, ne melioris conditionis sint stulti, quam periti.

LEYSER ad I. spec. 240. m. 9.

Andern theils ist auch bekenneten Rechtens, quod nomen bonum promittens ultra bonitatem tempore contractus nil præstare teneatur.

MEVIVS P. I. Dec. 93.

Within könnte der Appellat zur Wehrschafft-Leistung nicht einmal handeln, es seye dann, derselbe hätte vorläufig angewiesen, daß nicht nur dormalen nach vollführten Processen, sondern gleich anfangs schon die ihme angetheilten Schulden untauglich, und ohneintreiblich gewesen,

wesen. Inmittels bleibt es ein vor allemal dabey, daß der Appellat das angerühmte Bündniß nicht erwiesen, und darauf sich vergeblich gesteiſet habe. Dahero annoch zuzusehen, was die Rechten in gegenwärtigem Sale verordnen.

§. 13.

Ueberhaupt, und ordentlicher Weise ist zwar außser Zweifel, quod nominibus activis inter cohæredes divisio alter alteri de evictione æque, ac de cæterarum rerum teneatur.

LAVTERBACH *Disp. 41. §. 7.*

Es leidet diese Rechts-Regel aber nach Lehre

SCHILTERI *Exerc. ad n. 20. §. 85.*

ihren Abfall, si nomina activa in duas classes certorum, & incertorum nominum dividantur, & singulis ex utroque genere tantundem assignetur, an gewissen, und ungewissen Possen. Hujus rei tum hic est effectus, & hæc tacita inest conditio, ut quia periculum utrimque est commune, evictionis præstatio invicem compensata habeatur, æque, ac si ejusdem rei pro diviso possessæ portio alteri utri evincitur: namque nec tunc alter de evictione tenetur, propter idem periculum. Ein welches nicht nur

CARPZOVIVS *P. 3. C. 14. D. 19.*

annoch des mehrern bestätiget, sondern gegründet in der gesunden Vernunft vollkommen begründet

bet ist; immassen eines theils die Absonderung der guten Schulden von denen bösen, und zweifelhaften, wie auch dererelben Theilung ganz ohnnöthig und überflüßig wäre, wann die Wehrschafts Leistung dessen ohngeachtet an noch statt finden sollte; zumalen solchenfalls es gleich viel gälte, ob die Absonderung und Theilung geschehen, oder aber die Schulden gesammtter Hand thäten beygetrieben werden. Andern theils würde auch die beschene Theilung zu nichts mehr dienen, als um immerwährende Irrungen, und Verdrießlichkeiten zu erwecken. Within ist nicht zu vermuthen, daß die Gemeinschaft auf solche Weise aufgehoben seyn solle, wodurch annoch mehrere Zwistigkeiten entstehen könnten, als wann selbige angedauret hätte.

S. 14.

Es angeführte Gründe halten nicht nur Miterben, sondern auch bey Compagnons, oder Gesellen Stich. Dann obgleich nicht ohne, daß Gesellen in die gemeinschaftliche Handlung aus dem ibrigen ein gewisses eingebracht, und eingeworfen haben; die Miterben hingegen ohne einige Einlage zur Theilung berufen werden; so bleibt es jedoch bey Gesellen eben so wohl, als bey Miterben wahr, daß ein jeder bey solcher der Schuldentheilung die nemliche Gefahr auf sich nehme, daß im Fall die Wehrschafts Leistung Platz greifen sollte, die Theilung überflüßig,

flüßig, und daß die Aufhebung der Gemein-
schaft der Anfang ohnzehlicher Strittigkeiten
wäre. Sollte auch so gar (wie doch bey un-
tergebener Sache geschehen zu seyn, nicht ein-
mal angeführet worden) für die Einlage selbst
Schulden seyn angewiesen, und zugetheilet
worden, so wäre nichts destoweniger die Wehrs-
chafts-Leistung um so ohnstatthafter, als nach
Proportion der angewiesenen Schulden auch
die Gefahr, und also darunten eine vollkomme-
ne Gleichheit wäre. Zudem hat ein jeder die
Beschaffenheit derer Schulden gewußt, oder
doch wissen können, folglich nach obangezoge-
ner Rechtslehre durch derer Annehmung auf
die Wehrschafts-Leistung verziehen, oder sich
derselben verlustig gemacht.

§. 15.

Es will zwar der Appellat einwenden, als
wann keine Eintheilung derer Schulden in ge-
wisse und ohngewisse geschehen, sondern die gu-
te von denen bösen abgesonderet, diese aus-
gestellt, und nur jene getheilet wären. Allein
wann gleich die bösen Schulden ungetheilet
verblieben; so ist jedannoeh die Abtheilung in
gewisse und ohngewisse dadurch bewürket wor-
den, daß man die guten Schulden von denen
bösen und zweifelhaften abgesonderet hat. Da-
hero auch obige Rechtslehre dahier um so mehr
eintreffen muß, als ein jeglicher nur gute Schul-
den erhalten, mithin einer nicht mehr, dann
der

der andere zu befahren gehabt. Quoties autem evictionis periculum mutuum est, & commune, tum si uni res evincatur, is non habet actionem de evictione

CARPZOV. cit. Def. 19.

§. 16.

Besetz übrigens, daß die Wehrschafte Leistung dahier statt hätte, und der Appellant darzu verbunden wäre; so möchte der Appellat jedoch denselben deßfalls nicht besprechen, er habe dann vorab angewiesen, daß er in Beytreibung derer Schulden den erforderlichen Fleiß angewendet, daß er wider die Schuldner Urtheilen ausgewürket, selbige zur Vollstreckung beförderet, nichts destoweniger keine Zahlung erhalten, und endlich, daß die Forderungen durch seine Schuld und Saumnüß nicht zu Grunde gegangen, sondern die Schuldner bereits zur Zeit der vorgenommenen Theilung ohnzahlsbar gewesen. Es ist daher ganz ohn-ermeßlich, wie bey dieser der Sachen Liegenheit der Appellant zur Berechnung, und Wehrschafte, Leistung habe verurtheilet werden können.

§. 17.

Vielmehr wann nach demjenigen, so bis dahin angeführet worden, geurtheilet werden sollte, so würde der Spruch-Rechtens schwerlich anders ausfallen mögen, dann daß der Appellant von der angehobenen Klage frey zu spre-

sprechen seye. Inmittels ist der Appellat in hiesiger Instanz um etwas weiter gegangen, und hat vorgegeben, daß die ihme angetheilten Schulden nicht einmal alle wahrhaft gewesen. Ob nun gleich zu dessen Beweis bis dahin mehr nicht, dann bloße Worte angeführet worden; so will es jedoch mir sehr bedenklich seyn, dieses Vorgeben so platterdinges zu übergeben, oder gänzlich zu verwerfen, zumalen eines theils es dahier nicht auf einige 100. sondern etliche 1000. ankommet. Und andern theils der Appellat nicht einmal angewiesen hat, was es mit denen Schulden für ein Bewantsam habe, warum er dabey zu kurz gekommen, und welcher gestalten selbige zu Grunde gegangen.

§. 18.

Wannhero meines ohnzwecklichen Erachtens noch zur Zeit abstrahendo an bene, vel male judicatum, dahin zu sprechen wäre: Würde Appellatus Joann Lucas vorläufig ordentlich anweisen, daß, und welcher gestalten er an den ihme als gut zugetheilten Schuldforderungen Schaden erlitten habe; alsdann ferner ergehen solle, was rechtens.

