

§. 8.

Bei dieser der Sache Liegenheit ist also kein anderer Schluß abzufassen, dann daß durch Nichtern voriger Instanz wohl geurthelet, mithin sothane Urthel zu bestättigen, so dann der Appellant in die dahier aufgegangene Kosten nach rechtlicher Ermäßigung fällig zu ertheilen seye.

XV.

1. Von Auslegung einer Ehebere-
dung.
2. Von Gültigkeit der mit minder-
jährigen geschlossenen Vergleiche.
3. Von Zahlung der Schulden.

§. 1.

Die Verdraud A. ist nach Absterben ihres erstern Ehemanns Johann N., mit welchem sie zwey Söhne, und eine Tochter gezeuget, mit dem Henrich B. im Jahre 1722 zur andern Ehe geschritten, und hat bey dem Ehebündniß §. 3. verabredet, daß nach ihrem tödtlichen Hintritt der Bräutigam die seiner Seits beygebrachten Gereiden vorabhaben, die übrigen aber bey all solchem Absterben erfindlichen Gereyden, Forderungen, Geld, oder andere mobilia aber zwischen dem Bräutigam,

als letztlebender Hand, und den drey Vorkindern in zwey gleiche Theile mit Last und Ohne Last getheilet, und bey etwanniger Großjährigkeit denenselben, bey Unterjährigkeit aber dererselben Vormündern die Halbschied getreulich, und gleich im Gewissen vor Gott verantwortlich solle herausgegeben werden.

§. 2.

Während dieser Ehe haben obbemelte Eheleute nicht nur die $\frac{1}{4}$ des elterlichen Hauses, wovon ein fünfter Theil der Frauen in der elterlichen Theilung bereits anerfallen ware, sondern auch das zu A. gelegene Gut von den in Hessen wohnenden Erbgenamen N. gekauft, so dann der Mann nach dem im Jahre 1734 erfolgten Absterben der Frauen mit denen Vorkindern, dererselben Vormündern, und dem Tochtermann Benjamin S. am 28 May 1736 sich dahin verglichen, daß er den denen Vorkindern zugehörigen fünften Theil des elterlichen Hauses eigenthümlich haben, und behalten, dahingegen denen Vorkindern seinen Antheil des zu A. gelegenen, und von denen Erbgenamen N. anerkauften Guts abtreten, und übertragen, jedoch die Vorkinder die zu Erkaufung dieses Guts bey der Wittiben H. aufgenommene 1200 Rthlr. einseitig, und allein abtragen, und endlich gegen Ueberlassung der in der Eheberedung vorbehaltenen Forderung, oder der von dem Doctorn S. arrestirten Kauffhillingen dem

dem Stief. Vatter 62 Rthlr. herausgeben, anbey auch die angewendete Kosten einseitig abführen sollen.

S. 3.

Sothanem Vergleiche haben sämtliche Eheile durch eine am 20 May 1737 errichtete nähere Vereinbarung annoch hinzu gesetzt, daß der Stief. Vatter Henrich B. seinen Vorkin deren alleinige Buchschulden, so wie dieselben vorjeho annoch ohnbezahlt vorfindlich, und was denenselben anklebig, übertragen, und überlassen, in dessen Ansehung aber die Vorkinder ihm 110 Rthlr. herausgeben, und bey Ueberlieferung der Bücher entrichten sollen.

S. 4.

In dessen Befolge seynd nicht nur vorgemelte 110 Rthlr. dem Henrich B. wirklich ausgezahlt, sondern anbey von denen Vorkindern am 25 May 1737 beurkundet und bescheiniget worden, daß der Eheberedung in allem ein völliges Gnügen geleistet, ein jeder daraus das seinige empfangen, mithin einer an den andern deshalb nicht das geringste mehr zu fordern habe.

S. 5.

Wider alle bis dahin angeführte Verträge und Vereinbarungen hat sich der Benjam. im Jahre 1755 aufgelehnet, selbige einer Wichtigkeit, und merklicher Verletzung beschuldiget, und nicht nur eine Halschied verhängt

renden zweyten Ehe gekauften & des Hauses sich zugeeignet, sondern auch noch allerley Verbesserung rege gemacht, und eingeführet.

§. 6.

