

**Species Facti cum Deductione Juris in Sachen Matthias Andreas Bauck, uxorio nomine, Barthold Stender, uxorio nomine, und Hinrich Christian Olde, Kläger, modo Appellanten, gegen seeligen Hans Olde Wittwe, Beklagte, modo Appellatin, worin sowohl der Ungrund der von den Klägern und Appellanten erhobenen Querelæ nullitatis gegen das Testamentum statutarium publicum & reciprocum der Oldeschen Eheleute d. 20 Maji 1757. als auch die Unstatthaftigkeit einer der Beklagten u. Appellatin zugemutheten statutarischen Theilung dargethan wird : Mit Anlagen sub Nris 1. & 2.**

[Hamburg?]: [Verlag nicht ermittelbar], Im Jahre 1769

<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1689776501>

Druck Freier  Zugang



38

118

Ff-117.

SPECIES FACTI

cum

DEDUCTIONE JURIS

in Sachen

Matthias Andreas Bauck, uxorio nomine,

Barthold Stender, uxorio nomine,

und

Hinrich Christian Olde,

Kläger, modo Appellanten,

gegen

seeligen Hans Olde Wittwe,

Beflagte, modo Appellatin,

worin

sowohl der Ungrund der von den Klägern und Appel-  
lanten erhobenen Querelæ nullitatis gegen das Testamentum  
statutarium publicum & reciprocum der Oldeschen  
Eheleute d. 20 Maji 1757.

als auch

die Unstatthastigkeit einer der Beflagten u. Appellatin  
zugemutheten statutarischen Theilung  
dargethan wird.

Mit Anlagen sub N<sup>ris</sup> 1. & 2.

---

Im Jahre 1769.

SPECIES FACTI

cum

DEDUCTIONE JURIS

in casu

Christoph. Henrich. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

et

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

et

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine



Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine

Christoph. Schmid, uxorio nomine



§ 1.

**H**ans Olde, ein Hamburgischer Bürger und Zuckerbecker, errichtet am 5ten December 1741 mit seiner Ehefrauen, Maria Elisabeth, gebornen Richtern, vor Notarien und Zeugen, ein Testamentum reciprocum. Der Ehemann nimmt es in demselben auf die Stunde seines Todes, daß er nie das allgeringste, die Frau aber, daß sie nicht mehr, als circa 4000 Mark, an Erbgeldern erhalten. Der Erste setzet die Letzte, und die Letzte wiederum den Ersten zum Universal-Erben ein: und beide verordnen, daß der überlebende Ehegatte den nächsten Anverwandten des zuerst verstorbenen, nach dem Ablaufe des Trauer-Jahres, ein Legatum von 6000 Mark Courant auszahlen solle.

Hans Olde u. seine Ehefrau errichten ihr erstes Testamentum reciprocum,

§ 2.

Am 1sten März 1747 fügen sie dem vorgedachten Testamente ein Codicill bey, worinn die Ehefrau bekennet, daß sie neulich noch 2000 Mark geerbet, und worinn beide, ausser dem obigen Legato der 6000 Mark Courant, den Erben des von ihnen zuerst verstorbenen, nach dem gleichfalls erfolgten Tode des Längstlebenden, aus der Verlassenschaft desselben, noch ein anderweitiges Vermächtniß von 14000 Mk. Courant bestimmen.

Und fügen demselben noch ein Codicill bey.

§ 3.

Bei diesen Verordnungen lassen sie es über 10 Jahre bewenden. Weil sich aber in dieser Zeit ihre Glücks-Umstände merklich gebessert, so entschliessen sie sich zu einem anderweitigen Testamento reciproco sub No. 1.

Sie machen in der Folge ein anderweitiges Testamentum reciprocum, wovon ist die Frage, sub No. 1.

darinn, nach schriftlicher Casirung und Annullirung des vorigen Testaments, die vorige Erbeinsetzung zwar unverändert wiederholet wird; hingegen aber 1) das erste Legatum der 6000 Mark Courant, auf 6000 Mark Species, 2) das ziwente Legatum der 14000 Mark Courant, auf 84000 Mark Species erhöht: und da der Mann gar keine, die Frau aber 6000 Mark an Erb-Gütern erhalten, 3) um alles von beiden Seiten völlig gleich zu machen, den Anverwandten der Ehefrauen, falls sie zuerst versterben sollte, nach dem Ablaufe des Trauer-Jahres, noch ein besonderes Legatum von 6000 Mark Species zugewendet,

wendet, auch 4) verordnet wird, daß, nach dem Tode des längstlebenden Ehegatten, die alsdann vorhandene Mobilia und Pretiosa unter den beiderseitigen nächsten Freunden in zwey gleiche Theile sollen getheilet werden.

## § 4.

Nach Anleitung  
des Art.  
1. Tit. I. P. 3.  
Statut. Ham-  
burgens.

Dieses Testamentum reciprocum wird nach Anleitung des Art. 1. Tit. I. P. 3. Statutor. Hamburgensium:

Demnach von vielen undenklichen Jahren, durch unsere Vorfahren, zu Vermeidung allerhand Nachtheil und weitläufigen Disputirens, so aus den mannigfaltigen Solemnitäten und Zierlichkeiten, welche die gemeine beschriebene Rechte in Verordnung der Testamenten unterschiedlich erfordern, zu vielmalen entstehen, eine einfältige richtige Maaß und Ordnung gesetzt, die bishero zu ieder Zeit in Aufrichtung der Testamenten, von Bürgern und Einwohnern dieser Stadt, steif und unverändert observiret und gehalten worden: So ordnen und wollen wir, daß es bey solcher uralten üblichen Form und heilsamer Verordnung hinfüro gelassen werde, also und dergestalt, daß, wenn jemand in dieser Stadt sein Testament oder letzten Willen aufzurichten und zu verordnen begehret, derselbe für zwey Rath's-Personen, welche, neben einem des Rathes Secretarien, auf sein Ersuchen und Begehren, der worthaltende Bürgermeister zu ihm schicken wird, denselben seinen letzten Willen, entweder in Schriften verfaßt, oder aber mündlich, bey gesundem Verstande, anzeigen und vermelden möge, welches denn, da es mündlich beschicht, von dem beywesenden Secretario fleißig aufgezeichnet, oder, da es in Schriften verfaßt, für dem Testatore und beyden Rath's-Personen alsbald öffentlich verlesen, und darauf er, der Testator, befraget werden soll, ob solches, wie verlesen, sein eigentlicher Wille und Meinung sey: sagt er denn darauf, bey guter Vernunft, (dessen dann insonderheit die Rath's-Personen fleißig acht haben sollen) verständlich Ja, so soll sein Testament fürderlichst vor Rath gebracht, und wann es daselbst durch die dabey gewesene beide Rath's-Personen bezeuget, alsdenn, vorbehältlich der Erben Interesse, confirmiret und bestätigt werden.

am 20sten May 1757 vor den beiden Senatoribus und derzeitigen Zehnpfennings-Herren, Ihro Wohlweisheiten, Herrn Joachim Kenzel, Lt. und Hermann Kiecke, und dem Protonotario, Herrn Wolder Schele, Lt. vollzogen. Der Herr Protonotarius setzet hierüber folgendes unter dem Testamente:

Daß Frau Maria Elisabeth Olde, cum Domino Curatore, wie auch Hans Olde, in der Wohlweisen Zehnpfennings-Herren Gegenwart nicht nur declariret, daß in vorstehender Schrift ihre letzte Willens-Meinung enthalten, sondern daß sie auch das den 5ten December 1741 errichtete Testament, samt Annexo de 1 März 1747, cassiret und annulliret, und darauf oberwähntes dieses Testament eigenhändig unterschrieben, bescheinige ich hiemit.  
Actum Hamburg, den 20 May 1757.

(L. S.)

W. Schele, Lt. & Proton.

§ 5.

§ 5.  
Die Vollziehung dieses Testaments geschah in dem Hause des Concipienten, dem die Testatores ihr Testament von 1741, nebst dem Codicill von 1747, zugestellet hatten, um nach denenselben ihr neues Testament mutatis mutandis zu entwerfen. Beide Piecen lagen bey der Vollziehung auf dem Tische, entweder von umgekehr, oder weil der Concipient gesonnen war, sie den Testatoribus zurück zu geben. Allein kaum war der Actus geendiget, so riß, nicht etwan der Testator, nicht die Testatrix, sondern vielmehr der Herr Curator der letzten, ganz unerwartet, und blos aus eigener Bewegung, beide Piecen ein. Die Testatores nahmen dem ungeachtet dieselben mit sich nach Hause, und bewahreten sie sorgfältig auf.

Der Hr. Curator der Ehefrauen reißet, nach geschetzter Vollziehung des zweiten Testaments, das erste, nebst dem Codicill, eigenmächtig und unerwarteter Weise, ein.

§ 6.  
Bey den außerordentlichen Calamitäten, die Ao. 1763 die Hamburgische Börse betrafen, mußte auch Hinrich Christian Olde, ein Bruder Sohn des Testatoris, Insolventiam erklären. Die Berichtigung seines Creditwesens verzog sich bis in das 1765ste Jahr. Und in eben diesem Jahre ward der Testator, Hans Olde, von seiner letzten und tödtlichen Krankheit angegriffen. Zum Vortheil seines Bruder-Sohnes, und um zu verhüten, daß dasjenige, was er demselben in seinem Testamente bestimmt, seinen Gläubigern zu Theile werden mögte, verordnete er noch am 16 März 1765 in einem besondern Codicill, welches dem Testamente sub No. 1. beygefüget ist:

Hans Olde confirmiret sein zweytes Testament durch einen besondern Codicill.

daß Hinrich Christian Olde aus seiner Verlassenschaft nicht eher etwas haben sollte, als bis er von seinen Creditoribus gänzlich würde entschlagen seyn.  
confirmirte übrigens sein ungefehr 8 Jahre zuvor errichtetes Testament vom 20 May 1757 nochmals, und ging etliche wenige Tage darauf mit Tode ab.

## § 7.

Sein Testament ward am 1 April 1765 publiciret. Allein seines Bruders Kinder, und nächste Anverwandte, Matthias Andreas Bauck, uxor. nomine, Johann Barthold Stender, gleichfalls uxor. nomine, und Hinrich Christian Olde, fanden dasselbe nicht nach ihrem Geschmacke, movirten dagegen die querelam nullitatis, und verlangten von der Wittwe Olden eine statutenmäßige Theilung der ganzen Verlassenschaft.

Nach seinem Tode wird sein Testament publicirt, und ex capite nullitatis angefochten.

Bey dieser Klage legten sie zwar anfänglich zum Grunde:  
1) daß es an der Vorlesung des Testaments bey der Vollziehung desselben,  
2) an der Befragung der Testatorum, ob dieses ihr wahrer Wille sey,  
3) an der Producirung desselben coram Senatu,  
4) an der Attestation der Senatorum, die bey der Vollziehung gegenwärtig gewesen, und  
5) an der Confirmatione Senatus fehle.

Grund der erhobenen Querelae nullitatis

B

Doch

Doch schränkten sie sich unverzüglich darauf, und noch in ipso Libello, schlechterdings auf den ersten angeblichen Fehler, die verabge-  
säumte Vorlesung des Testaments, ein, und wollten die übrigen nicht  
weiter urgiren.

