LVI.

Ob der Retrakt in den von denen Eltern acquirirten, und durch Ableben eines Ehegatten auf die Kinder devolvirten, und respective vinkulirten Güter Statt habe?

Conf. Landsordnung Kap. 80. 88. u. 95. — Voets in tract. de jur. revol. Cap. 4. N. 18. & Cap. 5.

Zwei Eheleute erwarben ein Gut, der Vater starb, und die überlebende Mutter verkaufte mit Genehmigung ihrer einzigen Tochter das Gut an einen Dritten; — die Verwandten suchten solches durch den Retrakt an sich zu ziehen, und es entstand die Frage: ob das ganze Gut, oder nur die Hälfte dem Retrakt unterworfen seye? welche Frage bri hiesigem Oberappell. Gericht in Sachen Cornett F. gegen Erbgen. von B. Stadt Düsseldorf auf folgende Art beurteilt und entschieden worden:

Als der Vater starb, verfiele dessen Hälfte dem Eigenthum nach auf die Tochter salvo matris usufructu und die mütterliche Hälfte ward vinkulirt, oder improprie auf die Tochter devolvirt; — wegen dieser vinkulirten Hälfte ist kein Zweifel, daß selbige von dem Retrakt ausgeschlossen bleibt, denn obgleich die Mutter sol-

che weder veräusseren, noch beschweren dorfte, so bliebe sie doch völlige Eigenthümerinn davon, und die Tochter hatte nur die Hofnung im Ueberlebungsfalle den wahren Eigenthum zu erhalten; — dies ist nach unserer verjährten Praxin der wahre Begriff und die Würkung des Devolutionsrechtes. — Rupto thoro, lehret *Voets in tract. de jure rev. C.* 4. *N.* 18. per mortem unius conjugis vera proprietas cum usufructu causali manet apud superstitem parentem, & liberi, quibus illa bona in tantum affecta sunt, ut in eorum præjudicium nequeant alienari, non sunt, nisi domini in spe, & sub conditione, si parenti superstiti supervivant, adeo, ut deficiente hac conditione, illis nempe præmorientibus nihil ad alios hæredes transmittant.

Hat nun die Wittib Z. ihre Mutter von V. nicht überlebt, ist sie also nie die Eigenthümerinn der mütterlichen Hälfte geworden, so hat diese Hälfte niemals die Stamm-Eigenschaft erhalten, und dadurch, daß die Tochter den Verkauf bewilliget, oder auch mitgethätiget, hat sie ihrer Hofnung entsagt, mithin ist jene Hälfte als ein Akquisit veräussert worden, wobei der Retrakt keine Statt findet.

Den-

Dennoch liesse sich ein Rechtsvorstand finden, der die Meinung zu verfechten suchte, daß sogar auch diese mütterliche Hälfte dem Retrakt untergeben seye. — Seine Gründe waren diese: 1) die Tochter hätte per devolutionem wenigstens proprietatem nudam, & sub conditione, si parenti supervivat, überkommen, gleich dann das Wort devolviren etwas mehr als eine blose Hofnung, sondern einen würklichen Anfall bedeutete. — 2) Daher wäre die mütterliche Hälfte in der Person der Tochter wenigstens kein acquirirtes, sondern ein ihr anerfallenes mütterliches Gut, folglich im Veräusserungsfall eben so beschüdbar, als wenn auch die Mutter bereits ablebig gewesen wäre, zumal 3) die Wörter zur Erhaltung der Stammgüter in der Landesordnung nur narrative und nicht dispositive vorkommen, ansonsten auch, wenn so genau auf eine vollkommene Stock- und Stamm-Eigenschaft gesehen werden sollte, nothwendig daraus folgen müßte, daß nur blos die aus jener Linie, woraus das verkaufte Gut auf den Verkäufer gekommen, herstammende Verwandte zum Beschud zugelassen werden könnten, welches sich aber bekanntlich anderst verhielte; — 4) weil in dem *Cap. ord.* 95. zwischen dem Acquisitteile des Verstorbenen, und jenem des Leztlebenden kein Unterschied gemacht, sondern gene-

