



I.

Von unzeitiger Klage derer erster Ehefinder in Verfolg des siebenten Stuckes im vierten Theile.

§. 1

Am sechsten April 1756. hat der Keiner K., und dessen drey Kinder, nemlich Andreas, Clara, und Christina K. ihrem Vetter Johann K. vöilige Vollmacht, und Gewalt ertheilet, daß er wegen der erbpfächtigen Mühle, deren Halbschied durch den Tod ihres ohne Leibes- Erben verstorbenen Oheims Adolphen K. ihnen anerkfallen, gegen die Erben der von ihrem Oheimen hinterlassenen Wittiben, jedoch auf seine eigenen Kosten Proceß führen, und falls er die Mühle durch Urthel, und Recht auserwinnen würde, ihnen, nemlich Andreas, Clara, und Christina einmal für all dreyßig Rthlr. heraus geben solle.

§. 2.

Nachdem nun vorerwehnter Johann K. hierauf wider die Erben der von dem Oheim hinterlassenen Wittiben nicht nur Proceß aufgehoben, sondern auch die erbpfändige Mühle durch drey in erster Instanz, in Appellatorio, und in Revisorio ergangenen gleichförmigen Urtheilen auserwonnen; so wollen der Andreas, und Christina K. die beliebte Vereinhahrung, welche in der That ein Uebertrag des zu der Mühle habenden Gerechtsams ist, nunmehr anfertigen, und einer Ungültigkeit darum beschuldigen, weil sie beide dieselbe nicht unterschrieben, derzeit auch annoch minderjährig gewesen, und endlich dabey weit über die Helfte vorvortheilet wären.

§. 3.

Bevorne die Erörterung dieser von denen Klägern aufgeworfenen Frage angegangen werden mag; ist meines Erachtens vorläufig zu untersuchen, ob den beeden Klägern schon wirklich eine Klage zu statten komme, und dieselben zu handelen berechtiget seyen; zumalen selbige nachgeben, und gestehen müssen, daß ihr Vater Keiner annoch im Leben seye.

§. 4.

Ohne ist zwar nicht, daß von dem Beklagten selbst eingestanden worden, daß vorerfagter Keiner K. zur Zeit der errichteten Vereinhahrung bereits in zweyter Ehe, mithin die unbe-

unbeweglichen Güter nach hiesigen Landes-Rechten auf die erster Eheinder verfallen gewesen. Alleine da die erb pflichtige Mühle von dem Adolphen K. einem Bruder osterwehnten Reinern K., und Oheimen des Beklagten herrühret, und folglich nicht des Reinern Kinder, sondern er selbst eine Halbschied der Mühle (massen die andere Halbschied dem Beklagten, als einem Bruders-Kinde des Erblassers anersallen) geerbet; so wird ein jeglicher, welcher der hiesigen Landes-Rechten kundig, leichte ermessen, daß, ob gleich ersagter Reiner nach überkommener Erbschaft zu zweyter Ehe geschritten, und dadurch die unbeweglichen Güter auf die erster Eheinder verfallen, derselbe jedannoch den beschränkten Eigenthum derer Güter beybehalten, und die erster Eheinder kein anderes Recht zu denen Gütern erlanget haben, als auf den Fall, da sie den Vatter überleben werden; wie solches

STOCKMANS *de Jure Devolut. Cap. I. num. 7.*

mit folgenden bewähret: *Proprietas devolutorum, ut infra apparebit, revera manet apud Parentem superstitem, sed imperfecta, & velut sopita propter prohibitam alienationem omnem, & dispositionem in fraudem liberorum istius Thori, unde non male alicubi vocatur Devolutio, Propriété bridée, seu Frænata Proprietas: ad Liberos vero nihil aliud transit per devolutionem, quam securitas habendi, & fruendi bonis devolutis, sub*

conditione, *si ipsi Parenti suo supervivant*, qua conditione deficiente, non inconcinne alicubi, *Flos sine fructu*, Devolutio vocatur.

§. 5.

Voraus dann von selbstem folget, daß gleichwie der Eigenthum sammt der Nutzniessung bey dem Vatter geblieben; also der Vatter auch in zweyter Ehe die auf die erster Ehekind der verfallene Mühle dem Beklagten gültig übertragen, so dann die erster Ehekind nicht eher, dann nach des Vatters Tode den Uebertrag anfertigen, und dawider handelen können. *Valida proinde* (schreibt belobter

STOCKMANS *cit. Tract. Cap. XIV. num. 2.*)

est alienatio rerum devolutarum, extantibus liberis a parente superstite facta, & dominium transfert in accipientes, donec conditio pendet, & incertum adhuc est, an liberi parenti supervivent: quod si ita contingat, resolvetur alienatio, & dominium ipso jure transibit ad liberos, argumento *L. sancimus §. cum autem Cod. ad S. C. Trebellian. Peregrinus d. l. n. 7.* Si vero deficiat conditio, quæ inest devolutioni, hoc est, si ante parentem suum moriantur omnes filii, nec supersint ex iis nepotes, rata & perpetuo firma manebit alienatio, cum nihil jam sit, quod eam possit infringere, quod similiter constituit Justinianus *Novella 22. Cap. 24.*
firma

circa lucra nuptialia, quæ etsi proprietate tenus pertineant ad liberos, adeoque alienatio eorum stricto jure irrita sit, noluit tamen Imperator parentes, dum vivunt, a liberis inquietari. Diese Lehre ist auch in hiesigen Landen angenommen, und durch verschiedene Beyspiele, und Urtheilen bereits bestätigt, also daß derjenige einer schändlichen Unerfahrenheit in dem täglichen Rechte ganz füglich beschuldiget werden möge, welcher dawider so vermessen, als blindlings anzugehen, und zu handelen sich bestrebet.

