Schulden besprochen, und allenfals exequiret, als wesfals denen Appellaten der Regreß wider dieselbe, wie auch den Henrich C. vorzubehalten, unentgeldlich, und ohne Ruckforderung der bereits zahlten Kaufgelder una cum perceptis denen Appellanten abzutretten, gleichwohlen auch die Appellanten die erweislich verwendeten Meliorationen zu vergüten schuldig, so dann die aufgegangenen Kosten aus bewegenden Ursachen gegeneinander aufzuheben, und zu vergleichen seyen.

XIX.

Von Auslegung des Wörtleins: Nebens, wie auch von Beweise einer Copey.

---

§. 1.

Die aus fünf Dorfschaften, nemlich dem Dorfe D. dem Dorfe U. dem Dorfe B. dem Dorfe L und dem Dorfe N. bestehende Unterherrschaft D. sammt allen darzu gehörigen Gerechtigkeiten, sonderheitlich dem allgemeinen Zehend-Rechte ist in den alten Zeiten von denen Freyherrn von E.; so dann denen Freyherrn von W. gemeinschaftlich beses-

sen, und die darab eingekommenen Einkünfte von einem jeden Theile zur Halbschied gezogen, und genossen worden.

§. 2.

Im Jahre 1622 solle indessen der Adam Freyherr von E. seine Halbschied der Unterherrschaft mit allen anklebenden Gerechtigkeiten seinem Vetter Adolph Henrich Freyherrn von W. übertragen haben, wie solches der von dem jezigen Kläger copeylich beybrachte Uebertrag des Breitern mit folgenden besaget „ Vor uns Kerst R. und Kerst U. beeden „ Scheffen des Gerichts, und Herrlichkeit „ D. erscheine der Wohledeler, und gestren„ ger Dham von E., der bisher Mitherr zu „ D. gewesen, und hat sein Wohledel ange„ theilt der Frey Adelicher Hoch- und Herr„ lichkeit D., benenntlich fünf Dörfer D. „ U. B. L. und R., und was nun desfals zu „ der Hoch- und Herrlichkeit gehörig, Hoch„ und nieder Gericht, schultheiß, Scheffen, „ Gerichtsschreiber, Botten-Dienste, und „ sonsten auch die Dienste der Hausleute, und „ Pfachten in der Herrlichkeit, die Lehnen „ inner, und ausserhalb der Herrlichkeit, wie „ gleichfals die Collation der Beneficien, „ wann sie fällig seynd, neben Bley-Zehen„ den, Steinkaulen, Iss.rstein, Ecker-Ge„ rechtigkeit auf der Mawsawel zu der Herr„ lichkeit gehörig, die Accinsen, und Pan„ zap

„ zap mit der Pan, Haußplatzen, und derer
„ Gerechtigkeit sammt denen Brüchten da-
„ selbsten, ferner auch folgende Erbstücke,
„ und Renthen zugelegt, als Schatz ungefehr
„ bey die sechsig Gülden jährlichs, darneben
„ Schatz Haber ad zwanzig Malder über-
„ schlagen, wie gleichfals die Zwang Mühle
„ zu D., immassen sie dem Mühler verpfach-
„ tet, Der Wein-Zehenden zu D. nebens
„ den untersten zweyen Weyeren, und den
„ Churmunden zu D. dabey doch dieses
„ Jahr bereits erschienene Renthen, und die
„ alte Freyheit der Erbgüter in der Herrlich-
„ keit des Jungherrn Kinder zuständig, aus-
„ drüklich vorbehalten ꝛc. mit Handhaben,
„ und Mund in einer stetigen Erbbeut seinem
„ Wohledel Vettern Junkern Herrn zu D.
„ Arnold Henrich von W. gerechtlich über-
„ tragen, und angeerbet.

§. 3.

Als demnach der Johann Henrich Erb-
schenk von U. wider obbemelten Arnold Hen-
rich Freyherr von W. nachgelassene Wittib,
und Vormünder des minderjährigen Sohns
Klage angehoben, und endlich eine siegreiche
Urthel erhalten; so ist er am vierten Oct. 1655.
in die Unterherrschaft D., und alle darzu ge-
hörigen Güter, als Länderey, Weingärte,
Zehenden, Schatz, Renthen, und Gefällen
gerichtlich eingesezet, und von diesem Tage an

er

er so wohl, als dessen Nachkommenschaft, in dem ruhigen, und ungestörten Besitze bis auf die heutige Stunde geblieben.

§. 4.

Einige Jahren nach geschehener Einsetzung haben vorerwehnten Adamen Freyherrn von E. hinterlassene Kinder namentlich Wilhelm, Agnes, und Johann von E. (wie der am zweyten Sept. 1671. darüber ausgefertigte Kaufbrief wortlich besaget) dem Hochwürdigen, und Hochwohlgebohrnen Johann Arnold Freyherrn von B. die Halbschied eines zu D. in dem Amte N. gelegenen, in und ausserhalb der Herrlichkeit daselbst sich erstrekenden Zehenden, frey Allodial-Gut, so weit als dieselben sammt dem Hause D., woran die andere Halbschied gehöret, berechtiget seynd (jedoch ein neunter Theil des ganzen Zehendens, so das Langerath, und Brachfeldchen sammt dem Zusatz genannt, und vorgemelter Herr Verkäufer, und dessen Consortes noch über vorgemelte Halbschied jährlichs gehabt, und annoch an sich behalten sollen, ausgenommen) sammt allen Appertinentien, und Dependentien, wie derselbe von unerdenklichen Jahren her allezeit collectirt, und gebraucht gewesen, diesergestalt übertragen, und verkaufet, daß der Herr Ankäufer bemeltem von E. einmal vor all beneben einem Verzicht von hundert Rthl. 5500. Rthl. in zweyen Termi-

nen,

nen, nemlich 4000. Rthl. nach vorgegangener Erbung in diesem Monath Sept., und die übrigen fünfzehen hundert in sechs Monathen darnach in der Stadt Cölln, oder auf seinem Hause B. kummerloß zu bezahlen schuldig seyn solle.

§. 5.

Da hernach einiges Land gerottet, und fruchtbar gemachet wurde, so geriete des ankaufenden Freyherrn von B. Erb mit dem Erbschenke Freyherrn von U. über den Rottzehenden in Uneinigkeit, und zeigte so gar am 25 August 1694. dahier an, daß ersagter Freyherr von U. den ganzen Zehenden sich einseitig, und alleinig zueignen wolte. Hierwider wendete der Beklagte ein, daß der Rottzehnde ihme als Herrn der Unterherrschaft ex capite superioritatis territorialis einseitig gebühre. Es kame darauf also zu einem ordentlichen Rechtsstreit, welcher aber nicht allein am zweyten Nov. ersagten Jahrs 1694. zum Vortheile des Klägers entschieden, sondern auch die vorige Urthel am 29. Oct. 1709. dahin bestättiget wurde, daß Provocatus bey dem strittigen Rottzehende in possessorio salvo petitorio zu handhaben, provocans die hinweggenommenen Früchten zu restituiren schuldig, die aufgegangenen Kosten aber auß bewegenden Ursachen zu vergleichen seyen.

§. 6.

§. 6.

