

Landesbibliothek Oldenburg

Digitalisierung von Drucken

**Factum Exceptionis cum deductione fundamentorum
excipiendi ... in Sachen des Königl. Justitz-Raths und
Ober-Sachwalters Johann Friderich Wilhelm Böckmann zu
Glückstadt, als Mandatarii des Herrn ...**

[Erscheinungsort nicht ermittelbar], [1774?]

VD18 13428233

urn:nbn:de:gbv:45:1-15572

4

Factum Exceptionis
cum deductione fundamentorum excipiendi
continens

Specimen Juris Germanici cum primis Lubecensis
De praerogativa successionis ab intestato ex communiōe bonorum prae illa,
quae ex jure cognationis fit, ad explicandum Art. XXVIII. Tit. II.
Libr. II. Statuti Lubecensis,

in Sachen

des Königl. Justiz-Raths und Ober-Sachwalters
Johann Friderich Wilhelm Böckmann
zu Glückstadt, als Mandatarii

des Herrn Licentiaten **Schwarz** zu Hamburg
in Ehevoigtschaft seiner Frauen,
Margaretha Elisabeth geborne Trogillus,
Citaten und Imploraten

wider

die Herren Rathsverwandte
Christian Schwenc und **Nicolaus Wiening**
zu Crempe, und zwar letztern und
Herrn Heinrich Westphalen
daselbst als Vormünder des verstorbenen

Peter Schwenc nachgelassener Tochter,
ingleichen

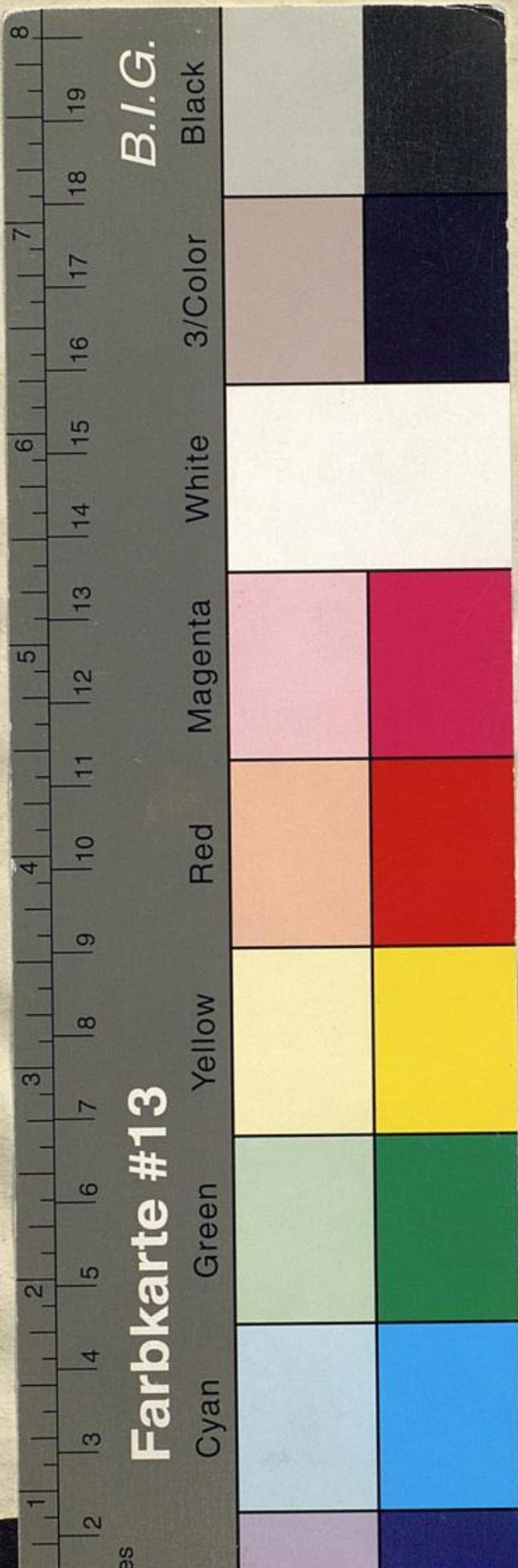
Herrn **Christian Spilner** und **Peter Schmidt**
tutorio nomine des verstorbenen

Joachim Schwenc hinterlassener Kinder,
allerseits Citanten und Imploranten

in puncto streitiger Erbtheilung der, von der verstorbenen
Frau Bürgermeisterin Trogillus, besessenen Güther.

