XXXV.

Ob dazu, daß eine gekaufte unbewegliche Sache für ein acquisitum primi thori erkannt werden könne, die wirkliche tradition ante ruptum thorum erfoderlich seye?

Confer. Landsordn. Cap. 74. Voets in hist. jur. N. 153=163.

In diesem Hauptstücke der Landesordnung werden im ersten Absatze alle während der ersten Ehe gewonnen und geworbene Güter den Kindern erster Ehe überhaupt zugewendet, ohne daß dabei eben etwas von der Erbung oder Tradition vorkomme. — Im lezten §., wo über die während der zweiten oder fernern Ehe zahlten Kaufschillinge verordnet wird, heißt es aber in terminis:

„ So sich auch zutrüge, daß in der ersten Ehe Erbschaft gegolten, darüber auch „ Erbung und Tradition gefolgt, aber „ in der zweiter, dritter oder lezter Ehe al„ erst die Bezahlung ganz oder zum Teil ge„ schehe, sollen solche gegoltene Erbgüter den „ Vorkindern bleiben, und der zweiter, drit„ ter oder lezter Ehekinder von wegen des

„ Kauf=

„ Kaufpfennings bis zu der Ablöß verhypothe-
„ siret, und davon jährlichs, was sich ver-
„ möge der gemeinen Rechte gebühret, zu
„ entrichten verhaftet, jedoch alle gefährliche
„ Handlung hierin gänzlich ausgeschlossen seyn."

Meines Dafürhaltens ist jene Meinung ganz irrig, daß dieser lezte Absatz in den Wörtern: auch Erbung und Tradition erfolget rc. eben ad acquisitum primi thori erfodere, daß die Tradition während der erster Ehe wirklich geschehen seyn müße. — Wenn die Landsordnung so zu verstehen wäre, so müßte um ein acquitum primi thori darzustellen, nicht nur die aussergerichtliche Tradition, sondern auch die gerichtliche schon vorher gegangen seyn, weil es heißt: auch Erbung und Tradition erfolget.

Daß dieses lezte aber in hiesigen Herzogthümern gar keine Anwendung habe, ist einmal sicher, denn jene verkaufte Erbgüter, welche mit Erb- und Enterbung nicht übertragen worden, werden nicht für als Gereid, sondern als Erbgüter erworben gehalten, folgen auch nicht hæredibus mobilaribus, sondern hæredibus immobilaribus. *Voets in hist. jur. N.* 153. — Dieser Grund allein überzeuget uns schon, daß jene Stelle in

der

der Landesordnung den Verstand nicht haben könne, welcher derselben beklagter Seits beigeleget werden will; sondern weil dort von Rückerstattung der Kaufschillinge die Rede ist, und weil es gar keine Bedenklichkeit hatte, daß die zweite Ehe den Kindern aus der ersten Ehe, den noch nicht habenden Eigenthum mittels Zahlung der Kaufgelder zu verschaffen nicht schuldig war, so ist die Rückerstattung der Kaufschillinge auch auf den Fall verordnet worden, wenn auch schon die Erbung und Tradition erfolget, mithin das Gut schon der Eigenthum der ersten Ehe geworden, der rückständige Kaufschilling aber in jeder Rücksicht eine Mobilarschuld wäre, die sonst von der zweiten Ehe unbedenklich, und ohne die mindeste Rückerstattung von der ersten Ehe zu fodern, hätte abgeführet werden müßen.