Bey dieser Urthel liesse der Beklagte es zwar bewenden. Als selbige aber vollstrecket werden wolte; so stellete er vor, daß das Jahr, und Tag, von welchem die hinweggenommenen Früchten wiederzugeben, und also die Berechnung anzufangen, in der Urthel nicht ausgedrucket, noch von dem grünen Zehenden, den der Kläger nunmehro sich ebenfals zueignen wolte, das mindeste enthalten wäre. Hiedurch wurde also ein fernerer Rechtsspruch veranlasset, welcher am 25. May 1735. dahin ausfiele, daß Kläger in Gefolg der rechtskräftigen Urthel vom 29. Oct. 1709. bey dem Zehenden in der Unterherrschaft D. so wohl der ante, als post sententiam gerotteten Stüker, in so weit, als selbiger den universal Zehenden besitzet, in possessorio salvo petitorio cum perceptis zu handhaben, desfals der Calculus vom Jahre 1694. anzulegen, die wegen des grünen Zehendens vorgekommene Strittigkeit aber ad separatum hinzuverweisen seye.

§. 7.

Jezt angeführte Urthel, welche ihre Rechtskraft erreichet, ware nicht einmal völlig befolget, und vollzogen; so zeigte des vormahligen Klägers Erb dahier schon wiederum an, daß vorhin beklagter Freyherr von U. ungefehr zwölf Morgen, die in den Rottzehenden nicht

ein-

einschlügen, vor und nach zu Weingarten gemachet, daraus den Weinzehenden abzutragen verweigeret, und also den vorherigen Urtheln schnur stracks zuwider gehandelet hätte. Welchem da beklagter Seits entgegen gesezet wurde, daß der Kläger so wenig, als dessen Vorfahren, jemals einigen Weinzehenden empfangen, weder selbigen geforderet, noch desfals sich in dem Besitze befünde; so entstunde daraus eine neue Rechts-Irrung, wobey der Beklagter auf den oben erwehnten Uebertrag vom Jahre 1622. sich hauptsächlich abbezoge, und dadurch am 21. Merz 1750. die Bey-Urthel veranlässete, daß er nemlich den Erbbeutungs Contract de Anno 1622. in originali, re- & irrelevantia salva coram commissione auflegen solle.

§. 8.

Ob nun gleich der Beklagte wider sothane Urthel die Revision, oder Nachsehung derer Acten begehrete; so wurde jedoch nach deren Gestattung die vorige Urthel am 16. Jenner 1751. lediglich bestättiget, und also der Beklagte genöthiget, nicht nur rund aus zu bekennen, daß er das Urbild des Uebertrags nicht hätte, noch auflegen könnte, sondern zugleich die Wahrheit der von ihme übergebenen Copey auf eine andere Weise, und durch andere Urkunden zu behaupten. Worauf aus einem ganz irrigen der Sache Begrief am 24.

Merz

Merz 1753. die fernere Urthel dahin erfolgte, daß respectu der in der Herrschaft D. zu U. B. L. und R. vorhandenen Weingärten klagender Graf von B. in possessorio, salvo petitorio zu handhaben, wegen der in Contractu de Anno 1622. benahmsten, neben dem zwey untersten Weyern gelegenen Weingärten aber die in Actis angerühmten Originalia re- & irrelevantia salva in ordine ad agnoscendum, vel jurato diffitendum aufzulegen, und die bis dahin aufgegangenen Kosten auszustellen seyen.

§. 9.

Von solchem Rechts-Spruche hat der Beklagte zwar erstlich revidiret, so dann nachgehends die Restitution gar nachgesuchet. Nachdeme aber durch beede Rechts-Hülfen der Sache nicht abgeholfen, sondern die vorige Urthel am 27. Nov. 1752. in Revisorio, fort am zweyten Junius 1755. in Restitutorio ihres allingen Innhalts bestättiget worden; so hat er endlich das Petitorium dahier eingeführet, und in der übergebenen Klag-Schrift dahin geschlossen, daß der Weinzehende in der Herrschaft D. ihme einseitig zuzuerkennen, und er von gegenseitiger Ansprache zu entledigen, oder vielmehr der vorhin erfolgte Spruch aufzuheben, mithin der Gegner ad Restitutionem indebite perceptorum cum expensis, & omni causâ anzuweisen seye.

§. 10.

§. 10.

Um dermalen also die Erörterung des zum Spruche abermals zeitigen Rechts-Handels anzugehen, solle ich zu klärerm der Sache Begriefe, und mehrerer Erläuterung vor allem bemercken, daß von dem Früchten-Rottzehende so wenig, als dem Weinzehende der aus zehendbar gewesenen Aeckeren gemachten Weingärte dahier die Frage obwalte; immassmen eines theils von dem nunmehrigen Kläger, oder vielmehr dessen Vormunde wegen des Früchten-Rottzehendes keine Meldung gethan, sondern desfals bey der an das Kayserliche, und des Reichs Cammer-Gericht in den vorherigen Zeiten geschehenen Berufung es lediglich belassen worden. Andern theils aber der Kläger nicht nur der am fünften May 1752. übergebenen Deductioni gravaminum folgende Stelle ausdrüklich einfliessen lassen „ Desgleichen sollen zufolg des von dem zweytern Commissario abgehaltenen Protocolli „ auch ungefehr sechs bis sieben Morgen aus „ denen Felderen in Weingärten abgeänderet „ worden seyn, ab welchen Stuken man ihme „ Gegnern die Halbschied des Zehendens nicht „ bestreitet, als viel nemlich sothane bey jeziger Unterthanen Gedencken aus den zehendbar gewesenen Aeckern zu Weingarten transformirte Stuke nicht auch von alters, bevorne mit Früchten besaamet worden, „ Weingärte gewesen seynd „ sondern auch

in der übergebenen Petitorial-Klagschrifte mit nachstehenden Worten widerhohlet „ Er hat „ nachgehends auf verschiedene Zeugen arti„ culirt, durch derer Aussage auch erwiset „ worden, daß vor und nach 10. bis 11. „ Morgen Acker-Landes zu Weingärten „ transformiret worden, von welchen ihme „ der halbe Zehende diesseits nicht geweigeret, „ dergestalt jedoch, als viel dergleichen Stuke „ nicht vorher, bevorne selbige zu Acker-Land „ gebraucht worden, auch Weingärte gewe„ sen wären „ Die zu entscheidende Haupt-Frage ist demnach eigentlich diese, ob nemlich der Adam Freyherr von E. dem Adolph Henrich Freyherr von W. den halben Weinzehenden im Jahre 1622. übertragen, und dadurch ersagter Arnold Henrich von W., welcher die andere Halbschied als Mitherr der Herrschaft bereits hatte, den ganzen Weinzehenden erhalten, oder ob nicht vielmehr erwehnter Adam Freyherr von E. bey dem Uebertrage vom Jahre 1622. den halben Weinzehenden, gleich dem Früchten-Zehende sich vorbehalten, und dessen Kinder dem Johann Arnold Freyherrn von E. den halben Wein- so wohl, als Früchten-Zehenden im Jahre 1671. verkaufet haben?

§. 11.