Hieran thaten sie auch wirklich am besten. Denn das Attestatum  
des Herrn Protonotarii unter dem Testamente ergiebet, daß beide Testa-  
tores dasselbe für ihren wahren letzten Willen anerkannt. Diese Agni-  
tion ist die gehörige Beantwortung der vorzulegenden Frage. Man  
muß daher natürlicherweise diese Frage selbst, als wirklich vorgelegt an-  
nehmen, oder allenfalls bekennen, daß eine besondere und ausdrückliche  
Befragung daselbst nicht nöthig sey, wo die Antwort von selbst, und  
ohne Abwartung einer vorgängigen Frage, erfolget. Uebrigens ist be-  
kanntlich die Confirmatio Ampl. Senatus, die keinesweges ad Essen-  
tialia testamenti gehöret, und höchstens nur eine Gewährleistung für  
die Richtigkeit der formæ extrinsecæ, zum Besten des eingesetzten Er-  
ben ausmacht, längst in desuetudinem gerathen.

v. Sammlung der Hamburgischen Gesetze und Verfassungen 4tes  
Theil, 3te Abtheilung, § 78.  
No. 2. sub No. 2.

Mit derselben cesiret aber nothwendig die solemnis productio Testa-  
menti & Attestatio Senatorum. Beides geschiehet heutiges Tages erst  
bey der Publicatione Testamenti.

Der angeblich unterbliebenen Vorlesung wegen sollte das Testa-  
ment anfänglich aus einer gedoppelten Ursache ungültig seyn: einmal  
nach dem Art. I. Tit. I. P. 3. Statutor. Hamburgens. zum andern nach  
der Verordnung der römischen Rechte, und weil der sel. Hans Olde we-  
der schreiben, noch geschriebenes lesen können. Allein weil dieser letzte  
Umstand notorisch falsch war, so veränderten die Kläger auch hier gar  
bald ihre Sprache, und erklärten, daß sie sich weder auf denselben,  
noch auf das römische Recht weiter beziehen, sondern lediglich bey dem  
Jure statutorio bleiben wollten. Und nunmehr war erst der Grund  
der Klage so eingerichtet, wie derselbe nachher iederzeit geblieben ist:

Es soll nemlich das Testament bloß um deswegen null und nichtig  
seyn, weil dasselbe bey dem Vollziehungs-Actu, in Gegenwart  
der Herren Senatorum, den Testatoribus nicht vorgelesen worden,  
da doch der Art. I. Tit. I. P. 3. Statutor. diese Vorlesung ausdrück-  
lich verordnet.

### § 8.

Exceptiones  
der Beflag-  
ten.

Die beklagte Wittve und Erbin, die der unterbliebenen Vorlesung  
nicht geständig war, setzte der angestellten Klage vor allen Dingen

- a) die Exceptionem testamenti omni ex parte validi, eventualiter
- b) die demselben inserirte Clausulam codicillarem: und wenn auch  
dieses noch nicht genug seyn mögte,
- c) das die Successionem ab intestato ausschließende Testament von  
1741 entgegen, und denunciirte hiebey
- d) den beyden Wohlweisen Zehnspfennings-Herren, Kengel und  
Kiecke, wie auch dem Herrn Protonotario Schele, Lt. Litem, um ihr  
zu

zu assistiren, und sie, bey einem unverhofften widrigen Ausgange, kost- und schadlos zu halten.

Die Sache ward usque ad Sextuplicas verhandelt. Ein Hochweiser Rath der Stadt Hamburg aber hielte, nach genommenen Schlus der Acten, die Adcitacion der Herren Litis Denunciaten nicht einmal für nöthig, sondern sprach vielmehr am 12 December 1768, durch Aufrechthaltung des angefochtenen Testaments, sogleich definitive zum Vortheile der Beklagten.

Von diesem Urtheile haben die Kläger an das höchste Kaiserliche Reichs-Cammergericht zu Wezlar appelliret, und hierbey schlechterdings ad Acta prioris instantiæ submittiret, wie es auch die Beklagte, repetita Litis denunciacione, gethan hat.

### § 9.

Die bevorstehende Entscheidung der Sache hängt, nach der Lage der Acten, von der Entscheidung der nachstehenden Fragen ab:

- 1) Ist das Testament bey der Vollziehung wirklich vorgelesen worden, oder nicht?
- 2) Ist dasselbe, im letzten Falle, nach dem Hamburgischen Stadt-Rechte, worauf die Kläger sich einzig und allein gründen wollen, für null und nichtig zu achten?
- 3) Wenn das Testament, wegen der unterbliebenen Vorlesung, als ein Testament betrachtet, ungültig wäre, könnte alsdenn dasselbe nicht durch die Clausulam codicillarem aufrecht erhalten werden?
- 4) Wenn auch dieses nicht anginge, müste es alsdenn zur Successione ab intestato kommen, oder würde man nicht vielmehr das erste Testament von 1741 zu befolgen haben?
- 5) Wenn die Kläger durchaus zur Successione ab intestato admittiret werden müsten, würden nicht alsdenn die Herren Litis Denunciati, oder ihre Erben, schuldig seyn, die Beklagte in allen Stücken schadlos zu halten?

Diese 5 Punkte sollen ist nach einander erörtert werden.

Ad Quæst. 1<sup>am</sup>

### § 10.

Ob das Testament qu. bey der Vollziehung desselben, in Gegenwart der Herren Senatorum, den Testatoribus vorgelesen worden, oder nicht, darüber sind beide Partheyen mit einander uneins. Die Kläger, ieszige Appellanten, welche dieses leugnen, müssen, nach der Natur und Beschaffenheit ihrer erhobenen Klage, nothwendig behaupten, daß die Vorlesung eine unentbehrliche und wesentliche Sache bey der Vollziehung eines Hamburgischen statutarischen Testaments sey. Sie müssen aber auch alsdenn nothwendig der Rechts-Vermuthung Raum geben, daß die Herren Deputirte eines Hochweisen Rathes diese Vorlesung nicht aus der Acht gelassen haben. Pro his enim, quæ a Judice sunt acta, præsumitur, quod omnia rite fuerint celebrata.

v. Cap. 23. X. de Elect.

Einen Beweis des Gegentheiles, daß nemlich die Vorlesung des Testaments wirklich übergangen und verabsäumet worden, haben die Kläger

und Appellanten in der ersten Instanz auch nicht einmal zu führen versucht: und in Appellatorio haben sie durch ihre Submissionem ad Acta prioris Instantiæ, auf das Beneficium, nondum probata probandi, Verzicht gethan. Es muß also die Quæstio 1<sup>ma</sup>, ob das Testament vorgelesen worden, oder nicht, aus dem Cap. 23. X. de Electione, und aus der hieraus für die Beklagte, iezige Appellatin, militirenden Præsumtione juris entschieden werden.

Voet. ad ff. § 18. de Probat. & Præsumt.

Folglich muß man es für ausgemacht annehmen, daß die Vorlesung des Testaments wirklich geschehen sey.

## § II.

Die Appellanten wenden hiergegen ein:

Erste Einwendung hiergegen.

1) Das Cap. 23. X. de Electione handle von einem ganz speciellen Falle, von der streitig gemachten Wahl eines Bischofes, wovon man nicht auf die geschehene Vorlesung eines Testaments schließen könne.

Widerlegung derselben.

Allein die Beklagte schließet auch nicht von der streitigen Bischofs-Wahl auf die Vorlesung des Testaments. Sie appliciret nur die allgemeine Rechts-Regul:

quod pro his, quæ a Judice sunt acta, præsumatur, quod omnia rite fuerint celebrata,

aus welcher jene streitige Wahls-Sache entschieden worden, ad casum præsentem.

Zweite Einwendung.

2) Die geschehene Vorlesung des Testaments könne nicht præsumiret werden, weil Facta niemals præsumiret würden.

Widerlegung.

Der Satz, daß Facta nicht præsumiret werden, hat freilich in regula seine Richtigkeit. Es ist aber in Ansehung derjenigen Factorum, quæ ad integritatem Actus alicujus coram Judice celebrati gehören, nach den dünnen Worten des Cap. 23. X. de Electione, eine Ausnahme von der Regul zu machen.

Dritte Einwendung.

3) In der Registratur des Herrn Protonotarii werde keiner geschehenen Vorlesung des Oldeschen Testaments gedacht, da doch derselbe am 9 Februar 1751 unter dem Wellmannischen Testamente ausdrücklich gesetzt, daß es vorgelesen worden. Hieraus erwachse die Vermuthung, das Oldesche Testament sey nicht vorgelesen worden. Und diese Vermuthung entkräfte die Præsumtionem ex Cap. 23. X. de Elect.

Widerlegung.

Dieser Einwurf hat noch einigen Schein. Er hält aber nicht die Probe. Mit Rechte schließet man: Dieses oder jenes ist protocolliret worden, folglich ist es auch wirklich geschehen. Allein nicht umgekehrt kann man sagen: Wovon nichts ad Protocollum genommen worden, das ist auch nicht geschehen. Was nur zum Ueberflusse geschieht, oder was sich auch von selbst versteht, das wird nicht immer niedergeschrieben. Zum Beispiele und Beweise dienen die Hamburgischen Inquisitionen-Acten. Zuweilen findet man wohl am Ende der Verhöre die Worte: Facta prælectione abductus (dimissus) Actum Hamburgi &c. Die

Die meiste Zeit aber heisset es nur schlechtweg: Actum Hamburgi &c. Und dennoch werden die Aussagen den Inquisiten sowohl, als den Zeugen, jedesmal ohne Ausnahme vorgelesen. Und dennoch hat es sich niemals ein Mensch in der Welt einfallen lassen, aus den weggelassenen Worten: Facta prælectione, auf die unterbliebene Vorlesung zu schließen.

Aus den Registraturen unter dem Oldeschen und Wellmannischen Testamente erwächst also nicht die geringste Vermuthung zum Nachtheile der Beklagten und Appellatin. Allenfalls würde es doch nur immer eine schwache und trügliche Præsumtio hominis seyn, wodurch niemand von der Last eines ihm obliegenden Beweises befreyet, und keine Præsumtio juris, folglich auch nicht die für die Beklagte militirende Præsumtio ex Cap. 23. X. de Electione enerviret werden kann.

Ad Quæst. 2<sup>dam</sup>.

### § 12.

Ao. 1603, zur Zeit der Promulgation des Hamburgischen Stadt-Buches, konnten nur die allerwenigsten lesen und schreiben. Es war also damals nichts leichter, als die Unterschreibung eines falschen Testaments. Diesem Betrüge konnte dadurch am besten vorgebeuget werden, daß das Testament, von dem unpartheyischen Secretario, in Gegenwart beider Senatorum, dem Testatori mußte vorgelesen werden. Dies ist offenbar die Ratio adæquata der in dem Art. I. Tit. I. P. 3. Statutor. Hamburgens. verordneten Vorlesung eines Testaments. Allein diese Ursache cessiret heutiges Tages, da ein ieder durchgehends lesen und schreiben kann. Und mit ihr cessiret zugleich die gesetzliche Verordnung selbst: Cessante enim ratione legis adæquata, cessat lex ipsa. Folglich ist ist die Vorlesung eines statutarischen Testaments nichts weniger, als nothwendig.

Dieser Meinung ist auch der Auctor der Sammlung Hamburgischer Gesetze und Verfassungen in loco supra allegato zugethan, woselbst er die Vorlesung eines Testaments nur als eine Vorsicht anrath, durch welche der Chicane Einhalt geschehen könne.

### § 13.

Wer sich durch das obige Argument von der Entbehrlichkeit der Vorlesung eines Testaments nicht will überzeugen lassen, der hat es in Erwägung zu ziehen, ob die Vorlesung in dem Art. I. Tit. I. P. 3. Statutor. Hamburgens. Solemnitatis, oder Probationis causa verordnet worden. Tertium enim non datur. Das Erste läffet sich ganz und gar nicht gedenken,

a) weil der Art. I. Tit. I. P. 3. Statutor. Hamburgens. nichts neues einführet, sondern nur auf die vorlängst in den gemeinen Rechten bekannte Testamenta Principi vel Judici oblata verweist, bey welchen bekanntlich gar keine Solemnitäten statt finden.

b) Weil ein ieder siehet, daß die Conditores Statutorum, zur Vermeidung aller Rechts-Händel, in dem allegirten Articulo Statutorum alle Testaments-Solemnitäten abschaffen wollen. Wie schlecht wäre diese

Wenn auch die Vorlesung des Testaments nicht geschehen wäre, so würde doch dasselbe hiedurch nicht ungültig.

