

Johann Philipp Dresser

Das Recht: einer in Hamburg mit ihren Kindern, oder mit ihres verstorbenen Ehemannes nächsten Freunden theilenden Wittwe

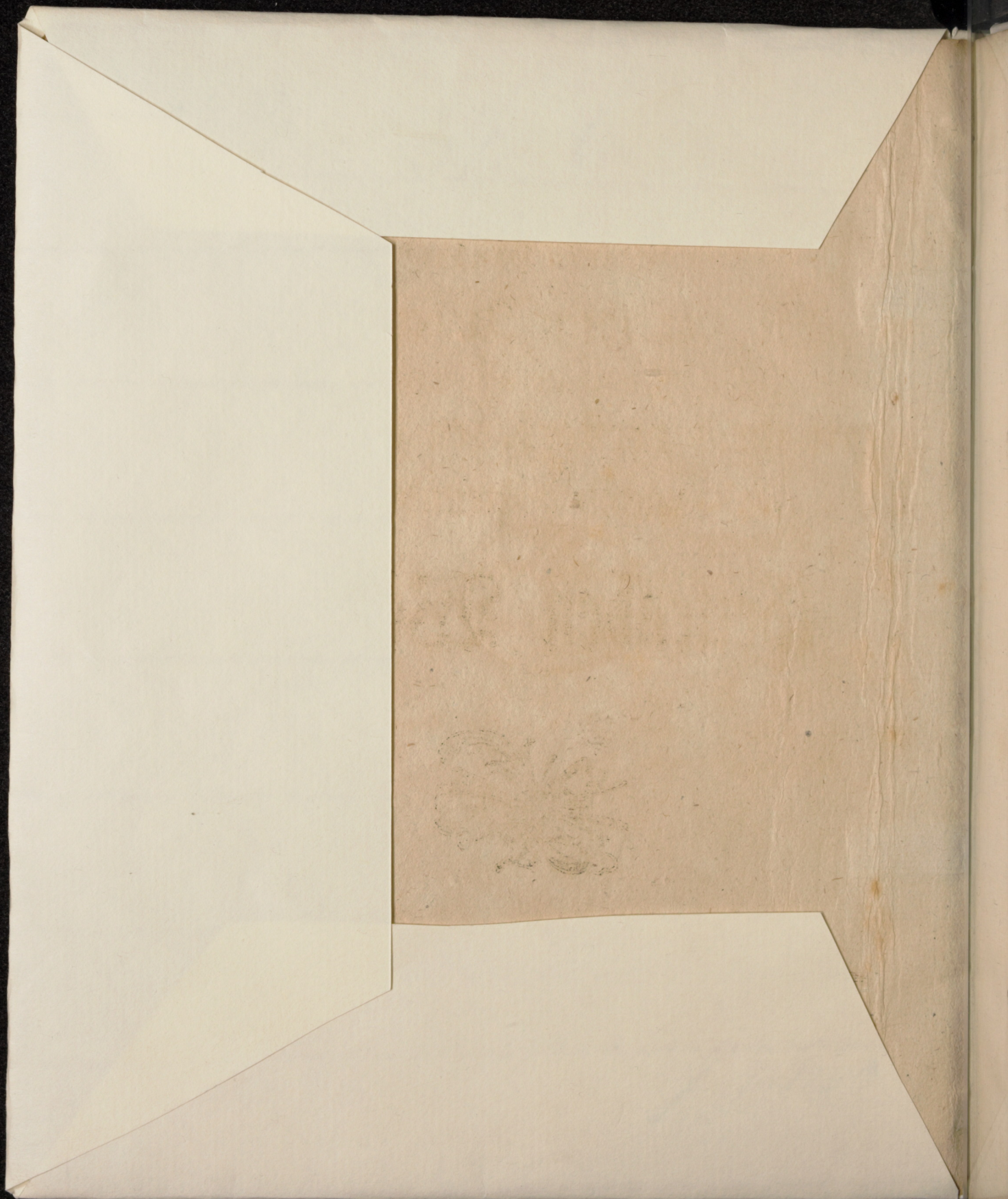
Altona: Gedruckt und verlegt von J.D.A. Eckhardt, 1778

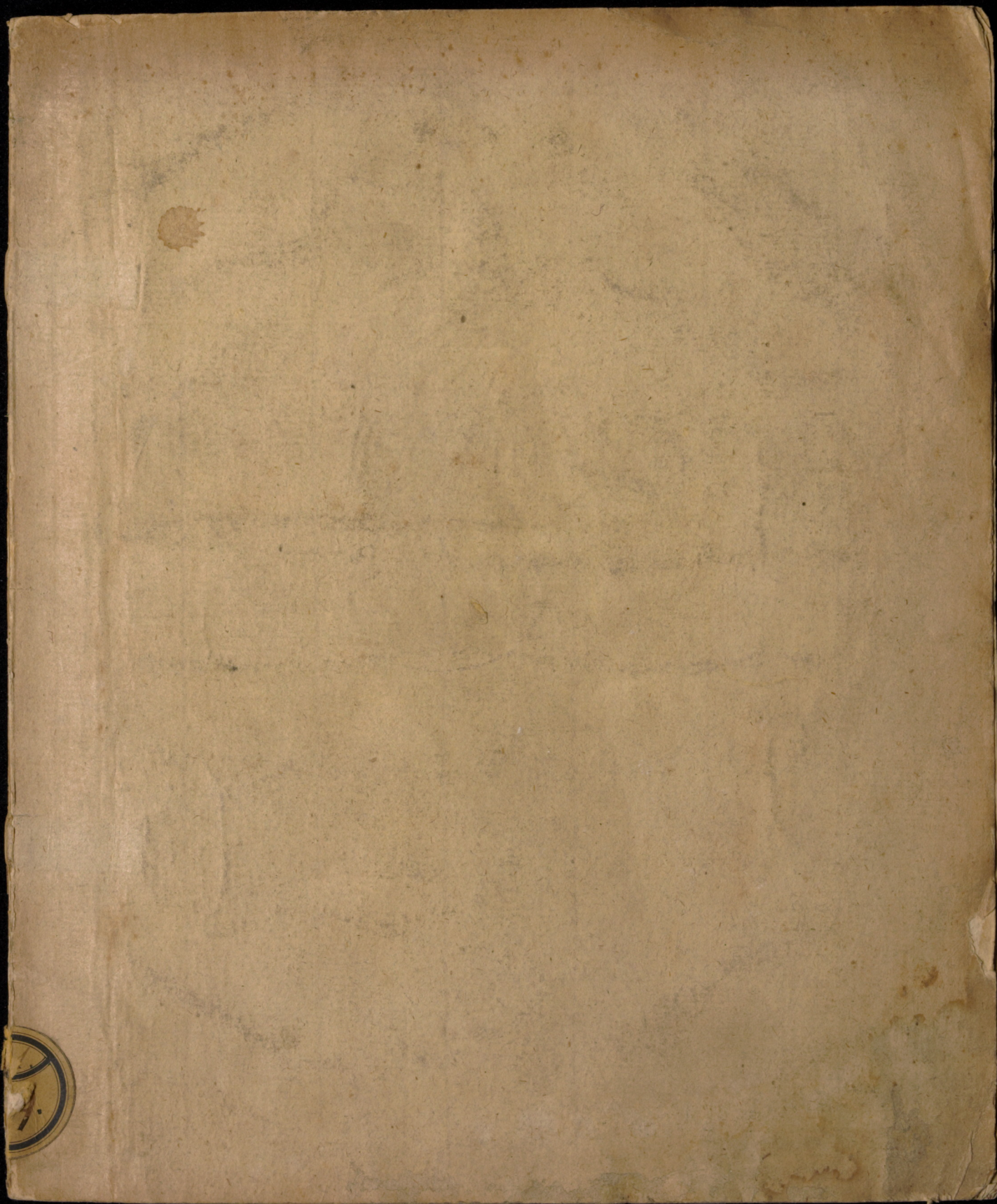
<https://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1689792205>

Druck Freier  Zugang



J4-1159





308. p. 30;

39. 6.

f. 1159

Das Recht:

einer in Hamburg

mit ihren Kindern,

oder

mit ihres verstorbenen Ehemannes
nächsten Freunden

theilenden Wittwe.



Altona 1778.

Gedruckt und verlegt von J. D. A. Eckhardt, Königlich privilegirten Buchdrucker.

† 1511 †

1511

1511

1511

1511

1511

1511



1511

in dem Vorbericht.

Die Veranlassung dieser Abhandlung betraf das Recht und die Verteidigung einer in Hamburg angesehenen Wittve, bey ihrer mit ihrem Kinde ersterer Ehe vorzunehmenden Theilung.

Durch ganz besondere hiebey in Erwegung gezogene Umstände, und Sollicitationen, ward zwar ein widriges Decret auffergerichtlich bewürket; allein da die Wittve hiergegen an die höchsten Reichsgerichte, gegen alle Vermuthung, und gegen die von der Gegenseite heiligst verbreitete Versicherung, appellirte; so wurde ein Vergleich von den für das Kind vorgeschlagenen Vormündern gesucht, und derselbe ward so, wie er von Seiten der Frau Wittve vorgeschlagen war, nicht allein angenommen, sondern durch ein anderweitiges decretum ampl. Senatus Hamburgensis, Kraft Obrigkeitl. Obervormundschaft bestätigt; und E. höchstpreisl. Kammergericht zu Wehlar, bey welchem diese Sache gehörig introducirt, und NB. welchem alle bey E. hochedlen hochweisen Rath der Stadt Hamburg verhandelte Actenstücke bey dem Appellations-Libell mit untergelegt waren, fand den Rechtspunkt für die Wittve so erheblich und begründet, daß Es die völligen Appellations-Processe cum inhibitorialibus et compulsoralibus sofort erkannte, folglich alle die von dem Gegentheil in einer gewissen Anlage ad duplicas sub Lit. a angebrachte raisonnements, über diese Materie für

un:

unerheblich erkannte. Es wäre zu wünschen, daß in unserm geliebten Vaterlande einmal ein gewisses ausgemachtes Recht, auch in Ansehung dieser streitigen Rechtsfrage, durch ein Gesetz festgesetzt, und daß durch diese hingeworfene Gedanken der gesetzgebenden Macht eine Gelegenheit dazu gegeben werden mögte.

Denn wo klare Gesetze einen Fall entscheiden, da können Spisfindigkeiten und Verdrehungen nicht den Lauf des Rechtes aufhalten; und ob gleich dieser Fall durch die Zusammenhaltung des epilogi des Stadtbuchs mit dem Sächsischen Rechte bestimmt und entschieden ist; so bleibt es doch immer nur analogie, welche nicht so, wie ein klares Gesetz, entscheidet. Ich wünschte, daß eine geschicktere Feder die hierinn einschlagende Materien bearbeiten, und dadurch ein vollständiges Ganzes zusammen gebracht werden mögte.

Gegeben Hamburg 1778.

Der Verfasser.



Erstes Hauptstück.

Von den Quellen, aus welchen die hier anzuwendende Rechts-
sätze herzuleiten sind.

Das Hamburgische Stadtbuch und die vielen Stadtrecesse miteinan-
der, bestimmen nichts ausdrückliches von dieser Frage: ob eine
Wittve dasjenige, was sie nach dem Absterben ihres Ehemannes
von ihrem Vater oder andern Anverwandten in ihrem Wittwen-
stande ererbet hat, zur Theilung mit ihren Kindern zu bringen
schuldig sey; sondern der Art. 6. Th. 3. Tit. 3. des Stadtbuchs, verordnet nur über-
haupt, daß eine Wittve, wenn sie mit ihren Kindern theilen will, alle Güther thei-
len soll.

§. 1.

Diese und einige andere Articul, worinn: von Theilen sammenden Guths
die Rede vorkommt, hat den Hamburgischen Rechtsgelehrten die Gelegenheit gegeben,
daraus eine allgemeine Gemeinschaft der Güther herzuleiten, weil die Geseze benach-
barter Städte eine Gemeinschaft der Güther ausdrücklich angeordnet hatten; zum
Erempel in Sachsen, in den Niederlanden, in Laufrnik, Westphalen, Herzogthum Wür-
temberg, Köln, Lüneburg, Bremen, Hildesheim, Bielsfeld, Lübeck, Schwerin, Ei-
derstädte, Tönningen, und andern Orten mehr, wo entweder eine allgemeine oder eine
eingeschränkte Gemeinschaft der Güther obwaltet.

A

B. Lt.

B. Lt. Krohn diff. inaugur. de honor. conjug. inter. Hamburg. comm.
§. IX. XI. & XIII.

Bühring diff. de valore pact. dot. quib. comm. bon stat. introd. tollitur
§. V. ibique all. DD.