Es will zwar der nunmehrige Beklagte vorwenden, als wann jezt vorgestellte Frage in judicio possessorio petitorialiter bereits erörteret,

teret, und abgethan wäre, immassen dem dermaligen Kläger die Beybringung, und Auflegung des Uebertrags vom Jahre 1622. daselbsten aufgegeben, über den Sinn, und Verstand sothanen Uebertrags weitläuftig gehandelet, und endlich der Sinn durch die am 24. Merz 1752. eröfnete Urthel bestimmet, mithin dahier Platzgreifig wäre, was

MENOCH *de Retinend. Possess. Remed. III. num.* 808.

schreibt: Sententiam latam in possessorio parere exceptionem in Judicio petitorio, cum possessorium habet admixtam causam proprietatis, & super ea proprietatis causa processum fuit. Alleine ob ich dem Beklagten gleich mit beeden Händen zugebe, daß man vormals in Possessorio allzuweit gegangen, und unerachtet der unter anzuführenden Aussagen der von dem Beklagten selbst vorgeschlagenen, und wider denselben Kundschaft getragen habenden Zeugen eine bey so gelegenen Sachen ad Petitorium unwidersprechlich gehörige Auslegung des von dem Kläger damals nur pro colorando Possessorio beygelegten Uebertrags zu machen, mithin auf diese Weise dem Beklagten bey dem Weinzehende in possessorio, salvo petitorio zu handhaben sich habe beygehen lassen; so ist, und bleibt jedannoch der gemachte Einwurf um so ungegründeter, und eiteler, je ausdrüklicher die

am 20. Merz 1752. ausgesprochene Urthel in dürren Buchstaben mit sich führet, daß in Ansehung der in der Herrschaft D. vorhandenen Weingärte, der Beklagte in possessorio salvo petitorio zu handhaben seye. Es muß der Beklagte daher entweder dem Kläger die vollkommene Ein- und Ausführung des petitorii gestatten, oder aber jene in der Urthel klar-genug zu lesenden Worte: *in possessorio salvo petitorio* gänzlich auslöschen, oder doch wenigstens wider alle Vernunft, und Auslegungs-Kunst behaupten, daß dieselben ganz fruchtloß, und die vorberührte Urthel sich selbsten zuwider seye. Dieweilen aber zu diesem leztern weder hinlängliche, noch auch einmal Schein-Gründe obhanden; so muß es bey der gemeinen, und von vorbelobtem

MENOCH *de Retinend. Possess. Remed. IV. num.* 121.

angeführten Regel, quod sententia lata in judicio summario non noceat judicio plenario, dahier sein verbleib um so mehr haben; als vorhin nicht allein von beeden Theilen possessorialiter gehandelet, sondern auch nur in Possessorio gesprochen, mithin die Einrede der abgeurtheilten Sache ganz unstatthaft ist. Etenim si quis interdicto egerit de possessione; postea in rem agens non repellitur per exceptionem: quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

L.

L. 14. §. 3. π. de Except. Reijudic.

§. 12.

Mit Hinansetzung, und Verwerfung der wider die klaren Rechten so wohl, als auch den buchstablichen Innhalt der angezogenen Urthel gemachten Einrede greife ich daher die Hauptsache nunmehro an. Wobey da es auf den Uebertrag vom Jahre 1622. fürnemlich und lediglich ankommet; so wäre zwar der natürlichen Ordnung nach vor allem zu untersuchen, und zu erörteren, ob sothaner Uebertrag von dem Kläger rechtsgnügig erwiesen, oder klärlicher zu reden, ob die Copey und Ebenbild des Uebertrages durch die ferner übergebenen Beylagen, und Beweisthümer vollständig rechtfertiget seye? In Erwegung jedoch, daß die Wahrheit, oder Aechte des Uebertrags nicht so wohl, als vielmehr dessen innerlicher Innhalt der Sache den Ausschlag geben müsse, will ich sothane Untersuchung annoch ein wenig ausstellen, und statt deren zuvorne die Entscheidung der Frage übernehmen, ob der Uebertrag vom Jahre 1622, fals er erweislich, dahier Ziel, und Maaß zu geben fähig, und wie die darinn erfindlichen Worte: Der Weinzehende zu D. nebens den untersten zweyen Weyeren, und den Thurmunden zu D. zu verstehen, und auszulegen seyen?

Erster Abschnitt.

Von Auslegung des Worts: Nebens.

§. 13.

Ein jeglicher, so der deutschen Sprache nur ein wenig kündig, mag nicht entkennen, daß das Wörtlein: Neben oder Nebens eine mannigfältige Bedeutung habe, und auf verschiedene Art pflege gebrauchet zu werden. Bald heisset dieses Wörtlein eben dasjenige, was das Wort: Bey. Also saget man nach Zeugnüsse der deutschen Wörter-Bücher: Er sitzet neben dir. Das ist: Er sitzet bey dir. Prope te sedet. Il est assis auprés de vous. Bald wird es gebrauchet an statt derer Worte: An, Nah. Also ist in denen Wörter-Büchern zu lesen: Neben meinem Hause wohnet er. Das ist, er wohnet nahe, oder an meinem Hause. Juxta ædes meas habitat. Il demeure tout joignant mon logis. Bald bedeutet es so viel, als das Wörtlein: Vorbey. Also liset man in denen Wörter-Bücheren: Neben der Stadt-Mauer hinlaufen. Das ist: der Stadt-Mauer vorbey fliessen. Præter mænia fluere. Bald wird es genommen für das Wort: Mit oder sammt. Also findet man geschrieben: Neben einander gehen. Das ist: Mit einan-

einander gehen. Una fronte incedere. Aller ensemble de front. Und in diesem Sinne hat auch der

Freyherr von HOLBERG in Moralischen Gedanken Buch I. Epigramma VI.

das Wort: Nebst genommen, wann er schreibt: Ich will auch um ehrliche Leute nicht „ vor den Kopf zu stossen, diese Schwachheit „ ganz gerne unter dem Namen einer honet„ ten Ambition durchlaufen lassen; zumalen „ da ich wahrnehme, daß sie nebst den bö„ sen auch einige gute Wirkungen hervorbrin„ get.„ Bald vertritt es die Stelle des Worts: Ausgenommen, oder Ausserhalb. Also wann

CICERO *Libr. I. Epist. 6.*

zu Latein sagt: Amicum ex consularibus neminem tibi esse video præter Hortensium, & Lucullum; so kan man solches ganz füglich folgendermassen ins deutsche übersetzen: Neben, oder Nebst dem Hortensius, und dem Lucullus finde ich niemand im Rathe, welcher dir Freund, und gewogen ist.

§. 14.

Hieraus ergibt sich nun von selbsten, daß die in mehrersagtem Uebertrage enthaltenen

Worte: Der Weinzehende zu D. nebens den untersten zwey Weyern, auf eine zweyfache Art können verstanden und ausgeleget werden. Man kan nemlich sagen, daß durch diese Worte der Weinzehende, welchen die an, oder bey denen zwey Weyeren gelegenen Weingärte jährlichs zu entrichten schuldig, angezeiget, und bestimmet werde. Dahingegen lassen sich auch obige Worte dahin auslegen, daß der Weinzehende mit, oder sammt denen zweye Weyern seye übertragen worden. Da inzwischen beede diese Auslegungen nicht zusammen bestehen, noch zugleich statt haben mögen; so ist es nunmehro an deme, daß eine von beeden angenommen, die andere hingegen verworfen werde.

§. 15.

