

§. 7.

Voraus dann mit beeden Händen zu greifen, daß der Appellat bey seinem Besitze rechtlich gehandhabet, und die Appellantin zu Herstellung der Sache in den vorigen Stand schuldig erklärt, mithin wohl gesprochen, übel appelliret, und derowegen nicht nur die vorige Urthel lediglich zu bestätigen, sondern anbey die Appellantin in die bey hiesiger Instanz aufgegangene Kosten nach rechtlicher Ermäßigung fällig zu ertheilen seye.

XII.

Vom Juramento dan- & respondendorum.

§. 1.

Durch die in untergebener Sache erlassene Beyurthel ist dem Kläger aufgegeben worden, Rechtsgnügig zu erweisen, daß er des Beklagten Dienst gezwungener Weise verlassen müssen, oder daraus seye gejaget worden. Zu dessen Bewürkung hat der Kläger zwey Zeugen vorgeschlagen, und selbige auch würtllich eydlich abhören lassen. Die weihen er nun nach eröfnetem Zeugen, Verhöre selbst in etwa zweifelet, und Bedenken trägt, ob

ob der geführte Beweis vollbürtig, und hinreichend seye; so hat er zu aller Vorforge auf den Fall, da der Beweis für unhinlänglich gehalten werden sollte, dem Beklagten, und dessen Ehefrauen das juramentum calumniae, oder besser zu reden respondendorum dahin aufgetragen, daß selbige nicht in Abrede stellen könnten, ihn aus dem Dienst gleichfalls gesetzt zu haben. Bevorne demnach in diesem Puncten zu der Beurtheilung abgeschritten werden mag; so ist vorläufig zu untersuchen, ob und in wie weit der aufgetragene Eyd statt habe?

§. 2.

Die Rechts-Gelehrten seynd (wie bekannt) bey dieser Frage annoch uneinig, die hiesige Gewohnheit, und Gebrauch auch wandernd, mithin es erforderlich, daß ich meine geringfügige Meynung eröffne, und zugleich die Beweggründe, welche zu der Wahl mich genöthiget, dahier des breitem anführe.

§. 3.

In dem Reichs-Abschiede vom Jahre 1570. ist zwar

§. Wie wol auch Vermög gemeiner Recht p. 88.

verordnet, daß nunmehr in allen Sachen, simplicis querelæ, oder appellationum ein jeder Kläger, oder Appellant, so seine Klage Puncten, oder gravamina zu articuliren bedacht,

dacht, keine Summari-Klag, sondern zugleich articulirter weiß stellen, und in primo termino eingeben lassen soll, oder aber es soll ihm der Weg zu articuliren darnach präcludiret seyn. In wessen Befolge dann auch

GREVÆUS *ad Gail. L. I. Concl. 79. N. 15.* schreibt: *Meminisse etiam hic oportet, non semper in Cam. Imp. positionum exhibitionem concedi: nam quando libellus summarius seu non articulatus in principio propositus esset, posciones postea fieri, haud permittitur.*

§. 4.

Wann also nach übergebener Summari-Klage das juramentum respondendorum nicht einmal mehr statt findet; so will selbiges allem Ansehen nach dahier noch um so viel weniger anzunehmen seyn, als eines theils der Kläger sich selbstem bezumessen hat, daß er mit Vorbeygehung des Eydes sogleich die Zeugen-Probe angegangen. *Cum enim ponendo potuerit relevari, & gravari elegerit, sibi imputet: quia mos ei gerendus est.*

L. 14. *n* de probat.

Andern theils ist auch der Eyd bekanntermassen eine Gattung des Beweises, mithin nach bereits erwählten andern Beweis-Mitteln unstatthaft. *Ab initio electio est actoris, utrum juramentum velit deferre, auf den Eyd klagen, oder zu Eydes-Hand die Klage legen, an vero pro-*

probationem in se recipere; electio unius est exclusio alterius.