Ratio 1ma.

Ratio 2da.  
Die Vorlesung ist nicht Solemnitatis,

diese Absicht erreicht, wenn man blos andere Solemnitäten an die Stelle der Römischen gesetzt hätte?

c) Weil selbst die Kläger in den verhandelten Acten es sowohl stillschweigend, als ausdrücklich, eingeräumt haben, daß die Vorlesung nicht ad Solemnitates Testamenti gehöre.

**Stillschweigend:** Indem sie zugeben, daß es bey einem von dem wohlse. Herrn Senatore Bötseur errichteten statutarischen Testamente eben keiner Vorlesung bedurft, weil dasselbe ein holographum gewesen.

Gehöret die Vorlesung ad Solemnitates, so muß auch ein solches Testament verlesen werden, das der Testator mit eigener Hand geschrieben. Kann man aber bey demselben die Vorlesung hintansetzen, so gehöret sie auch nicht ad Solemnia.

**Ausdrücklich:** Da sie, die Kläger, in ihren verhandelten Schriften, an mehr als einem Orte sagen: Sie söchten hier nicht einmal Solemnia an. Inzwischen bestehet doch der ganze Grund ihrer Klage in der angeblich unterbliebenen Vorlesung des Testaments.

## § 14.

sondern nur probationis causa, verordnet. Folglich hier unnöthig.

1) Weil keine Suspicio fraudis vorhanden.

2) Weil die Uebereinstimmung der Schrift mit dem Willen des Testatoris, sich auch ohne Vorlesung erweisen läßt.

Diese Vorlesung ist also nothwendig lediglich probationis causa verordnet, und um es zur Gewisheit zu bringen, daß das Niedergeschriebene den Willen des Testatoris enthalte, und mit demselben völlig übereinstimme. Hieraus folget, daß es daselbst keiner Vorlesung bedürfe,

1. Wo kein Verdacht wegen eines Betruges, wegen eines untergeschobenen oder verfälschten Testaments vorhanden, und also überhaupt kein Beweis der Uebereinstimmung der Scripturæ cum mente Testatoris nöthig ist.

2. Wo diese Uebereinstimmung der Scripturæ cum mente Testatoris, aliunde zu erweisen stehet. Denn so bald es auf einen Beweis ankommt, so ist man niemals an ein gewisses Beweis-Mittel gebunden. Ein jedes derselben kann per aliud æquipollens ersetzt werden.

## § 15.

Hier ist keine Suspicio fraudis vorhanden.

Ratio 1ma.

Ratio 2da.

Weder die äussern Umstände, noch auch die innere Einrichtung und Beschaffenheit des Testaments, lassen hier eine Unterschlebung und Verfälschung desselben vermuthen.

Nicht die äussern Umstände: Der Concipient des Testaments, die beiden Zehnpfennings-Herren, und der Herr Protonotarius, hätten ja insgesammt um den Betrug wissen, und zu demselben behülflich seyn müssen. Der Erste, um ein gedoppeltes Testament, eines zur Vollziehung, und das andere zur privat Vorlesung, oder zur Inspection des sel. Hans Olde zu entwerfen. Und die Letzten, damit es ja zu keiner Vorlesung des zu vollziehenden verfälschten Testaments kommen mögte. Wer kann es sich aber erlauben, ein so abscheuliches Bubenstück von so vielen rechtschaffenen Männern zugleich zu argwohnen?

Zudem, wie konnte man wissen, daß der Testator nicht auf den Einfall gerathen würde, sein Testament entweder bey der Unterschrift selbst, oder wenigstens im Verfolge, noch einmal durchzulesen. Er testirte

testirte ja nicht etwan auf dem Todtbette, sondern bey ungeschwächten Gemüths- und Leibes-Kräften, und hat nachher noch über 8 Jahre gelebet.

Was die innere Einrichtung anlanget, so setzen beide Ehegatten, <sup>Ratio 3tia.</sup> die einander in dieser Welt am nächsten sind, die, nach den Hamburgischen Rechten, in einer Gemeinschaft aller Güter leben, sich einander, so wie sie es schon zuvor in ihrem Testamente von 1741 gethan hatten, zu Universal-Erben ein, und begünstigen hierbey ihre beiderseitigen Anverwandte auf eine vollkommen gleiche und ansehnliche Weise. Was ist natürlicher, billiger, und also weniger verdächtig, als eine solche Disposition?

### § 16.

Izt wird es nöthig seyn, die verschiedenen Gründe nach einander durchzugehen, durch welche die Kläger und Appellanten einen Verdacht gegen das von ihnen angefochtene Testament zu erregen gesucht. Sie behaupten:

1) Die Beklagte habe das Regiment über ihren izt verstorbenen <sup>Dub. 1um.</sup> Ehemann geführt.

Dieses Vorgeben ist nun bloß aus der Luft gegriffen. Allein wie <sup>Widerlegung.</sup> folget der Schluß: Sie hat über ihren Mann geherrscht; also muß man vermuthen, daß sie ein falsches Testament untergeschoben. Denn dies ist doch der Sas, worauf es izt ankommt.

2) Die Beklagte und ihr Buchhalter, Beer, hätten mit einander <sup>Dub. 2dum.</sup> Plane von Testamenten gemacht.

Übermals ein unerwiesenes, unerweisliches, grundfalsches, und of <sup>Widerlegung.</sup> fenbar irrelevantes Assertum. Was würde es hindern, wenn auch die Beklagte und der Buchhalter Beer den Plan zu dem izt angefochtenen Testamente selbst entworfen hätten? Würde hieraus folgen, daß dasselbe von dem Testatore nicht genehmiget, sondern vielmehr heimlich und wider seinen Willen untergeschoben worden? Hat er aber das Testament genehmiget, so liegt nichts daran, wer den Plan zu demselben entworfen.

3) Die beiderseitigen Anverwandte wären nichts weniger, als <sup>Dub. 3tium.</sup> auf eine gleiche Weise, in dem Testamente begünstiget worden, theils weil, aller Wahrscheinlichkeit nach, der Testator, Hans Olde, eher sterben müssen, als seine Ehefrau, theils, weil seine Verwandte, nicht so wie die Verwandte seiner Frauen, Landleute, sondern Stadtleute wären, und also mehr gebrauchten, wie jene.

Gesezt, es wäre für die Anverwandte der Frauen besser als für die <sup>Widerlegung.</sup> Anverwandte des Mannes gesorget worden, so könnte man doch aus diesem Umstande nicht sofort auf ein verfälschtes und untergeschobenes Testament schließen. Wie viele Testamenta reciproca findet man nicht, die ungleich vortheilhafter für die Anverwandten des einen, als des andern der testirenden Ehegatten lauten? Hiernächst ist es in facto falsch, daß der Testator, Hans Olde, wahrscheinlicher Weise eher als seine Ehefrau sterben müssen. Obgleich etwas älter an Jahren, so war

war er doch stärker und gesunder als sie: und sein zuerst erfolgter Tod war nicht die Folge seines Alters und seiner Schwäche, sondern eines ihm zugestossenen Schlagflusses, den kein Mensch zum voraus sehen oder vermuthen können. Die Summen, die in beiden möglichen Fällen den beiderseitigen Anverwandten hinterlassen worden, sind einander vollkommen gleich, wenn man nur die Erbgüter der Beklagten ausnimmt, darüber, nach Hamburgischen Rechten, gar keine Testamenti factio statu findet. Uebrigens ist es der Beklagten und Appellatin, die bey dem Testamento reciproco doch auch ein Wort mit zu reden gehabt, nicht übel zu nehmen, wenn sie darauf bestanden, daß ihre Anverwandte (Stadt- oder Landleute, dies machet hier keinen Unterschied aus) eben so viel bey ihrem zuerst erfolgten Absterben bekommen sollten, als die Anverwandte ihres Mannes, im entgegen gesetzten Falle.

Dub. 4tum.

4) Durch das Testament fielen den Anverwandten der Beklagten ist 400000 Mark zu, den Anverwandten des sel. Hans Olde aber noch keine 100000 Mark. Man müsse aber vermuthen, daß er seinen eigenen Anverwandten lieber 400000 Mark, und den Anverwandten seiner Frauen nur 100000 Mark, zuwenden wollen.

Widerlegung.

Nicht durch das Testament, sondern durch die sich ereignete Sterbefälle, fällt ist den Anverwandten der Beklagten das größte Theil des Vermögens anheim. Wäre sie zuerst mit Tode abgegangen, so würden alsdenn die Kläger und Appellanten eben dieselben Vortheile zu genieffen gehabt haben, die sie ist andern Leuten beneiden und misgönnen. Daß sie aber in beiden Fällen nicht gleich reichlich bedacht worden, können sie ihrem verstorbenen Oheime nicht verargen. Denn ausser ihm gehörte auch noch seine Ehefrau, die ieszige Beklagte und Appellatin, zum Testamento reciproco. Und diese liebte ihre Anverwandte eben so sehr, als er die seinigen.

Dub. 5tum.

5) Man müsse wenigstens vermuthen, es sey des sel. Hans Olde Wille gewesen, daß nach seinem und der Beklagten Tode das ganze Vermögen, unter den beiderseitigen nächsten Anverwandten, in zwey gleiche Theile getheilet werde.

Widerlegung.

Woher können die Kläger und Appellanten dergleichen überhaupt vermuthen? Woher können sie es gegen den Buchstaben des Testaments vermuthen? Woher können sie es mit solcher Gewisheit vermuthen, daß sie sogar aus dieser Vermuthung auf ein untergeschobenes und verfälschtes Testament schliessen wollen? Sieht nicht das Testament von 1741, darin keine solche gleiche Theilung nach dem Absterben beider Ehegatten verordnet worden, deutlich genug zu erkennen, daß der Testator schon damals die Absichten nicht gehabt habe, welche die Kläger und Appellanten ihm ist beymessen wollen?

Dub. 6tum.

6) In dem angefochtenen Testamente bliebe es bey der vorigen Erbeinsetzung. Nur die Legata würden erhöht und vermehret. Dieses hätte blos durch ein Codicill geschehen können. Da aber Hans Olde ein neues Testament errichtet, so müsse man annehmen, a) daß er die Erbeinsetzung verändern wollen: Und b) da dergleichen in dem neuen Testamente nicht geschehen, daß dasselbe nicht

nicht den Absichten des Testatoris gemäß verfertiget worden, sondern falsch und untergeschoben sey.

Der sel. Hans Olde hat es gewiß nicht verstanden, was man mit einem Codicille ausrichten könne, und wozu ein neues und besonderes Testament erfordert werde. Hierin hat er sich schlechterdings auf seinen Consulenten verlassen. Von diesem aber muß man viel eher glauben, daß er unnöthigerweise ein neues Testament gemacht, als daß er ein falsches untergeschoben, oder zur Unterschreibung desselben behülflich gewesen.

Die Uebereinstimmung der Schrift mit dem Willen des Testatoris, stehet auch ohne alle Vorlesung zu erweisen.

Argument. 1.

### § 17.

Zum Beweise, daß das niedergeschriebene Testament mit dem Willen des Testatoris genau übereinstimme, dienet:

a) Daß der Testator, Hans Olde, dasselbe coram Deputatis Amplissimi Senatus solemniter für seinen letzten Willen agnosciret, und darauf unterschrieben hat.

b) Daß er es bey dieser Agnition, in den 8 Jahren, die er noch nachher gelebet, bewenden lassen.

c) Daß er in seinem, zum Besten des Mitflägers, Hinrich Christian Olde, auf seinem Todtbette gemachten Codicill, dieses Testament nochmals bestätiget.