Meines wenigsten Orts solle ich in untergebenem Falle die leztere Auslegung der Erstern um so unbedenklicher vorziehen, je mehr alle, und jede der Sache Umstände ein solches erforderen. Untersuchet man, in welchem Sinne, und Verstande der Verfasser, oder Aufsteller des Uebertrags das Wörtlein: Nebens durchgehends genommen; so ist leichte zu finden, daß er desselben statt des Worts: Mit, oder sammt sich bedienet, und also dardurch eine Verbindung, oder Verknüpfung der Rede habe andeuten wollen. Wann es in dem Uebertrage heisset „Wie gleichfals die Collation

„der

„ der Beneficien, wann sie fällig seynd, ne-
„ ben Bleyzehenden, Steinkaulen, Isser-
„ stein, Ecker-Gerechtigkeit auf der Maw-
„ sawel zu der Herrlichkeit gehörig „ so wird gewislich kein einziger sich begehen lassen, daß das Wörtlein: Neben allhier statt des Worts: An, Nahe oder Bey gesetzet seye; zumalen es nicht nur der gröste Fehler in der Redens-Art, sondern zugleich eine in die wahre Hermeneutique schreiende Sünde seyn würde, wann jemand dahier das Wort: Neben, mit denen Worten: An, und Bey verwechselen, und also sagen wolte, daß die Collation dererjenigen Geistlichen Pfründen, welche an, oder bey denen Steinkaulen, Bleyzehenden, Isserstein, und Ecker-Gerechtigkeit gelegen, seye übertragen worden. Wann ferner in dem Uebertrage gemeldet wird „ Schatz ungefeher bey die sechsig Gülden „ jährlichs, daneben Schatz-Haber ad 20. „ Malder-Haber überschlagen. „ Wann imgleichen weiters folget „ Die Renth zu „ Bercheim auf dem Zoll, mit dem Haupt-„ Brief, und Forderung, daneben die Renth „ zu Bosseler, und acht Malder Roggen „; so ist ja mit beeden Händen zu greifen, daß das Wörtlein: daneben an beeden Orten eben dasselbige heisse, was die Worte: sammt, und Mit.

§. 16.

Hat also der Verfasser des Uebertrags die

Worte: Neben, und daneben, statt derer Worte: sammt, und Mit durchgehends gebrauchet, und genommen; so muß auch eben dieselbige Bedeutung dem Worte: Nebens in jenem Theile der Rede, wovon dermalen die Frage ist, um so ungezweifelter beygeleget werden; als eines theils alle Regeln der Auslegungs Kunst erheissen, daß man die Worte in demjenigen Sinn, und Verstande nehmen solle, wessen sich jener, der sie geredet, oder geschrieben, hat pflegen zu bedienen; zumalen die Worte nur Diener unserer Gedanken seynd, und fölglich ein mehreres nicht bewürken, noch verrichten müssen, dann derjenige, welcher seine Gedanken, und Willens Meynung durch diese Diener erkläret, haben will. Andern theils ist auch in dem Uebertrage nicht platterdingen enthalten: Der Weinzehende zu D. nebens den untersten zweyen Weyern; sondern es werden solchen Worten annoch die Worte: Und den Churmundern zu D. beygesetzet, und dadurch sattsam, ja in aller Völle angedeutet, daß das Wörtlein: Nebens dahier eben so, wie an den übrigen Stellen die Stelle des Worts: Mit oder sammt vertretten solle. Dann gleichwie es kein vernünftiger Sinn seyn würde, wann man die Worte des Uebertrags dahin auslegen wolte, daß der Weinzehende, welcher bey denen Churmundern gelegen, übertragen worden seye; in mehrerm Betracht, daß die Churmeden, oder Churmuden, oder (wie die alten

alten geschrieben) Churmoiden, als welche in Ansehung des Churmed. Herrn bekenntermassen in blosen Gerechtsamen, oder Gerechtigkeiten bestehen, unter den uncörperlichen Sachen, quæ tangi non possunt,

Princ. Instit. de Reb. corp. & incorp.

Ideoque nec proprie tradi, nec prehendi, possideri, aut usucapi, nec item vindicari: postremo nec ullo loco concludi

BALDUINUS *ad cit. Princ. Verb. quæ Tangi. Inst de Reb. corp. & incorp.*

gehören, und fölglich ihrer Natur, und Eigenschaft nach bey Zehendbahren Weingärten nicht gelegen seyn können; also, und gleicher gestalten mag auch der Uebertrag von einem solchen Weinzehende, welcher bey den zwey untersten Weyern gelegen, keinesweegs verstanden, und genommen werden; zumalen nicht nur ein Weinzehnde, als ein pures Gerechtsam den uncörperlichen Sachen: qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes quoquomodo contractæ.

Cit. Princ. Inst. de Reb. corp. & incorp.

beyzuzählen, und daher einer Laage, Angränzung, und Anschiessung unfähig; sondern auch die

die Churmeden mit denen Weyern in einem Theile der Rede durch das Wörtlein: Und verknüpfet, mithin den verbundenen Sachen ein, und derselbige Sinn beyzulegen, und von denen Weyern eben das nemliche, so von denen Churmeden, zu sagen, dahingegen, was sich auf die Churmeden nicht schicket, von denen Weyern eben wenig zu behaupten ist.

§. 17.

Solchemnach gereichet zu einer nicht geringen Bestättigung des oben von mir gemachten Satzes, daß der Kläger so wohl, als auch dessen Vorfahren nicht allein die in dem Dorfe D., sondern auch die in sämmtlichen Dorfschaften der Herrschaft befindlichen Churmeden unwidersprochenermassen bis dahin einseitig, und ruhiglich genossen, und benuzet haben. Hieraus läst sich nemlich die unumstößliche Folge ziehen, daß gleichwie dem Klägern, und dessen Vorfahren sämmtliche in der ganzen Herrschaft obhandenen Churmeden eingeraumet, und bis dahin gelassen worden; also auch unter dem Weinzehnde zu D. sammtlicher in der Herrschaft obhandene, und zu der Herrschaft gehörige Weinzehende verstanden werden müsse; anerwogen mehrersagter Uebertrag nur von denen Churmeden zu D. erwehnet, und dannoch des Adam Freyherrn von C. nachgelassene Kinder so wenig, als der jezige Beklagte, und dessen Vorfahren sammtliche

liche in der Herrschaft befindlichen Churmeden jemals bestritten, oder in Ansprache genommen haben. Ein welches aber auf den Fall, da sämmtliche Churmeden nicht übertragen worden wären, aller vernünftigen Mutmassung nach um so mehr geschehen seyn würde; als ermelten Freyherrn Adam von E. Kinder laut der von den Klägern übergebenen, und unten des breitern zu berührenden Beylage schon im Jahre 1629. mit der verwittibten Freyfrau von W. welche allem Vermuthen nach des Arnold Henrich Freyherrn von W. Ehegemahlinn gewesen, des im Jahre 1622. geschehenen Uebertrags halber in Rechts-Irruung gerathen seynd.

§. 18.

Diesem kommet annoch hinzu, daß (wie der Beklagte nicht widersprochen, sondern vielmehr durch die der Peritorial-Exceptions-Schrift einverleibte Stelle, als nemlich „ die „ Negativam hat der Gegentheil daher be„ haupten wollen, daß eines theils neben den „ zwey untersten Weyern, so dermalen Wie„ sen seyn sollen, keine Weingärte antreflich „ wären „ ausdrüklich nachgegeben) bey denen zwey Weyern nicht einmahl Weingärte gelegen seyen. Dahero auch die von dem Beklagten gemacht werden wollende Auslehung um so weniger statt finden mag, als widrigen fals behauptet werden müste, daß gar kein

Wein-

Weinzehnde übertragen worden seye; zumalen ohne Zehendbahre Weingärte ein Weinzehende unmöglich seyn kan. Solches vermeynet der Beklagte dadurch zwar abzulehnen, daß vorhin bey denen Weyern Weingärte hätten seyn können. Ja es hat dieses wohl seyn können. Alleine auf das können kommt es dahier nicht an, sondern ob bey denen Weyern würklich Weingärte gelegen haben. Es könnte auch wohl seyn, daß des beklagten Vorfahren den Weinzehende vormals erhoben hätten. Ob dieselben darum aber ihn würklich erhoben haben, ist eine andere, und von den abgehörten Zeugen zu beantwortende Frage. Mithin will ich, um den Beklagten auch seines Possessorial-Unfuges vollkommen, und in aller Uebermasse zu überzeugen, derer Aussagen dahier nach der Ordnung anführen.

§. 19.