Da immittels nach geschlossener Sache die Urthel am 15ten Nov. 1756 dahin ausgefallen, daß Beklagter von der wegen der in zweyter Ehe erkauften & des Hauses angehobenen Klage loszusprechen, sodann der am 28 May 1736 getroffene Vergleich für gültig zu erklären, fernerner Beklagter von der wegen der von dem Kläger bezahlten 200 Rthlr. gemachten Forderung freyzusprechen, und endlich die Kosten der Gemeinander zu vergleichen seyen; so hat der Kläger davon stehenden Fußes provociret, die Berufung am 4ten Decembr. dahier eingeführet, Jan. überreicht, mithin die Feyerlichkeiten richtig beobachtet.

§. 7.

In Betref der Hauptsache sezet der Kläger nunmehrige Appellant sein erstes Beschwern darinnen, daß ihme die Halbschied der & Hauses seye abgesprochen worden. Dieses Beschwern hat nichts anders zum Grunde, als daß gleichwie denen Vorkinderen die Halbschied alleiniger Gereden in der Eheberedung zugesaget und ausbedungen worden; also auch denen Kindern von alldemjenigen, so aus denen Gereden oder Gelde während der zweytern Ehe erworben worden.

worden, die Halbschied gebühren thäte. All-
 leine ein solcher Grund ist viel zu sonderlich und
 bodenlos, dann daß darauf ein festes Be-
 schwer gesetzt werden könne. In der Ehebe-
 redung heißet es ausdrücklich, daß die bey dem
 Absterben erfindliche Geyden, Forderungen,
 Geld, oder andere mobilia zwischen dem
 Bräutigam, und denen Vorfindern in zwey
 gleiche Theile sollen getheilet werden. Folglich
 mag die Eheberedung auf die $\frac{2}{3}$ des Hauses um
 so weniger ausgedehnet werden; als diese weder
 denen Geyden, weder denen Forderungen,
 noch dem Gelde zuzuzählen: anbey keineswegs
 zu behaupten, daß jene Gelder, womitten die
 $\frac{1}{3}$ anerkaufet worden, bey dem Absterben seyen
 erfindlich, und vorrätzig gewesen.

S. 8.

Sodeme verordnet die Eheberedung S. 8. in
 dreyen Buchstaben, daß alle diejenigen Fälle,
 die gegenwärtig nicht haben ausgedrückt wer-
 den können, sich aber ins künftige zutragen dürf-
 ten, nach der Landes-Ordnung, und ge-
 meinen kaiserlichen Rechten sollen entschieden
 werden. Da nun nach der Landes-Ordnung die in
 zweyter Ehe erworbene ohnbes-
 wegliche Güter der zweytern Ehe, und denen
 Vorfindern verbleiben; so müssen nach des-
 sen Vorschrift die $\frac{2}{3}$ Hauses dem Appellaten,
 oder vielmehr dessen Kindern um so ohngezwei-
 felter zuerkennet werden, je bekannter die
 Bünd-

Bündnisse so auszulegen, daß sie denen Landes, und gemeinen Rechten übereinstimmend, und gleichförmig werden.

§. 9.

Ohne ist zwar nicht, daß nach dieser Auslegung alles Geld und Geyden zu Auerkaufung, ohne beweglicher Güter hätte verwendet, mithin denen Vorkindern dasjenige, so ihnen in der Ehebedingung zugeleget worden, wiederum bekommen werden können. Inmittels aber ist der vorige Schluß deßfalls nicht abzuändern, noch eine andere Auslegung zu machen. Geßet: die Eheleute hätten alles Geld und Geyden verzehret, und wäre bey Absterben der Frauen nichts mehr ersindlich gewesen, würde der Appellant alsdann wohl seine Halbschied nachsuchen, oder fordern können, daß ihm die verzehrete Halbschied aus den obgedachten Gütern sollte ersetzt und vergütet werden? Nein, ein solches möchte ihm in keinen Wegen gelingen. Nach den hiesigen Landen Rechten haben die Vorkinder zu denen Geyden nicht das allermindeste Recht, sondern gehören selbige dem Letzlebenden zu. Die Mutter wäre also dem Appellanten aus denen Geyden etwas zuzuwenden nicht verpflichtet, sie konnte darüber nach ihrem Belieben verordnen, und folglich Bedingungen vorschreiben, wie sie immer wollte. Da sie nun denen Vorkindern ein mehreres nicht zugeleget,