Dieser §. will demnach nicht, daß die in der ersten Ehe gekaufte, aber mit der Erbung und Enterbung nicht übertragene Güter den zweiter Ehekindern zu Teil werden sollen; derselbe stellet von der Regel, daß die in der ersten Ehe gewonnen und geworbene Güter den Kindern erster Ehe bleiben sollen, keine Ausnahme dar, weil sonst der Gesätzgeber sich dahin hätte ausdrucken müßen, es wäre denn, daß die Erbung und Tradition rupto thoro erst

geschehen, auf welchen Fall die Güter der zweiten Ehe anheimfallen sollten; sondern der §. stellet eine blose Ausnahme von der Regel dar, nach welcher alle Gereidenschulden von den Gereidenerben bezahlet werden müßen, d. i. obschon nach erfolgter Erbung und Tradition der rückstehende Kaufschilling offenbar nichts anders, als eine blose Mobilarschuld ausmache, so soll doch der zweiten Ehe desfalls Ersatz geschehen.

Daß nun, wenn auch keine aussergerichtliche Tradition geschehen, der Ankäufer eine blose actionem personalem ad rem tradendam habe, und daß die actio qua mobilaris dem Mobilarerben folgen soll, kann mich auch nicht bewegen, der Behauptung des beklagtischen Wortführers beizupflichten, denn um ein Acquisit zu seyn, ist gnug, daß das Gut gewonnen, und geworben worden; sobald aber der Kaufkontrakt geschlossen ist, und von keinem Teile davon mehr abgegangen werden kann, so ist das Gut schon gewonnen, und geworben: causa enim efficiens hujus contractus est solus contrahentium consensus de re pro certo pretio tradenda, ita, ut quam primum de eo pure consenserint, contractus statim sit perfectus. *Lauterbach ad ff. de contrahenda empt. vendit.* §. 8. wo dieser

Rechts,

Rechtslehrer alle jene Gründe, woraus wegen Abgang der Tradition eine Unvollkommenheit im Ankaufe hergeleitet werden will, aufs überzeugendste widerleget. — Unterm nemlichen Titel §. 61. äusseret derselbe sich dahin, differt emptio venditio ab aliis contractibus & negotiis in eo, quod hic consentiant partes de re pro certo pretio tradenda, ita ut emptor obligetur ad pretium solvendum, venditor vero ad rem tradendam, & per ejus traditionem jus in re, in quantum illius natura hoc permittit, transferendum; ratione ergo *intentionis* est contractus dominii translativus, quamvis non semper ratione executionis, sic in pignore de essentia est intentio jus in re constituendi, quamvis non semper sequatur effectus.

Die Traditio ist eine blose Folge des schon vollkommen geschlossenen Vertrages, und wenn diese auch schon später geschieht: so wird dieselbe doch in den Rechten so angesehen, als wäre sie bei dem Hauptkontrakte wirklich geschehen, juxta regulam a primordio tituli posterior formatur eventus, ea, quæ superveniunt ex causa habente originem ex præterito, *retro finguntur ejus esse*, cujus *a principio futura erant*, consistunt enim per se, & pertinent

ad

ad eum, cujus titulo, vel causa acquisita sunt. *Voets in hist. jur. N.* 163.

Daß bei der Frage, ob und wannehe das angekaufte Stück für ein acquisitum stantis matrimonii zu halten? bei hiesigen Gerichtshöfen allemal nach diesem Grundsatze geurteilet, d. i. daß nicht auf die Tradition, sondern blos auf den Titel die Rücksicht genommen werde, daß sogar, wenn der Kauf sub conditione, blos die potestativa ausgenommen, abgeschlossen, und die conditio erst nach gebrochenem Ehebette gefolget wäre, dennoch pro acquisito gesprochen werde, ist zu bekannt, als daß dawider ein Zweifel zurück bleiben könnte, worüber vorzüglich die merkwürdige Lehre des *a Sande in decis. fris. de soc. conjug. def.* 3. nachzusehen ist, und womit übereinstimmen *Louet en ses arrest. verb. acquæst. N.*3. — *Argentræus ad consuet. britan. art.* 418. *gl.* 8. — *Emunds in dissert. de quæstuum in ducat. Jul. & Mont. inter conjuges communione sub præsidio Professs. colonienſ. Hamm & Wierz habita* §. 6. — *Lauterbach in dissert. de societate bonorum conjugali Cap.* 4. §. 8. — *a Wesel de quæst. inter conjuges commun. Tract.* 2. *Cap.* 2. *N.* 18. — *Voets in hist jur. N.* 163. Noch klärer ist aber die Entscheidung, welche *Voet ad ff. lib.* 23. *tit.* 2. *N.* 84. mitteilet in verbis

bis: ut lucrum & damnum commune sit, sufficit, causam ejus stante matrimonio extitisse, licet effectus demum soluto matrimonio sequatur.