Auf das von des Klägers Vorfahren gemachte Frag-Stuck, oder interrogatorium quartum: worinnen nemlich die Gemeinschaftlichkeit bestehe, und ob Zeug gesehen, oder ob, und von weme gehöret, daß der Graf von L., oder dessen Pächter Weinzehenden genossen haben, antwortet der von des beklagten Vorfahren vorgeschlagene, und im Jahre 1746. eydlich vernommene dritte, vierte, fünfte, siebente, zehende, zwölfte, dreyzehnte, vierzehende, fünfzehende, und zwanzigste Zeugen

se nescire, oder davon nichts zu wissen: dahingegen der erste, zweyte, sechste, achte, neunte, eilfte, sechszehnde, siebenzehnde, achtzehnde, oder neunzehnde Zeug: negative, oder weder gesehen, noch gehöret zu haben, daß der nunmehre Verstorbene, und in Possessorio gehandhabte Graf von L., oder dessen Pächter den Weinzehnden erhoben. Ja es bewähren die von des Beklagten Vorfahren ferner vorgeschlagenen, und im Jahre 1749. abgehörten Zeugen, und zwar der erste, zweyte, dritte, vierte, fünfte, sechste, siebente, achte, neunte, vierzehnde, fünfzehnde, siebenzehnde, achtzehnde, neunzehnde, zwanzigste, ein zwey, drey, fünf, sechs, acht und neun und zwanzigste ad instantiam quartam einhelliglich, daß der Freyherr von R. zu D., das ist, des jezigen Klägers Stief-Vatter, den Weinzehenden bis dahin genossen habe. Diesem stimmet auch der eilfte, zwölfte, dreyzehnde, und vier und zwanzigste Zeug in so weit bey, wann dieselben ad citatam instantiam quartam aussagen, anders nicht zu wissen, dann daß der Freyherr von R. zu D. bis dahin den Weinzehenden erhoben habe. Und endlich bekundschaftet der sieben und zwanzigste Zeug ad citatam instantiam quartam annoch: von seinem gedenken hätte er gesehen, daß der Freyherr von R. zu D. den Zehenden genossen. Nicht minder bekennen die von des Beklagten Vorfahren nochmals vorgeschlagenen, und am 31. Merz 1749. vereydeten Zeugen, und zwar der erstere,

vierte,

vierte, fünfte, siebente, neunte, zehende, zwölfte, dreyzehende, und vierzehende ad interrogatorium quartum nicht zu wissen, noch gesehen, oder gehört zu haben, daß der Graf von L., oder dessen Zehendpfächter den Weinzehenden genossen. Imgleichen besagen der zweytere, und sechste Zeug ad citatum interrogatorium quartum, mehr nicht zu wissen, noch gesehen zu haben, als daß der Freyherr von R. zu D., und dessen Zehendpfächter den Weinzehenden erhoben. So dann bestättiget der achte Zeug ad citatum interrogatorium so gar, daß der Graf von L. in seinen Weingärten den Zehenden niemals bekommen. Leztlich füget der drittere Zeug ad interrogatorium septimum noch hinzu, daß der Freyherr von R. zu D., und von W. zu D. den Weinzehenden, der Thumherr von L. zu B. (das ist einer von des Beklagten Vorfahren) aber zur Halbschied den Frucht-Zehenden genossen habe.

§. 20.

Solle bey solchen Umständen, wo eine so grosse, und ungeheure Menge der von dem Beklagten, oder besser zu reden, dessen verstorbenen Bruder vorgeschlagenen, mithin einen mehr, dann vollbürtigen Beweis bewürkenden Zeugen dem jezigen Kläger das Wort in allen Stuken so deutlich, und offenbar redet, wohl jemand glauben, daß der Beklagte, oder dessen Bruder in Possessorio habe gehand-

habet

habet werden können? Wie dieses möglich gewesen, will ich aus Liebe der Gerechtigkeit, und um keine unnöthige Weiterung zu veranlassen, dermalen nicht untersuchen, sondern nur zu meinem Entzweke die Anmerkung machen, daß so gar die Zeit und der bisherige der Sache Verhalt selbsten die obangeführte des Uebertrags Auslegung bis zu aller Völle erwiesen. Wanns nemlich wahr ist, daß die Erfahrung die beste Lehrmeisterinn abgebe. Wanns wahr ist, daß die Thaten klärlicher, und stärker, dann die Worte selbsten, reden; so mögen wir auch keck, und furchtloß schliessen, daß gleichwie der Kläger, und dessen Vorfahren den Weinzehenden in der Herrschaft D. bis dahin erhoben, also durch den Uebertrag nicht ein von den in denen Wüsten von Egypten, oder gar in der Moud-Welt zu suchenden Weingärten einzunehmende, sondern der von den in der Herrschaft D. gelegenen Weingärten zu erhebende Zehende übertragen worden seye; zumalen all dasjenige, so von des Beklagten Vorfahren seit vielen Jahren her verhandelet worden, davon noch die allergröste Bestätigung an Hand giebt.

§. 21.

Ob gleich nemlich des Klägers Vorfahren den Zehenden (wie das Zeugen Verhör uns überzeuget) bis zur Zeit der abgehörten Zeugen erhoben. Ob auch gleich der Beklagte solches

in der lezthin übergebenen Exceptions-Schrift mit folgenden Worten bekennen müsse „ Secundum superius deducta hat der einseitige, und hinterrükliche Empfang des Weinzehendes dem Gegentheile den Vortheil nicht verschafen können, daß der Weinzehende unter dem Uebertrage de Anno 1622. gestecket worden „; so ist jedannoch keine Spur anzutrefen, daß vor dem Jahre 1746. von Seiten des Beklagten, und dessen Vorfahren das mindeste Beschwehr seye geführet worden. Bey der von des Beklagten Vorfahren im Jahre 1694. angehobenen Klage ware nur von dem Frucht-Rott-Zehende die Frage, wie solches aus den von des Beklagten Vorfahren übergebenen Replicis sattsam zu entnehmen, als worinnen es ausdrüklich heisset „ Da doch bekannt ist, daß nach, und nach wenigst ein, oder ander dies, oder jenes Stuk brachen, oder ausrotten, und zu fruchttragenden Lande aptiren, oder in vorigen Zeiten dazu aptiret habe „. Dahero auch durch die am 29. Oct. 1709. eröfnete Urthel nur zu Recht erkannt wurde, daß Provocatus bey dem strittigen Rottzehnde in possessorio salvo petitorio zu handhaben, Provocant hingegen die hinweggenommenen Zehend-Früchten wieder zu geben schuldig seye. Als des Beklagten Vorfahren im Jahre 1733. die Vollstrekung jezerwehnter Urthel nachsuchten; so wurde mehr nicht gebetten, als die strittigen Stüker, wovon gegenseits der Zehende hinweggenommen

men worden, durch vereydete Landmesser abmessen, und mit Zuziehung gleichmässig vereydeter Ackers Verständigen den vom Jahre 1694. bis dahin hinweggenommenen Genuß taxiren, und die Früchten dem Dürenden Markkaufe gemäß anschlagen zu lassen, so dann zu Abführung des sich ergebenden Ertrags den Gegner nachdrüklich anzuhalten. Ferner ware die von des Beklagten verstorbenem Bruder am neunten August 174.. übergebene Klag-Schrift lediglich dahin gerichtet, daß gleichwie des Klägers Stifvatter von sechs Morgen gerotteten Landes den Zehenden hinwegnehmen lassen, also demselben aufgegeben werden mögte, daß er dergleichen That-Handelungen sich enthalten, und die hinweggenommenen Zehend-Garben ad locum unde herstellen solle. Ja bey der von des Beklagten Bruder am achten Oct. 1746. eingeführten Klage, woraus gegenwärtige Rechts-Irrung endlich entsprungen, wurde ein anderes nicht vorgestellet, noch gebetten, dann daß des Klägers Stifvatter zwölf unter dem Rott-Zehnde gehörige Morgen vor und nach zu Weingärten gemachet, davon aber den Weinzehenden zu entrichten verweigert, mithin zu Abgebung des Weinzehendes von den strittigen zwölf Morgen mögte angehalten werden. Aus welchem allen da zu klaren Tagen lieget, daß über die von des Klägers Vorfahren geschehene Erhebung des ganzen Weinzehendes beklagter Seits vorhin nicht die allermindeste