Hieraus machten sie den Schluß, daß also auch die Verfasser des Hamburgischen Stadtrechts unter diesen Worten auch eine Gemeinschaft der Güther bezeichnen wollen, und daher zogen sie alles mit den Haaren herbei, * was nur zur Behauptung dieses Satzes dienen konnte.

Ja, da nun vollends auf Universitäten darauf gedacht wurde, ein allgemeines deutsches Recht zu etabliren, so wurden sie mit der Hamburgischen Güther-Gemeinschaft um so eher fertig, da sie eben die Quellen und die Gründe dazu herleiteten, aus welchen das sogenannte allgemeine deutsche Recht gebildet ward.

Nemlich ein oder anderer Professor sah, daß diese oder jene Gewohnheit dieses oder jenen Dorfs, dieser oder jenen Stadt oder Provinz, durch Gesetze sich einander gleich, bestimmt und festgesetzt ware, gleich sammlete er solche zusammen, machte einen juristischen Firniß darüber, und so stand dann das allgemeine liebe deutsche Recht da, und wurde denn sogar ein corpus juris germanici zusammengebracht, und nun entstand eine neue juristische Branche, um Collegia aller Arten über das jus germanicum zu lesen, und compendia darüber zu schreiben. Dem folgten die Hamburgischen Rechtsgelehrten, und schufen aus diesen Worten: gesammten Guth, sammendes Vermögen, flugs eine Gemeinschaft der Güther, ** und da einige benachbarten Städte auch eine allgemeine Gemeinschaft der Güther hatten, so konnten sie es nicht weniger thun, sondern es mußte aus diesen Worten auch eine allgemeine Gemeinschaft der Güther erzwungen werden. ***

§. 3.

Es gehört nicht zum Zweck dieser Abhandlung, zu zeigen, wie unrichtig dieser Schluß sey:

Diese oder jene Articul reden von sammenden Guthe; also ist in Hamburg eine allgemeine eheliche Güther-Gemeinschaft angeordnet,

sonst

* Siehe Claen, Schulze und Winkel und mehrere Commentatores über den Artikel. 6 und 8. Th. 3. Tit. 3. des Stadtbuchs, in dem Thes. jur. prov. & Statutar. darian sie alle nur folsgerungsweise diesen Satz behaupten.

** Lübeck, Bremen ic. und siehe vorige Nota.

*** vid. Langens Rechtslehre von Gemeinschaft der Güther im Vorberichte, p. 6.

sondern daß höchstens nur analogice, eine sehr eingeschränkte Gemeinschaft, oder communio anomala hieraus zu zwingen seyn würde, da verschiedene Articuli im Stadtbuche der Idee einer Gemeinschaft der Güther gerade entgegen sprechen, zum Exempel Art. 10. Part. 2. Tit. 1. Statut. und Artic. 28. der neuen Falliten-Ordnung, Artic. 10. in fin. Part. 2. Tit. 5. Statut., und daß daher diejenigen Herren Rechtsgelehrten, die jenes behauptet, sich selbst widersprochen haben, wie zum Exempel Böhm. in diff. de jur. & oblig. conj. superstit. ex comm. bon. universale, &c. darinnen §. XXV. behauptet: Quicquid conjux superstes in communione bonorum cum liberis continuata, vel ex bonorum communium redditibus, vel aliunde acquirit illud omne pro indiviso commune fit inter eum & liberos; bona vero, quæ liberi aliunde acquirunt in eam communionem non deducuntur. Communio bonorum universalis enim, qualis vigente connubio fuit, inter superstitem & liberos continuatur. Quæ ergo inter conjuges futura essent communia, ea inter superstitem parentem & liberos consortes communia fiunt; und gleichwohl in seinen Selectis jur. universi mit ausdrücklichen Worten auf deutsch das Gegentheil behauptet, wenn er Tom. II. pag. 599 sagt:

daß zwar beyder Ehegatten Güther, in Absicht der ehelichen Gesellschaft und damit verknüpften Lasten in stehender Ehe, nach Hamburgischen Stadtrecht gemein sind, dennoch diese Communio nicht *omnimoda*, sondern bloß *respectiva* und auf stehende Ehe gestellet ist, und hergegen nach getrennter Ehe nur die gesetzliche Erbfolge in des verstorbenen Ehegatten Vermögen, nach dem Unterscheid der darin bestimmten Fällen und Antheilen gegründet ist, im übrigen nach aufgehobener Ehe des verstorbenen und des überlebenden Ehegatten Güter in ipsis rerum argumentis & effectibus in Statuto; nach dem Rechte eigener und abgesonderter Güther, betrachtet werden.

§. 4.

Aber wenn denn auch nun aus diesen Worten, das sammende Guth, eine Gemeinschaft der Güther zu behaupten ist, so würde doch das nicht folgen: daß die Gemeinschaft der Güther, so wie sie unter den Eheleuten gewesen, auch unter den Ueberlebenden und den Kindern fortgesetzt würde; denn die Wirkungen dieser von den Kindern mit dem Ueberlebenden fortzusetzenden Gemeinschaft, sind von jenen der ehelichen Gemeinschaft sehr unterschieden.

§. 5.

In der ehelichen Gemeinschaft wird alles Erb- und gewonnen Guth, (nach den angenommenen Grundsätzen,) erworben.

Was dem Mann von seinen Anverwandten und die Frau von ihren Anverwandten während des Ehestandes angeerbet wird, gehört zur ehelichen Güther-Gemeinschaft.

Was

Was aber den Kindern nach dem Tode eines ihrer Eltern, während des Wittwenstandes, von der verstorbenen Seite, an großväterlichen u. anstirbt, kommt nicht in diese nach dem Tode des einen Ehegatten fortgesetzte Gemeinschaft, sondern gehört den Kindern, dergestalt, daß der Wittwer oder die Wittwe nicht einmal einen Nießbrauch darinn haben soll.

Art. 4. Th. 3. Tit. 3. des Stadtbuchs.

Sollte nun diese nach dem Tode des Vaters von der Wittwe mit ihren Kindern fortgesetzte Güther-Gemeinschaft, jener ehelichen Güther-Gemeinschaft gleich seyn; so müßte sie auch eine gleiche Wirkung haben, und so müßten die Kinder dasjenige, was sie von ihrem Großvater väterlicher Seite ererbt, eben so gut mit zur Gemeinschaft bringen lassen, als ihr Vater, wenn er gelebet hätte, solches in die eheliche Güther-Gemeinschaft bringen müssen. Mit der Definition der ehelichen Güther-Gemeinschaft selbst streitet diese Behauptung.

Die eheliche Güther-Gemeinschaft ist nichts weiter, als ein Miteigenthumsrecht, (condominium,) wodurch beyderseits Eheleute ihre beyderseitigen, während der Ehe, erworbene und geerbte Güther ungetheilt besitzen.

vid. Krohn diss. all. §. XIV.

Nun aber sind diejenigen Güther, welche eine Wittwe in ihrem Wittwenstande nach dem Tode ihres Mannes angeerbet, nicht von ihrem verstorbenen Mann und ihr in das eheliche Miteigenthumsrecht und den Besitz der ehelichen Güther gekommen, folglich konnte ihr verstorbener Mann nicht condominus mit ihr von diesen Güthern werden, da diese Erbschaft bey seinem Leben noch nicht gefallen war, folglich konnte dieselbe auch nicht, als gemeinschaftliche Güther, nach seinem Tode auf seine Kinder transferirt werden, da er selbst kein Recht daran gehabt hatte, und wenn also auch gleich die eheliche Güther-Gemeinschaft nach dem Tode eines der Ehegatten unter den längstlebenden und ihre Kinder fortgesetzt worden wäre, so kann sie doch nicht anders und in keinen andern Güthern fortgesetzt werden, als in denen, welche zu dem ehelichen Miteigenthumsrecht und dessen Besitz gehörten.

§. 6.

So deutlich und einleuchtend dieser Satz ist, so wenig ist von der jetzigen Frage: ob eine Wittwe bey der Theilung mit ihren Kindern dasjenige, was sie während ihres Wittwenstandes von ihrem Vater oder von ihren Blutsverwandten ererbt, oder sonst erworben hat, mit zur Theilung zu bringen, schuldig sey, in den Hamburgischen Stadtrecht ein Gesetz vorhanden, folglich muß die Beantwortung dieser Frage a) aus einer richtigen Analogie, und b) aus den sächsischen und gemeinen Rechten, als woraus unser Stadtrecht, wie unten gezeigt werden soll, hergeleitet ist, genommen werden, weil dieses diejenigen Quellen sind, zu welchen die Herren Verfasser des
Stadt:

Stadtrechts in allen den nicht in demselben beschriebenen Fällen, die Zusage anweisen, vid. epil. Stat. und zu welchen ein Hochedler Hochweiser Rath, zufolge des Hauptrecesses, zu recurriren sich verpflichtet hat. ****

Zweytes Hauptstück.

Gründe derjenigen, welche für die Meinung sind, daß eine Wittwe alles, was sie in ihrem Wittwenstande ererbet, mit zur Theilung bringen müsse.

§. 7.

Diejenigen, welche diese Frage bejahen, und behaupten wollen, daß eine Wittwe allerdings das während ihrem Wittwenstande Ererbte mit zur Theilung zu bringen schuldig sey, gründen sich

1) auf den Satz: daß eine allgemeine Güther-Gemeinschaft unter den Eheleuten gewesen, und daß diese durch das Absterben des einen Ehegatten unter den längstlebenden und seinen Kindern fortgesetzt werde.

2) Daß der Articul 6. Theil 3. Tit. 3. des Stadtbuchs überhaupt sage:

„Die Wittwe solle mit ihren Kindern alle Güther theilen,

folglich schliessen sie, unter alle Güther sind auch diese mit begriffen, und Vortheil und Schade müßte eine Societät gemeinschaftlich tragen.

A 3

Drit-

**** „Die heilige Justiz wollen wir nach hiesigen Statuten 1c. 1c. in den Fällen aber worüber „hiesige jura Statutaria nicht disponiren, nach den allgemeinen beschriebenen Kayserlichen Rechten und Reichs-Constitutionen aufrichtig und unpartheyisch nach besten Wissen und Gewissen, ohne alle Nebenabsichten und Ansehn der Person, aufs schleunigste einem jeden „Recht widerfahren lassen.“

Ferner in dem epilogo des Stadtbuchs:

„Wenn in künftiger Zeit sich Fälle zutragen sollten, welche in diesem vorgelegten Stadtrechte nicht specificirt, oder davon disponirt und Verordnung gethan, so sollen dieselben nach „gemeinen beschriebenen Kayserlichen Rechten, und denen im heil. römischen Reiche „publicirten Constitutionen erörtert werden.

Drittes Hauptstück.

Beantwortung dieser Gründe.

§. 8.

Was den ersten Satz anlangt, so ist vorhin gezeigt worden, per §. 2 & 3, wie wenig in unserm Stadtrecht es erwiesen sey, daß eine allgemeine eheliche Güther-Gemeinschaft existire; aber wenn sie auch existirt, doch daraus das nicht folge: weil das gesammte Guth auf den Längstlebenden und seine Kinder fallen soll, also wird die unter den Eheleuten gewesene allgemeine Güther-Gemeinschaft dergestalt auch unter ihnen fortgesetzt, daß alles, was während derselben erworben wird, auch dazu gehöre.

Es ist vorhin §. 5. gezeigt, daß dieser Satz gegen die * Definition der ehelichen Güther-Gemeinschaft streite, indem die Eheleute während ihres Ehestandes unmöglich ein condominium derjenigen Güther gehabt haben können, die nicht bey ihrer beyder Leben, sondern erst nach dem Tode des Mannes oder des einen Ehegatten, erblich auf die Wittve gefallen sind, daß also diese nachher auf die Wittve, als Tochter ihres Vaters, gefallene väterliche Erbschaft, nicht unter alle diejenigen Erb- und Güther zu zählen sind, welche nach dem Articul 1. Theil 3. Tit. 3. des Stadtbuchs auf sie und die Kinder fallen sollen, da diese väterliche Erbschaft damahls noch gar nicht existirte, folglich auch nicht, nach dem Tode des Mannes, auf die Wittve und die Kinder fallen konnte. Ferner ist gezeigt worden, daß dieser Satz nicht allgemein wahr sey, sondern daß die Kinder, dasjenige, was sie nach dem Tode ihres Vaters, von väterlicher Seite, erben, nicht mit zur Gemeinschaft bringen, sondern vor sich behalten; und zwar aus eben den angeführten Gründen, weil zur Zeit des Absterbens des Vaters diese Erbschaft noch nicht mit in die eheliche Güther-Gemeinschaft und deren condominium gekommen war, quia non defuncti mariti propria fuerunt, adeoque in societatem conjugalem non sunt illata,

Daher

* To Buhren diss. inaug. de port. Stat. vid. Hamb. temp. sec. nupt. cum libr. confort. bona comm. dividendi competente §. XI. in fine, woselbst er die portionem statutariam so beschreibt, daß sie sey: portio omnium bonorum inter *utrumque conjugem* communium altero eorum defuncto, superstiti, secundum determinationem statuti, debita, ut illi per eam ratione omnium *illatorum* atque lucrorum, alias ex hereditate defuncti præcipiendorum satis fiat.