raliter verordnet würde, daß nach gebrochenem Ehebett den Kinderen die Güter anerfallen, und die Elteren nur daran die Leibzucht haben sollen, so habe es Rechtslehrer gegeben, die dafür gehalten, daß dem überlebenden Ehegatt an den eigenen Errungenschaften rupto thoro kein Eigenthum mehr übrig bliebe, gleich dann im Erzstift Köln die Stockmann'sche Lehre verworfen, und durch eine Verordnung vom 12ten May 1767 zum Gesätz gegeben worden, daß in den während der Ehe erworbenen Güter der Leztlebende nur ein bloser Leibzüchter seye, der Eigenthum aber pro toto auf die Kinder verfalle; 5) weil überall in anderen Stellen des Statuts, wo von erfallenen Gütern die Rede ist, ausdrücklich von den Gütern des Vorverstorbenen der Zusatz geschieht, hingegen in dem bemerkten *Cap.* 95. überhaupt dem Leztlebenden nur die blose Nutzung zugeschrieben wird, so seye dieses von dem ganzen Acquisit zu verstehen, da sonst der Gesätzgeber gewiß jenen wichtigen Unterschied bemerkt hätte, weswegen auch *Ryck de unione prolium*, & *Schütz in tract. de usufruct.* mit Verwerfung der Stockmann'schen Theorie behaupten: rupto thoro liberis extantibus delatam esse proprietatem omnium bonorum immobilium, sive sint stemmatica, sive acquisita, sive prædefuncti conjugis, sive superstitis bona

sint,

sint, & superstitem non nisi gaudere usufructu. 6) Wenn aber auch auf die Stockmann'sche Lehre gehalten werden wolle, so seye sie doch auf untergebenen Fall, wo von der Beschüdbarkeit die Frage wäre, nicht passend: dann gleichwie das Retraktrecht nur davon herstamme, daß ehedem die Güter nicht in der unumschränkten Macht des Besitzers gestanden, sie einem jedem willkürlich zu überlassen, also dieses bei den Devolutis um so mehr Platz greifen müße, als das Gesätz dieselbe durch das auf sie gelegtes Verbringungsverbott von der gewöhnlichen Gattung der Acquisit-Güter heraus gehoben, und der Familie zugedacht hat, endlich 7) seyen die Acquisita alsdann dem Retrakt unterworfen, si successionis viam ingressa sunt, welches sich den Devolutis nicht absprechen läßt.

Jedem Rechtspraktiker muß die Schwäche dieser Gründen auffallend seyn; es mag sich im Kölnischen, und in andern Landen verhalten, wie es wolle, es mögen auch *Schütz*, und andere dergleichen Authoren behaupten, was sie wollen, so halten wir uns hier an die verjährte, auf die Lehre des *Stockmanns* und *Voets* gegründete Praxin, daß dem Leztlebenden der Eigenthum an die Halbschied der während der Ehe erworbenen Güter zustehe, und den Kindern nur

die

die Hofnung übrig bleibe, in dem Ueberlebungsfall den Eigenthum zu erhalten.

Darum sagt auch der berühmte *Stockmann in Cap.* 1. *tract. de jure rev.* Liberis autem acquiritur quædam nuda, civilis, ficta, & sub conditione proprietas, quæ reipsa non aliud est, quam securitas habendi, si parenti supervivant. — Eben daher folgeret der gleich berühmte *Voets loc. cit.* also: quomodo igitur jus revolutionis obtinebit in proprietate, quæ apud superstitem mansit, nec cum effectu ad ejus liberos transivit, cum viventis nulla sit hæreditas? quomodo etiam liberi proprietatem, quam ob defectum conditionis non reliquerunt, ad hæredes, ut ita dicam, revolutarios transmittent? res clara est, proinde diutius non insisto.

Die Meinung des *Schütz* ist demnach grundfalsch, und es ist schon lang der Wunsch wohlgesinnter Räthen gewesen, daß des *Schütz* so, wie des *Voswinkels* tractatus, qua prætensi commentarii ad nostrum jus statutarium, billig als unapprobirt verworfen, und verboten würden, weil durch deren Irrsätze, welche offenbar wider die Landsgewohnheit und Praxin anlaufen, viele Advokaten und Referenten vom wahren Ziel abgeleitet würden.