Luv. Stabs. Rath Trendelenburg







P. P.

§. 1.

Vor vielen Jahren heyrathete der Herr Bürgermeister Trogillius zu Crempe die Wittwe des dortigen Bürgers Nicolaus Schwencf, nachdem dieselbe mit ihren in erster Ehe erzeugten Kindern, des väterlichen halber, gehörige Abtheilung gehalten hatte, und erzeugte mit derselben des Herrn Imploraten Frau Eheliiebste.

§. 2.

Nachdem diese Ehe viele Jahre gedauert hatte, ging der Herr Bürgermeister Trogillius, des Herrn Imploraten Schwieger-Vater, am 16ten Sept. 1771. den Weg alles Fleisches, und hinterlies ein ansehnliches Vermögen, welches hauptsächlich in Ländereyen, die größtentheils unter der Stadt Crempe, Theils aber unter des Amts Steinburg Jurisdiction liegen, bestund.

A 2

§. 3.

§. 3.

Des Herrn Imploraten Frau Eheliebste, welche damahls längst verheyrathet gewesen, war nun zwar unlängbar befugt, von ihrer nachgebliebenen Mutter Abtheilung zu fordern, um so mehr, da Sie bey und während ihrer Verheyrathung von ihrem Vater, nach seinen ansehnlichen Vermögens-Umständen gerechnet, nur eine grosse Kleinigkeit erhalten hatte; Allein Sie that dies nicht, sondern lies sich gefallen, daß ihre Frau Mutter in ungetheilten und vollen Guthe ohnbehindert besizen, und davon, so lange Ihr Gott das Leben fristen würde, und Sie nicht selbst aus freyen Willen Abtheilung halten wollte, nach wie vor domina bleiben sollte. Sie gab auch ihre Einwilligung zum Verkauf einiger überflüssigen Mo- und Immobilien, welcher ohne dieselbe nach Lübschen Recht nicht geschehen konte, und bat sich nur zu ihrer Sicherheit und künftigen Nachricht ein zwar vollständiges, jedoch unbeeendigtes Inventarium von dem ganzen statu bonorum von ihrer Frau Mutter aus.

§. 4.

Letztere, die mit diesen Erklärungen natürlicherweise sehr wohl zufrieden war, versprach, das von des Herrn Imploraten Frau Eheliebsten zu ihrer Sicherheit und künftigen Nachricht verlangte Inventarium zu dem Ende zu ediren. Selbiges ward auch noch in demselben Jahre, obgleich nach wiederholten dringenden Anforderungen, zu dem Ende errichtet, jedoch erst in dem folgenden ausgefertigt und dem Herrn Imploraten zugestellt, wie solches alles, nämlich den ganzen Inhalt dieses und des vorhergehenden §. 2 & 3. der Introitus Inventarii, und die von Seiten der Herren Imploranten auf Verlangen des Herrn Imploraten edirte Original-Briefe des Letztern vom 27sten Sept., 12ten Oct., 16ten und 23sten Nov. 1771. mit mehrern ergeben.

§. 5.

§. 5.

Ehe jedoch Herr Imploratus dieses Inventarium in Händen bekam, ward Ihm die Entschliessung seiner Frau Schwieger-Mutter eröffnet, daß Sie nunmehr mit seiner Frauen abtheilen wollte. Er antwortete hierauf, wie sein jenseits sub Num. 1. angelegter Brief vom 18ten Mart. 1772 ergiebet, daß Er zum Verräther an sich selbst werden müste, wenn Er nicht zu der Theilung gerne und willig die Hände böte.

§. 6.