Daher kann unmöglich eine erst nach dem Tode des einen Ehegatten gefallene, und nicht in der ehelichen Güther-Gemeinschaft gewesene Erbschaft zur statutarischen Portion und also auch nicht zur Theilung gerechnet werden.

Ferner sollte aus den Worten: das sammende Guth, oder alle Erb- und Guth, dieses folgen; so würde auch unstreitig folgen müssen, daß ein Wittwer oder Wittwe, die keine Kinder haben, und also mit des verstorbenen Ehegatten nächsten Verwandten, nach dem Articul 8. Theil 3. Tit. 3. des Stadtbuchs theilen wollen, auch dasjenige, was sie während ihres Wittwenstandes ererbet haben, mit zur Theilung bringen müssen, weil in diesem Articul auch die Worte:

von dem sammenden Guthe, von dem vollen gemeinem Guthe, geredet wird, die zur Theilung kommen sollen, welches gegen alles Recht und gegen alle Billigkeit und gegen alle bisherige Observanz streiten würde; sondern es wird nur dasjenige sammende Guth, oder volle gemeine Guth getheilet, was die Eheleute während ihres Ehestandes gehabt haben.

Es ist daher keine ratio diversitatis vorhanden, warum bey der Theilung der Wittwe mit den Kindern eine andere Theilungsart vorgenommen, und sie gezwungen werden sollte, dasjenige, was sie während ihres Wittwenstandes, nach aufgehobener ehelicher Güther-Gemeinschaft, für ihre Person erworben, mit zur Theilung zu bringen. Denn

§. 9.

ad 2.) a) stehen ihr die Worte des Artic. 8. Theil 3. Tit. 3. des Stadtbuchs, daß sie alle Güther mit ihren Kindern theilen soll, nicht im Wege, weil diese Worte in dem allegirten 8. Articul: vollen Gemeinen-Guthe nicht, auf den unbeerbten Fall, bey der Theilung mit den Erben den Effect haben, den sie hier haben sollen.

b) Ist die enunciatio generalis alle Güther keinesweges hierauf auszudehnen; denn bey einer jeden zum Nachtheil erreichenden Erklärung ist die eingeschränkte Erklärung (interpretatio restrictiva) anzunehmen.

per vulgata;

Vielmehr ist der Sinn dieses Articuls durch die Zusammenhaltung mit dem vorigen Articul 1. Theil 3. Tit. 3. des Stadtbuchs ganz klar und offenbar dieser: "Diejenigen Güther alle, welche den beiden Eheleuten bey ihrer beyder Leben, an Erb- und Güthern angeerbet, und in der ehelichen Güther-Gemeinschaft gewesen, und die also nach dem Articul 1. Theil 3. Tit. 3. des Stadtbuchs nach dem Tode des einen Ehegatten auf den überlebenden Ehegatten und seine Kinder gefallen sind, sollen dergestalt, wie in dem Artic. 6. all. vorgeschrieben worden, getheilt werden."

Stir:

Stirbet, heißet es in dem Articul 1. Theil 3. Tit. 3. des Stadtbuchs, einer der Eheleuten, die Kinder mit einander gezeugt haben, alle Erb- und Güther fallen auf den längstlebenden und ihre sämtlichen Kinder. Und diese Erb und Güther alle werden in dem vorhergehenden Titul 1. des 3ten Theils Articul 8. des Stadtbuchs beschrieben, daß sie darin bestehen:

„Was an Erb- und Güther bey beyder Eheleuten Lebenszeit ihnen mit an-
geerbet worden,“ und sie also beyde jure condominii pro indiviso in
Besitz gehabt haben.

§. per §. §. antec.

Was also nicht bey der beyden Eheleuten Lebzeiten ihnen angeerbet worden, und nicht in die eheliche Güther-Gemeinschaft, und nicht bey beyder Eheleuten Leben eigent-
thümlich in dem Besitz ihres Miteigenthumsrechts gekommen ist, sondern was die Witt-
we, oder der Wittwer, nach dem Tode des einen Ehegatten, von ihrem Vater oder
nächsten Anverwandten, während des Wittwenstandes, zufolge eigenen Erbrechts,
für ihre Person ererbet hat, können daher auch nicht auf den Längstlebenden und die
Kinder, nach Absterben des Ehemanns, fallen, da diese Erbschaft zur Zeit des Ab-
sterbens des Ehemannes noch nicht existirte, und also auch nicht auf die Wittwe und
Kinder zur Zeit des Absterbens des Ehemannes fallen, das heißt, devolvirt, wer-
den können sondern ein non ens war, wovon man nicht behaupten kann, daß es auf
jemand devolvirt werden konnte, cum non entis nulla sint prædicata.

Es gehört daher nicht diese Erbschaft, welche die Witwe in ihrem Wittwenstande
von ihrem Vater für ihre Person ererbet hat, zu allen den Erb- und Güthern, welche
auf die längstlebende und ihr Kind fallen sollen, und gehört also nicht zu allen den Gü-
thern, welche die längstlebende Wittwe mit ihrem Kinde nach dem Articul 6. Theil 3.
Titul 3. des Stadtbuchs, zu theilen schuldig ist; denn diese väterliche Erbschaft ist nicht
bey beyder Eheleuten Leben angeerbet, sie ist nicht in die eheliche Güther-Gemeins-
schaft, folglich auch nicht in die von der Wittwe mit ihrem Kinde, per hypothesein,
fortgesetzte Gemeinschaft der vorigen ehelichen Güther-Gemeinschaft gekommen, und
kann also auch unmöglich mit zur Theilung gebracht werden, weil sonst

1) man annehmen müßte, daß in aufsteigender Linie der Enkel mit der Tochter
dem Großvater zugleich succedirte, da doch natürlicher Weise die Erbschaft eines Groß-
vaters erst auf die Tochter, und nach ihrem Tode auf ihr Kind, oder den Enkel des
Großvaters fällt,

2) weil man annehmen müßte, daß das Kind der Mutter bey ihrem Leben schon
erben könnte, da es doch Rechtens ist, quod viventis nulla hereditas,

per l. ff. pro hæc, & poss,

weil

weil

3.) Die Wittwe auf solche Art bey der Theilung mit ihrem Kinde schlechter daran sehn würde, als das Kind; denn wenn diesem nach dem Tode des Vaters eine Erbschaft von väterlicher Seite angefallen wäre, so würde das Kind diese Erbschaft zur Theilung zu bringen nicht schuldig sehn, per Articul 4. in fin. Part. 3. Tit. 3. Stat.

Nun aber ist es Rechtens, daß eine jede Erbfolge ordentlicher Weise reciproque seyn, folglich muß auch, nach diesem Grundsatz, die Wittwe dasjenige, was sie nach ihres Mannes Tode während ihres Wittwenstandes ererbet hat, zur Theilung mit ihrem Kinde zu bringen nicht schuldig sehn, da wie gesagt die jura Societatis paria & reciproca sind, und da diese, erst in dem Wittwenstande, von dem Vater der Wittwe auf sie gefallene Erbschaft, nicht bey beyder Eheleute Leben angeerbet ist, folglich nicht zu den Güthern gezählet werden können, welche beyderseits Eheleuten bey ihren beyden Leben in der Ehe angeerbet und nach dem Absterben des einen Ehegatten auf den Längstlebenden und seine Kinder gefallen sind, und daher auch nicht zu denjenigen Güthern alle gehören, welche eine Hamburgische Wittwe mit ihren Kindern theilen soll, per Articul 6. Theil 3. Tit. 3. und Articul 1. Theil 3. Tit. 3. & conf. Artic. 8. Th. 3. Tit. 2. des Stadtbuchs.

§. 10.

Denn nur zwey Fälle sind hier möglich; entweder ist die eheliche Güther-Gemeinschaft so wie sie bey beyder Eheleuten Lebzeiten gewesen ist, nach Absterben des Ehemannes zwischen Mutter und Kind dergestalt fortgesetzt worden, daß Vortheil und Verlust, Erbschaften, Gewinn und Schaden dazu gerechnet werden, wie solches in Hildesheim nach der all. Boehmer. Dissert. und in Lübeck nach dem all. Mevio obwaltet; oder sie ist nur in denjenigen Güthern, welche die Eheleute bey ihrer beyder Lebzeiten besaßen, und nach dem Tode des einen Gatten auf die Längstlebende und das Kind gefallen ist, fortgesetzt worden.

Ein dritter Fall ist nicht möglich. Boehmer behauptet in seiner diss. de jur. & obl. conjugis superstitis ex comm. bon. univ. juxta Stat. Hildesh. den ersten Fall, jedoch ist hierbey wohl anzumerken, daß er diese Frage nicht nach dem Hamburgischen, sondern, wie der Titel ausweist, nach den Hildesheimischen und einigen andern Statuten decidirt.

Nach den Hamburgischen Statuten aber decidirt Boehmer in seiner nachher im Jahr 1777. heraus gegebenen diss. in select. jur. univ. die letzte Meynung, nemlich, daß in Hamburg die communio bonorum admodum anomala & restricta, und also nur particular, nicht aber universal sey.

B

Er

Er sagt hievon in dem II. Tom. elect. jur. civ. exercitatione XII. pag. 599. seqq.
 "Hiernächst wenn gleich beyder Ehegatten Güther, in Absicht der ehelichen Gesellschaft
 "und damit verknüpften Lasten in stehender Ehe, nach Hamburgischen Rechten ge-
 "mein sind, so ist dennoch diese communio nicht *omnimoda*, sondern blos *respectiva*,
 "und auf stehende Ehe gestellet, hiergegen darauf nach getrennter Ehe nur die
 "gesetzliche Erbfolge in des verstorbenen Ehegatten Vermögen, nach dem Unter-
 "schied der darin in bestimmten Fällen und Antheilen gegründet, im übrigen, wer-
 "den nach aufgehobener ehelichen Gemeinschaft des verstorbenen und des überlebenden
 "Ehegatten Güther in *ipsis rerum argumentis & effectibus in statuto* nach dem
 "Rechte eigener und abgesonderter Güther betrachtet."

§. II.

Um hier nach Grundsätzen, die mit unserm väterlichen Rechte und mit der gesun-
 den Analogie und Praxis übereinkommen, zu handeln, wollen wir zuvor folgende
 Sätze berichtigen.

I.) Angenommen, es sey in Hamburg eine allgemeine Gemeinschaft der Güther, so
 bestehet diese gleich nach vollzogener Ehe unter Eheleuten, dergestalt, daß Gewinn
 und Verlust, Schaden, Vortheile, und Erbschaften beyde Eheleute, Kraft der
 Güther-Gemeinschaft, betrifft.

II.) So bald einer der Eheleuten stirbt, hört diese allgemeine eheliche Güther-Ge-
 meinschaft auf; denn ob gleich alle Erb und Güther, welche während der Ehe auf
 die Eheleute gebracht sind,
 auf die längstlebende Wittve und ihr Kind fällt, so kann doch die Wittve, wenn
 sie will, gleich nach der Beerdigung ihres Mannes sich mit ihrem Kinde aus der
 Gemeinschaft, durch eine Abtheilung setzen; und alles was sodann ihr, nach der
 Theilung, erblich anfällt, behält sie so gut für sich, wie das Kind dasjenige für sich
 behält, was nach seines Vaters Tode ihm angeerbet worden.

per Articul. 4. in fin. Part. 3. Titul. 3. Stat.

Dieser Articul liefert also den Satz: die *Societas inter parentes & liberos* ist
 in Hamburg nicht *universalis*, sondern *particularis*.