Ist

Ist nun der Eigenthum des halben Guts bei der Mutter verblieben, hat die Tochter dieselbe nicht überlebt, mithin nicht succediret, hat vielmehr jene mit Bewilligung ihrer Tochter das Gut verkaufet, so ist es eine von selbst sprechende Folge, daß in dieser mütterlichen Hälfte der Retrakt keine Statt haben könne. — Selbst der kölnische Professor *Hamm* bezeuget es in seiner *Dissertation de jure devol. Cap.* 4. §. 1. & 2. daß nach den hiesigen, und anderen benachbarten Landesgewohnheiten dem Leztlebenden der Eigenthum an einer Halbschied zustehe, hingegen in dem Erzstift Köln den Kindern der Eigenthum zugedacht werde.

Der Rechtsvorstand der Appellanten fehlet sehr wider die Regeln der Auslegung, wenn er aus dem 95. *C.* unseres Landrechtes die Folge herleiten willt, daß den Eltern auch in ihrer eigenen Halbschied nur die Leibzucht zustünde, und zwarn aus dem Grunde, weil kein Unterschied gemacht, sondern überhaupt verordnet würde, daß die Eltern an ihrer Kinder angefallenen Güter, wenn das Ehebett gebrochen wird, die Leibzucht haben sollen; — eben daher, daß in jenem Kap. von des Leztlebenden Güter keine ausdrückliche Meldung geschieht, läßt sich richtiger folgeren, daß das Gesätz nur von den Gü-

tern

tern des Verstorbenen spreche, und dem gemeinen Rechtssatz: quod viventis non sit hæreditas nec successio, nicht habe derogiren wollen; — Dieser Begrif wird einleuchtend aus dem 6. §. des gemeldten Kap., wenn dort die Leibzucht also beschrieben wird, daß sie nur eine Gerechtigkeit seye, fremde Güter zu nutzen, zu geniessen, und zu gebrauchen, ohne derselben Schaden, — wie kann nun der Ausdruck: fremde Güter auf des Leztlebenden eigene Acquisit-Hälfte passen? dies würde, wie man sagt, eine Contradictio in terminis seyn, ohne einst zu bemerken, daß in verschiedenen anderen Stellen des *Statuti Cap.* 82., wo von erfallenen Gütern die Rede ist, ausdrücklich des Vorverstorbenen Erwehnung geschieht.

Doch ich habe nicht nöthig, diese Begriffe weiter auseinander zu setzen, der beste Ausleger des Landrechts *Voets* ist mein Gewährsmann, und eine verjährte Praxis, die sich auf die Lehre des *Stockmanns* gründet, verbürget seine Meinung. — Ich kann also mit *Voets* kurzum sagen; res clara est, proinde diutius non insisto; und so ist auch in obengemeldter Streitsache am 3ten May 1787. geurteilt worden.

Besser

Besser waren hingegen jene Gründe bestellet, wodurch die Appellanten die väterliche Hälfte dem Retrakt unterwürfig machen wollten.

Zum Beweiß, daß die Acquisit-Hälfte des Verstorbenen auf die Kinder wahrhaft vererbe, folglich in deren Person ein dem Retrakt unterwürfiges Erb- oder Stammgut werde, berufen sie sich

1) auf das Kap. 82., wo von Gütern gesprochen würde, so dem Kind von väterlicher Seite anerfallen, und zugekommen, item von Gütern, so dem Kind von mütterlicher Seite anerstorben, und zugefallen.

2) Würde im nemlichen Kap. gesagt, daß der Ueberlebende das Kind in solchen Gütern erbe, item im §. 2. solche Erbfolge fort in rubro, wie Vater und Mutter ihre Kinder erben, gleich dann auch *Voets in jure revol. Cap.* 12. *Exempl.* 2. sich also äusserte: postquam filio Huberto *successit* Mater Elisabetha, dicta medietas exivit de familia Haes, & dilapsa est in aliam cognationis lineam nim. Elisabethæ sicque non succeditur amplius ex persona Huberti Haes junioris, *apud quem sæpe fata medietas quondam fuit hæreditaria.*

3)

3) Zum klaren Zeichen, daß das Revolutionsrecht bei solcher vererbten Hälfte Platz greife, und dieselbe durch den auf das Kind geschehenen Anfall zum wahren Stockgut werde, so würde in dem Fall, wenn ein Kind mit Hinterlassung seiner Mutter, oder Vaters, sodann seiner Geschwistern verstürbe, die Succession nicht dem Vater oder der Mutter, sondern privative den Geschwistern in Gemäßheit des dem Kap. 80. derogirenden Kap. 88. zuerkannt.