geleget, dann die Halbschied jener Gerenden, die bey ihrem Absterben erfindlich seyn würden; so machet sich daraus der ohnhintertreibliche Schluß, daß sie bey ihrem Leben über die Gerenden eine ohnbeschränkte Macht gehabt, und die Vorkinder allererst durch das Absterben ein Recht zu der Halbschied erlangen, mithin mit der Halbschied desjenigen so bey dem Absterben erfindlich, sich begnügen müssen.

§. 10.

Zudem seynd die Vorkinder bey der Eheveredung nicht anwesend gewesen, haben selbige weder miterrichtet, weder unterschrieben, noch nachgehends angenommen. Mithin hatten dieselben bey Lebzeiten der Mutter daraus noch kein Recht erworben. *Pacta enim in eo conjuges confecta horum quasi propria sunt, nec extraneus sibi quidquam juris in iis arrogare potest.*

LEYSERUS *ad π. spec. 309. med. 5.*

Sondern es waren beede Eheleute befugt, dieselben wiederum abzuändern, und gar aufzuheben. Nam quominus dotalia, & nuptialia pacta consensu partium retractentur, ut in universum juris est. *L. 5. C. de D. §. 4. nihil impedimento est.*

HUBER *in prælect. P. IV. Lib. XXIII. lit. 4.*

§. 7.

Daraus sich dann ergiebt, daß wann auch gleich

gleich die Eheleute durch Auerkaufung ohnbes
weglicher Güter wider die Eheheredung ge
handelt hätten, jedannoch der Appellant dar
über zu klagen nicht befugt, mithin auch in
diesem Puncten durch die vorige Urthel nicht
beschweret seye.

§. II.

Das Zweytere des Appellanten Beschwer
ist, daß der Vergleich vom 28. May 1736.
ohnerachtet der angeführten Minderjährigkeit,
und Verletzung bestätiget, oder für gültig er
kläret worden. Solle dieses Beschwer gegrün
det seyn, so ist nicht genug, die Minderjäh
rigkeit, und Verletzung mit blossen Worten
angeführet zu haben; sondern es muß auch
beed:ß rechtsnützig erwiesen werden. Keines
von diesen ist aber weder in voriger, noch in
dieser Instanz bewürket; Ja es hat der Appell
lant so gar selbstn nicht einstens gewußt, wie
er die Sache in Betref der Minderjährigkeit
anzugreifen habe. Anfänglich hat er seiner
Frauen Minderjährigkeit vorgeschüzet. Als
ihme aber hierauf widersezet wurde, daß sein
ne Frau im Jahre 1709. gebohren, und also
zur Zeit des Vergleichs schon 27. Jahre alt
gewesen; so ist er davon stillschweigend abge
gangen, und auf seine eigene Minderjährigkeit
verfallen. Diese hat er immittels auch nicht
erwiesen, und ist aus dem Vergleich nicht an
ders abzunehmen, dann daß der Zeiten nur
einer

einer, nemlich der Friderich R. minderjährig
gewesen seye.

§. 12.

Will er vielleicht dessen Minderjährigkeit
zum Schutze nehmen, und damit den Ver-
gleich bestreiten, so mag ihm selbiges um so
weniger gelingen, als dieser bey untergebener
Sache nicht mitbefangen, noch dem Appellan-
ten sein habendes Recht übertragen hat. Er
solte derselbe auch für sich gehandelt, und auf
die Aufhebung des Vergleichs angetragen ha-
ben, so würde dadurch dem Appellanten je-
doch nicht geholfen seyn; sondern es vielmehr
heissen müssen: *quamvis illa minor pro por-
tione sua restitutionis auxilium implorare
possit; vobis tamen ad communicandum
edicti perpetui beneficium ejus ætas patroci-
nari non potest.*

*L. un. Cod. si in communi eademque causa in
integr. restitut.*

Quapropter actori illi recte objicietur ex-
ceptio, vel plus petitionis, vel plurium li-
tis consortium.