Klage geführet, sondern solche bey Gelegenheit des von dem Kläger beygelegten Uebertrags allererst rege gemachet worden; so verurtheilen die eigenen Handlungen den Beklagten um so mehr, als die Einrede, daß seine Vorfahren den von dem damaligen Sachwalter begangenen Fehler nachgehends anerkennet hätten, viel zu schwach ist, dann daß sie die Urthel einigermassen hintertreiben, und abwenden möge; zumalen der Beklagte keinen halbwizigen glauben machen wird, daß seine Vorfahren, die Ausweis des ganzen Verlaufs alles aufs genaueste gesuchet, und vom Jahre 1694. bis dahin dem Kläger, und dessen Vorfahren in denen Haaren steetshin gelegen, ihres fürnehmsten, grösten, und nüzlichsten Gerechtsams, ich meyne, des halben Weinzehendes nach dem Jahre 17 6. allererst sich erinneret, und damals ihres Sachwalters Fehler sollen entdecket haben.

§. 22.

Wer wird diesemnach verabreden, daß der Uebertrag vom Jahre 1622, so ferne er nur gerechtfertiget, und erwiesen, untergebener Streit Sache die vollkommene Auskunft geben könne? Wer wird bezweifelen, daß dessen von mir gemachte Auslegung nicht allein der gesunden Vernunft, und allen Regeln der Auslegungs Kunst, sondern auch der natürlichen der Sache Liegenheit, und Beschafenheit

heit gleichförmig seye? Wer wird laugnen, daß dieselbe durch die abgehörten Zeugen so wohl, als durch die eigenen des Beklagten, oder vielmehr dessen Vorfahren Handlungen, und Betragen in aller Uebermasse bestättigt, und befestiget werde? Dannenhero auch ohne weitern Aufenthalt, und einigen Anstand nunmehro die Untersuchung anzugehen, ob, und in wie weit die von dem Kläger übergebene Copey des zum Grundsteine gelegten Uebertrags erwiesen seye.

Zweyter Abschnitt.

Von erweisender Copey.

§. 23.

Jezt gemelte Copey ist von dem Notario Jacobo Dresanus am 25ten Decemb. 1622, mithin noch keinen Monat nach dem am 29ten Novemb. 1622. errichteten Uebertrage ausgefertiget, von selbigem allein unterschrieben, und dabey gezeuget, daß diese Copey mit dem recht ungezweifelten Original übereinstimme, und in collatione gleichlautend befunden worden. Ordentlicher Weise kan zwar eine solche Copey keinen Beweis bewürken, si quidem in regula exempla originalium etiam à pluribus Notariis extracta non faciunt fidem in judicio.

TEXTOR *ad Recess. Imper. de Anno* 1654. *Disput. IV. thes.* 54.

Nam exempla, & copiæ instrumentorum, quas calumniosam scripturam i. e. fallacem, & ad calumniam struendam, fraudemque inferendam idoneam, Donell. *ad auth. si quis in aliquo C. de edend. n.* 1. Paulus vocat *in L.* 2. *ff. de fide instrum. L. ult. ff. de probat. & L.* 5 *ff. fam. ercisc* nihil probant, nisi originalibus suis fuerint corroboratæ.

MARTINI *in Comment. Forens. Tit. XXIV.* §. 2. *num.* 6.

In untergebener Sache aber mag der beygebrachten Copey die Beweis-Kraft um so weniger abgesprochen werden, als eines theils dieselbe für eine glaubwürdige Copey, oder pro Copia authentica von dem Beklagten selbsten anerkennet, mithin dahier eintreflich, was

CARPZOV *Part. III. Decis.* 236. *num.* 4. *& seqq.*

schreibt: Etsi enim plene non probant Copiæ instrumentorum vidimatæ absque originalibus, propterea tamen impertinentes non sunt, sed adminiculari possunt, & juvare probantem, ita ut semiplene videatur probatum, ac locus sit juramento in supplementum.

tum. *l.* 3. *C. de jurejur.* Joh. Sichard *ad Rubr. C. de probat.* Bartol. *in L. admonendi ff. de jurejur. n.* 59. Math. Coler. *de proceſſ. execut. part. I. cap.* 10. *n.* 141. Nimirum eadem vis eſt probationis, ſive per inſtrumenta, ſive per articulos, & teſtes fiat. Novimus autem articulos, licet indirecte tantummodo, & præſumptive cauſæ adminiculentur, pro pertinentibus haberi, & teſtium atteſtata ad eos admitti, Bartol. *in L.* 2. §. *quod obſervari. n.* 25. *C. de jurejur. propt. cal. dando.* Jaſon *in L. ſi duo* §. *idem Julianus n.* 14. *ff. de jurej.* Vincent. de Franch. *deciſ. Neapolit.* 220. *n.* 11. Bernh. Græv. *lib.* 1. *concluſ.* 18. *n.* 15. Quidni ergo copiæ etiam documentorum pro pertinentibus haberentur, ita ut recognitionem pars adverſa nequeat detrectare. Da auch andern theils die beygelegte Copey vor hundert, und mehrern Jahren ausgefertiget, und alſo für eine alte Urkund in allen Weegen zu halten iſt. Pro antiquo enim habendum eſt, quod 100. annos excedit.

MARTINI *in cit. Comment. Tit. XX. Rubr. num.* 236.

Et certe negandum non eſt, ob tanti temporis ſpacium factum jure antiquum dici. Sed quod brevius etiam tempus antiquitatem quoque conſtituat, vix negari poteſt. Veluti ſi res vitam hominis (quæ plerumque ad ſummum 70. annis terminatur) excedat.

UMMIUS *in Proceſſ. Judic. Diſput. XVIII. theſ.* 4. *num.* 14.

ſo theilet das Alterthum derſelben eine nicht geringe Beweis-Kraft mit, wie ſolches nebſt vielen anderen.