Ein ieder, der diese Umstände mit demjenigen zusammen nimmt, was vorhin in dem § 15. & 16. ausgeführet worden, wird bekennen müssen, an der Uebereinstimmung der Scripturæ cum mente Testatoris sey hier nicht weiter zu zweifeln.

### § 18.

Man setze man einmal, gegen dasjenige, was schon oben im § 13. erwiesen worden, die Vorlesung gehöre zu den Solemnitäten eines statutarischen Testaments; so ist doch diese angebliche Solemnität nur in der Absicht eingeführet, um die Uebereinstimmung der Scripturæ cum mente Testatoris zur Gewißheit zu bringen. Im gegenwärtigen Falle aber ist auch, ohne alle Vorlesung, diese Gewißheit vorhanden. (§ 17.) Es müßten also hier allemal l. 183. Dig. de Reg. Jur.

Wenn auch die Vorlesung Solemnitatis causa verordnet wäre, so müßte das Testament dennoch besehen.

Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est.

Und L. 15. Cod. de Testam. Indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas & judicia mortuorum, ihre Anwendung finden, die, wenn sie gleich hin und wieder im Corpore Juris nur auf besondere und einzelne Fälle appliciret werden, dem ungeachtet doch immer allgemeine Regeln bleiben.

Und diese Anwendung der obigen Gesetze kann bey dem gegenwärtigen Rechts-Handel um desto sicherer geschehen, da selbst die Kläger und Appellanten in ihren verhandelten Schriften sich deutlich genug dahin erkläret haben, daß sie gerne mit allem zufrieden seyn wollten, wenn sie nur wüßten, daß das Niedergeschriebene wirklich der Wille ihres sel. Oheims gewesen.

Ad Quæst. 3<sup>tiam</sup>.

Q

§ 19.

## § 19.

Wenn das Testament, wegen der angeblich unterbliebenen Vorlesung, an sich nicht bestehen könnte, so würde es doch per Clausulam codicillarem aufrecht erhalten.

Per supra deducta ist es klar, daß selbst eine unterbliebene Vorlesung das Oldesche Testament nicht ungültig machen könne. Allein wenn auch dasselbe hiedurch ungültig würde; so müste es dennoch per insertam Clausulam codicillarem aufrecht erhalten werden.

Die Testatores verordnen nemlich in ihrem Testamento reciproco ausdrücklich, daß dasselbe allenfalls als eine Zusammengabe der Güter gelten sollte. Wer siehet aber nicht, daß hier die Zusammengabe der Güter nichts anders, als ein Pactum successorium, bedeuten könne?

Kann also das Oldesche Testament, wegen irgend eines Fehlers, folglich auch wegen der angeblich verabgesäumten Vorlesung, nicht als ein Testament bestehen; so soll es als ein Pactum successorium angesehen werden. Als ein solches aber ist es unstreitig gültig und verbindlich,

a) weil, nach teutschen Rechten, die Pacta successoria überhaupt verbindlich sind.

b) Weil es bey denselben keiner Vorlesung bedarf.

c) Weil hier die Paciscentes bloß über Bona acquisita pacisciret haben, und weil sie über dieselben, auch ohne Einwilligung ihrer nächsten Anverwandten, valide pacisciren können.

v. Hrn. Lti Holzmann Diff. inaug. de pactis dotalibus super bonis acquisitis tantum confectis, absque proximorum cognatorum consensu, jure Hamburgensi validis, ibique allegata præjudicata Hamburgensia.

## § 20.

Die Kläger und Appellanten haben es selbst nur gar zu wohl eingesehen, wie gefährlich ihnen die Clausula codicillaris bey ihren gegenwärtigen Absichten sey. Eben um deswegen haben sie alle nur mögliche Einwendungen dagegen mit der größten Sorgfalt zusammen gesucht. Es heißt in ihren Schriften:

Dub. Imum.

1) Die Beklagte habe gleich Anfangs die Exceptionem validi testamenti opponiret: Folglich könne sie ist zur Clausula codicillari nicht ihre Zuflucht nehmen. Denn L. 8. Cod. de Codicill. verbiete eine solche Variation.

Widerlegung.

Allein a) L. 8. Cod. de Codicill. verbietet die Variation nur dem Kläger, von dem man auf den Beklagten nicht immer mit Sicherheit schließen kann.

b) Der berühmte Böhmer behauptet, daß ein Beklagter, der bloß die Exceptionem validi testamenti opponiret hat, wenn er bey dem Prozesse zu kurz kommt, nachher noch die hæreditatis petitionem fideicommissariam, ex clausula codicillari, testamento inserta, anstellen könne.

v. Ejus Consult. & Decif. Tom. 2. P. 1. Decif. 647. them. 2.

Wie vielmehr muß es denn nicht einem Beklagten frey stehen, in einem und demselben Prozesse, die Exceptionem clausulæ codicillaris der Exceptioni validi testamenti zur Seite zu setzen, da die Jura alles dasjenige favorisiren, was zur Verminderung und Abkürzung der Rechts- handel dienet.

c) Die

c) Die Beklagte gehöret zu denjenigen Personen, denen ipsa L. 8. Cod. de Codicill. in dem § 2. das Jus variandi einräumet:

Siquis vero (heisset es daselbst) ex parentibus utriusque sexus, ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus, usque ad tertium, scriptus hæres fuerit, vel nuncupatus, in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere: licebit ei, si de hæreditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens, fuerit superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare, non enim par eademque ratio videtur, amittere debita, & lucrum non capere.

Hier wird freylich die Ehefrau inter personas a dispositione Legis exceptas nicht ausdrücklich benannt. Allein dieses hat man bloß dem Unterschiede beyzumessen, der in Ansehung der Erbfolge unter Römischen und Hamburgischen Eheleuten statt findet. Die verba finalia enthalten die rationem adæquatam legis. Diese aber passet sich auf eine Hamburgische Ehefrau, welche mit ihrem Manne in communione omnium bonorum stehet, noch ungleich besser, als selbst auf die in ipsa Lege benannte Agnatos & Cognatos. Es muß daher die Verordnung dieses Gesetzes, durch eine natürlicher und nothwendiger Weise zu machende Interpretationem extensivam, auch igt der Beklagten, als des Testatoris Ehefrauen, zu statten kommen. Ihr ist also bis diese Stunde die Wahl unbenommen, und der Weg zur Clausula codicillari unversperret.

Allenfalls wäre ihr doch

d) die Restitutio in integrum nicht zu versagen, wie unten § 22. N. 1. umständlich soll ausgeführet werden.

Die Kläger und Appellanten wenden

2) ein, die Clausula codicillaris, als eine römische Erfindung, Dub. 2dum. passe gar nicht auf ein statutarisches Testamentum publicum, und könne dasselbe in keinen Codicill verwandeln, weil es hier immer an den bey einem Codicille erforderlichen 5 Zeugen fehle.

Hier würde es sich nicht der Mühe verlohnen, mit den Klägern dar: Widerlegung. über zu disputiren, ob ein Testamentum statutarium publicum, per clausulam codicillarem, in einen römischen Codicill könne verändert werden, oder nicht? Denn die Beklagte verlanget eine solche Veränderung keinesweges. Sie will nicht, daß das Testament eventualiter als ein römischer Codicill, sondern daß es als ein teutsches Pactum successorium gelten soll, wobey keine fünf Zeugen nöthig sind.

Die Kläger und Appellanten behaupten

3) ein Testament könne per clausulam codicillarem unmöglich Dub. 3tium. in ein Pactum successorium verwandelt werden.

Dieses Assertum ist offenbar irrig, Widerlegung

a) weil man Pacta und Contractus inter vivos so einrichten kann, daß sie eventualiter per modum ultimæ voluntatis gelten.

Leyser ad ff. Spec. 378. Med. 3. sub rubro: Clausula codicillaris pactis etiam & contractibus inter vivos recte adjicitur.

Warum sollte denn nicht auch umgekehrt ein Testamentum reciprocum eventualiter als ein Pactum & quidem successorium gelten können?

b) Weil die Hamburgischen Testamenta reciproca conjugum keine einseitige Widerrufung und Veränderung leiden:

Art. 19. Tit. 1. P. 3. Statutor.

Es soll auch auf obgesetzten Fall, wenn zwey Eheleute zusammen ein Testament machen, und hernach derselben einer verstirbet, alsdenn dem überlebenden Ehegatten vergönnet und zugelassen seyn, von seinem Antheil Güter ein anderes Testament aufzurichten, und das vorige so weit zu ändern.

Folglich nur durch die äussere Form und Einkleidung von einem Pacto successorio unterschieden sind.

v. Sammlung der Hamburgischen Gesetze und Verordnungen P. 4. pag. 356.

Dergleichen Testament könnte wohl füglicher ein wechselseitiges Pactum über die Erbfolge, als ein Testament genannt werden, und gehöret zu den teutschen Pactis successoris, die ihrer Natur nach unwiderruflich sind, und nicht ohne beyder Theile einstimmigen Beyfall aufgehoben werden können.

Folglich durch die geringste Aeußerung der Testatorum gar leicht eventualiter zu einem wirklich sogenannten Pacto successorio können gemacht werden.

c) Weil man heutiges Tages die Clausulam codicillarem in dem allerweitläufigsten Verstande, und dahin zu nehmen pfleget, daß ein Testament, wenn es qua tale nicht gelten kann, auf eine iede andere nur irgend mögliche Weise, folglich auch (wo es übrigens die Umstände erlauben) als ein Pactum successorium gelten solle. Bey einem Testamento reciproco aber erlauben dieses die Umstände iederzeit.

d) Weil die Oldesche Eheleute in ihrem Testamento reciproco die Clausulam codicillarem wirklich in diesem weitläufigen und uneingeschränkten Verstande genommen. Sie drücken sich folgendermaassen aus:

Wäre es auch Sache, daß diese unsere letzte Willens-Verordnung nicht als ein zierliches zu Rechte beständiges Testament sollte geachtet werden, so wollen wir iedennoch aber, daß es als eine Schenkung auf den Todesfall, Zusammengabe der Güter, oder eine andere in den Rechten begünstigte Verordnung angesehen, und derselben allen Inhalts nachgelebet werden solle.

Die Kläger und Appellanten geben

Dnb. 4ram.

4) vor, die in der Clausula codicillari gedachte Zusammengabe der Güter bedeute kein Pactum successorium, sondern geschehe per Testamentum reciprocum, wie daraus zu ersehen, daß ihrer in den Hamburgischen Statuten, unter dem Titel von Testamenten, Erwähnung gerhan werde.

Widerlegung.

Die Zusammengabe der Güter ist nichts anders als eine Vereinigung zwener Eheleute, vermöge deren die Güter, die ihnen während der Ehe schon durch die Verordnung der Gesetze gemeinschaftlich zugestanden, nach dem Tode des einen Ehegatten, dem Ueberlebenden allein verbleiben

ben sollen. Diese Vereinigung kann entweder durch ein Testamentum reciprocum, oder durch ein Pactum successorium getroffen werden. Man setze, die Zusammengabe der Güter hätte hier, nach der Absicht der Testatorum, per modum testamenti reciproci geschehen sollen, wie würden alsdenn die Worte:

Kann unser Testament nicht als ein Testament gelten, so soll es als eine Zusammengabe der Güter gelten, zu verstehen seyn? Nicht anders, als dahin:

Kann unser Testament nicht als ein Testament gelten, so soll es als eine Zusammengabe der Güter per testamentum reciprocum (folglich als ein Testamentum reciprocum, und also als ein Testament) gelten.

Dies ist offenbarer Unsinn und Widerspruch. Man muß daher nothwendig annehmen, daß die Testatores ihre Güter eventualiter per Pactum successorium zusammen geben wollen: Oder, welches einerley ist, daß sie gewollt, ihr Testament sollte als ein Pactum successorium gelten, wenn es nicht wie ein Testament gelten könnte.