LEYSERUS ad *π. spec. 60. med. 2.*

Welchemnach es also so vergeblich als sugloß
ist, wann der Appellant mit seines Schwagers
Mantel sich zu bedecken, und selbigen auf sich,
oder seinen Antheil auszudehnen sich be-
wehet,

S. 13.

Noch mehr: da (wie aus dem Vergleiche vom 20. May 1737. zu ersehen) sein Schwager Friderich in diesem Jahre 1737. schon großjährig gewesen, indessen aber seine Klage bis dahin nicht eingeführet, mithin die in denen Rechten, sonderheitlich

L. ult. Cod. si major factus alienat.

verliehene fünf Jahre nicht ein- sondern mehrmalen verstreichen lassen, so mag derselbe die ohne richterliche Untersuchung und Beistätigung geschene Veräußerung nicht einmal für sich mehr anfertigen, zumalen er den Vergleich vom 28. May 1736. in Beystand, und mit Zuziehung seines Vormundes selbst unterschrieben, mithin in gegenwärtigem Falle alle Hauptstücke, welche sonst von denen Rechtsgelehrten alsdann, wann obangezogene *lex ultima* statt haben solle, erforderet werden, zusammen kommen.

LEYSERUS ad *n. spec.* 345. *med.* 1.

S. 14.

Und eben dieses ist es auch, welches dem Appellanten so auf den Fall, da er seine und seiner Frauen Minderjährigkeit vollständig erwiesen hätte, entgegen stehet, und die angehebene Klage gänzlich entblöset. Da nemlich er, und seine Frau ohne Gehabung eines Vormundes den Vergleich vom 28 May 1736

persönlich mit errichtet, und eigenhändig unterschrieben, da er die Klage allererst im Jahre 1755 eingeführet, und also selbst eingeständig und nachgegebener Massen die vorgeschriebene Zeit abfließen lassen; so muß vorbelobtes Geses dahier ebenfalls eintreffen, und die Masse geben. Etenim hæc lex obtinet, quando minor nullum habens curatorem, nec venia gratis impetrata vendit.

BRUNNEMAN ad L. ult. Cod. si major factus alien.

§. 15.

Bei solcher der Sachen Eiegenheit wäre die Verletzung zu untersuchen nicht einmal nöthig. Um inmittels des Appellantens Unfug völlig an Tag zu legen, so will ich hievon nur mit zweyen Worten erwehnen. Die Verletzung solle darin bestehen, daß dem Appellanten die auf dem übertragenen Gut hastende 1200 Rthlr. durch den Vergleich wären aufgedrungen worden. Alleine wer mag wohl daraus eine Verletzung abnehmen, oder herleiten? der Appellant hat den Werth des Guts, oder besser zu reden, des abgetretenen Antheils nicht einmal angerühmet, vielweniger erwiesen. Es ist auch keineswegs zu vermuthen, daß sothaner Antheil mehr nicht, dann 1200 Rthlr. werth seye; zumalen niemand auf ein Gut eben so viel, als dasselbe werth ist, herschieffet. Folglich ist ganz keine Rechnung zu machen,

der fünfte Theil Hauses mehr, dann der Antheil Guts, werth gewesen, und der Appellant dabey verurtheilet seye, oder nicht.

§. 16.

Eine nemliche Bewandtniß hat es mit den in dem Vergleiche übernommenen 62 Rthlr. und Kosten. Es ist nemlich von dem Appellanten nicht einstens angeführet, wo der durch den Vergleich übertragene Antheil der gekümmert gewesen Kauffschillingen herrühre, wie hoch derselbe sich betrage, und was die Mutter daran für ein Gerechtfam gehabt habe. Dieselben seynd ordentlicher Weise als baares Geld unter den Gereyden zu zählen, und wird in der Eheberedung §. 4. in durren Buchstaben erwahnet, daß selbige von einem in ersterer Ehe verkauften Gute herrühren, und also unter den Gereyden zu rechnen. Da nun auch ein anderes nicht erwiesen, mithin der Appellant dieselben wenigstens zur Halbschied sich zuzueignen befugt; so ist unermesslich, wie der Appellant verleset, und beschädiget seyn könne, da ihm diese gegen Herausgebung 62 Rthlr., so dann Uebernehmung der Kosten überlassen worden. Jedoch worzu so vieles? Genug, daß die Einklage verspätet, und dadurch die vorige Urthel schon satzfam gerechtfertiget seye.