4) Daß aber bei nicht vorhandenen Geschwisteren der überlebende Ehegatt das verstorbene Kind erbe, dies seye eine specielle zu Gunsten des Ueberlebenden gemachte Verordnung, die deswegen der Erblichkeit der Güter keinen Abbruch thue, zumal die Ursache, weil der Ueberlebende Miterwerber gewesen, die Abweichung von den gemeinen Revolutionsregulen in diesem einzelnen Falle veranlaßt habe.

5) In dem nemlichen Augenblick da die Erbfolge geschähe, verschwände alle Eigenschaft eines erworbenen Guts, das Regulativum des künftigen Sterbfalles könne dieses nicht hindern, indem es auf das Kind die vollkommene Vererbung geschehen liesse, mithin die Ursache, wodurch die Acquisita ihre Eigenschaft verlören,

nicht

nicht aufhebete, und also auch die Würkung, nemlich die durch die Vererbung auf das Gut kommende qualitatem stemmaticam nicht zurückhalten könnte.

6) Wenn es im Statut konditionsweise hiesse, daß die Kinder nur die Güter haben sollten, wenn sie superstitem überlebten, so liesse es sich hören, wenn man, bis dieser Sterbfall geschehen, den Güter die Stock- und Stamm-Eigenschaft abspräche, weil alsdann vor dem Sterbfall des Leztlebenden noch keine Vererbung geschehen wäre, da aber nach dem Statut rupto thoro eine Hälfte den Kindern dergestalt anfiele, daß sie darüber nach Willkür schalten und walten mögten, sodann dem Ueberlebenden ganz deutlich im Kap. 95. nur die blose Leibzucht als eine Gerechtigkeit, fremde Güter zu gebrauchen, beschrieben wäre, so würde hiedurch die auf die Descendenten vollkommen vorgehende Transmission, mithin die daraus entspringende Erb-Eigenschaft ausser allem Zweifel gestellt.

7) Nebst dem habe ja fast ganz Deutschland bona hæreditaria, ungeachtet nicht die eigentliche Revolution so, wie sie hier bräuchig seye, darin Statt habe, weswegen solle dann hier bei den vom Vorverstorbenen auf die Kinder

ver-

vererbten Güter desbalb Bedenklichkeit entstehen, weil pro casu speciali blos aus gewissen Begünstigungs Ursachen gegen den überlebenden Ehegatten, als Coacquirenten das Revolutionsgesätz ausgenommen seye?

8) Man räume auch gegenseits ein, daß die väterliche Hälfte zwar nicht in Rücksicht der ganzen Familie, gleichwohl in Person der Kinder ein wahres Erbgut seye, dies wäre aber gnug, indem auch dazu, daß ein Bonum seine Acquisit-Eigenschaft verliere, und diejenige eines wahren Erbguts annehme, folglich beschuldbar werde, nichts mehr erfoderlich seye, wie dieses in dem *Tract. de jure rev. C.* 5. des mehreren ausgeführt seye, und wenn dort zwar die Gründe dahin zielten, um das Revolutionsrecht geltend zu machen; so pasten sie auch hier quoad retractum, weil solcher da auch Platz greife, wo das jus revolutionis eintrete.

Für die Gegenmeinung sind zwar folgende Sätze angebracht worden:

a) Das Resultat all jener aus unserer Landsordnung, und dem *Tractat. de jure rev.* hergenommenen Gründen bestehet darin: daß die Hälfte der erworbenen Güter nach aufgelöster Ehe

wahr-

wahrhaft auf die Kinder vererbe, dem Leztlebenden nur die Leibzucht daran zustehe, mithin in der Person der Kinder ein wahres Erbgut werde, — dies hat auch seine Richtigkeit, aber die Folge ist sehr unrichtig, daß jene Hälfte auch ein solches Stammgut werde, welches dem Retrakt untergeben seye; dazu wird ein mehreres erfodert, nemlich daß das Gut durch eine vollkommene Succession auf das Kind dem Recht des Rückfalles unterworfen werde, sohin, wie unsere Praktiker reden, Wurzelen in die Familie fasse. —

b) Dieses geschieht aber anders nicht, als wenn das Kind den superstitem überlebet, und also zu seinem Eigenthum auch die Benutzung erhält, alsdann erst wird das Gut in die Familie radicirt, mithin dem Rückfall unterworfen, denn stirbt das Kind vor die leztlebende Mutter, so wird diese völlige Eigenthümerin der vererbt gewesenen Hälfte, in welchem Fall also das jus revolutionis ausgeschlossen ist.