MEVIUS P. IV. Dec. 5.

quam enim quis semel elegit, viam, tendere, nec in alterius incommodum consilium mutare, & ad id, a quo decessit, redire debet.

MEVIUS P. III. Dec. 201.

§. 5.

Ueber dies ist der Beweis durch die Zeugen geführt, oder nicht? Ist er es, so ist der Eyd überflüssig. Falls aber nicht; so muß der Beklagte wegen Abgang des Beweises ohne fernern Umtrieb freigesprochen werden; si enim actor in probatione defecerit, tum juramentum deferre amplius non potest, sed reus absolvendus est.

L. II. Cod. de Reb. credit.

Zumahlen der Kläger bereits in die Eröffnung des Zeugen Verhörs eingewilliget, und also gar jene Cautel verabsäumet hat, welche er nach Lehre

STRYCKII in introd. ad praxin for.

Cap. XX. §. 2.

an Hand nehmen sollen: insignis pro actore cautela est, ut si suboleverit, testes pro ipso non deposuisse, protestetur contra attestatorum publicationem, & deferat juramentum reo, sic enim dici nondum potest, quod in probando defecerit.

§. 6.

§. 6.

Alleine so anscheinlich diese Gründe auch immer seynd, so bewegen sie jedoch mich nicht einstens so viel, daß ich mit

BRUNNEMAN in *Proc. civ. Cap. XVII. N. 2* zu zweifeln Ursache finde. Bekannt ist es, daß der Reichs-Abschied vom Jahre 1570 durch den vom Jahre 1654 abgeänderet, und in dem letztern

§. 34. §. 64.

alle articulirte Klagen abgestellt, und verboten worden. Sollte nun der erstere Reichs-Abschied nemlich vom Jahre 1570. in Betreff des juramenti respondentorum amnoch zur Richtschnur genommen werden wollen; so würde sothaner Eyd dermalen in keinem einzigen Fall mehr statt finden. Woraus dann mit beeden Händen zu greifen, daß die Entcheidung untergebener Rechts-Frage aus berührtem Reichs-Abschiede keinesweges könne hergenommen werden.

§. 7.

Vielmehr ist deßfalls aus den gemeinen Rechten auszuführen, quod post susceptam probationem & publicatis attestatis juramentum judiciale deferre possit

SCHOEFFER in *synops. jur. priv. L. XII. tit. 2. n. 58.*

Eo, quod qui unam probationem attulit, qua

qua non evicit, non impediatur aliam proferre: pluribus enim probationibus uti licet. Est autem probationis genus delatio juramenti.

ZOESIUS ad π . L. XII. Tit. 2. n. 35.

Hinc reus, antequam juraverit se dare non oportere, haud absolvendus, ac solummodo excipiendus casus L. 22. in fin. De nox. quo actori, qui optionem habuit ex prætoris edicto, domino deferendi jurisjurandi, vel agendi directo iudicio ob noxam servi, si iudicio illo agere maluerit, & in eo defectus fuerit probationibus, merito non auditur, si velit postea regredi ad conditionem jurisjurandi semel omiffam; sed protinus causa cadit.

GUIACIUS Observ. L. XXII. cap. 28.

§. 8.

Da nun (wie die Jurisconsulti Helmstädtenses apud

LEYSERUM ad π . spec. 121. med. 1.

gesprochen) Das juramentum respondentorum kein blosses juramentum calumniæ ist, sondern mit zum Beweise gehöret, und also gar viel von der Natur des juramenti judicialis participiret. Ja da sothaner Eyd nach Anmerkung

BOEHMERI ad X. Lib. II. tit. 5. §. 12.

in die juramenta veritatis am meisten einschläget; so muß derselbe auch nach eröffnetem Zeugen-Verhöre um so ohngezweifelter Platz greifen,

fen, je bekannter es ist, quod iudex debeat
 universa rimari, possitque etiam post con-
 clusionem in causa a partibus factam inter-
 rogare de facto, quoties dubitationis aliquid
 occurrerit, usque ad prolationem sententia,
text. clar. c. cum Joannes 10. §. penult. de fide in-
strument. Atqui oblatis sibi per partem positi-
 onibus pro jure suo tuendo oritur aliqua du-
 bitatio: ergo juxta eas potest iudex interro-
 gare.