Alle diese ganz ausgemachte praktische Rechtswahrheiten treffen auf vorhandenem Fall ganz genau ein, denn wäre die befragte Mühle gemäß derenselben zwischen dem Mann und der erster Ehefrau gemeinschaftlich, das ist bei Abgang des Kindes freundteilig geworden: so ist noch weniger zu zweifeln, daß selbige tanquam acquisitum thori primi dem Kinde erster Ehe zuzuurteilen sey.

Alle die aus den Gegensätzen sich aufwerfen könnende Bedenklichkeiten laßen sich auch præscindendo a contraria praxi leicht heben, wenn man nur jenen Begrif vor Augen hält, daß die Sache nach den Rechten so betrachtet werden müße, als wenn die einher gefolgte Tradition zur Zeit des Kontraktes geschehen, mithin damals schon das jus reale, oder der Eigenthum übergegangen wäre: non est quidem acquisitio completa, nisi facta traditione, sed ea facta, æstimamus retro rem, velut a tempore contractus acquisitam — & actio personalis in jus reale & res mobilis in immobilem

ita convertitur, ut intelligatur retro a tempore contractus fuisse acquisita res immobilis, cum titulus tanquam potentior ad se trahat, possessionem & traditionem. *Stockmann in dec. Brab. decis.* 51. *N.* 3.

Es gibt verschiedene Arten, wodurch das, was an und für sich Gereide ist, für Ungereid gehalten wird: aliquando inspicitur tempus acquisitionis, interdum intentio agentis. *Argentræus art.* 108. *gl.* 2. Beide sind hier vorhanden: bei uns wird nach dem vorhergehenden auf das tempus acquisitionis gesehen, und wenn Eheleute während der Ehe einen Kauf schliessen, so ist schon ihre Absicht auf eine stärkere Befestigung, als sie an die Gereiden finden, gerichtet, folglich ist der Satz im Grunde falsch, als wenn die actio empti pro mere mobilari zu halten wäre.

Wie vielen Unterschleifen würde auch nicht der Weg gebahnet seyn, wenn man der entgegen gesezter Meinung den Beifall geben wollte: ein Ehegatt könnte das Gut sich allein übertragen laßen, er könnte die Erbung aufschieben, und dadurch Kinder und Verwandte um das Ihrige bringen.

Deme

Deme gemäß ist beim Hofrath am 29ten März 1787. in Sachen Vormünder der minderjährigen Gertrud S. gegen Wittib Joh. Henr. S. Amts Mettmann festgestellt worden:

„ Daß die in Frage stehende Mühle nach „ bewiesenem, während der ersten Ehe ge„ schehenem und vollständig geschlossenem Kauf„ vertrage auch alsdenn pro acquisito primi „ thori zu erklären seyn würde, wenn schon „ die Tradition post ruptum thorum gesche„ hen wäre. "

Welches auch im Oberappellationsgericht am 10. May 1792 den Beifall erhalten hat.

XXXVI.

Die Vermuthung, welche einem Pfarrer und universal Zehndherr zusteht, kann gegen einen langjährigen Freiheitsbesitz nicht gelten.

Es ist im kanonischen Rechte ausgemacht, daß ein Pastor die Vermuthung für sich habe, von allem, was in dem Zehndbezirke gelegen, den gewöhnlichen Zehnden zu erheben, welche Regel auch einem universal Dezimatoren zu statten kommt.