Will die Mutter aber mit dem Kinde nicht gleich die Theilung vornehmen, sondern
 solche aussetzen; so bleibt sie zwar in Ansehung dieser durch das Absterben des Ehemann-
 nes auf sie und ihr Kind gefallen Erb und Güther, das heißt: "Derjenigen Güther,
 "die in ehelicher Gemeinschaft, und in dem Miteigenthum und Besiz der Eheleute ge-
 "wesen sind," mit ihrem Kinde in einer Art Güther-Gemeinschaft, aber diese Ge-
 mein-

meinschaft ist nicht universel, sondern nur auf den angegebenen Fall sehr particular, das heißt, die unter den Eheleuten gewesene *communio bonorum universalis*, wird nun in Hinsicht der durch das Absterben des Ehemannes auf die Wittve und das Kind gefallenen ehelichen Erb- und Güther, *particularis*, und schrenket sich, *qua talis*, bloß auf diese ein, weil die Rechte nicht vermuthen lassen, daß eine Wittve, sich zum Schaden, eine solche allgemeine Güther-Gemeinschaft von neuem mit ihrem Kinde eingegangen sey, dabey sie allemal für ihre Person verlieren, und das Kind allemal gewinnen würde, indem sie solchergestalt allemal diejenigen Erbschaften, die von ihrer Seite von ihren Eltern oder Anverwandten auf sie fallen würden, mit ihrem Kinde theilen müßte, hingegen von denjenigen Güthern, die ihrem Kinde von seines verstorbenen Vaters wegen zufallen würden, nichts wieder erhalten sollte. Eine solche Societät, wo einer immer verliert, der andere aber immer gewinnt, ist in den Rechten unter den Namen einer Societatis Leoninae verbothen.

§. 12.

Die eheliche Güther-Gemeinschaft also hört mit dem Tode des einen Ehegatten auf; weil der Ueberlebende, wenn er will, sogleich nach dem Absterben des Ehegatten, oder wenn er sich verheirathet, mit den Kindern theilen kann, und wenn keine Kinder da sind, vor oder nach Ablauf des Trauerjahres, mit den Erben des verstorbenen theilen muß. Seine Befugniß, in dem ersten Falle, in ungetheilten Güthern zu bleiben, gründet sich keinesweges in der *communione bonorum*, sondern in lege expressa: und es hängt nach dem Artic. 3. und 5. Th. 3. Tit. 3. des Stadtbuchs von des Ueberlebenden alleinigen Willkühr ab, ob er, wenn er sich nicht wieder verheirathet, mit seinen Kindern abtheilen will oder nicht. In diesem Fall wird also zur Fortsetzung, oder vielmehr zur Eingehung der Güther-Gemeinschaft ein neuer Consens, entweder ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender erfordert, folglich ist die Verbindung, in welcher ein überlebender Vater oder Mutter mit den Kindern stehet, keine *continuatio communionis bonorum*, sondern eine *nova Societas parentis cum liberis consensu ejus*, lege permittente inita, mithin ist nichts rechtswidriger als daß man diese neue Societät, nach der während der Ehe obgewalteten Gemeinschaft beurtheilen, und von der einen auf die andere schließen will, weil dieses sonst ein Argument a particulari ad universale seyn würde, welches bekanntlich nicht gilt.

In dem Fall aber da eine Wittve keine Kinder hat, soll sie nach den Artic. 8. Th. 3. Tit. 3. des Stadtbuchs, nach dem Trauerjahr mit des verstorbenen Mannes Anverwandten theilen, es wäre denn

- a) in dem Ehegatten ein andres beliebt, oder
- b) die Erben würden sich mit dem Längstlebenden innerhalb Jahrs- und Frists vergleichen.

Hieraus erhellet offenbar daß die Societas post mortem nicht ein effectus communionis bonorum, sondern lege expressa auf gewisse Zeit vorgeschrieben ist, und daß ihre Gränzen stillschweigend oder durch ausdrückliche Vereinbarung bestimmt, eingeschränkt und erweitert werden können.

Es ist also die Gemeinschaft der Güther, welche zwischen Mutter und Kind nach dem Tode des Ehegatten fortgesetzt wird, eine communio bonorum particularis, nemlich nur in Ansehung derjenigen Güther, welche das Kind von seinem verstorbenen Vater geerbet hat, und als solche, braucht die Wittwe dasjenige, was sie für sich erbet, nicht mit zur Theilung mit ihrem Kinde zu bringen, so wenig wie das Kind in Ansehung der Güther, die ihm nach dem Tode seines Vaters von Großväterlicher Seite zugefallen sind, zu conferiren schuldig ist; und hiemit stimmen die meisten Rechtsgelehrten überein.

Der berühmte Carpz. P. 3. Const. XX. N. 28. sagt: quidquid autem post mariti mortem vidua acquirit, etiam durante adhuc communione, id *ne-
tquam* in communem hæreditatem conferri debet; odiosum enim est onus collationis, & stricte accipiendum.

Desgleichen Berlich P. I. concl. 29. §. 59.

Stryk. de Succ. ab intest. diff. 4. c. 3. §. 24. & 32. hæreditatem autem quam superstes post mortem conjugis quæsit, conferre minime tenetur etiamsi illa ab intestato jam antea certo sperantur.

Inglichen unter den Hamburgischen Gelehrten

Beat. Joannes Schluter Dr. weiland Bürgermeister in Hamburg in seinen Tractat von dieser Materie.

Dr. Wolf in seiner Dissert. de. juribus singul. circa success. legitimam und andere mehr ex professo behauptet. v. & Lutjens.

§. 13.

Denn sollte diese von der Mutter und ihrem Kinde, nach dem Tode des Ehe-
man-
nes, fortgesetzte Gemeinschaft der Güther der unter den Eheleuten gewesenen allge-
mei-
nen Güther: Gemeinschaft gleich geachtet werden, so wie sie gewesen wäre, wenn beyde
Eheleute noch lebten; so müßte das Kind auch diejenigen Erbschaften, die ihm nach
dem Tode seines Vaters von Großväterlicher Seite, oder von andern Blutsverwandten
anheim gefallen, mit in die fortgesetzte Gemeinschaft, und also bey deren Aufhebung mit
zur Theilung bringen, weil diese Erbschaft, wenn sie bey Lebzeiten des Vaters gefallen
wäre, auch in die eheliche Güther: Gemeinschaft, und also mit zu den Güthern gekom-
men seyn würde, welche nach seinem, des Vaters, Tode auf die längstlebende Wittwe
und ihr Kind gefallen sind, und zwar dieses nach den angenommenen Grundsatz:

Daß

"Daß die eheliche Güther: Gemeinschaft, so wie sie während der Ehe gewesen, auch von der Wittwe mit ihrem Kinde fortgesetzt werden müßte, dergestalt, daß jeder Theil Schaden und Verlust, Erbschaften und Gewinn, zu gleichen Theilen tragen müßte."

per all. locum Boehmeri in diff. de jur. & obl. conjug. superstit.

Nun aber ist es klar und deutlich in dem Articul 4. in fin. all. Titul 3. Th. 3. des Stadtbuchs verordnet:

"Daß der Längstlebende nicht einmal die genießliche Nutzung in solchen Güthern haben, sondern daß solche schlechterdings dem Kinde verbleiben soll;"

Folglich ist es auch klar, daß die nach dem Tode des einen Ehegatten von dem Ueberlebenden mit dem Kinde, oder den Kindern, fortgesetzte Gemeinschaft nicht universalis sondern bloß particularis, nemlich nur in Ansehung derjenigen Güther, welche die Kinder von dem verstorbenen Vater geerbet haben, und also in der Beschaffenheit fortgesetzt werde, und nicht so universalis sey, wie die eheliche Güther: Gemeinschaft bey beyder Ehegatten Lebzeiten gewesen ist, und daß also der Satz falsch sey:

"Die Gemeinschaft der Güther, welche bey Lebzeiten beyder Eheleuten existirt, werde nach dem Absterben des einen Ehegatten von dem Ueberlebenden in eben derselben Qualität und eben so universel zwischen der Wittwe und ihrem Kinde fortgesetzt, wie die eheliche Güther: Gemeinschaft gewesen sey."

Daher sind alle von der eingebildeten continuata communione universali hergenommene Folgerungen offenbare Trugschlüsse, vielmehr erhellet hieraus, daß die von der Mutter oder dem Vater nach dem Absterben des einen Ehegatten mit seinen Kindern fortgesetzte Gemeinschaft nur in den Güthern per tacite initam communionem particularem fortgesetzt werde, welche in der ehelichen Güther: Gemeinschaft, gewesen sind, und zwar in condominio, quo utriusque conjugis bona, constante matrimonio, ab utroque pro indiviso possidebantur, also die Theilung von allen den Güthern geschehen müsse, welche als Erb und Güther den beyden Eheleuten zugefallen, und zur Zeit des Absterbens des einen Ehegatten auf den Ueberlebenden und das Kind gefallen sind, so daß nun eine bloße Societas rectoria lege permittente pro scopo Societatis mysticæ eintrete, auch daß diese Güther darnach von dem Ueberlebenden verwaltet werden; daß also das Gesetz wolle, daß die Wittwe bey der vorzunehmenden Abtheilung mit ihrem Kinde, oder Kindern, nur von allen diesen in der ehelichen Güther: Gemeinschaft gewesenenen und nun nach dem Tode ihres Mannes auf sie und ihr Kind gefallenen Erb- und Güthern (welche bey beyder Ehegatten Leben, wie der Articul 8. Theil 3. Titul 2. des Stadtbuchs sagt, ihnen, den beyden Eheleuten, bey ihrem Leben angeerbet sind,) die Theilung vorzunehmen habe, nicht aber von derjenigen Erbschaft,

schaft, welche der Wittwe in ihrem Wittwenstande von ihren Vater für ihre Person angeerbet, und also in die eheliche Güther: Gemeinschaft nie gekommen, und folglich auch nicht auf sie und ihr Kind gefallen sind, ob reciprocitatem juris successionis, so wenig wie das Kind dasjenige, was ihm nach Absterben seines Vaters angeerbet ist, in die Theilung zu bringen schuldig ist, sonst würde die Mutter bey einer solchen Societät, gegen die Regel derselben, bey der Theilung allemal verlieren, und deterioris conditionis, als das Kind werden; und ganz besonders würde in dem ersten Fall der verkehrte Rechtsfak etablirt werden müssen: daß in linea ascendente der Enkel mit der Tochter dem Großvater mit erben müßte. Etwas absurderes läßt sich, per deducta, nicht gedenken.

§. 14.

Es ist vorhin §. 2. gesagt daß einige Articuli im Stadtbuche der Idee einer allgemeinen Güther: Gemeinschaft widersprechen.

Es sey mir erlaubt, diesen Fall durch ein Gleichniß zu erläutern.

Es ist bekannt, daß der effectus communio bonorum auch bey Existenz eines Concurfus creditorum anwendlich ist. Denn wegen dieser Gemeinschaft der Güther haftet die Frau für die Schulden ihres Ehemannes; und obgleich die eheliche Gemeinschaft bey ausgebrochenen Falliment nicht cessirt; so wollen doch die Geseze, daß in dem Falle Erbschaften, die eines Verschuldeten Ehefrau, nach ihres Mannes Banquerot, von beyden Eltern, oder sonst, zugefallen, imgleichen Capitalia und Güther, die sie sich nach solchem Fallissement ihres Mannes per legata, donationes inter vivos, oder auf andere Weise, für ihre Person acquirirt, niemals ad massam concursus kommen, sondern daß solche der Ehefrau eigenthümlich zuständige Güther und Gelder nicht von dem Manne verschuldet oder verwaltet werden können.

per Articul 28. der neuen Falliten: Ordnung.

Nach diesem Articul hat also eine Ehefrau bey Existenz eines Concurfus, non obstante communione bonorum conjugali, eigenthümliche Güther, die sie, ex post, mit Ausschließung der Verwaltung ihres Mannes, für ihre Person eigenthümlich für sich acquiriren und administriren kann, und die also nicht in die eheliche Güther: Gemeinschaft kommen, zum offenbaren Beweise, daß diese bey uns per errorem forsitan communem, quius facit,

Cothmann Resp. 50. n. 16.
angenommene Gemeinschaft der Güther nur per interpretationem analogicam, und nicht per leges Scriptas vestgesetzt worden seyn mag.

§. 15.

Auch dieses hat der angezogene Herr G. L. Boehmer in seinen Select. jur. univ. Tom. II. pag. 591. seqq. sehr richtig angemerkt, wenn er sagt:

„Hiebey ist eine dreysache Anmerkung erwachsen, davon die erste ist, daß da so-
 „wol die Abfindung der Kinder erster Ehe durch Auskehrung des Mutter-Guths,
 „als auch die ihnen in ihres Vaters eigenen Vermögen versicherte Erbfolge mit
 „der Natur und Eigenschaft der Gemeinschaft der Güther unter Ehegatten
 „streitet, beyde Verordnungen,
 „nemlich im Artic. 4. Part. 3. Tit. 3. Statut.
 „bloß aus dem römischen Rechte angenommen ist.