REIFFENSTUEL *ad X. L. II. Tit. XVIII. §.*
9. n. 234.

§. 9.

Diesem kommet annoch hinzu, daß wann
 der Eyd dahier nicht sollte angenommen wer-
 den wollen, alsdann die Parthey nach einhellig
 ger derer Rechtsgelehrten Meynung in der
 zweyten Instanz das bekante beneficium non
 probata probandi, & non deducta deducen-
 di an Hand nehmen, und mittels desselben den
 Eyd annoch auftragen und abfordern könnte.

LEYSER *cit. spec. 121. med. 3.*

Sicut enim in secunda etiam alio probandi
 genere appellans uti potest, ita etiam jure ju-
 rando, quod ejus quaedam species est.

MEVIUS *P. IV. Dec. 5.*

Within ist nicht zu ermessen, warum man den
 Eyd dermalen nicht eben sowohl annehmen, son-
 dern vielmehr den Proceß verlängern, und
 beide

beede Theile nur in vergebliche Kosten stürzen solle, zumalen eines Theils die zu schwören verweigernde Parthey dadurch nicht das mindeste gewinnt, im Gegentheile sich nur selbst aufhält, und Kosten verursachet, und zu Ende gleichwohl zu dem Eyde bequemen muß. Andern Theils erfordern es auch die Pflichten des Richters, daß er den Proceß möglichster maßen abzukürzen trachte. Folglich würde er schurstraks dawider handeln, wann er dasjenige übergehen und verwerfen wollte, was er doch endlich angenommen werden zu müssen schon wirklich voraus siehet. Ueber dies erheissen es die Geseze selbst, daß der Beweis in allen Wegen solle beförderet werden. *Pro- bationibus enim pinguius subveniendum est.*

L. 12. pr. Cod. de Reb. credit.

§. 10.

Aus diesen Ursachen halte ich zwar mit dem

DURANDO spec. Lib. II. part. 2. summ. posit. quando faciendæ n. 5.

ohnzweifelich dafür, daß auch nach eröffnetem Zeugen, Verhöre dem juramento respondentorum statt zu geben seye. Inmittels aber da der Kläger den Eyd nicht platter Dinges, sondern unter dem Bedingnisse, Falls die Zeu- genaussagen für ohnhinlänglich gehalten werden sollten, aufgetragen und gefordert hat; so wäre um die Stelle der Parthey nicht zu ver- treten,

treten, noch deren Vortheil gleich dem Sachwalter zu besorgen, vorläufig anroch zu sprechen: würde Kläger wegen des A. E. N. 41. erwähnten Eydes sich näher und eigentlich erklären, alsdann ferner ergehen solle, was rechtens.

XIV.

Von Verkaufung eines minderjährigen zugehörigen Hauses.

S. I.

Nach Absterben der Annen A. hat deren selben Schwiegersohn Johann B. wider die übrigen Miterben nicht nur eine auf der Erbschaft haftende Forderung eingeklagt, sondern auch am 17ten März 1727. dahin angetragen, daß ihm, wie auch seinen Pflegbefohlenen, den minderjährigen Vorfahren des Johann A. der erbbschaftliche Antheil möchte gegeben und angewiesen werden. In dessen Gefolge seynd sämtliche Erben zur Theilung geschritten, und weilten das Elterliche Haus in fünf Theile nicht zu theilen ware, so hat obbemelter B. seinen fünften für 125. Rthlr. sodann der Johann A., welcher damals schon in zweyter Ehe saße, den auf seine