MOLINÆUS *ad Conſuet. Pariſ. Tit I.* §. 5. *num.* 59.

mit folgenden bewähret: Si tamen eſſet teſtificata ab aliquo ſive cognito, ſive ignoto, & forte tanquam à Notario ſine teſtibus atteſtante, ſe vidiſſe ejusdem tenoris authenticum, & integrum originale, quamvis tale exemplum fuerit à ſui principio funditus nullum, ut dixi. Tamen non audeo ſimpliciter dicere, quod, ſi ſit de antiquo, & factis antiquis, nullam præſumptionem, nullum indicium faciat. Quid enim, ſi è loco non ſuſpecto, & à perſona non ſuſpecta prolatum ſit, & ex re ipſa, vel aliis circumſtantiis veriſimilitudinem contrahat? Quare an, & quantum probet, æqui, bonique judicis arbitrio relinquo. Facit, quod vulgo per manus traditur in c. per cauſam de proba. in cap. illud de præſump. cum ſimilib. in antiquis ſufficere probationes, quales haberi poſſunt, quod ſane intelligendum eſt, non ut qualiacunque etiam alias nihil per ſe probantia ſufficiant ad probandum in antiquis: Sed quod illa, quæ per

ſe

se aliquam fidem faciunt, non tamen plenam, ratione antiquitatis pleniorem fidem faciant. Non enim potest antiquitas de novo inducere in totam probationem, quæ nulla est, sed eam demum, quæ aliqua est, coadjuvare. Wie solches

TRENTACINQUIUS *Lib. II. Resolut. V. de probat. num. 9.*

noch dadurch bestättiget: Quia exemplum in hac materia probationis dicitur æquiparari testimonio de auditu alieno, ex quo Notarius hoc casu exemplans originale dicitur deponere de auditu alieno, cum deponat de eo, quod in originali scriptum est. Und wie solches so wohl

BOEHMER *ad X. lib. II. Tit. 22.*, §. 8.

als auch

LEYSER *ad π. Tom. IV. spec. 261. med. 7. spec. 266. med. 9. & spec. 270. med. 1.*

auf den Fall annehmen, wann zugleich noch andere Beyhülfen obhanden, wodurch die Copey unterstüzet, und befestiget wird.

§. 24.

Hieran fehlet es nun auch in gegenwärtiger

Sache ganz, und zumalen nicht; allermassen erstlich des Adam Freyherrn von E. hinterlassene Kinder in der im Jahre 1629. dahier überreichten Bittschrifte (deren Aechte, und Originalität der Beklagte, unerachtet ihme solches durch den Bescheid vom 14. Oct. 1755. ausdrüklich eingebunden worden, nicht aber kennet, sondern nur dahin gestelt seyn lassen) angegeben, und bekennet, daß ihr verstorbener Vatter unlängst vor seinem Absterben seinen Antheil der Unterhochheit zu D. mit Arnold Henrich Freyherrn von W. für andere Güter erblich umgesezet habe. Woraus ob gleich nicht folget, daß die von dem Kläger beybrachte Copey eine wahrhafte Copey desjenigen Uebertrags seye, welcher in obangezogener Bittschrifte angerühmet worden; so wird dadurch jedannoch vollbürtig erwiesen, daß der Adam Freyherr von E. nicht allein seinen Antheil der Unterherrschaft vertauschet, und übertragen, sondern auch darüber eine gerichtliche Urkund ausgefertiget habe; zumalen oberwehnte Bittschrift von dem gerichtlichen Uebertrage, oder Permutation ausdrükliche Meldung thut. Dahero auch der beygebrachten Copey um so mehrerer Glaub beyzulegen, je weniger der Beklagte angewiesen, und bescheiniget hat, daß dieselbe ihrem Urbilde nicht gleichförmig, oder noch ein anderer Uebertrag obhanden seye.

§. 25.

§. 25.

Zum andern wird die beygelegte Copey unterstüzet, und befestiget durch das von dem vormaligen causæ Protocollista am 13. Hornung 1686. ausgestelte Zeugnüß, welches folgenden Innhalts ist:

Extractus Inventarii.

„ N. 55. Item Erbbeuth zwischen Jr. Dah-
„ men von E, und Arnold Henrich von W.
„ Herrn zu D. 2c. 2c. anfangend: Vor uns
„ Kerst R. 2c. endigend: Stepfan W. von
„ Linzenich scriba juratus: sub N. 55. notirt.
„ Daß obige in sechs Bogen bestehende Ab-
„ schriften ihrem Originali, so heut zur Hoch-
„ Fürstlichen Commission præsentirt, und
„ bey den in Sachen der verwittibten Frey-
„ frauen von D. contra den Freyherrn von
„ U. gepflogenen Actis zu erfinden, von Worte
„ zu Wort gleichlautend seye, solches attestirt
„ Protocollista Commissionis Düsseldorf den
„ 13. Febr. 1686. Hiewider will zwar von dem Beklagten eingewendet werden, daß vorangeführtes Zeugnüß von keinem andern Urbilde, dann von der von dem Kläger beygebrachten Copey zu verstehen; angesehen sothane Copey das originale Præsentatum sub manu causæ Protocollistæ, & cum dato de 13. Febr. 1686. bey sich trüge. Alleine da die Erbbeuth, oder Uebertrag, wovon das Zeugnüß erwehnet,

net, ausweis ersagten Zeugnüsses mit Num. 55. dahingegen die von dem Kläger beygelegte Copey mit Num. 99 bezeichnet; so erhellet daraus ganz klar, daß die beygelegte Copey nicht die nemliche Erbbeuth, oder Urkund seye, wovon das Zeugnüß besaget, daß dieselbe mit Num. 55. bezeichnet seye. Woraus dann weiters folget, daß gleichwie die von dem Kläger beygelegte Copey eben so, wie die laut des Zeugnüsses mit Num. 55. bezeichnete Erbbeuth, mit denen Worten: Vor uns Kerst R. rc. anfangt, und mit denen Worten: Stephan W. von Linzenich scriba juratus &c. sich endiget, also dieselbe auch für eine wahrhafte, und glaubwürdige Copey um so mehr zu halten seye, als sie an dem nemlichen Tage, da das Urbild des Uebertrags, oder Erbbeuth bey der Commission aufgeleget, und von causæ Actuario eine gleichlautende Copey ausgefertiget worden, nach eigener des Beklagten Geständnüß ebenfals bey der Commission übergeben, mithin nicht zu vermuthen, daß damals eine ungleiche, und dem Urbilde widerstrebende Copey übergeben seyn solle, in mehrerm Betracht, daß solche Falschheit so gleich, und zur Stunde hätte können entdeket werden.

§. 26.

Leztlich da der Kläger, und dessen Vorfahren nicht nur alldasienige, so in der beygelegten Copey enthalten, und von dem Adam

Frey-

Freyherrn von E. dem Arnold Henrich von W. übertragen worden, obangeführtermassen bis dahin ungestört, und ruhiglich besessen, sondern auch zugleich nach Aussage so vieler Zeugen, ja nach eigener des Beklagten Geständnüß den Weinzehenden jederzeit erhoben, und genossen haben; so bewürket dieses so viel, daß die beygelegte Copey nur darum allein für ein vollbürtiges Beweisstuck angesehen, und geachtet werden müsse, wie solches nebst unzähligen andern

COVARRUVIAS *Pract. Quæst. Cap. XXI. num. 7. ℣. Tertius casus tunc proponi poterit.*

mit folgenden belehret: Quin & plena fides huic exemplo dabitur, ubi fuerit ab ejus confectione, & traductione lapsum tempus triginta annorum, cum usu, & possessione illius juris, quod in eo continetur.

§. 27.

Gleichwie nun hieraus zu hellen Tagen lieget, daß die beygelegte Copey vollkommen rechtfertiget, und nach deren Innhalt der ganze Weinzehnde in der Unterherrschaft D. dem Kläger zuständig, mithin die angehobene Klage rechtsgnügig erwiesen seye, also folget auch zwar unhintertreiblich, daß der ganze Weinzehnde dem Kläger zuzuerkennen seye.

Da-

Dabey ist gleichwohl noch zu erwegen, daß nach der Zeit, da der Weinzehnde übertragen worden, verschiedene zehendbahre Frucht-Aecker ihre vorige Gestalt abgeleget, und sich in Weingärte verwandelet haben. Bevorne also der endliche Schluß abgefasset werden mag, muß annoch die Untersuchung vorhergehen, welchergestalten, und in wie weit der Weinzehende dem Kläger dermalen zuzusprechen seye.

§. 28.