§. 17.

Als viel das dritte Beschwer anlanget, so hat des Appellants Mutter im Jahre 1714 mit

mit ihrem erstern Ehemanne zu Wideraufbauung des auf dem Gut zu A. gewesen, und abgebrannten Hauses 300 Rthlr. bey Johann W. aufgenommen, die Erbgüter dafür verpfändet, und die Verpfändung gerichtlich bestättigen lassen. Während der ersterer Ehe seynd davon 80 Rthlr., so dann in zweyterer Ehe 20 Rthlr., und endlich die übrigen 200 Rthlr. von dem Appellanten im Jahre 1738 wieder abgelegt worden, wessen Halbschied derselbe also dermalen von dem Appellaten, als Mobilar-Miterben zuruck forderet.

§. 18.

Ordentlicher weise wäre zwar an deme, und bin ich allezeit der Meynung gewesen, daß gleichwie der Mobilar-Erb die gerichtlich bestättigten Verpfändungen, oder Forderungen nach hiesiger Observanz, und Gewohnheit erhalten, also auch alle Schulden, wann gleich die Erb-Güter dafür verpfändet, und die Verpfändung gerichtlich bestättiget, abführen und zahlen müsse; zumahlen ad eum effectum, ut debitum reputetur personale mobile, dum inter utrumque hæredem mobilem, & immobilem quaestio est, hypotheca adjecta bilaris.

MEAN ad jus Leod. Part. III. Obs 464. num. 6.
Nec enim hypotheca apta est: obligationem innovare, nec per se, aut principaliter sub-

sistit, sed personali accedit, aut conualecitur ad securitatem exactionis; nec in plus, nec ad aliud, sed ad idem obligat, etsi efficacius id quidem, verum ad debiti substantiam nihil addit, quod ex eo patet, quod fidejussor, qui in plus obligari nequit, quam reus principalis, hypothecam adjicere possit, quam reus principalis non apposuerat.

ARGENTREUS in *Leges Britonum Art. 219.*
gloss. 5. num. 10.

§. 19.

Alleine in gegenwärtigem Falle kommet es darauf nicht an, sondern ist vielmehr die Entscheidungs aus der Eheverschreibung herzunehmen, als worinnen §. 5. verordnet, und enthalten, daß die Vorkinder das Silberwerk, und alle von der väterlichen Seite kommende Capitalia, Forderungen und Erbgüter, sie mögen seyn, und liegen im Lande, wo sie wollen, vorabhaben, und genießen sollen. Diesem ist nun nichts gefölglicher, nichts gleichförmlicher, dann daß die Vorkinder wenigstens die auf die väterlichen Güter haftende Schulden ex natura correlativorum abführen müssen; zumalen widrigenfalls jene Rechtsregel, quod qui commodum sentit, sentiat & onus, gänzlich bey Seiten gesetzt, und dem Appellaten, ob ihm gleich der statutarische Gewinn, nemlich die sämtliche Gerenden nicht zu Theil werden, jedannoch der statutarische Last,

Last, das ist, die Abführung der Schulden würde abgebürdet werden. Ein welches aber da aller Vernunft und Billigkeit widerstrebet, an den die Beweg, Ursache des Gesetzes dahier hinwegfallet, mithin auch das Gesetz selbst keine Statt finden mag; so veroffenbaret sich ganz klar, daß der Appellat von solcher Ansprache gar rechtlich seye losgesprochen worden.

§. 20.

Welchem allem nach dann zu sprechen, daß durch Richter voriger Instanz wohl geurtheilet, übel davon appelliret, dahero sothane Urtheil ihres alleinigen Inhalts zu bestättigen, so dann der Appellant in die dahier aufgegangene Kosten nach rechtlicher Ermässigung fällig zu ertheilen seye.

XVI.

Von denen Früchten der verkauften und wieder eingelöseten Länderey: in Verfolg des siebenden Stückes im ersten Theile.

§. 1.

Als in untergebener Sache am 24 Jan. 1756. dahier gesprochen worden, daß Beklagte die anerkaufte Ländereyen, und zwar jeden