Ferner pag. 600.:

„Daß bey der zwoten Verhulung des Ehemannes die Abfindung der Kinder
 „erster Ehe bloß aus dem mütterlichen für zulässig erklärt, und ihnen die Erb-
 „folge in des Vaters eigenen Gütern versichert wird; nicht weniger daß ein
 „Ehemann über sein eigenes wohlervorbenes Gut frey zu testiren mächtig und
 „berechtigt gehalten wird,

Statut. Hamburg. Part. 3. Titul 3. Art. 23.

Hamburg. Recell. 1603. Artic. 14.

„welches alles, (nemlich die beyde Articuli,) mit einer *omnimoda communione*
 „und mit einer auf ein Miteigenthum gehenden Gemeinschaft der Güther gänz-
 „lich streitet.”

In diesem responso des Herrn G. L. Boehmer, welche ganz gelesen zu werden
 verdienet, hat derselbe gezeigt,

- 1) Daß in Hamburg keine allgemeine Güther-Gemeinschaft sey, und
- 2) Daß seine im Jahr 1748. herausgegebene diss. de jur. & obl. conj. Superst.
 nur über das Hildesheimische Recht und die daselbst gesetzlich angenommene Güther-
 Gemeinschaft handle.

So viel ist indessen daraus wahr, daß die nach dem Tode des Ehemannes, der
 Wittve angeerbte Güther so wenig bey der Abtheilung mit ihrem Kinde zur Theilung
 kommen dürfen, als solche, bey Existenz eines Falliments zur massa concursus gezo-
 gen werden können, nach klarer Vorschrift des Artic. 10. in fine Part. 2. Tit. 1.
 Statuti.

Die Wahl, welche der Articul 4. Theil 3. Titul 3. des Stadtbuchs, dem Vater
 läßt, entweder seinen Kindern das mütterliche zu assigniren, oder sie gänzlich abzuthei-
 len, ist offenbar zum Faveur des Vaters, und zur Begünstigung der Handlung
 vestgesetzt.

Dem

Denn entweder hat der Vater bey Lebzeiten, oder nach dem Tode seiner Ehefrau, große ansehnliche Erbschaften erhalten, oder nicht. Im ersten Falle stehet es ihm frey, den Kindern blos das in die Ehe eingebrachte mütterliche zu assigniren, und sie nachher mit den etwanigen Kindern zwoter Ehe zu gleichen Theilen, oder wenn keine Kinder aus der zwoten Ehe vorhanden seyn sollten, sie, als seine nächste Anverwandte, mit seiner zwoten Frau, nach dem Articul 8. Theil 3. Titul 3. des Stadtbuchs erben zu lassen. Hiebey läuft er keine Gefahr. Denn hat er mit seiner Frau ein grosses Vermögen beehyrathet, und er hat nichts; so gewinnet er bey der gänzlichen Abtheilung. Hat er aber mit der Frau wenig, oder gar nichts beehyrathet, so gewinnet er wiederum, wenn er den Kindern erster Ehe entweder das wenige Vermögen, das er mit der Frau beehyrathet, oder wenn er nichts mit ihr bekommen, ihnen statt des mütterlichen ein certum quoddam absaget.

Nicht aber so bey der Wittwe. Denn diese muß schlechterdings, nach Vorschrift des Artic. 6. alleg. mit ihrem Kinde die mit ihrem Ehemanne in Gemeinschaft gehabte Güther, sie seyn beträchtlich oder nicht, theilen, und das von den Vormündern verfertigte Inventarium dahin beeidigen:

” daß ihres Wissens alle ihres seligen Ehemannes Verlassenschaft damals, id

” est, so wie solche tempore mortis & devolutionis existiret, beschrieben sey; ”

ohne darauf zu sehen, ob ihr Ehemann viel oder wenig erworben, verdienet oder geerbt hat, und nimmt nur die in dem Gesetze bestimmte præcipienda voraus.

Diese Theilung ist der Wittwe bey weitem nicht so vortheilhaft, als jene eines Wittwers.

Dieser hat die Wahl, nach seinem besten Gutedünken, entweder die Kinder erster Ehe vom mütterlichen abzusagen, oder sie gänzlich vom väterlichen und mütterlichen abzutheilen, dergestalt, daß alsdenn die abgetheilten Kinder erster Ehe nicht mit den Kindern zwoter Ehe bey seinem Absterben concurriren.

Denn so sagt der Art. 7. Th. 3. Tit. 3. des Stadtbuchs ausdrücklich:

” Haben Mann und Frau eheliche Kinder zusammen, verstirbet ihrer beyder eins,

” und der Längstlebende die Kinder wegen väter- und mütterlicher Güther gebüh-

” lich abtheilet, und die ausgesagten Güther innerhalb Jahres, wie im vorher-

” gehenden vierten Articul gedacht, vergewissert, vererhlicht NB. Er sich wie-

” der, und zeuget mehrere Kinder, alle seine Güther fallen denselben an, und

” mögen die abgesonderte mit ihnen nicht erben.”

Findet er es aber seinem Vorthail gemäß, so giebt er den Kindern erster Ehe nur bloß das mütterliche, oder fingirt ein mütterliches quoddam, und behält alles, was er verdient und geerbet hat. Bloß die Hofnung läßt er seinen Kindern erster Ehe, daß sie nach seinem Tode mit seinen etwanigen Kindern zwoter Ehe zu gleichen Theilen erben

erben sollen. Die Gewißheit dieser Erbschaft aber nicht; denn er bestellt keine Sicherheit dafür, sondern die Kinder müssen mit ihm Schaden und Verlust, Vorthail und Glücksfälle tragen.

§. 17.

Ganz anders verhält es sich bey einer abtheilenden Mutter. Diese muß alle Erb- und Güther, ihren Brautshaß nicht ausgenommen, und alles, was bey Lebzeiten ihres Mannes ihnen beyden angeerbet,

per Artic. 8. part. 3. Titul 1. Statut. confr. Artic. 1. part. 3. Titul 3. Statut.

oder von ihnen verdient worden, so wie solche Güther nach dem Tode des Mannes auf sie und ihr Kind gefallen sind, mit ihm theilen. Sie hat nicht diese vortheilhafte Wahl, die der Wittwer hat; sie muß ihrem abgetheilten Kinde nach ihrem Tode allemal mit ihren Kindern zwoter Ehe an ihrem Nachlasse und zu den Güthern, die sie für ihre Person ererbet, und also in die Theilung zu bringen nicht nöthig gehabt hat, zu gleichen Theilen erben lassen, so wie der Vater, bey der ersten ihm frey gelassenen Theilungsart dazu verbunden ist, und so wenig dieser den Kindern für alle bey der ersten Theilungsart zurück behaltene, ihm und seiner Frau bey ihren Leben angeerbte, oder von ihnen in erster Ehe erworbene Güther auf irgend eine Art Sicherheit leistet; so wenig darf die Wittwe ihrem Kinde für das, was dasselbe von ihr, nach ihrem Tode, etwa erben könnte, irgend einige Sicherheit leisten, cum viventis nulla hæreditas: so wenig wie das Kind der Mutter für das Sicherheit bestellt, was die Mutter nach seinem Tode von ihm, wann er vor ihr ohne Leibeserben verstürbe, erben könnte. —

Im Fall aber, daß keine Kinder zwoter Ehe existiren, so ist das Kind, nach dem Articul 8. Theil 3. Tit. 3 des Stadtbuchs, als nächster Anverwandter von der Mutter, Erbe.

§. 18.

Der Vater hat die Wahl, ob er sich gänzlich, nach seinem besten Gutbefinden, von seinen Kindern erster Ehe theilen will. Er verliert und risquirt niemals dabey; wohl aber, per deducta die Kinder, denn nicht selten sind Fälle, da die Kinder, wenn sie bey der zwoten Verheyrahlung ihres Vaters gänzlich vom väterlichen und mütterlichen abgetheilt wären, zehnmal mehr erhalten haben würden, wie sie nachher bekommen haben, da ihr Vater sie nur bloß vom mütterlichen abgetheilt, und aus der zwoten Ehe viele Kinder gezeuget, und ausserdem noch viel während der zwoten Ehe verlohren hat. — Hingegen die Wittve muß nach Vorschrift des Articuli 6. so theilen, wie es ihr vorgeschrieben ist.

§. 19. Sie

Sie theilt ihr Kind niemals ganz vom väterlichen und mütterlichen ab. Denn was sie bey der Theilung als ihr præcipuum, und was ihr in ihrem Wittwenstande angeerbt ist, voraus nimmt, daran behält das Kind sein Erbrecht, wie denn auch ihr Inventarieneid NB. bloß auf die Verlassenschaft ihres Mannes, nicht, wie sonst, bey einem Inventario, zu einer gänzlichen Abtheilung erforderlich ist, auf ihres Mannes und ihre Verlassenschaft, sondern bloß auf

ihres Mannes Verlassenschaft,

wie solche

damals: id est tempore devolutionis,

beschaffen gewesen, lautet; zum Beweise, daß die communio bonorum, welche man in Hamburg analogice angenommen, nicht omnimoda, sondern wie vorhin gezeigt worden, admodum anomala sey; denn sonst könnte

a) diese Art Abtheilung nicht geschehen, es könnte

b) nicht in den Gesetzen gesagt werden, daß eine Ehefrau für ihre Person acquiriren, und

c) ihr eigenthümliche Güther mit Anschliessung ihres Mannes zuständig seyn könnte.

per §. antec. ibi alleg. artic. 28. der neuen Falliten-Ordnung.

Und so, wie die Kinder erster Ehe bey der Abtheilung des Vaters bloß vom mütterlichen das risico laufen müssen, ob sie viel, oder wenig, von dem väterlichen dereinst mit den Kindern zwoter Ehe zu theilen haben werden; so müssen auch, nach Vorschrift der Artic. 6. alleg. die abgetheilten Kinder einer Wittwe es erwarten, was und wie viel sie mit den Kindern zwoter Ehe, oder, auf den unbeerbten Fall, als nächste Anverwandte, annoch dereinst von wegen der Mutter zu erben haben.

Denn hat die Wittwe in der zwoten Ehe viele Kinder; so geben es auch viele Portiones, und das eine Kind ist so gut ein Kind der Mutter, als das neunte und zehnte. Es würde aber das eine Kind ersterer Ehe, wenn es solchergestalt den ganzen halben Theil des väterlichen und eingebrachten mütterlichen, und den ganzen halben Theil des nach dem Tode des Mannes der Wittwe angeerbten Vermögens der Mutter bey der Abtheilung erhalten haben würde, den 9 oder 10 Kindern zwoter Ehe der Mutter präjudiciren, weil diese dann nur in 10 Portionen das erhielten, was das erste abgetheilte Kind ersterer Ehe ganz erhalten hätte; ob doch gleichwohl alle diese Kinder verschiedener Ehe, Kinder einer Mutter sind, und also

also gleiches Erbrecht haben, welches gegen alle Billigkeit und gegen alle göttliche und weltliche Rechte streiten würde, denn sie sagen alle:

Sind wir Kinder, so sind wir auch Erben.

§. 19.

Es kann also, per deducta, die zwischen der Mutter und dem Kinde fortgesetzte Gemeinschaft der vorzunehmenden Theilungsart auf keine Weise im Weg stehen; denn die Wittve theilet mit ihrem Kinde alles, was an Erb- und Güthern in der ehelichen Gemeinschaft gewesen, und bey dem Tode ihres Mannes an Erb- und Güther auf sie und ihr Kind gefallen ist. Und hierinn stimmen alle Rechtslehrer überein:

Notanter sagt Stryk in seinem Tr. de Success. ab intestat. diff. 4. c. 3. §. 24. & 32. diximus tempore mortis. Hic enim terminus est, ubi Successio defertur, ut sic & illo tempore quantitas bonorum fit aestimanda. Hinc hereditatem, quam superstes post mortem conjugis quaesivit, conferre minime tenetur, etiam si illa ab intestato jam antea certo sperantur.

Und ob gleich tho Buhren eine andere Meinung zu behaupten sich bemühet; so ist diese doch von keinem Gesetze unterstützt, und sein Assertum, daß die Hamburgischen Gesetze nach dem Lübschen Rechte erklärt werden müßten, höchst absurd, da, wie der gelehrte Herr Verfasser der Sammlung Hamburgischer Gesetze in dem 3ten Theil, pag. 186. seqq. das Lächerliche dieses Asserti gezeigt hat, maßen Hamburg 300 Jahre ältere Gesetze gehabt hat, als Lübeck; vielmehr müssen die Hamburgischen Stadtrechte, wie nach dem Sächsischen Rechte, und wie der Epilogus Statut. ordnet, nach den gemeinen Rechten erklärt werden, als wozu Amplissimus Senatus in dem §. 7. des unions recess. sich verbindlich gemacht hat, und wornach auch das Stadtbuch per recess. 1618. durch die Herren Syndici revidirt und corrigirt werden soll.

vid. Sammlung Hamburgischer Gesetze, Theil 3. pag. 109.