Die Kläger behaupten endlich

5) eine Zusammengabe der Güter geschähe doch immer per ultimam voluntatem, five revocabilem, five irrevocabilem, und sey daher iederzeit der Verordnung des Art. I. Tit. I. P. 3. Statutor. Hamburgens. unterworfen.

Ihnen dienet aber zur Antwort, daß der Artic. alleg. nur bey Testamenten, nirgend aber bey Pactis successoriiis, eine solemne Vorlesung verordnen. Der Art. II. Tit. II. P. 2. Statutor. erfordert dieselbe eben so wenig, als selbst einmal eine Gegenwart der Herren Deputatorum Ampl. Senatus bey Ehezärtern. Inzwischen sind doch Ehezärter unstreitig Pacta successoria.

Ad Quæst. 4<sup>am</sup>.

## § 21.

Sollte das angefochtene Oldesche Testament, wegen der angeblich unterbliebenen Vorlesung, gänzlich cassiret und annulliret werden, so würde man eben hiedurch die Vorlesung pro solemnitate, folglich das Testament selbst pro imperfecto erklären.

Testamenta enim solemnitate destituta, omnia imperfecta sunt, civili ratione, etsi naturali forte perfectam declarationem mentis contineant.

Schilter ad ff. Exercit. 38. § 46.

Man weiß aber, quod testamentum imperfectum posterius, non rumpat testamentum prius legitimo modo conditum.

v. § 2. Institut. quib. mod. testamenta infirmantur, ubi: Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur.

v. § 7. in fine loco cit.

Divi Pertinacis oratione cautum est, ne alias tabulæ priores, jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

¶

v. L. 1.

Wenn das angefochtene Testament ganz wegfällt, so föhnt es doch nicht zur Successione ab intestato, sondern es gehet nach dem ersten Testamente.

v. L. 1. Dig. de injusto rupto, irrito facto testamento: ubi Papinianus:

Testamentum rumpitur alio testamento, ex quo hæres existere poterit.

v. L. 2. cit. loco, ubi Ulpianus:

Tunc autem prius Testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est: Nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest. Tunc enim & posteriore non perfecto, superius rumpitur.

v. verba finalia L. 11. cit. loco, ubi iterum Ulpianus:

Superius testamentum non est ruptum, quia sequens nullum est.

v. L. 16. cit. loco, ubi Pomponius:

Cum in secundo testamento hæredem eum, qui vivit, institui-  
mus, five pure, five sub conditione: si tamen conditio existere  
potuit, licet non extiterit, superius testamentum erit ruptum.  
Multum autem interest, qualis conditio posita fuerit. Nam aut  
in præteritum concepta ponitur, aut in præsens, aut in futu-  
rum. In præteritum concepta ponitur, veluti si Titius Consul  
fuit. Quæ conditio, si vera est, (id est, si Titius Consul fuit)  
ita est institutus hæres, ut superius testamentum rumpatur.  
Tunc enim ex hoc hæres esset. Si vero Titius Consul non fuit,  
superius testamentum non est ruptum. Quod si ad præsens  
tempus conditio adscripta est hærede instituto, veluti, si Titius  
Consul est, eundem exitum habet, ut, si sit, possit hæres esse,  
& superius testamentum rumpatur. Si non sit, nec possit hæres  
esse, nec superius testamentum rumpatur.

v. præterea Bœhmeri Introd. in jus Dig. § 4. de injusto,  
rupto, irrito testamento.

Brunnemanni Comment. ad ff. ad LL. 1. 2. & 16. cit.  
loco.

Voet. ad ff. § 4. in fine loco cit.

Ludwigs Consilia Hallenf. Lib. I. Conf. 285. arg. 11.

In diesem supponirten Falle wären also die Kläger und Appellanten  
keinesweges zur Successione ab intestato zuzulassen; sondern es müste  
mit der Verlassenschaft schlechterdings nach der Vorschrift des Testa-  
ments von 1741 gehalten werden. Nur müsten alsdenn, sowohl die  
in dem ersten Testamente selbst, als auch die in dem Anhang desselben  
hinterlassene Legata wegfallen. Denn die einzige Ursache, warum  
per Testamentum posterius imperfectum ein Testamentum superius  
jure conditum nicht aufgehoben wird, ist darinn zu sehen, daß ein  
Testament per nudam voluntatem nicht kann aufgehoben werden.

Aus welchen  
aber alsdenn  
die Legata  
wegfallen.

v. § 7. Inst. quib. mod. test. infirm. ubi Imperator: Ex eo au-  
tem solo non potest infirmari testamentum, quod postea  
testator id noluerit valere.

Nun aber ist ein Testamentum imperfectum kein Testament, sondern  
nur eine nuda voluntas. In dieser Qualität aber ist es zur Ademtione  
der in einem vorhergehenden Testamente hinterlassenen Legatorum zu-  
länglich.

v. L. 3. § fin. Dig. de adimend. vel transfer. Legat. ubi Ulpianus:  
Non

Non solum autem legata, sed & fideicommissa adimi possunt, & quidem nuda voluntate.

## § 22.

Gegen das obige Argument wenden die Kläger und Appellanten ein:

1) Die Beklagte habe sich mit ihrer aus dem Testamente von 1741 hergenommenen, und erst in ihren Quadruplicis beygebracht<sup>Dub. Itum.</sup> Exception verspätet, und sey folglich mit derselben gar nicht weiter zu hören.

Hierauf dienet zur Antwort: Daß die Existenz des ersten Testaments selbst aus dem angefochtenen zweyten und letzten Testamente erhelle: und daß also Dominus Judex die ex tabulis prioribus der Beklagten zustehende Exception ex officio suppliren können, und müssen. Wie kann man aber überhaupt jemals mit demjenigen zu spät kommen, was das Gericht ex officio suppliren müste, wenn es auch ganz und gar nicht wäre allegiret worden.

Doch gesetzt, die Beklagte hätte sich mit dieser Exception wirklich verspätet, so weiß man ja, daß Hamburgische Frauenspersonen sub perpetua Curatela stehen, und die Jura minorum haben.

v. Art. 1. Tit. 9. P. 1. Statutor. Hamburgens.

Knaben unter 18 Jahren, und alle Frauen und Jungfrauen, werden nach unserm Stadt-Rechte unminor gehalten.

Folglich gegen alles dasjenige, was sie, selbst cum Curatore, sowohl inn- als aufferhalb Gerichtes, zu ihrem Schaden, versäumen, in integrum zu restituiren sind.

v. L. 2. & 3. Cod. si Tut. vel Curat. interv. Minoribus annis 25, etiam in his, quæ præsentibus tutoribus vel curatoribus, in judicio vel extra judicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumventi sunt, placuit.

Etiam in his, quæ minorum tutores vel curatores male gefisse probari possunt, licet personali actione a tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eidem minoribus dari, jam pridem placuit.

Die Kläger und Appellanten wenden

2) ein: Die Testatores hätten bey Vollziehung des letzten Testaments, vermöge der unter demselben befindlichen Registratur, das Testament vom 5 Dec. 1741, samt dem Anhang vom 1 März 1747, wörtlich widerrufen. Dieser Widerruf bestünde als ein Actus per se, und müste, nach Anleitung der L. 27. Cod. de Testament. & quemadmodum &c., gelten, weil er in Gegenwart dreyer Zeugen, und zu einer solchen Zeit geschehen, da nach der Errichtung des ersten Testaments, und des Anhanges desselben, bereits mehr als zehn Jahre verflossen gewesen.

Strenglich ist hier der Widerruf des ersten Testaments vor drey Zeugen, und nach dem Ablaufe des Decennii geschehen. Allein dem ungeachtet leidet L. 27. Cod. de Testament. keine Anwendung ad casum præsentem. Dieses Gesetz enthält zwey von einander ganz unterschiedene Verordnungen.

**Die erste:** Wenn jemand ein Testament gemacht hat, und dasselbe nachher durch ein anderweitiges Testament aufheben will, so ist diese Aufhebung gültig, wenn das zuletzt errichtete Testament gültig ist.

**Die andere:** Wenn jemand sein Testament aufheben will, ohne ein anderes Testament zu machen, so ist diese Aufhebung gültig, wenn sie vor drey Zeugen geschieht, und das aufzuhebende Testament schon über zehn Jahre alt ist.

Keine von beyden Verordnungen können die Kläger und Appellanten hier zur Anwendung bringen.

**Nicht die erste:** Weil sie selbst die Gültigkeit des zuletzt errichteten Testaments leugnen und anfechten.

**Nicht die andere:** Weil die Testatores ihr erstes Testament nicht simpliciter cassiret haben, ohne ein neues Testament aufzurichten.

Die wörtliche Cassation des ersten Testaments, derer der Herr Proconotarius in der Registratur gedenket, ist bey der Vollziehung des letzten, folglich offenbar in Rücksicht auf dasselbe geschehen, und als ein Accessorium dieses neuen Testaments zu betrachten. Alsdenn aber ist dieselbe von keinen Bürden, wenn das jüngste Testament selbst ungültig ist.

v. Brunnem. Comment. in ff. ad L. 2. de injusto rupto, irrito facto testamento, ubi:

Posteriori testamento rumpitur prius, sed non aliter, nisi posterius sit perfectum. Quod ampliatur, licet posterius habeat clausulam cassatoriam respectu prioris.

v. Stryk Caut. testament. Cap. 24. § 52. ubi:

Testator non aliter a voluntate sua recedere creditur, quam si sit valiturum posterius testamentum.

**Die Kläger und Appellanten wenden**

Dab. geium.

3) ein: Das Testament vom 5 Dec. 1741, samt seinem Anhange vom 1 März 1747, sey thätlich cassiret worden, und zwar durch die Einreißung.

Widerlegung.

Wahr ist es, beyde Stücke sind eingerissen: allein nicht von dem sel. Hans Olde, auch nicht einmal von der Beklagten, sondern von ihrem Hrn. Curatore, der sich hiezu ganz unerwartet, und aus eigener Bewegung entschlossen.

Die Rechte erfordern aber zur Aufhebung eines Testaments per incisionem tabularum,

a) daß die Einreißung von dem Testatore selbst, oder wenigstens auf seine Ordre, geschehe.

v. L. I. pr. & § 3. Dig. de his, quæ in testament. delent. ubi Ulpianus:

Id vero, quod non jussu domini scriptum, inductum, deletum est, pro nihilo est.

Et si quidem illud (testamentum) concidit testator, denegabuntur actiones; si vero alius, invito testatore, non denegabuntur.

Der

Der hier vorkommende Ausdruck, invito testatore, kann unmöglich etwas anders bedeuten, als von ungefehr, ohne Zuthun, ohne Vorsatz des Testatoris. In diesem Verstande wird eben derselbe Ausdruck in der gleich folgenden L. 2. ganz offenbar genommen:

Si volens unum hæredem inducere, invitus & alium induxerit.

b) Daß diese Einreißung consulto & animo deliberato geschehe.

v. Stryk. de Caut. testament. Cap. 24. § 44. Huberi prælect. Jur. Civ. § 1. & 2. de his, quæ in test. delent. Voet. Comment. ad ff. § 2. cit. loco.

Kein einziges von beyden Requisitis trifft hier ein. Folglich schadet auch die Einreißung der Gültigkeit des eingerissenen Testaments im geringsten nicht.

Die Kläger und Appellanten wenden

4) ein: Wenn gleich ein Tertius das Testament qu. eingerissen <sup>Dub. 4<sup>um</sup></sup> hätte, so wäre doch derselbe der Beklagten Curator gewesen. Es sey also eben so gut, als ob die Beklagte selbst das Testament eingerissen hätte.