Diese veränderte Entschliessung der Frau Bürgermeisterin Trogillus mußte bey dem Herrn Imploraten, so lange Er in der Meinung blieb, daß es zur Abtheilung kommen würde, verschiedene Forderungen regemachen, die sonst nicht gemacht seyn würden. Zuförderst war nämlich das anfänglich **blos zur Nachricht und künftigen Sicherheit** verlangte und errichtete, schon vor 4 Monathen versprochene Inventarium, und eine vorher nie verlangte Administrations-Rechnung nunmehr auch Behuef dieser Abtheilung erforderlich. Hr. Imploratus foderte daher in dem bereits angezogenen Briefe vom 18ten Mart. 1772 sub Num. 1. und dem vom 19ten Mai d. J. sub Num. 3. nunmehr beyde zu diesem Ende, zugleich aber auch schon in erstem die Erklärung seiner Frau Schwieger-Mutter, ob Sie ihre Tochter ganz abzuthemen, oder sich blos in Ansehung des väterlichen von Ihr zu scheiden gedächte, um sich über diesen Punkt näher erklären zu können.

§. 7.

Die Antwort der Frau Bürgermeisterin ging dahin, daß Sie nur von dem Väterlichen Abtheilung thun wollte. Mit derselben war jedoch Herr Imploratus nicht zufrieden, sondern behauptete, daß die Abtheilung vom Väterlichen und Mütterlichen zugleich geschehen müste, und Er war auch um so mehr befugt, dies zu begehren, da seine Frau

A. 3

Schwie-

Schwieger-Mutter, wenn Sie von denen im Amte Steinburg belegenen Immobilien die Hälfte haben wollte, nach der in den Marschen obtinirenden communionem bonorum inter conjuges unläugbar schuldig war, das Ihrige zu conferiren. Um indessen ohne Weiterung aus der Sache zu kommen, that Er zu zweyenmalen den Vorschlag, in einer einzigen Vorstellung, die von beyden Partheyen unterschrieben würde, die Sache der höchstpreisllichen Landes-Regierung vorzutragen, und eine Final-Entscheidung darüber zu erwarten, wobey beyde Partheyen ohne Umstände sich beruhigen sollten, und fügte hinzu, daß sein aussenrubricirter Mandatarius in Glückstadt von Ihm dazu beordert sey, und man sich nur grades Weges an selbigen adressiren könnte, wie solches alles die jenseits sub Num. 4 & 5. allegirte Briefe vom 13ten Jun. und 28sten Jul. 1772 mit mehrern bewähren.

§. 8.

Ob nun gleich auf diese Weise die inter partes obwaltende quaestio controversa, ohne die mindeste Weitläufigkeiten, hätte abgethan werden können, so entlehnte doch die Frau Bürgermeisterin Trogillius, die ihre Erklärung, daß Sie abtheilen wolte, nunmehr gereuete, von solchen gar nicht möglichen, und folglich bloß fingirten Weitläufigkeiten den Prätext, sothane Erklärung wieder zurück zu nehmen, und dagegen dem Herrn Imploraten durch ihren Curatorem eröffnen zu lassen, daß Sie nun wieder entschlossen sey, in gemeinschaftlichen und unzertheilten Gütern, so lange der Höchste Ihr aus Gnaden das Leben schenken würde, zu verbleiben, wie der jenseits sub Num. 6. angezogene in originali zu producirende Brief ihres Curatoris. Johann Wohldeberg vom 9ten Aug. 1772 mit mehrern enthält.

§. 9.

Diese Erklärung war dem Herrn Imploraten höchst unerwartet. Er erwiederte daher dem benannten Curatori seiner Frau Schwieger-Mutter