Nun aber ist eine Wittve, nach den gemeinen Gesetzen, niemals verbunden, ihre eigene Güther zu conferiren, folglich ist auch eine Hamburgische Wittve dazu nicht verbunden, da kein ausdrückliches Stadtrecht sie dazu schuldig erklärt, und solches in dem Hamburgischen Stadtbuche nicht gelesen wird.

Wolff in diff. all.

Selbst die von dem Herrn tho Buhren alleg. loco von der Statut. portion angegebene und bereits angezogene definition widerspricht seiner absurden Behauptung.

Denn wie kann das, was eine Wittwe nach dem Tode ihres Mannes für ihre Person erbet oder acquirirt, zu der Erbschaft ihres verstorbenen Mannes gerechnet werden? Und welches Gesetz behauptet einen solchen Irrwahn? Nicht das Hamburgische Stadtrecht: Denn davon ist kein Wort von dem Falle disponirt. Folglich muß dieser Fall nach dem jure communi interpretirt werden; und nach dem jure communi behauptet er gleich in dem §. 1. seiner dissertation:

” Daß die Frau niemals schuldig sey, ihre eigene Güther parapherna nec
 ” accepta a viro, zu conferiren,
 woben er sich auf den l. 8. Cod. de pact. conv. und den ganzen Titul. ff. und Cod.
 unde vir & uxor. beziehet, als woselbst der Sitz der Materie ist.

Soll nun aber das Stadtbuch nach den gemeinen Rechten erklärt, und sogar darnach revidirt und corrigirt werden?

per epilog. Statut. & recess. 1618.

Will Ampliff. Senatus nach den gemeinen Rechten die heilige Justiz verwalten:

per deducta Artic. 7. des unions recess. 1710.

So ist nicht abzusehen, wie hier das Lübeckische Recht auf irgend eine Weise eine Norm abgeben könne, da Hamburg seine eigene Statuta hat, welche älter, als die Lübeckischen sind, da das Hamburgische Stadtrecht niemahls sich auf das Lübeckische Recht, wohl aber in einigen Fällen auf die Frankfurthener reform. Policen-Ordnung 1577. in 3. Theil Tit. 6. pag. 325. des Stadtbuchs, beziehet, und da ausdrücklich verordnet, und in dem unions recess. festgesetzt ist, daß in den Fällen, da die jura Statutaria nichts disponiren, nach den allgemeinen Kaiserlichen Rechten geurtheilt werden soll, und diese in allem Betrachte entscheiden, und nicht wollen, daß eine Wittwe, für ihre Person, das ihr angeerbte Vermögen zur Theilung conferiren soll.

Ferner, da, bekanntlich, die Hamburgischen Statuta aus dem Sächsischen genommen sind, und diese ausdrücklich, ipso fatente Mevio artic. 16. n. 13. wollen, daß eine Wittwe nur dasjenige, was sie tempore mortis mariti gehabt, zur Theilung bringe, dasjenige aber, was sie in ihrem Wittwenstande ererbt hat, nicht zu conferiren schuldig ist;

Berlich. P. I. Pract. concl. 29. §. 59. & Stryk. all. loco,

so ist es um so weniger abzusehen, daß über diese Frage bis dato noch ein Zweifel entstehen können, und das solche nicht so fort, wenn darüber eine Anrede geschehen, für die Wittwe decidirt worden ist.

Bier:

Viertes Hauptstück.

Beantwortung mehrerer Einwürfe.

§. 20.

Die Einwendung, welche man daher nimmt, ob bey der Theilung die Zeit des Absterbens des einen Ehegatten, oder der Zeitpunkt der vorzunehmenden Theilung zur Entscheidung genommen werden müssen, heisset vollends nichts. Denn die Wittwe ist durch das Gesetz,

per deducta,

allemal befugt, wenn sie will, zu theilen. Eine Gemeinschaft der Güther ins Unendliche, wider Willen derjenigen, die in der Gemeinschaft sind, ist in den Rechten verboten.

per vulgata.

Selbst Eheleute können die Gemeinschaft der Güther bey ihren Lebzeiten aufheben, und desfalls ein Proclama, wie alle Tage geschieht, ergehen lassen. Warum sollte denn eine Wittwe nicht mit ihrem Kinde sich aus der Gemeinschaft der Güther, zu allen Zeiten, setzen können?

Die hiebey von den Gegnern allegirte Stelle des tho Buhren passet wohl eben nicht recht hieher, denn sie redet nur von dem ruhenden Rechte eines Kindes bis zur Abtheilung.

§. 21.

Ist es wohl ein Trugschluß, a minori ad majus, wenn man argumentiren wolte, daß, da nur gewisse Stücke der Wittwe bey der Abtheilung mit ihrem Kinde in dem allegirten Artic. 6. voraus zu nehmen bewilliget worden, sie also nicht das, nach dem Tode ihres Mannes, ihr angeerbtes Vermögen vorausnehmen könne.

Denn es ist bereits gezeigt, daß die Wittwe nur diejenigen bona communia theilt, die zur Zeit des Absterbens ihres Mannes in der ehelichen Güther-Gemeinschaft gewesen, und ihnen bey ihrer beyder Lebzeiten angeerbt, und nach dem Tode des Mannes auf die längstlebende Wittwe und ihr Kind gefallen sind. Von allen diesen Erb- und Güthern theilt sie mit dem Kinde, und nimmt dasjenige voraus, was das Stad-

E 3

recht

recht sie voraus nehmen lassen will. Nicht aber kommen hier diejenigen Güther in Anschlag oder mit zur Theilung, die nicht in der communion gewesen, die nicht bey beyderseits Eheleuten Lebzeiten ihnen angeerbt, und die also nicht auf die längstlebende Wittwe und ihr Kind gefallen, und also nicht zu theilen sind.

per deducta.

§. 22.

Und eben so fällt die Schwürigkeit weg, als ob eine theilende Wittwe nachher ihr abgetheiltes Kind von ihrer Nachlassenschaft gänzlich excludiren könnte. Dergleichen gänzliche Abtheilung vom Väterlichen und Mütterlichen kann nur der Vater, nicht aber die Mutter in diesem Falle, da sie das, was sie für ihre Person im Wittwenstande erbet, voraus nimmt, ad hunc effectum verrichten,

per deducta

sie muß ihr Kind allemal in ihren Güthern mit ihren Kindern zwoter Ehe, oder bey deren Ermangelung, dasselbe als ihren nächsten Anverwandten nach dem Articul 8. Theil 3. Titul 3. des Stadtbuchs, erben lassen, und der Articul 7. all. verordnet nur in Absicht eines sich ganz mit seinen Kindern erstern Ehe vom Väterlichen und Mütterlichen abtheilenden Vaters, welche Abtheilung doch nicht die gewöhnlichste zu seyn pflegt, weil dabey insgemein der Vater verlieren dürfte.

§. 23.

Eben so wenig bedeutend ist das von Erbgut hergenommene Argument, daß solches an den rechten Erben wieder fallen soll; denn darauf kann bey einer Abtheilung einer Wittwe oder eines Wittwers, von gemeinschaftlichen Güthern wohl nicht reflectirt werden, da

- a) bey einer solchen Theilung gemeinschaftlicher Güther, alle Idee von Erbguth wegfällt, und da
- b) bekanntlich eine Wittwe ihrem Manne nicht succedirt, und also auch deficiente successione, aller Unterschied von Güthern von selbst wegfällt, sondern sie
- c) ihre Portionem Statutariam erhält, die ihr bey Erb- oder wohlgewonnenen Guth nicht, qua talis, geschmälert werden kann,

Cothmann 2. 74.

und da

- d) es also eine contradictio in adjecto seyn würde, bey Theilung gemeinschaftlicher Güther, sensu proprio sic dicto, Erbgüther zu statuiren.

§. 24.

§. 24.

Ganz anders aber verhält es sich mit den Kindern. Diese erhalten die ihnen angewiesene Portion nicht *jure communione bonorum conjugalis continuatae*, sondern *jure hereditario*; per diss. Beat. Protocons. Schele. Dieses Erbrecht, welches sie, wegen ihres verstorbenen Vaters, bey der Theilung mit ihrer Mutter genießen, ist ihnen auch in dem all. Articul 4. Part. 3. Titul 3. Statut. an die Erbschaften ihrer Großeltern von Seiten ihres verstorbenen Vaters oder ihrer verstorbenen Mutter, dergestalt vorbehalten, daß auch nicht einmal einer ihrer überlebenden Eltern den Nießbrauch davon haben sollen, sondern sie, die Kinder, solches ganz allein für sich erben und genießen, dergestalt, daß wenn eins der gänzlich abgetheilten Kinder mit Tode abgeht, zu dessen Verlassenschaft die gänzlich abgetheilten Geschwister, mit Ausschließung des Vaters oder der Mutter, allein zugelassen werden, und nur alsdenn der überlebende Vater, oder die überlebende Mutter, von ihren abgetheilten Kindern erben, wenn diese alle ohne Leibeserben verstorben sind. So gut nun dieses Erbrecht den Kindern vorbehalten ist, eben so gut muß dieses Erbrecht auch der abtheilenden Mutter an ihrem Vater vorbehalten seyn, da sie, als Kind, von ihrem Vater zuerst Erbe ist, und ihre Kinder nach ihrem Tode erst ihre Erben werden, weil in *linea ascendente*, keine Enkel mit den Kindern, noch bey deren Leben, zu der großväterlichen Erbschaft zugelassen werden können.

Daß wirklich die Kinder bey der Abtheilung einer zur zwoten Ehe schreitenden Mutter nicht *jure communione*, sondern *haereditatis concurrere*, hat unter andern der gottselige um unsere Stadt hochverdiente weiland Protoconsul Schele, Dr. in seiner dissert. inaug., de portione Statutaria, Sect. II. §. XIX. erwiesen:

neque enim inter liberos & parentes bonorum communio obtinet, qualis conjugum nostris moribus est; quicquid igitur liberi accipiunt, id non titulo Societatis, sed haereditatis ipsis defertur.

§. 25.

Diejenigen, welche den Wittwen, zur Ungebühr, ihr alleiniges Erbrecht an der Erbschaft ihres, während ihres Wittwenstandes gestorbenen Vaters, oder sonstigen Anverwandten ihrer Seite, streitig machen, und sie zur Theilung derselben mit ihren Kindern schuldig halten wollen, suchen auch endlich noch in dem odio secundarum nuptiarum ihre Zuflucht, warum eine abtheilende Wittwe *deterioris conditionis*, als ihre Kinder seyn müsse. Allein dieses vorgeschüzte odium secundarum nuptiarum ist bey den Römern selbst, von welchen solches doch seinen Ursprung haben soll, nicht so stark gewesen, als einige Schriftsteller sich solches durch ein Vergrößerungsglas eingebildet haben. Man lese nur den

l. 2. Cod. de indicta viduitate & L. Julia Miscell. tollenda,

so

so wird man finden, daß auch da schon die zweyte Heyrath nicht so odios angesehen war, wie denn durch das jus canonicum alle dergleichen odium aufgehört hat,

per c. 5. X. de sec. nupt.

Aber bey uns Deutschen ist auch nicht die mindeste Spur davon mehr zu treffen, wie

I. S. Fr. Boehmer in dissert. de poen. sec. nupt. gen. & spuriis.

dargethan hat; und an den Orten, wo unter Eheleuten eine Güther-Gemeinschaft eingeführt ist, haben alle die Gesetze, welche die zwote Heyrath nicht begünstigen, durchaus keine Anwendung, wie Herr Licentiat Allen in seiner gelehrten

dissertat. de eo quod hodie juris est circ. poen. secund. nuptiar.

§. XXXIII,

bewiesen hat.

Und daß überhaupt diese von dem Haffe gegen eine zwote Verheyrahlung hergenommene Gesetze an denjenigen Orten, wo das jus Saxonie, gilt, gar keine Anwendung haben, solches bezeigen:

Carpz. P. II. Const. 43. def. 17.

Coler. P. I. Dec. 40. n. 7.

Berlich. P. III. Concl. 24. n. 26.

Berger. oec. jur. P. 47. & 474.

und andere mehr.

Daß aber das jus Saxonie. in Hamburg in Subsidium gelte, ist vorhin gezeigt worden, und behaupten ausserdem noch

Licent. Krohn in dissert. inaug. de honor. conjug. inter. hamb. comm. §. XIII. und XII.

und

Beat. Richey. in histor. Statut. Hamburg. Cap. II. §. 3.