Zuerst kommt es hier nicht auf die Erbschaft der Beklagten, sondern <sup>Widerlegung.</sup> auf die Erbschaft ihres sel. Ehemannes an. Dieser also, nicht sie, ist der Testator, der das erste Testament hätte einreissen, oder zur Einreißung desselben Ordre geben müssen. Hiernächst ist es eine ganz neue Lehre: Was der Curator als Curator thut, das ist so anzusehen, als ob die Curandin selbst es gethan hätte. Also kann denn auch die reichste Frau, durch einen einzigen Federzug ihres Curatoris, alle Augenblicke in die bitterste Armuth gestürzet werden. Er darf nur, ohne ihr Zuthun, Schuld-Verschreibungen zeichnen, und ihre liegende Gründe veräußern, so kann sie zur Bezahlung der verschriebenen Summen, und zur Abtretung der Immobilium, angehalten werden. Bisher hat man geglaubet, daß ein Curator durch seinen Consens den Handlungen seiner Curandin die ihnen sonst ermangelnde Gültigkeit geben müsse, und daß sich seine Gewalt nicht weiter erstrecke.

Die Kläger und Appellanten wenden

5) ein: Die Beklagte und ihr sel. Ehemann hätten auf eine <sup>Dub. 5<sup>um</sup></sup> dreyfache Weise zur Einreißung des Testaments concurrirret, und dieselbe gut geheissen. Einmal vor der Einreißung, indem sie durch ihre mündliche Cassation zu derselben Ordre gegeben. Zum andern bey der Einreißung selbst: weil sie zu derselben stille geschwiegen, und nicht dagegen protestirret. Zum dritten nach der Einreißung: weil sie das eingerissene Testament ruhig bey sich liegen lassen.

Der Ungrund dieser Einwendung fällt einem ieden fast von selbst in <sup>Widerlegung.</sup> die Augen.

a) Die Einreißung hat entweder keine grössere Wirkung, oder sie hat eine grössere Wirkung als die wörtliche Cassation eines Testaments.

§

Im

Im ersten Falle hat die Beklagte von der geschehenen Einreißung nichts zu besorgen. Denn es ist schon oben erwiesen worden, daß hier die wörtliche Casirung unkräftig sey, wenn das letzte Testament ungültig ist.

v. § præcedent. & hujus § num 2.

Im zweyten Falle aber wird kein Vernünftiger behaupten, daß eine wörtliche Casirung die Ordre oder Erlaubniß zur Einreißung in sich fasse. Minus enim, nunquam continet plus.

b) Aus dem Stillschweigen, welches die Testatores bey der plötzlich und ganz unerwarteter Weise geschehenen, folglich durch kein Verbot abzuwendenden Einreißung selbst beobachtet, und aus der von ihrer Seite unterbliebenen Protestation, läßt sich auf keine Genehmhaltung derselben schließen.

Muß man den Rechten nach annehmen, daß ein Testator, bey Errichtung seines zweyten Testaments, noch immer das erste der Successioni ab intestato vorziehe, so ist die von einem Dritten geschehene Einreißung des ersten Testaments, wodurch hier zur Successione ab intestato der Weg gebahnet seyn soll, kein Actus in favorem testatorum tendens. Es leidet daher die nur auf Actus favorabiles zu restringirende Regul keine Anwendung, qui tacet, consentire videtur. Man hat also die Testatores, ihres Stillschweigens unermessen, noch immer pro dissentientibus zu achten.

v. L. 5. Dig. de servitut. præd. urbanor. ubi Ulpianus:

Invitum autem in servitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit.

L. 8. § I. Dig. de Procurat. & Defensor. ubi iterum Ulpianus:

Invitus procurator non solet dari: Invitum accipere debemus, non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, qui consensisse non probatur.

v. Brunnem. Comment. in ff. ad § I. Leg. allegatæ nro 4. & 5. ubi:

Dicitur etiam in hoc §, quod invitus ille dicatur, qui non expresse consentit. Ergo videmus, quod in judicialibus tacens non habeatur pro consentiente. Sed expresse consensu opus est, ut Græven ad h. L. notat. Sanè L. qui patitur 18. ff. Mandati, de tacente, in suum favorem pro consentiente habendo, loquitur.

c) Aus der nachherigen sorgfältigen Aufhebung der eingerissenen Stücke folget, daß die Testatores dieselben noch für brauchbar gehalten, und daß ihnen die Einreißung mißfällig gewesen. Eine förmliche Erklärung dieses Mißgefallens war nach den so eben allegirten Gesetzen nicht nöthig.

Die

Die Kläger und Appellanten wenden

6) ein: Wenn das erste Testament bestehen sollte, so müßten Dub. 6<sup>ta</sup>. auch die in demselben und dessen Anhang hinterlassene Legata bestehen, weil, nach Brunnemanns Meinung, die Gegenwart von 5 Zeugen zur Revocatione legatorum nöthig sey.

Dieses fällt von selbst weg. Denn L. 3. § fin. Dig. de adimend. Widerlegung. & transfer. legat. erfordert zur Revocatione, mit dürren Worten, nur nudam voluntatem, die bekanntlich durch ein Document, oder die Aussage zweyer Zeugen, gehörig kann erwiesen werden. (Beides ist vorhanden.) Gegen diese gesetzliche Verordnung gelten keine Opiniones Doctorum. Sonst wären ja Rechtsgelehrte über die Gesetze. Sie haben aber weiter nichts, als die Interpretationem doctrinalem Legum.

Ad Quæst. 5<sup>ta</sup>.

### § 23.

Man setze den fingirten Fall, die Vorlesung des angefochtenen Testaments sey nöthig gewesen, und dennoch unterblieben, so ist sie per culpam latam der Wohlweisen Zehnpfenningsherrn und des Herrn Protonotarii unterblieben, als die da wissen und wissen müssen, was ihres Amtes ist. Sollte hierüber das angefochtene Testament cassiret, und die Beklagte angehalten werden, mit den Klägern zu einer statutarischen Theilung zu schreiten, so wären die obgedachte Herren ohne alle Zweifel gehalten, ihr den Schaden zu erstatten, der ihr hieraus zuwachsen würde. Denn ein ieder ohne Unterschied, folglich um desto mehr derjenige, qui artis peritiam profitetur, & sic ad diligentiam exactissimam tenetur, muß den Schaden vergüten, den er per culpam latam angerichtet. Die Wohlweisen Zehnpfenningsherrn und der Herr Protonotarius würden sich dessen auch um desto weniger entlegen können, da nicht nur nach der Anno 1512 auf dem Reichstage zu Cölln errichteten Notarien-Ordnung, sondern auch nach dem Art. 3. Tit. 3. P. I. Statutor. Hamburgens. der schlechteste Notarius für alles dasjenige haften und einstehen muß, was er bey der Verfertigung und Vollziehung eines Testaments versteht, oder versäumt. Und diese Verpflichtung obgedachter Herren ist nicht etwa bloß auf ihre Personen eingeschränket. Sie erstrecket sich auch auf ihre Erben.

v. Mev. P. 5. Decif. 39.

### § 24.

Aus dem obigen kann nunmehr ein ieder die Sache der Beklagten, iezo Appellatin, beurtheilen, die man bey dem Anfange des Processus pro desperata & conclamata ausgerufen. Die hier aufgeworfene Quæst. 1. 2. 3 & 4. müßten insgesammt zum Vortheile der Klä-

ger entschieden werden. Sonst können dieselben kein obfiegliches Urtheil hoffen. Fehlete es auch nur bey einer einzigen Quæstion, so würde sich sogleich, und natürlicher Weise, der Sieg auf die Seite der Beklagten lenken. Es ist aber oben erwiesen, daß alle 4 Quæstiones ohne Ausnahme, den Rechten nach, zum Vortheile der Beklagten zu entscheiden sind. Wäre dieses aber nicht, so wüßte sie dennoch per Quæst. 5tam, woher sie sich ihres Schadens wegen zu erholen hätte. Sie kann also die bevorstehende Entscheidung ihrer Sache mit der grösten Ruhe und Zuversicht erwarten, und sich hieben gewisse Hoffnung machen, daß die Kläger und Appellanten der ihnen bestimmten Vermächtnisse, ex clausula privatoria, testamento nuperrimo inserta, oder allenfalls ex Lege 3. § fin. Dig. de adimend. vel transfer. legat. werden verlustig erkläret werden.



Anlage

## Anlage sub No. 1.

Copia Testamenti reciproci

Hans &amp; Maria Elisabeth Olde,

d. d. 20 Maji 1757.

cum adjuncto d. d. 16 Martii 1765.

Publicatum in Curia d. 1 April. 1765.

Im Namen der heiligen und hochgelobten Dreieinigkeith,  
Amen!

**S**und und zu wissen sey hiemit allen, absonderlich aber denen, welchen daran gelegen, wasgestalten wir Endes untergeschriebene Eheleute, ich Hans Olde, und ich Maria Elisabeth Olden, geborne Richter, in Betracht der gewissen Sterblichkeit aller Menschen, und des ungewissen Ziels einer ieden Person für sich, uns entschlossen, unsere letzte Willens-Berordnung, ehe wir von dem Tode übereilet werden möchten, in Schriften entwerfen, und demnächst denen Rechten gemäß vollziehen zu lassen. Da wir denn anfänglich unsere Seelen, wenn sie von diesen unsern Leibern abscheiden werden, ietzt als dann, und dann als ietzt, der grundlosen Barmherzigkeit Gottes anbefehlen, nicht zweifelnde, daß er denenselben seine Gnade, welche er allen Frommen und Rechtgläubigen versprochen, wiederfahren lassen, mithin selbige in sein ewiges Freuden-Reich aufnehmen und versehen werde. Unsere sodann entselte Leiber wollen wir demnächst, daß solcher von dem Längstlebenden mit allen christlichen Ceremonien der Erde, wovon er genommen worden, einverleibet werde, um indessen der fröhlichen Auferstehung und Wiedervereinigung Leibes mit der Seelen uns zuversichtlich tröstende.

Unseren zeitlichen Nachlaß nun, als das einzige Augenmerk dieser unserer letzten Willens-Berordnung, betreffend; so ist es zwar andern, daß wir desfalls allbereits den 5 December Anno 1741 nicht nur unsere letzte Willens-Meinung eröffnet, sondern auch, nach der uns darinnen vorbehaltenen Freiheit, selbige annoch im Jahre 1747 allweiter erkläret haben. Allein, wie in der Welt alle Sachen mit der Zeit einer Veränderung unterworfen; so wollen wir auch nunmehr sothane vorberegte Berordnungen hiemit aufgehoben und zernichtet haben, dergestalt, daß nicht denen vorhingedachten, nunmehr zernichteten Stiftungen, sondern bloßhin dieser gegenwärtigen letzten Willens-Berordnung gemäß soll verfahren werden.

G

Nun-

Nunmehr dem von uns zu errichtenden Testamento näher zu treten, so nehme ich Hans Olde, nach Anleitung hiesiger Stadt-Gesetzen, auf die Stunde meines Todes, daß ich von niemanden nicht das geringste an Erbgut empfangen habe.

Wiewohl ich nun also meinen nächsten Erben nichts geständig wäre; so will ich jedennoch aber dem- oder denjenigen, welche zur Zeit meines Todes (falls ich vor meiner lieben Ehefrauen versterben sollte) meine nächste Erben seyn werden, zu meinem Andenken die Summam von Sechs Tausend Mark Species hiemit verschaffet haben, um ihnen sothane Summam nach meinem Tode und geendigtem Trauer-Jahre von meiner baldigst einzusetzenden Erbin auszahlen zu lassen.

Ich verordne ferner, daß meine überlebende Ehegattinn, nach verflorrenem Trauer-Jahre, sie möge sich nun wieder verheyrathen, oder nicht, beerbet oder unbeerbet seyn, die Summam von Vier und Achtzig Tausend Mark Species entweder bey hiesiger Cämmerey, oder im Stadt- oder Land-Erbe-Buche (mit dem Bedinge, daß in keinem Erbe höher, als es in der Feuer-Cassa geschrieben, ein Posten eingethan werde) dergestalt belege, daß sie Zeit Lebens die vollkommene Nutzung dieses Capitals genieße, auch der etwanige Ueberschuß der Renten solches Capitals lediglich als ihr Eigenthum, worüber sie Lebens oder Sterbens halber frey disponiren kann, anzusehen sey.