c) Nun hat untergebentlich die Tochter den von ihrer Mutter gethätigten Verkauf bewilliget, welches quoad effectum der nemliche Fall ware, als wenn die Mutter die Tochter überlebt hätte, weil diese durch ihre Bewilligung

auf

auf die künftige völlige Succession verziehete, und die Mutter als Eigenthümerin über die vererbte Hälfte schalten liesse; wenigstens ware vor dem Verkauf der umgekehrte Fall nicht da, daß die Mutter vor der Tochter gestorben ware, wodurch allein die Hälfte in die Familie eingewurzelt, mithin den revolutar Erben ein Recht zur Vernäherung anerwachsen wäre.

d) Man wendet zwar ein, es wäre eine besondere Begünstigung, daß der leztlebende Ehegatt, wenn er das Kind überlebte, als Coacquirent völliger Eigenthümer der vererbten Hälfte würde, mithin solche in diesem einzelen Falle kein bonum hæreditarium wäre, welches zum Retrakt geeignet wäre; — ein unbedeutender Einwand, man hat ja selbst angegeben, daß der Retrakt da Platz greife, wo das jus revolutionis eintrete, und umgekehrt, wo dieses ausgeschlossen wäre, alsdann dem Retrakt keine Statt gegeben würde, der Appellant mag also selbst die Folge wider sich machen, daß, wo hier dem juri revolutionis noch kein Weg geöfnet ware, folglich auch das jus retractus unstatthaft seyn müße.

e) Die Sache wird noch mehr durch die beide von *Voets* in gemeldtem Traktat an-

angeführte Exempla 5. & 6. aufgeklärt. — In ersterem wird ganz ausdrücklich erwähnet, und mit Präjudicien bestätigt, daß in dem Falle, wenn die Güter durch Vater und Mutter acquiriret, und durch eines Absterben auf die Kinder vererbet, diese aber altero parente adhuc vivo verstorben wären, alsdann die Bona NB. nicht pro patrimonialibus zu halten, und zurück fallen, sondern vor sich auf den noch lebenden Vater oder Mutter sterben. — In dem anderen Exempel werden denen Erbgen. der Wittib Mariæ P., deren Kinder vor ihr verstorben waren, die von dieser währender Ehe mit ihrem Ehemann errungene Güter unter anderen Gründen auch aus diesem zuerkannt, quod illorum *plenum dominium* ad liberos nondum devolutum sit, sondern *jure quodam non decrescendi* in Gewalt des Leztlebenden verblieben.

f) Also ware noch keine völlige Succession in der väterlichen Hälfte da, diese war folglich noch kein wahres Stammgut, es hatte noch keine Wurzelen in die Familie des Vorverstorbenen geschlagen, indem es dem Ueberlebenden noch gar zu stark afficiiret ware, so lang die Mutter lebte, hatte keine Revolution Statt, mithin muß auch der Retrakt zurück weichen. — Zwar könnte sich der Fall ergeben, daß die

Mut-

Mutter vor die Tochter verstürbe, aber diese hat mit ihrem Ehemann den Veräusserungs-Kontrakt unterschrieben, und bewilliget, mithin ist im Ueberlebungsfall kein Gut mehr da, welches patrimoniale, folglich dem Retrakt unterwürfig werden könnte.

Diese Gründe haben aber nicht den Beifall erhalten, sondern es ist nach den zuerst vorgekommenen Gründen, weil die väterliche Hälfte einmal in grader Linie auf das Kind vererbet, mithin ein Stammgut worden, die Entscheidung dahin ausgefallen, daß diese Hälfte dem Retrakt untergeben seye.

LVII.

Ob und in wie weit die Last der Einquartierung in den Städten bei Kriegszeiten vom Pächter oder Verpächter ganz oder zum Teil getragen werden müße?

Diese Frage hat bereits Geheimrath von Buinink im 4. Bande seiner merkwürdigen Rechtshändel 6. Stuck, so ausführlich behandelt, daß fast alle einschlägige Gesätzstellen darin entwickelt, und