Mutter

Mutter in dem jenseits sub Num. 7. angezogenen Antworts-Schreiben vom 29sten Aug. 1772, es würde vermuthlich sein höflicher Spasß seyn, wenn er Ihm geschrieben, daß aus der Theilung des Nachlasses nun nichts werden sollte. Das sey seine Sache anjese nicht weiter. Denn, wer Ihn einmahl geladen hätte, der müste Ihn auch tragen. Seine Frau Curandin hätte auf eine Theilung gedrungen, und müste daher auch nunmehr mit Ihm die Sache erledigen. Er wiederholte hierauf nochmahlen den per §. 7. bereits zu zweyenmalen gethanen Vorschlag, daß Sie in einer gemeinschaftlichen Vorstellung an die Höchstpreisliche Landes-Regierung, worinnen bloß die Geschichte oder das Factum, und, cum jura novit curia, keine Rechts-Gründe angeführet würden, die Sache vortragen, und eine Entscheidung abwarten könnten, mit dem Beyfügen, daß Er aller Rechtsmittel durchaus entsagen, und sich das, was dieses höchste Dicasterium spräche, gefallen lassen wollte. Er bemerkte, daß, wenn seine Frau Schwieger-Mutter diesen Vorschlag annähme, Sie beyde gar keinen Proceß und gar keine Weitläufigkeiten mit einander hätten, und äusserte, daß Sie Ihm nicht näher kommen könnte, wenn Ihr Friede, Ruhe und Einigkeit lieb wäre. Schliesslich verlangte Er darüber die Erklärung, mit dem Beyfügen, daß Er sodann den dazu erforderlichen Aufsatz einsenden würde, den Sie zeigen könnte, wenn sie wollte. Allein die Frau Bürgermeisterin Trogillius, die so gerne das ganze Vermögen behalten wollte, nahm, wie die zu producirende Antwort ihres Curatoris vom 24sten Sept. 1772 ergiebet, diesen, einen Proceß und alle Weitläufigkeiten so sehr ausschliessenden Vorschlag nicht an, sondern lies dem Herrn Imploraten durch denselben zu erkennen geben, daß Sie sich nun zu einer Abtheilung durchaus nicht entschliessen, sondern in ungetheilten Güthern bleiben wollte, und gab nunmehr, da Sie ihren erstern, von Weitläufigkeiten entlehnten Vorwand wiederleget sahe, von dieser wieder veränderten Entschliessung die wunderbare und sehr übel passende Ursache an, es sey Ihr zu hart, sich von ihrer leiblichen Tochter bey ihren Lebzeiten gänzlich zu trennen.

§. 10.

§. 10.

Dieser Erklärung ungeachtet hat nun zwar Herr Imploratus, da Er seiner Frau Schwieger-Mutter die Befugniß nicht einräumen wollte, ihr Wort zurück zu nehmen, in der Voraussetzung, daß die Abtheilung geschehen müsse und geschehen würde, und um Sie dazu zu bewegen, in seinem Schreiben sub Num. 7. und seinen nachherigen, jenseits sub Num. 8. 9. 10. 11. 12. 13 & 14. angezogenen Briefen vom 28sten Sept. 21sten 24sten Octob. und 29sten Nov. 1772. und vom 2ten April, 7ten Mai und 19ten Jun. 1773 erkläret, daß Er die einseitige Administration seiner Frau Schwieger-Mutter nicht weiter agnoscire, sich alle Eincassirung seiner Frauen Vermögens verbitte, und niemand weiter potestivire, in seiner Frauen Namen über Schulden zu quitiren, und solche einzuziehen; Auch hat Er seinem Herrn Schwager verboten, daß, was derselbe schuldig wäre, ad massam zu bezahlen, einen Theil der Massæ seinen und seiner Frauen Antheil genannt, und die Mängel des erhaltenen Inventarii angezeigt, nichtweniger den Verkauf einiger Meubeln und Immobilien für den wirklichen Anfang der Theilung erkläret; Nachdem Er aber in der Folge die in dem bereits erwähnten Schreiben ihres Curatoris, zu Ablehnung seiner Frau Curandin Verbindlichkeit zur Abtheilung, angeführte Gründe „ daß „ nämlich nach seiner und seiner Frau Liebsten einmahl gegebenen Erklärung es seiner Frau Curandin frey stünde, in ungetheilten Gütern zu „ bleiben, so lange es Ihr gefällig, und daß zwar, wenn Sie sich diesem ohngeachtet einmahl erkläret hätte, auf eine solche Art abzutheilen, wie Herr Imploratus verlangte, es vielleicht ihre Schuldigkeit „ seyn möchte, bey ihrem Worte zu bleiben; da aber dies nicht geschehen, vielmehr Ihm bloß ein Vorschlag zu einer Abtheilung gegeben worden, welchen Er nicht annehmen wollen, sich dadurch die „ Erklärung seiner Frau Curandin von selbst hebe, und nicht „ weiter ausgedehnet werden könne, als sie je gegeben worden. „ Nachdem Er, sage ich, alle diese Gründe in genauere Erwägung gezogen, und gefunden hatte, daß, wenn Er, derselben ohngeachtet, seine Frau Schwieger-

Schwieger-Mutter wider ihren Willen zur Abtheilung durch den Weg Rechts schuldig zu machen, versuchen wollte, Er ohnfehlbar im Bloß schlagen würde, so entschloß Er sich, davon zu abstrahiren, und sich ihrem wiederholt erklärten Willen zu conformiren, wodurch denn alle vorher angezeigte Aeußerungen von selbst wegfielen.