Die etwanige Cämmerey-Briefe sowohl, als die Haus- oder Land-Posten, sollen zwar auf ihren Namen gestellet werden, jedoch mit der Clausul, daß sie bey der Umschreibung anzuzeigen und darzuthun habe, auf welche Weise solcher Posten bey der Cämmerey, im Stadt- oder Land-Rente-Buch, wiederum von ihr belegen werden sollen. Wann nun auch meine liebe Ehefrau mit Tode wird abgegangen seyn, so sollen vorgedachte Vier und Achtzig Tausend Mark Species an meines sel. Bruders, Hinrich Olden, hinterlassene leibliche Kinder dergestalt nach den Stämmen erb- und eigenthümlich verfallen seyn, daß nicht nur, falls einer oder zweene von ihnen schon verstorben wären, deren leibliche Kinder, sondern auch die leibliche Kindes-Kinder, oder fernere leibliche Descendenten, in ihrer respectiven Eltern, Groß-Eltern, oder Vor-Eltern Stelle treten, und diejenigen, welche sodann am Leben sind, vermittelst einer in die Stämme (und keinesweges die Häupter) gemachten friedlichen Theilung, vorbenanntes Capital von Vier und Achtzig Tausend Mark Species, benebst denen von dem Sterbe-Tage meiner mich überlebten Ehegattinn darauf haftenden Zinsen, von ihren Erben in Empfang zu nehmen haben. Jedoch soll dasjenige, welches einer oder der andere von besagten meines Bruders Descendenten bey meinem oder meiner Eheliubsten Absterben, laut meines Handels-Buches, schuldig seyn wird, und solche Summa durch die  
Gewinn-

Gewinn- und Verlust-Conto nicht gecreditiret und abgeschlossen seyn wird, bey der Auszahlung entweder von den anstatt des Erb-Gutes vermachten Sechs Tausend Mark Species, oder auch von den, nach meiner lieben Frauen Tode, demselben oder derselben, in der zu vertheilenden Summa der Vier und Achtzig Tausend Mark Species, abgezogen werden. Ferner verschaffe ich vorgeachten meines Bruders Descendenten, auf vorbeschriebene Weise nach den Stämmen, auf den Fall, wenn meine Ehegattinn mich überleben sollte, nach deren Tode die Hälfte von meinen und ihren Kleidern, die Hälfte von meinem und ihrem Leinen-Geräth, die Hälfte von meinen und ihren Pretiosis, auch Silber- und Gold-Geräthschaft, die Hälfte von allem Haus-Geräth, Kisten und Kisten-Pfandes, so viel nemlich von diesen Kleidern, Leinen-Geräth, Pretiosis, Silber- und Gold-Geräthschaft, und übrigen Mobilien annoch in natura vorhanden, indem meine überlebende Ehegattinn, so lange sie lebet, über alles solches frey zu disponiren, auch allenfalls nach Belieben zu verkaufen und zu verschenken, wohl ermächtigt ist, (ausgenommen lediglich die Zuckerbecker-Geräthschaften und was dahin gehöret, auch mit Ausnahme des im Sterbe-Hause zur Zeit des Letzteren Absterbens vorrätigen baaren Banco- & Cassa-Geldes) um solches Vorerwehnte friedlich, allenfalls durchs Loß, unter sich zu theilen, und keinesweges zu verkaufen, immaassen solchen Verkauf schlechterdings, wie auch dieses verbiete, daß sie desfalls unter keinem Scheine noch Vorwand ein Verzeichniß, noch weniger aber eine Sicherheit von meiner überlebenden Frauen verlangen, sondern dieses lediglich auf derselben christliches Gewissen ankommen lassen sollen. Dürfte einer oder der andere, auch nur in dem geringsten Stücke, dieser meiner wohlgemeinten Willens-Verordnung entgegen zu gehen sich beyfallen lassen, dessen oder derselben Antheil soll von allem demjenigen, was ihnen aus lauter Gutheit verschaffet, dadurch an das hiesige Waisen-Haus verfallen seyn.

Nachdem nun die vorhin verschaffte Vermächtnisse (Kleider, Mobilien zc. vorbeschriebenermaassen ausgenommen) werden zum Theil in der genannten Zeit berichtigt, zum Theil aber, wie vorhin angezeigt ist, belegt worden seyn; so ernenne ich in meinem übrigen gesammten Nachlaß, es bestehe selbiger in baaren Banco- und Cassa-Geldern, belegten Pösten, Waaren, unbeweglichen Gütern, ausstehenden Schulden, Zucker-Geräthschaften, wie solches alles möge benamet werden, nichts überall, als die hierinnen beschehene Vermächtnisse, davon ausgeschlossen, zu meine einzige wahre ungezweifelte Universal-Erbin meine liebe Ehefrau, Maria Elisabeth Olden, geborne Richter, um nach meinem, Gott gebe seligen, Abschiede aus dieser Welt, diesen meinen gedachten übrigen Nachlaß am freyesten zu haben und zu behalten, mit solchen, als mit ihren eigenthümlichen Gütern, sowohl bey ihren Lebzeiten, als per Testamentum, oder einer andern in den Rechten begünstigten Disposition, falls es ihr beliebig ist, nach eigener Willkühr zu schalten und zu walten. Und

Und ich Maria Elisabeth Olden, geborne Richter, nehme zuvörderst auf die letzte Stunde meines Todes, daß ich von niemanden, wer der auch seyn mögte, ein mehrers, als Sechs Tausend Mark Species, an Erb-Gut empfangen habe, welche Summa ich meinen nächsten Erben, nach meinem seligen Hintritt aus dieser Zeitlichkeit, ungeschmälert verlasse.

Wiewohl ich nun also meinen nächsten Erben nichts mehr geständig wäre; so will ich iedemoch aber dem- oder denjenigen, welche zur Zeit meines Todes (falls ich vor meinem lieben Ehemann versterben sollte) meine nächste Erben seyn werden, zu meinem Andenken die Summam von Sechs Tausend Mark Species hiemit verschaffet haben, um ihnen sothane Summam nach meinem Tode und geendigtem Trauer-Jahre von meinem baldigst einzusehenden Erben auszahlen zu lassen.

Ich verordne ferner, daß mein überlebender Ehegatte, nach verfllossenem Trauer-Jahr, er möge sich nun wieder verheyrathen, oder nicht, beerbet oder unbeerbet seyn, die Summam von Vier und Achtzig Tausend Mark Species, entweder bey hiesiger Cämmerey, im Stadt- oder Land-Erbe-Buche, (mit dem Bedinge, daß in keinem Erbe höher, als es in der Feuer-Cassa geschrieben, ein Posten eingethan werde) dergestalt belege, daß er Zeit Lebens die vollkommene Nutzung dieses Capitals genieße, auch der etwanige Ueberschuß der Renten solches Capitals lediglich als sein Eigenthum, worüber er Lebens oder Sterbens halber frey disponiren kann, anzusehen sey.

Die etwanige Cämmerey-Briefe sowohl, als die Haus- oder Land-Posten, sollen zwar auf seinen Namen gestellet werden, iedoch mit der Clausul, daß er bey der Umschreibung anzuzeigen und darzuthun habe, auf welche Weise solcher Posten bey der Cämmerey, im Stadt- oder Land-Rente-Buch wiederum von ihm beleet werden sollen. Wann nun auch mein lieber Ehemann mit Tode wird abgegangen seyn, so sollen vorgedachte Vier und Achtzig Tausend Mark Species an meiner icht annoch lebenden Schwester, Anna Catharina Behncken, geborne Richter, des sel. Johann Behncken nachgelassene Wittwe, und meinem icht annoch lebenden Bruder, Hans Ludewig Richter, oder wenn diese beyde vor meinem lieben Ehemann verstürben, deren leiblichen Kinder dergestalt nach denen zwey Stämmen erb- und eigenthümlich verfallen seyn, daß nicht nur, falls eine oder der andere von ihnen schon verstorben wäre, deren leibliche Kinder, sondern auch die leiblichen Kindes-Kinder, oder fernere leibliche Descendenten, in ihrer respective Eltern, Groß-Eltern, oder Vor-Eltern Stelle treten, und diejenigen, welche sodann am Leben sind, vermittelst einer in die Stämme (und keinesweges in die Häupter) gemachten friedlichen Theilung, vorbenanntes Capital von Vier und Achtzig Tausend Mark Species, benebst den von dem Sterbe-Tage meines mich überlebten Ehegatten darauf haftenden Zinsen, von

von seinen Erben in Empfang zu nehmen haben. Jedoch soll dasjenige, welches einer oder der andere von besagten meiner Schwester, Bruder, oder deren Descendenten, bey meinem oder meines Eheliebsten Absterben, laut des Handels-Buches, schuldig seyn wird, und solche Summa durch die Gewinn- und Verlust-Conto nicht gecreditiret und abgeschlossen seyn, bey der Auszahlung entweder von der anstatt des Erb-Gutes vermachten Sechs Tausend Mark Species, oder auch, nach meines lieben Mannes Tode, von derselben oder demselben in der zu vertheilenden Summa der Vier und Achtzig Tausend Mark Species abgezogen werden. Ferner verschaffe ich vorgedachter meiner Schwester, Bruder, oder deren Descendenten, auf vorbeschriebener Weise nach den Stämmen, auf den Fall, wenn mein Ehegatte mich überleben sollte, nach seinem Tode die Hälfte von meinen und seinen Kleidern, die Hälfte von meinem und seinem Leinen-Geräthe, die Hälfte von meinen und seinen Pretiosis, auch Silber- und Gold-Geräthschaft, die Hälfte von allem Haus-Geräth, Kisten und Kisten-Pfandes, so viel nemlich von diesen Kleidern, Leinen-Geräth, Pretiosis, Silber- und Gold-Geräthschaft, und übrigen Mobilien, annoch in natura vorhanden, indem mein überlebender Ehegatte, so lange er lebet, über alles solches frey zu disponiren, auch allenfalls nach Belieben zu verkaufen und zu verschenken, wohl ermächtigt ist, (ausgenommen lediglich die Zuckerbecker-Geräthschaften und was dahin gehöret, auch mit Ausnahme des im Sterbe-Hause zur Zeit des Letztern Absterbens vorrätthigen baaren Banco- & Cassa-Geldes) um solches Vorerwehnte friedlich, allenfalls durchs Loß, unter sich zu theilen, und keinesweges zu verkaufen, immaassen solchen Verkauf schlechterdings, wie auch dieses verbiete, daß sie desfalls unter keinem Scheine noch Vorwände ein Verzeichniß, noch weniger aber eine Sicherheit, von meinem überlebenden Manne verlangen, sondern dieses lediglich auf dessen christliches Gewissen ankommen lassen sollen. Dürfte einer oder der andere, auch nur in dem geringsten Stücke, dieser meiner wohlgemeinten Willens-Berordnung entgegen zu gehen sich beyfallen lassen, dessen oder derselben Antheil soll von allem demjenigen, was ihnen aus lauter Gutheit verschaffet, dadurch an das hiesige Waisen-Haus verfallen seyn.