De jure Saxonico, primo ac præcipuo statutorum nostrorum fonte, nemo dubitabit, nisi qui situm et nexum Hamburgi veteris ignorat. Cum istis legibus Statuta nostra jam olim diligenter contulerunt glossatores veteres; nec adhuc defunt viri intelligentissimi, qui suo & consilio & exemplo docent, quantum expediat, contendendi jus nostrum hodiernum cum pristino, & legum plurimarum sensum causasque in origine Saxonica investigari.

§. 26.

Daß aber nach dem in Hamburg in Subsidiu geltenden Sachsenrecht, eine Wittwe dasjenige, was sie nach dem Tode des Ehemannes ererbet, oder erworben hat, nicht mit zur Theilung mit ihren Kindern zu bringen schuldig sey, ist ebenfalls vorher bereits bewiesen, und bezeiget ausser den allegirten hieher passenden Stellen, annoch:

Bertoch in promptuar. jur. pract. pag. 1359.

Fünftes Hauptstück.

Handelt von dem Unterschied der getheilten Güther, nach welchem die Portion der Kinder, als Erbguth, die Portion der Wittve aber, als *acquestus conjugal* anzusehen ist.

§. 26.

Wenn es demnach ausgemacht ist, daß eine Wittve bey der Abtheilung mit ihren Kindern ihre statuarische Portion aus dem Rechte der, angenommenen, ehelichen Güther-Gemeinschaft, mithin als einen *acquestum conjugalem* erhält; so ist es auch per deducta klar, daß, da der Antheil bey der statutarischen Theilung den Kindern nicht jure communionis, sondern jure *hereditatis* zukömmt,

per deducta in primis alleg. dissert. Beat. Proto-Consul. Scheele Dr. all. loco,

alles dasjenige, was die Kinder durch eine solche Abtheilung erhalten, in Ansehung ihrer als Erbguth anzusehen sey, worüber sie weder bey Lebzeiten, noch auf den Todesfall, nach klarer Vorschrift des

Articul 4. Tit. 1. Part. 3. Statut.

zum Nachtheil ihrer Erben disponiren können; daß aber dasjenige, was eine Wittve zu ihrer statuarischen Portion, als einen *acquestum conjugalem* erhält, nicht unter diejenigen Güther zu rechnen seyn, welche nach dem Artic. 7. & 8. Tit. 1. Part. 3. Statutor. billig für Erbguth zu halten, weil solches nicht, wie das Statutum sagt, anzusehen:

D

” als

” als ob solches von demjenigen, was von wegen des Mannes von Erbguth mit-
 ” gegeben, oder bey beyder Leben mit angeerbet, nach Absterben des Mannes
 ” bey der überlebenden Wittwe verblieben,”

sondern weil sie ihre portionem Statutariam, als einen acquestum conjugalem, von
 wegen der ehelichen Güther-Gemeinschaft, und als eine Entschädigung ihres in
 die Ehe eingebrachten Brautschages und Güther, die sie sonst, bey einer zwoten Ver-
 heyrathung, nach den gemeinen Rechten, ganz herauszunehmen befugt gewesen wäre,
 erhalten hat.

Sechstes Hauptstück.

Beweiset die Unbilligkeit einer solchen Theilungsart, welche
 zum Nachtheil der künftigen Kinder zwoter Ehe gereicht.

§. 27.

So unstreitig demnach die Wahrheit ist, daß, nach den Hamburgischen Rech-
 ten und nach den in Subsidium entscheidenden Sächsischen und gemeinen
 Rechten,

per §. §. anteced.

eine Wittwe dasjenige, was sie in ihrem Wittwenstande ererbet oder erworben hat,
 nicht mit ihren Kindern zu theilen schuldig sey, so einleuchtend ist die Billigkeit, welche
 diesem Rechte zur Seite tritt.

Denin eine andere Theilungsart würde einer leiblichen Mutter alle Mittel nehmen,
 dem natürlichen Triebe ihrer zärtlichen Neigung gegen ihr leibliches Kind ein Genüge zu
 thun, weil sie sogar dasjenige schon bey ihrem Lebzeiten dem Kinde hinzugeben genöthi-
 get würde, was es erst nach ihrem Tode von ihr zu gewärtigen und sich zu erfreuen
 Hoffnung gehabt hätte, und schon bey ihrem, der Mutter Lebzeiten, wäre das Kind
 Erbe von ihr, und mit ihr Erbe von seinem Großvater und ihrem Vater.

Das Kind würde auf diese Art der Mutter bey ihrem Lebzeiten das Ihrige entzie-
 hen, und nicht selten würde der Fall seyn, da die Mutter durch eine solche Theilung
 benachtheiligt und verkürzet, sich unter der Zeit kümmerlich behelfen müßte, da ihr Kind
 durch allzu zeitig überkommenes Vermögen das Seinige herdurch bringen, und nicht
 daran gedenken würde, wie sauer es seiner Mutter geworden wäre.

Gegen

Gegen die Religion, gegen die Pflicht der Kinder gegen ihre Eltern, streitet eine solche Theilungsart, und es wäre höchst ungerecht, daß eine Mutter, die, nach dem Tode des Ehegatten, die Last der Erziehung der Kinder, zumal in den ersten Jahren, allein zu tragen hat, auch sogar noch dasjenige, was ihr extra Societatem conjugalem zugefallen, mit ihren Kindern theilen, und im Grunde dafür gestraft werden sollte, daß sie das Kind zur Welt gebracht hat. —

So billig es ist, daß die Gesetze für die Erhaltung des Vermögens der unmündigen Kinder wachen; so ganz unbillig ist es doch, daß die Kinder sich der Güther ihrer lebenden Mutter bemächtigen sollen. Sorgt die Gerechtigkeit, die Politik, für die Erhaltung der Familien, so muß diese Sorge sich doch nicht bloß und allein auf das Kind der ersten Ehe einschränken, sondern auch auf die Kinder denken, die dem Staate aus einer zweiten Ehe geböhren werden können, die nicht weniger Bürger und Mitglieder des Staates, und also nicht weniger Gegenstände seiner Vorsorge seyn müssen, und nicht weniger Kinder der Mutter, und also auch ihre Erben sind.

Man setze nun aber, eine Mutter habe aus der ersten Ehe ein Kind. Sie theilte solches von den gemeinschaftlichen ehelichen Güthern ganz zur Hälfte ab; und nun hätte die Mutter in ihrem Wittwenstande von ihrem Vater noch hundert tausend Mark ererbet, davon sie nun auch, nach der unbilligen Meynung der Gegner, die Hälfte mit ihrem einzigen Kinde ersterer Ehe abtheilen sollte; so würden die Kinder zweiter Ehe, wenn deren zum Exempel fünfse wären, (die doch auch so gut Kinder ihrer Mutter sind, wie es das eine Kind ersterer Ehe ist,) nur ein jedes für seinen Antheil zehn tausend Mark von der Mutter wegen erben, da das Kind erster Ehe allein für seinen Antheil, von seiner Mutter wegen, funfzig tausend Mark geerbet hätte.

Es fällt die Ungerechtigkeit und Unbilligkeit einer solchen Theilungsart, daher so sehr in die Sinne, daß sie einem Jeden fühlbar abscheulich wird.

Siebendes Hauptstück.

Von der Gelegenheit zu dieser Abhandlung, und Beylegung eines hieher gehörigen Falles.

Vor einiger Zeit ist dieser Fall in Hamburg zur rechtlichen Untersuchung gekommen, und es ward von einem Hochedlen Hochweisen Rathe derselbe dahin per Decretum vom 26sten September 1777 entschieden, daß die Frau

Wittwe das von ihrem Vater, nach Absterben ihres Ehemanns, Ererbte sämmtlich mit zur Theilung zu bringen schuldig.

Hievon appellirte die Wittwe an die höchsten Reichsgerichte, und es ward der Appellation unter dem 20sten October 1777. deferirt; und auch darauf, nachdem die Appellation gehörig introducirt war, von dem Höchstpreislichen Kammergerichte unter dem 30sten Jan. 1778. plenarios appellationis processus, cum inhibitorialibus & compulforialibus consuetis, erkannt, und fatalia auf zwey Monate erstrecket.

Während dieser Appellation und bevor noch die processus erkannt waren, kamen die zu Vormündern vorgeschlagene Herren Supplicaten und Appellaten bey einem Hochweisen Rath per Supplicas ein, und baten, zur Abkürzung der Sache und Verhütung eines weitaussehenden Processus eine Commission, welche denn auch auf die Hochweisen Herren Senatores, Herr Wagener J. V. Lt. und Herr Westphalen ex Senatu verfügt, und darin denn die Sache dahin verglichen ward;

„ Daß die Frau Wittwe mit ihrem Kinde alles in der ehelichen Güter-Gemeinschaft gewesene Vermögen, mit Herausnehmung dessen, was nach dem Articulo 6. Theil 3. Titul 3. des Stadtbuchs, einer Wittwe zugehört, und nach Herausgebung und Beeidigung des Inventarii, zur Hälfte theilen, und die Vormünder diese Hälfte zur Disposition ihres Pupillen erhalten sollten. Was aber die, während ihres Wittwenstandes ihr von ihrem Vater zugefallene Erbschaft anlangte, so willigte die Frau Wittwe darinn, daß die Hälfte davon auf den Namen ihres Kindes cum clausula: daß sie, die Wittwe, von dieser Hälfte so lange sie lebte, die Zinsen genießen, und das Capital weder umgeschrieben noch getilget werden sollte, belegt würde; die Vormünder consentirten darinn bis zur erlangter Volljährigkeit ihres Pupillen, und wenn dieser sodann mit diesem passu des Vergleichs nicht zufrieden seyn würde: so behielte sich die Frau Wittwe ihr Recht vor, und sollte sodann die bereits interponirte und introducirt Appellation revivisciren.

Dieser Vergleich ward durch ein ab Ampliff. Senatu abgegebenes Decretum vom 22sten December 1777. Kraft Obervormundschaftlichen Amtes, dahin confirmirt: auf eingekommene und verlesene Supplication Herr N. N. Wittwe, cum Domino Curatore und Herr N. N. Supplicantium ad causam Herr N. N. Supplicant contra Frau N. N. Supplicantin decretirt E. E. Rath, daß der sub A adjungirte von sämmtlichen Paciscenten respective proprio und tutorio nomine am 19ten mensis currentis unterschriebener Vergleich zu bestätigen.

Decretum in Senatu Hamburgensi Lunæ, den 22sten Dec. 1777.

Achtes

Achtes Hauptstück.

Es ist also diese Frage noch bis dato nicht rechtskräftig entschieden, folglich der Fall noch immer nicht durch bestimmte Gesetze ausgemacht.

§. 29.

Also ist abermals diese bisher noch streitige Rechtsfrage nicht rechtskräftig entschieden, sondern es ist immer noch wahr, was schon im vorigen Saeculo thio Buhren in seiner dissertation de portione Statut. Vid. Cap. I. Sect. II. §. I. und der hochverdiente Herr Compiler der Sammlung Hamburgischer Gesetze und Verordnungen, weyland Herrn Proto-Syndicus Klefecker, ein de re patria nicht wenig verdienster Mann, in dem 4ten Theil, pag. 473. anmerkt.

” Daß dieser Fall allemal durch gütliche Verlegung entschieden, und nicht rechtskräftig entschieden sey.

Daher es zu wünschen wäre, daß die Gesetzgebende Macht in Hamburg auch diesen Fall durch eine Obrigkeitliche Verordnung ausser allen Zweifel setzen, und dadurch die Quelle vieler Prozesse, welche in den Familien so vieles Unheil anrichten, endlich einmal stopfen mögte.

§. 30.

Da aber in diesem Vergleiche es ausdrücklich heisset:

” Daß wenn der Sohn nach erlangter Volljährigkeit diesen von seinen Herrn
” Vormündern, unter Hochobrigkeitlicher Bestätigung getroffenen Vergleich nicht
” genehmigen sollte; sodann die von der Frau Wittwe cum Dom. Curatore er-
” griffene Appellation revivisciren sollte;”

so war es nöthig, die Appellations-Processe, dem Vergleich unbeschadet, erkennen zu lassen, damit sodann dieser Umstand, daß diese Sache vorangezeigter maassen, verglichen sey, bey dem höchstpreisslichen Reichs-Kammergerichte gehörig per recessum angezeigt werden könnte, damit die Appellation künftig nicht für desert erklärt, und die Frau Wittwe, bey erlangter Volljährigkeit ihres Sohnes, auf den Fall, daß derselbe alsdann diesen Vergleich nicht genehmigen würde, nicht genöthiget werden dürfte, diese ihre Rechtsache wieder von neuem althier in prima instantia anzufangen, und sich allerley gefährlichen Zufällen auszusetzen.