§. 11.

Aus dieser Ursache also wurde auch die noch in dem Schreiben vom 2ten April 1773. sub Num. 12. angedrohte Klage nicht angestellt, sondern des Herrn Imploraten Frau Liebste ließ ihre Frau Mutter nach wie vor bis an ihr Lebens-Ende in ungetheilten und vollen Guth ohngehindert sitzen, und ohne ihr Zuthun darüber nach eigenem Gefallen schalten und walten, folglich auch alle Revenuen des gemeinschaftlichen Vermögens, ohne das mindeste davon zu erhalten, genießen. Dies dauerte bis zum 23sten Jul. 1775, da es der Borsehung gefiel, Sie gleichfalls aus dieser Zeitlichkeit abzufodern.

§. 12.

Nunmehr existirten also zweyerley Verlassenschaften, nämlich der Nachlaß des zuerst verstorbenen Hrn. Bürgermeisters Trogillius und der Nachlaß dessen nachher mit Tode abgegangenen Frau Wittwe. Letzterer bestund in 17174 Mfl. 10 $\frac{1}{4}$ fl. an dote und illatis, ferner in der Defunctae Kleidern und etwanigen Geräthe, und in demjenigen, was Sie nach dem Ableben ihres seeligen Mannes von den Revenuen erübriget hatte. Alle übrige beweg- und unbewegliche Haab und Gütther, jura nomina & actiones aber machten den Nachlaß des seeligen Herrn Bürgermeisters Trogillius aus. Dieser fiel nun durch dessen und seiner Frauen ohne Abtheilung erfolgten Tod des Herrn Imploraten Frau Eheliubsten allein anheim, an Statt daß der Nachlaß der Frau Bürgermeisterin Trogillius zwischen derselben und den Herren Imploranten, als der Defunctae sämtlichen Kindern und Kindes-Kindern in vier gleiche Theile zu theilen war.

B

§. 13.

§. 13.

Ohngeachtet nun solchergestalt des Herrn Imploraten Frau Liebsten der größte Theil dieser gesammten Güther beykam, so wurden Sie doch von dem Magistrat zu Crempe so behandelt, als wenn Ihr gar nichts davon gebührte. Ohne Ihr Wissen und Zuthun geschahen die Bestellung eines Curatoris bonorum, die Entsiegelung, und Inventur der Verlassenschaft, und der Verkauf der Meublen war auch schon angefezet. Bey einem so widerrechtlichen Verfahren konnte Sie unmöglich gleichgültig seyn. Demselben wurde also, sub reservatione aller competirenden Gerechtsame, überhaupt widersprochen, insonderheit aber wurden die Herren Imploranten, nachdem selbige in einer gewissen Vorstellung auf die Verauctionirung der Mobilien imploriret, von dem Herrn Imploraten aufgefordert, ihr prätrendirtes Miterbungsrecht an denselben mit seiner Frau zuzörderst auszumachen, und in der desfälligen Vorstellung ward gebeten, sie per Decretum dazu an die Sache aber, weil auffer dem Herrn Bürgermeister Wichmann, alle übrige Raths-Glieder, zu der Classe der Imploranten gehörten, zur gerichtlichen Erörterung und Entscheidung an die Höchstpreisliche Landes-Regierung zu verweisen. Bey dem Herrn Bürgermeister Wichmann in Crempe fand man aber damit kein Gehör. Man mußte also bey **Ihro Königl. Majest.** immediate Hülfe suchen, und daselbst wurde auch die gebetene Avocation dieser Sache von dem Cremper Magistrat, und deren Verweisung an die Höchstpreisliche Landes-Regierung allergerechtest verfüget, und unterm 1sten April 1777 partibus bekant gemacht.