Nachdem nun die vorhin verschaffte Vermächtnisse (Kleider, Mobilien etc. vorbeschriebenermaassen ausgenommen) werden zum Theil in der genannten Zeit berichtigt, zum Theil, wie vorhin angezeigt ist, belegt worden seyn; so ernenne ich in meinem übrigen gesammten Nachlaß, es bestehe selbiger in baaren Banco- und Cassa-Geldern, belegten Pösten, Waaren, unbeweglichen Gütern, ausstehenden Schulden, Zucker-Geräthschaften, wie solches alles indge benamet werden, nichts überall, als die hierinnen beschehene Vermächtnisse, davon ausgeschlossen, zu meinem einzigen wahren ungezweifelten Universal-Erben meinen lieben Ehemann, Hans Olde, um nach meinem, Gott gebe seligen, Abschiede aus dieser Welt diesen meinen gedachten übrigen Nachlaß am freyesten

zu haben und zu behalten, mit solchem, als mit seinen eigenthümlichen Gütern, sowohl bey seinen Lebzeiten, als per Testamentum, oder eine andere in den Rechten begünstigte Verordnung, falls es ihm beliebig ist, nach eigener Willkühr zu schalten und zu walten.

Endlich verschaffen und vermachen wir, nach des von uns zuletzt Lebenden Tode, dem hiesigen Pethofe überhaupt die Summa von Drey Tausend Mark Species, der hiesigen heiligen Dreynigkeits-Kirche zu St. Georg überhaupt die Summa von Drey Tausend Mark Species, und der Kirche im Hamm und Horn hieselbst überhaupt gleichfalls Drey Tausend Mark Species. Gleichwohl sollen vorerwehntes Armen-Haus und Kirchen desfalls von dem von uns zulängst Lebenden einige Sicherheit zu verlangen, noch auch die Renten solcher ihnen legirten Capitalien, so lange der von uns zulängst Lebende am Leben ist, zu fordern keinesweges berechtiget seyn, immaassen wir diese zuletzt benannte drey Legaten eben so, wie vorhergedachtes Capital der Vier und Achtzig Tausend Mark Species, dem Armen-Hause und Kirchen zur Sicherheit, von dem Längstlebenden freywillig cum clausula versichern wollen. Letztlich vermachen wir der hiesigen Ldbl. Cämmerey zu Wegen und Stegen, und zwar ein ieder von uns das gewöhnliche gedoppelte Markstück gedoppelt, wie sich das von einem zwiefachen Testament gebühret, und wollen, falls es wider Verhoffen bey unserm Leben an hiesiger Ldbl. Cämmerey nicht schon sollte gegeben seyn, daß dasselbe dennoch nach unserm Tode dahin soll bezahlet werden.

Dieses wäre nun also unser beiderseitiger letzter Wille, welchen wir auf des einen oder des andern zuerst erfolgenden Absterben allezeit, in so ferne wir selbigen nicht annoch bey unserm beiderseitigen Leben verändern, mindern, vermehren, oder gänzlich aufheben, immaassen wir uns diese Freyheit, imgleichen auch dieses vorbehalten, daß alles dasjenige, was wir unter unsern eigenhändigen Unterschriften und beygedruckten Pethschaften diesem unsern letzten Willen beylegen werden, eben so gültig seyn solle, als wenn es dieser unserer letzten Willens-Meynung wörtlichen Inhalts einverleibet worden wäre, vest und unzerbrüchlich gehalten haben wollen. Wäre es auch Sache, daß diese unsere letzte Willens-Verordnung nicht als ein zierliches zu Recht beständiges Testament sollte geachtet werden; so wollen wir iedennoch aber, daß es als eine Schenkung auf den Todesfall, Zusammengabe der Güter, oder eine andere in den Rechten begünstigte Verordnung angesehen, und derselben allen Inhalts nachgelebet werden solle. Des Endes wir, in Beyseyn derer von einem hiesigen Hochweisen Rathe uns gehorsamst ausgebetenen Mitglieder desselben, diese unsere letzte Willens-Verordnung eigenhändig & respective cum Domino Curatore untergeschrieben und besiegelt,

befiegelt, alles dessen mehrern Inhalts des darunter gesetzten Zeugnisses. So geschehen Hamburg den 20 May 1757.

Joachim Kengel, Lt. als Zehnpfennings-Herr. Maria Elisabeth Olde, geborne Richters.  
(L. S.) (L. S.)

Hermann Niecke, als Zehnpfennings-Herr. Jacob Schuback, Lt. Curat. nomine.  
(L. S.) (L. S.)

Hans Olde. (L. S.)

Daß Frau Maria Elisabeth Olde cum Dno Curatore, wie auch Hans Olde, in der Wohlweisen Zehnpfennings-Herren Gegenwart nicht nur declariret, daß in vorstehender Schrift ihre letzte Willens-Meinung enthalten, sondern daß sie auch das den 5 Dec. 1741 errichtete Testament, samt Annexo vom 1 März 1747, cassiret und annulliret, und darauf oberwehntes dieses Testament eigenhändig unterschrieben, bescheinige ich hiemit. Actum Hamburg den 20 May 1757.

(L. S.)

W. Schele, Lt. & Protonot.

### Extractus Protocolli d. 16 Maji 1757. Hamburgi.

Die viel Ehr- und Tugendbegabte Frau Maria Elisabeth, geborne Richtern, hat, mit Genehmigung ihres vielgeliebten Ehe-Liebsten, des Wohllehnvesten und Borachtbaren Hans Olde, zu Errichtung eines Testamenti reciproci, zu ihrem kriegischen Vormund erbeten den Hochedlen, Besten und Hochgelahrten Herrn Jacob Schuback, J. V. Lt. dieser Stadt hochverdienten zweyten Archivarium, welcher auch solche Curatel zu übernehmen geneiget hat, demnach von mir hiemit von Amtes halber dazu bestätiget wird.

Cornelius Poppe, attestor.

Maria Elisabeth Olde.

Jacob Schuback, Lt.

Hans Olde.

Zu wissen, daß, ob ich zwar in meinem den 20 May Anno 1757 errichteten Testamento unter meinen nächsten Anverwandten meinen Better, Sr. Hinrich Christian Olde, nach Absterben meiner ieszigen Ehe-Liebsten, gebornen Richtern, mit zum Erben eingesezet, dennoch aber gegenwärtig mein vollkommener freyer ungezwungener Wille sey, daß, nach der mir in meinem Testamento vorbehaltenen freyen Macht, daß alles dasjenige, was ich diesem meinem Testamento unter meiner Hand und beygedrucktem Pectschafft beylegen werde, eben so gültig seyn solle, als wenn selbiges solchem ausdrücklich einverleibet worden wäre, gemeldter mein Better, Sr. Hinrich Christian Olde, ehender nicht künftighin mein Mit-Erbe seyn solle, als wenn er von seinen ieszigen Herren und Frauen Creditoribus gänzlich ent schlagen seyn werde, als der ich übrigens mein vorgemeldetes errichtetes Testamentum in allem seinem sonstigen Umfange vollkommlich nochmalen bestätige.

Dessen allen zu mehrern Urkund ich diese Erklärung nicht nur bey guter Vernunft eigenhändig untergeschrieben und besiegelt, sondern auch solche Unterschrift von zween Notarien bezeugen lassen. So geschehen in Hamburg den 16 März 1765.

Hans † Olde  
eigenhändig gezogenes Kreuz.

§ 2

Daß

Daß Herr Hans Olde zwar krank zu Bette liegend, jedoch bey guter Vernunft sich befindend, den Inhalt vorsehender ihm jetzt deutlich vorgelesenen Schrift für seine letzte Willens-Erklärung anerkannt, und demnächst ein Kreuz (weiler wegen seiner grossen Leibes-Schwachheit seinen Namen zu unterschreiben unfähig) mit eigener Hand unterzogen, und sein Pectschafft durch mich zuerst unterschriebenen Notarium Gude beydrucken lassen, auch zuletzt Manum & Sigillum recognoscirt habe, solches, und daß es in unserer beiden hiezu besonders requirirter Notarien Gegenwart also geschehen sey, bezeugen wir mittelst diesem. Actum Hamburgi, d. 16 Martii Anno Christi 1765.

(L. S.)  
(N.)Christian August Gude,  
Notar. Cæsar. publ. & jurat.  
(L. S.)(L. S.)  
(N.)Johann Franz Langhans,  
Notar. Cæsar. publ. & jurat.  
(L. S.)

Publicirt den 1 April 1765.

Concordat W. Schele, Lt.

Daß von Hans Olde und dessen Ehefrau Maria Elisabeth, geborne Nichtern, ihrem errichteten Testamento reciproco dieser Stadt Cämmerey die gedoppelte Markstücke zu Wegen und Stegen, und mir die Gebühr entrichtet worden, bescheinige hiemit. Hamburg, den 20 May 1757.

Bernhard Klefecker.

## Anlage sub No. 2.

§ 78. der dritten Abtheilung des Vierten Theils der  
Sammlung Hamburgischer Geseze und Verfassungen.

Es geschehen nun zwar dergleichen Testirungen vor zween Herren des Rathes noch bis iezo, und gemeiniglich werden auch die Verordnungen verlesen, da nemlich das Dictiren in die Feder fast gänzlich abgekommen ist. Allein die Confirmation ist aus der Uebung gekommen, und es wird auch nicht immer die Vorlesung vorgenommen; daher aber auch wohl eine Einrede veranlasset, deren Gültigkeit zur Rechtfertigung gedehet, und der man billig durch genaue Befolgung des Statuti vorzubewegen suchen sollte, wenn man auch nur auf die Kosten und den Zeitverlust sein Augenmerk richten wollte.







Die Beklagte gehöret zu denjenigen Personen, denen ipsa L. 8. de Codicill. in dem § 2. das Jus variandi einräumet:

quis vero (heisset es daselbst) ex parentibus utriusque sexus, ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus, usque ad tertium, scriptus hæres fuerit, vel nuncupatus, in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere: licebit ei, de hæreditate ex testamento secundum mortui voluntatem legens, fuerit superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare, non enim par eademque ratio videtur, amittere debita, & lucrum non capere.

Die Beklagte wird freylich die Ehefrau inter personas a dispositione Legis expressas nicht ausdrücklich benannt. Allein dieses hat man blos dem Unterschiede beyzumessen, der in Ansehung der Erbfolge unter Römischen und Hamburgischen Eheleuten statt findet. Die verba finalia geben die rationem adæquatam legis. Diese aber passet sich auf eine Hamburgische Ehefrau, welche mit ihrem Manne in communione æquæ honorum stehet, noch ungleich besser, als selbst auf die in der Urkunde benannte Agnatos & Cognatos. Es muß daher die Verordnung, es, durch eine natürlicher und nothwendiger Weise Interpretationem extensivam, auch ist der Beklagten, Ehefrauen, zu statten kommen. Ihr ist also bis dahin die Wahl unbenommen, und der Weg zur Clausula correctæ.

Die Beklagte verwehre ihr doch in integrum nicht zu versagen, wie unten § 22. soll ausgeführet werden.

Die Appellanten wenden die Clausula codicillaris, als eine römische Erfindung, Dub. 2dum. nicht auf ein statutarisches Testamentum publicum, sondern auf ein solches, welches in keinen Codicill verwandelt, weil es hier immer in einem Codicille erforderlichen 5 Zeugen fehle.

Die Appellanten verlangen sich nicht der Mühe verlohnen, mit den Klägern darüber zu verhandeln, ob ein Testamentum statutarium publicum, per se in ein Testamentum römischen Codicill könne verändert werden? Denn die Beklagte verlangt eine solche Veränderung. Sie will nicht, daß das Testament eventualiter in ein Codicill, sondern daß es als ein teutsches Pactum successorium verwandelt werden soll, wobey keine fünf Zeugen nöthig sind.

Die Appellanten behaupten das Testament könne per clausulam codicillarem unmöglich in ein Pactum successorium verwandelt werden. Dub. 3tium.

Die Beklagte ist offenbar irrig, und behauptet, daß Pacta und Contractus inter vivos so einrichten kann, wie Pacta et Contractus per modum ultimæ voluntatis gelten.

Spec. 378. Med. 3. sub rubro: Clausula codicillaris & contractibus inter vivos recte adjicitur.

D 2

Warum