§. 6.

Vielleicht wird jemand einwenden, daß das hier die beeden Klägere an der beliebten Vereinbarung mit Theil genommen, und folglich nicht so wohl den vom Vatter geschenehen Uebertrag, sondern vielmehr ihre eigene That, oder Handlung dermalen anfertigten. Ja es ist diesem wohl also; inzwischen aber denen Klägern damit gar wenig geholfen. Eines Theils seynd dieselben nicht als die Haupt, sondern nur, als neben Contrahenten anzusehen, und zu betrachten. Dann falls der Vatter den Uebertrag nicht mit beliebt hätte, so wäre selbiger für gegenwärtige Zeit von ganz keinem Bestande, und mögte auch in Zukunft nicht bestehen, es seye dann, daß die Klägere ihren Vatter überlebten. Andern Theils haben die Klägere auch bey der beliebten Vereinbarung nichts anderes übertragen, als ihr in der blo-

sen Hofnung gegründetes, und nur auf den Fall, da sie den Batter überleben werden, zukommendes Recht. Welches gleichwie noch zur Zeit bis auf Absterben des Batters keine Wirkung ausüben kan; also spricht es von selbst, daß die Beurtheilung der Gültig- oder Ungültigkeit des geschenehen Uebertrags noch zur Zeit ganz ungewiß, und vergeblich seye. Vergeblich ist sie nemlich, weil der Batter den Uebertrag nicht anfertiget, mithin es dabey bis auf des Batters Absterben sein Bewenden um so mehr haben muß; je klärer oben angewiesen worden, daß dem Batter nicht nur die lebenslängliche Nutznießung, sondern zugleich der in so weit beschränkte, jedoch thätliche, und wahrhafte Eigenthum zukomme. Ebenermassen ist die Beurtheilung noch zur Zeit ganz ungewiß; anerkogen dieselbe anders nicht, dann auf jenen Fall, da die Klägere den Batter überleben werden, Platzgreifig, immittets aber, ob solcher Fall jemals sich ereignen, oder nicht vielmehr die Klägere ohne Leibes- Erben vor dem Batter versterben werden, dem zeitlichen Richter verborgen, und nur dem Richter derer Lebendigen und Todten bekennt ist.

§. 7.

Hieraus kan ein jeglicher unschwer entnehmen, daß es nur ein leeres Wortwerk, und falscher Redbetrug seye, wann die Klägere ferner vorschützen, daß kein wahrhafter Uebertrag

trag dahier obhanden, oder doch allenfalls ganz ungültig, und nichtig seye. Gesezt: daß die beeden Klägere den Uebertrag nicht mit beliebter, noch unterschrieben hätten; so mögte daraus jedoch eine Unwesenheit des Uebertrags um so weniger gefolgeret werden; je wahrer, und unwidersprechlicher es bleibt, daß der Vatter, welcher dermalen annoch das meiste Recht an der Mühle hat, und für die Zeit seines Lebens die Nutzniessung sowohl, als den beschränkten Eigenthum veräußern kan, den Uebertrag beliebet, und geschlossen habe. Gesezt ferner, daß die Klägere zur Zeit des Uebertrages minderjährig gewesen: würde deshalb jemand sich begeben lassen dürfen, daß der Uebertrag auch in Ansehung des Vatters ungültig, daß derer Kinder Gerechtsam weit stärker, und wirkfamer, dann das Väterliche, und daß endlich die Klägere sogar bey Lebzeiten ihres Vatters den Uebertrag zu widerrufen, und dawider zu handeln berechtiget seyen? Falls der Vatter einseitig, und ohne Zuziehung derer Kinder den Uebertrag geschlossen hätte; so müste nach obangeführten Gründen der Uebertrag ja so lange, als der Vatter lebet, bestehen, und mögte bey dessen Lebzeiten von denen Kindern keinesweges angefertigt werden. Folglich ist auch das nemliche von dem Falle zu sagen, da die Klägere den Uebertrag nicht unterschrieben hätten, oder der Zeit annoch minderjährig gewesen wären; zumalen keine vernünftige

rige Ursache zu erdenken, warum in dieser Falle der Uebertrag in Ansehung des Vatters, und bey dessen Lebzeiten weniger bestehen sollte, als wann die Kinder darzu gar nicht wären zugezogen worden.

§. 8.

Da übrigens auch der Beklagte die Mühe in ein anderes Land nicht verschleppen, und also die Klägere, falls sie den Vater überleben sollten, selbige leicht finden können: *Etenim recuperatio immobilium non adeo difficilis, aut fraudulosa esse solet;*

STOCKMANS cit. Cap. XIV. Num. 5.

so ist es eine unsinnige Einbildung, wann die Klägere vermeynen, und fürchten wollen, daß ihnen ein unbeybringlicher Schade, und Nachtheil zugefüget würde, falls die Untersuchung der Gültig- oder Ungültigkeit des Uebertrags wider die Verfassung der hiesigen Rechte, und wider die Natur der Sache nicht wirklich sollte vorgenommen werden.

§. 9.

Wannhero zu sprechen wäre, daß Beklagter von der angehobenen Klage noch zur Zeit zu entledigen, und loszusprechen, dahingegen Klägere in die derenthalben aufgegangenen Kosten nach rechtlicher Ermäßigung fällig zu ertheilen seyen.