§. 14.

Denen ad agendum aufgeforderten Imploranten lag nunmehr, nach der Lage der Sache, ob, die vices actorum zu übernehmen, und die behuñge Citation auszubringen. Dies thaten Sie aber nicht. Von Seiten des Herrn Imploraten ward daher um ein mandatum dazu gehörigen

gehörigen Orts angesuchet. Als Sie nun solches erfahren haben mochten, extrahirten Sie endlich unter der, von keinem Effect seyenden protestatione facto contraria, daß solches und die übernommene Qualität der Imploranten ihnen und ihrer Pupillen Gerechtsamen nicht präjudiciren solle, die gehörige Citation, und communicirten demnach dem Herrn Imploraten ihren Libellum, in welchem sie die Hälfte des Nachlasses des seeligen Herrn Bürgermeisters Trogillius zur Verlassenschaft seiner Wittwe, der gemeinschaftlichen Mutter und resp. Großmutter allerseits Partheyen rechneten, und ihr petitum dahin richteten, daß die von der verstorbenen Bürgermeisterin Trogillius besessene gesammte Güther dergestalt zu theilen, daß, wenn zuvörderst Herr Imploratus dasjenige, was seine Frau bey Lebzeiten des Vaters erhalten, conferiret, derselbe die Hälfte der väterlichen Güther voranzunehmen befugt, die übrigen vorhandenen Güther aber zwischen demselben und den Imploranten aufzuthemen. Auf diese Klage contestiret nun Mandatarius des Herrn Imploraten, sub reservatione juramenti litis decisorii, litem negative, opponiret den Herrn Imploranten exceptionem non fundatae nec probatae intentionis, hinc non competentis actionis, und die folgende Abhandlung wird dazu dienen, den Ungrund solcher actionis institutae und hingegen den guten Grund dieser Exceptionen auffer Zweifel zu setzen.

§. 15.

Die inter partes streitige Frage ist: Wie die von der Frau Bürgermeisterin Trogillius bis an ihr Ende besessene Güther zwischen dem Herrn Imploranten und dem Herrn Imploraten in ihren angezeigten Qualitäten zu theilen sind? Die Herrn Imploranten behaupten, daß die eine Hälfte des Nachlasses des seeligen Herrn Bürgermeisters Trogillius zur Verlassenschaft seiner nachher verstorbenen Wittwe gehöre, und daher Herr Imploratus nur den andern Halbschied davon als pa-

terna seiner Frauen ex massa zu nehmen befügt, das übrige Vermögen aber zwischen ihnen beyden aufzuthellen sey. Herr Imploratus hingegen läugnet, daß das mindeste von dem Nachlasse seines seeligen Herrn Schwieger-Vaters zu der Verlassenschaft seiner nachher verstorbenen Frau Schwieger-Mutter gehöre, und folgert daraus, daß jener, so wie er tempore obitus Defuncti beschaffen gewesen, seiner Frauen allein gebühre, und nur alles übrige zwischen Ihr und den Herrn Imploranten zu theilen sey. In dem communicirten Libell haben letztere ihre Meinung zu begründen, und des Herrn Imploranten seine zu widerlegen gesucht. Mit wie schlechten Erfolg aber beydes geschehen, wird sich nun ergeben.

§. 16.

Alles, was Sie zu Begründung ihres asserti, daß nämlich die Hälfte des Nachlasses des seeligen Herrn Bürgermeisters Trogillius zur Verlassenschaft dessen nach ihm verstorbenen Wittwe gehöre, beyzubringen vermocht haben, bestehet, nach Maasgabe des §. 7. ihres Libelli darinnen, daß nach Lübschen Recht der überlebenden Frau eine portio statutaria beykäme, die, im Fall sie nicht beerbet, in dimidia parte omnium bonorum mariti, im Fall sie aber beerbet wäre, in portione virili, bestünde, es sey denn, daß die Mutter sich mit den Kindern gänzlich auch intuitu ihres eigenen Vermögens aus einander setzen oder auch zur andern Ehe schreiten wollte, als in welchem ersten Fall sie den Kindern die Hälfte des gesammten Vermögens, in dem letztern aber entweder diese Hälfte oder auch alle paterna heraus zu geben schuldig wäre. Da aber dieser Fall nicht existirte, so sey die portio statutaria der Frau Bürgermeisterin Trogillius die Hälfte des Vermögens ihres verstorbenen Mannes geworden, wie Sie auch selbst dem Herrn Imploranten erkläret hätte. Wenn man nun auch alle diese asserta, so ungegründet sie auch zum Theil sind, für richtig annimt, so erhält doch die angestellte Klage dadurch keine Begründung. Denn das Lübsche Recht leget einer beerbten Wittwe,