Denn

Denn obgleich Amplissimus Senatus den Vergleich confirmirt hatte, so war doch ein für allemal ad Cæsarem appellirt, mithin nach der bekannten Regel:

appellatio totam ad se trahit causam,

die ganze Sache, auch in so weit, daß darinn ein Vergleich getroffen war, an das Kammergericht erwachsen, und es mußte daher dieses:

daß der Vergleich getroffen war,

mitteltst Producirung desselben, bey dem höchsten Reichsgerichte, als bey dem Domino judice ad quem! gehörig angezeigt werden.

Aussergerichtlich konnte das nicht geschehen, weil davon, nach der Kammergerichtspraxi, bey künftiger Bedürfnis gar nichts aufzusuchen, und kein documentum herben zu schaffen gewesen seyn würde, indem nur Judicial- Sachen im Archiv ordentlich registriert werden, und diese Sache also bloß durch die erkannte Proceß erst judicial geworden, und das Hamburgische Decret sonst, wenn die Sache nicht auf diese Weise eingeleitet worden, schlechterdings als rechtkräftig angesehen gewesen seyn dürfte, indem das Kammergericht niemals auf eine Appellation erkennt, welche die Parthey nicht gehörig prosequirt hat, und allenfalls nach Gutbefinden etwa palingenisiren wollen.

Diese Gründe haben daher die schleunige Beschaffung der Erkennung der Proceße, und was dem anhängig, nothwendig gemacht, theils um den Vergleich auf alle nicht voraus zu sehende Fälle aufrecht erhalten zu können, und theils um der Frau Wittve Sicherheit zu verschaffen, daß, wenn ihr Sohn, adepta majorennitate, den Vergleich nicht genehmigen wollte, sie alsdenn nicht nöthig hätte, von neuem wieder anzufangen, und diejenige Zeit und Kosten von neuen zu verwenden, die sie jetzt anwenden müssen, und denn doch noch erst alsdenn die Gefahr zu laufen, ob die Sache bey dem Reichs-Kammer-Gerichte alsdenn angenommen und Proceße erkannt würden, da sie jetzt bereits angenommen ist und processus erkannt sind. *Melius enim est prevenire, quam preveniri & post vulneratam causam remedia querere,*

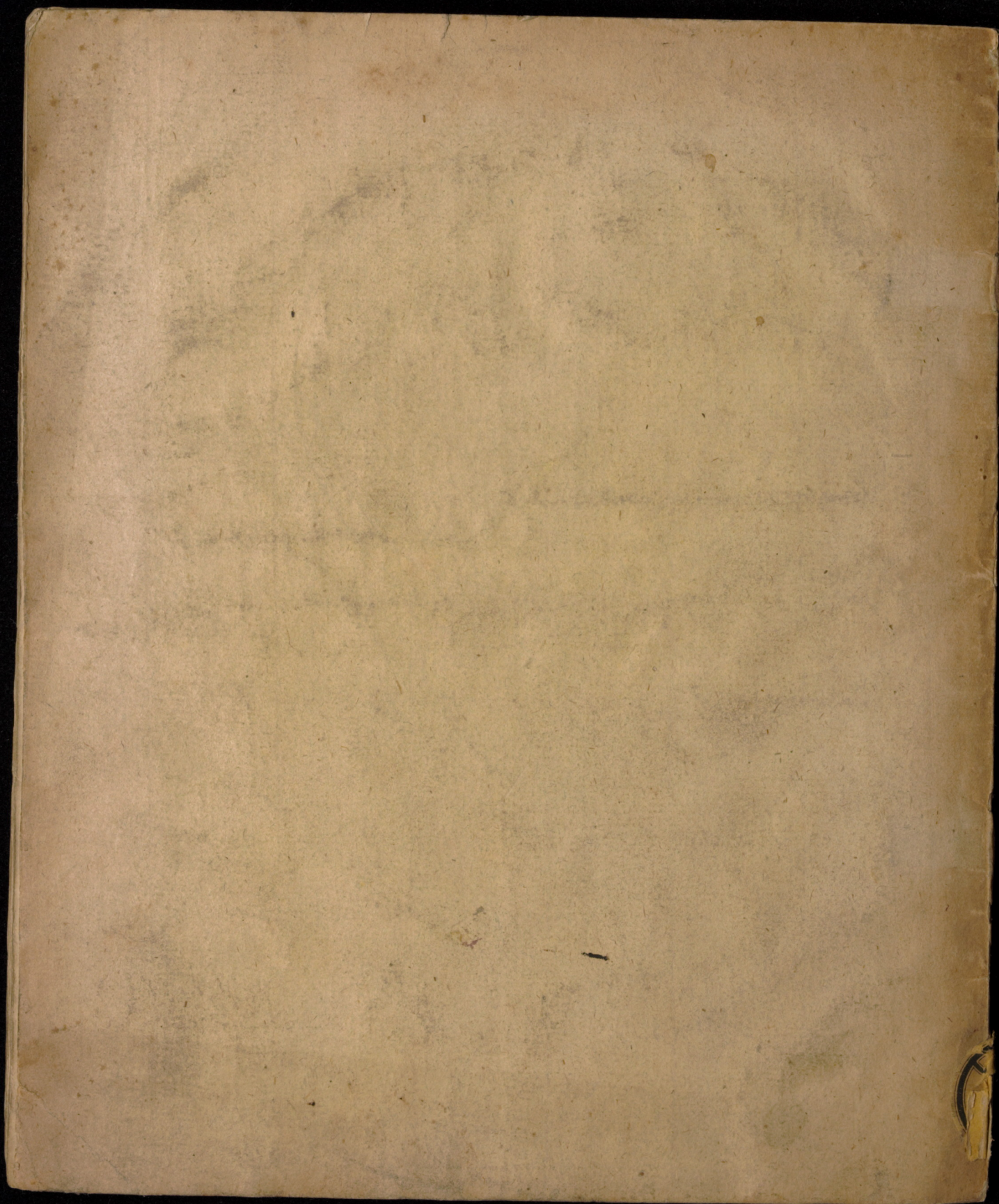


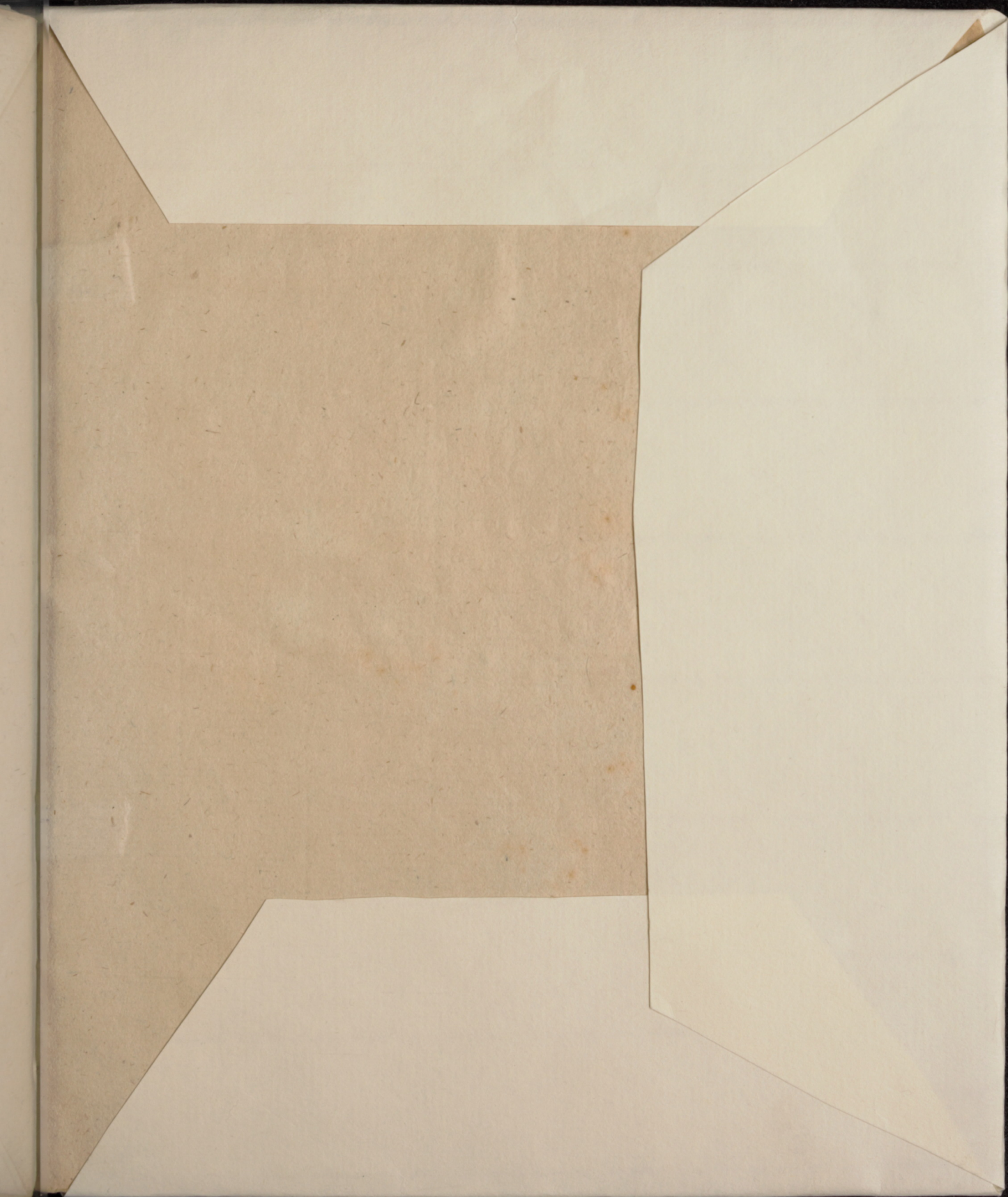
das
war,
min
ste
den
ch zu
/ge
dafi
den
et ge

cof,
ist
zum
den
sage
den
den
in ist
re-

[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]







eheliche Güther: Gemeinschaft, so wie sie während der Ehe gewesen, die Wittve mit ihrem Kinde fortgesetzt werden mußte, dergestalt, daß Schaden und Verlust, Erbschaften und Gewinn, zu gleichen Theil müßte."

cum Boehmeri in diff. de jur. & obl. conjug. superstit.

es klar und deutlich in dem Articul 4. in fin. all. Titul 3. Th. 3. des net:

Längstlebende nicht einmal die genießliche Nutzung in solchen Güthern ern daß solche schlechterdings dem Kinde verbleiben soll;"

auch klar, daß die nach dem Tode des einen Ehegatten von dem dem Kinde, oder den Kindern, fortgesetzte Gemeinschaft nicht universalis particularis, nemlich nur in Ansehung derjenigen Güther, von dem verstorbenen Vater geerbet haben, und also in der Beschaffenheit, und nicht so universalis sey, wie die eheliche Güther: Gemeinschaft der Ehegatten Lebzeiten gewesen ist, und daß also der Satz falsch sey:

Gemeinschaft der Güther, welche bey Lebzeiten beyder Eheleuten existirt, dem Absterben des einen Ehegatten von dem Ueberlebenden in eben der Qualität und eben so universal zwischen der Wittve und ihrem Kinde wie die eheliche Güther: Gemeinschaft gewesen sey."

le von der eingebildeten continuata communione universalis her, wegen offenbare Trugschlüsse, vielmehr erhellet hieraus, daß die von dem Vater nach dem Absterben des einen Ehegatten mit seinen Kindern Gemeinschaft nur in den Güthern per tacite initam communionem parat werde, welche in der ehelichen Güther: Gemeinschaft, gewesen sind, in dominio, quo utriusque conjugis bona, constante matrimonio, indiviso possidebantur, also die Theilung von allen den Güthern geschehe als Erb und Güther den beyden Eheleuten zugefallen, und zur Theilung des einen Ehegatten auf den Ueberlebenden und das Kind gefallen, nicht als bloße Societas rectoria lege permittente pro scopo Societatis, auch daß diese Güther darnach von dem Ueberlebenden verwaltet werden, als Gesetz wolle, daß die Wittve bey der vorzunehmenden Abtheilung, oder Kindern, nur von allen diesen in der ehelichen Güther: Gemeinschaft und nun nach dem Tode ihres Mannes auf sie und ihr Kind und Güthern (welche bey beyder Ehegatten Leben, wie der Articul des Stadtbuchs sagt, ihnen, den beyden Eheleuten, bey ihrem Tode,) die Theilung vorzunehmen habe, nicht aber von derjenigen Erbschaft,