So ungezweifelt, und ausgemacht es ist, daß die Veränderung des zehendbaren Grundes, oder Orts das Zehend-Gerechtsam nicht abändere, und fölglich bey Abänderung des Orts derjenige das Zehend-Gerechtsam behalte, welchem selbiges vorhin zugekommen. Mutatio enim qualitatis loci jus illud rei inhærens non mutat, veluti si ex vinea fiat ager arabilis.

BOEHMER *ad X. Lib. III. Tit.* 30. §. 80.

ENGEL *ad X. Lib. III. Tit.* 30. §. 1. *num.* 11.

MEVIUS *Part. IX. Decis.* 68. *num.* 6.

Tum quia qui semel in legitima possessione decimandi ex aliquo fundo est, in illa manebit, quidquid postea in eo satum, seu plantatum

tatum fuerit, *arg. c. cum in tua* 30. *h. t. ibi : Eis procul dubio debentur Decimæ fructuum eorum, cum ipsis terra illa ab antiquo fuerit decimalis.* Tum quia licet mutetur cultura, ejus tamen substantia manet, ut *Io. cit.* observat Joan Andr. Tum quia alias quivis pro libitu quemvis privilegiatum privare posset jure decimandi, faciendo ex agro pratum, vel vineam, aut econtra.

REIFFENSTUEL *ad X. Lib. III. Tit.* 30. §. 7. *num.* 147.

So beschwerlich ist es hingegen, gegenwärtige Sache darnach zu richten, und alles genau zu bestimmen. Es hat der Kläger selbst zwar eingestanden, daß einige Frucht Aecker zu Weingärten seyen gemacher worden. Alleine welche diejenigen seyen, dessen Beausfündigung ist bis dahin darum unterblieben, weilen die Urthel den Beklagten bey der Halbschied des völligen Weinzehendes gehandhabet hat. So dann will der Kläger dem Beklagten nur den halben Zehenden von jenen Stuckern gestatten, welche bey jeziger Unterthanen Gedencken aus den zehendbar gewesenen Aeckern in Weingärte abgeänderet worden. Hiebey könnte derselbe wohl um so rechtlicher daran seyn; je ausdrucklicher vorbelobter

ENGEL *cit. Tit.* 30. §. 2. *num.* 21.

bewähret : Quod si autem præscriptio alle-

ge-

getur contra aliam Ecclesiam, cui tantum ex privilegio, vel etiam ex præscriptione decimæ competebant, sufficiet posse probare possessionem bona fide per 40. annos continuatam, d. c. 1. imo contra Clericum privatum, vel Laicum 10. anni inter præsentes, & 20. anni inter absentes cum titulo, & sine Titulo 30. sufficient, quia hic nec præsumptio juris adest, nec favor Ecclesiæ, ob quem quadragenaria præscriptio requiratur. Da immittels der Beklagte sich darüb r nicht geäusseret; so mag auch noch zur Zeit darüber nicht gesprochen werden Eben dasselbige ist auch zu sagen, wann der Kläger zu behaupten trachtet, daß von jenen Stückern, welche vorhin, ehe sie zu Acker Land gemachet worden, schon einmal Weingärte gewesen, der Weinzehende ihme einseitig gebühre, anerwogen weder erwiesen, daß dergleichen Stücker würklich vorhanden, noch auch erhellet, wie lange sothane Stücker Weingärte, und wie lange sie Acker-Land gewesen, und zu welchen Zeiten die Aenderung geschehen seye. Um also keinen von beeden Theilen hierinn einigermassen zu beschweren, wird es am füglichst- und rathsamsten seyn, daß dem Beklagten sein desfals habendes Gerechtsam überhaupts vorbehalten, und dadurch der nähere Spruch beförderet, und veranlasset werde.

§. 29.

Dieweilen übrigens der Kläger noch gebetten,

ten, daß der Beklagte zu Vergütung des bis dahin gehabten Genusses angehalten werden mögte; so giebt dieser Punct den Vorwurf der leztern Untersuchung ab. Nun ist zwar nicht ohne, daß der Beklagte, oder vielmehr dessen Vorfahren durch die am 24. Merz 1752. eröfnete Urthel bey dem Weinzehende gehandhabet worden. Ohne ist auch nicht, daß sothane Urthel in Revisorio so wohl als Restitutorio ihres völligen Innhalts bestättiget worden. Alleine da berührte Urthel wider die dürren Aussagen so vieler geschwornen, und von dem Beklagten selbst vorgeschlagenen mithin wider denselben völlig erweisenden Zeugen jemand in possessorio gehandhabet, welcher in dem Besitze sich niemals befunden hat; so ist dieselbe sammt ihrem ganzen Geschwader offenbahr ungerecht, mithin den Beklagten von der Ersetzung des gehabten Genusses zu befreyen um so unzulänglicher, als

HERTIUS *Vol. II. Tom. III. Dissertat. de Probat. in Possess. Sect. II.* §. 11. & 12.

so gar überhaupts, und ohne allen Unterschied verthaitiget: Sententiam in petitorio latam absorbere illam, quæ in possessorio pronunciata fuit, eamque in irritum deducere. *cap.* 5. *X. de caus. possess. & proprietat.* Possessione autem in irritum recidente, res cum fructibus restitui debet. *L. filio* 16. §. 1. *D. de*

inofficioso testam. maxime cum sententia in possessorio lata exceptionem rei judicatæ in petitorio non pariat. *l.* 14. §. *final. de except. rei judicat.* Carpzov. *I. Respons. Electoral.* 16. & 17. Cui consequens est, si is, cui possessio adjudicata fuit, in petitorio succumbat, & propterea ad rem ipsam restituendam obligetur, eundem nec in accessoriis, quales sunt fructus, se defendere posse. Nam qui dominus est rei, ut recte ait H. Grotius *L.* 2. *de J. B. & P. c.* 10. §. 4. & qui litem contestatur in judicio, quasi contrahit. Indessen aber kan der Beklagte zu keiner weitern Vergütung, dann was er nach Absterben seines Bruders genossen, angehalten werden, angesehen derselbe weder mo- noch immobilar- sondern nur fideicommissarischer Erb seines verlebten Bruders, mithin dessen Schulden zu bezahlen, nicht verbunden, sondern der Kläger desfals zu der hinterlassenen Wittibe hinzuverweisen ist.

§. 30.

Solchem allem nach wäre also meines unzielsetzlichen Erachtens zu sprechen, daß der strittige ganze Weinzehende der Unterherrschaft D, jedoch nur als weit derselbe von den von alters her gewesenen Weingärten erhoben wird, und mit ausdruklichem Vorbehalt des in Ansehung der aus Acker-Lande gemachten Weingärte dem Beklagten zukommenden Ge-

recht-

rechtsams, und halben Zehendes, dem Kläger zuzuerkennen, mithin der Beklagte selbigen sammt deme, so er selbst bis dahin daraus genossen, dem Kläger abzutretten, und zu vergüten schuldig, dahingegen aber der Kläger in betref dessen, so des Beklagtens verlebter Bruder genossen, zu der hinterlassenen Wittibe, und Mobilar-Erbe hinzuverweisen, und endlich der Beklagte in die bey dieser Instanz aufgegangenen Kosten nach rechtlicher Ermässigung dem Kläger zu entrichten fällig zu ertheilen seye.

XX.

Von Aufhebung, oder Wiederrufung einer Heyraths-Verschreibung.

§. 1.

Der Johann Dionisius H. hat nach Absterben seiner erstern Ehefrau, welche sieben Kinder hinterlassen, mit der Anna Margaretha von R. sich zur anderer Ehe begeben, und mit Zuziehung seines, wie auch der erstern Frauen Vatters, Bruders, und noch anderer Verwandten am 13. August