we,

we, von deren Gerechtsamen nur hier allein die Rede ist, und welche auch nur allein in dem Fall sich befindet, nach ihres Mannes Tode die Gemeinschaft der Güther mit ihren mit demselben erzeugten Kindern zu continuiren, eine portionem statutariam nur in dem Fall bey, wenn sie mit denselben theilet, und nicht in ungetheilten Güthern sitzen bleibt, und es findet daher die Meinung des von den Herrn Imploranten angeführten Mevii, ¹⁾ daß die portio statutaria einer unbeerbten, vor Vollziehung der vorgehabten Theilung mit Tode abgegangenen, Wittwe ihren Erben gebühre, aus einem zwiefachen Grunde hier keine Anwendung. Hat hingegen eine Wittwe bey ihrem Leben mit den Kindern nicht getheilet, noch einmal Theilung halten und reguliren wollen, sondern ist sie vielmehr mit denselben bis an ihr Ende in allen Güthern besizen geblieben, so kan zu derselben Nachlaß nachhin nichts von ihres zuerst verstorbenen Ehemanns Guth loco portionis statutariæ gerechnet werden. ²⁾ Nicht in jenem sondern in diesem Fall aber hat sich die verwittwete Frau Bürgermeisterin Trogillius, welche mit des Herrn Imploranten Frau Liebsten keine Abtheilung gehalten, sondern in allen Güthern hat besizen bleiben wollen, und auch geblieben ist, befunden. Dieselbe hat also von der Verlassenschaft ihres Mannes eine portionem statutariam nicht acquiriret. Was sie aber nicht acquiriret hat, hat von ihr auf ihre Erben nicht transferiret werden können. Die Herren Implorantes hätten daher, wenn ihre Klage einigen Grund haben sollte, entweder mit einer ausdrücklichen Disposition oder auch mit der Analogie des Lübschen Rechts darthun sollen; daß auch den Erben einer, ohne Abtheilung, bis an ihr Lebens-Ende in gemeinschaftlichen Güthern besizen gebliebenen beerbten Wittwe, an deren verstorbenen Mannes Güthern die portio statutaria gebühre, die ihrer Erblasserin, wenn sie mit ihren Kindern Abtheilung gehalten hätte, zu Theil geworden seyn würde. Die Einsicht des jenseitigen Libelli ergiebet aber, daß Sie den Beweis

B 3

die:

¹⁾ in Commentario ad Jus Lubecense Libr. 2. Tit. 2. Art. 12. num. 345. & 346.

²⁾ Stein in der Einleitung zur Lübschen Rechts-Gelehrsamkeit. S. 185. num. 4.

dieses, den Grund der jenseitigen Klage involvirenden, asserti gänzlich schuldig geblieben sind. Dies ist aber für den Herrn Imploraten schon genug, um eine plenariam absolutionem von der auf die Hälfte des Nachlasses des Herrn Bürgermeisters Trogillius, als eine portionem statutariam dessen Frau Wittwe gerichteten Klage, ohne dieselbe, durch eine weitere Wiederlegung zu elidiren, zu verlangen, weil ein Beklagter gar keine Exception nöthig hat, um von einer an sich schon nicht begründeten, wie von einer unerwiesenen, Klage losgesprochen zu werden. Es geschiehet also blos zum Ueberfluß, wenn Herr Imploratus sich die Mühe nimt, den Ungrund des obangeführten gegenseitigen asserti aus den Rechten darzuthun.

§. 17.

Wenn man das Sächsische Statutum von Anfang bis zu Ende durchgeheth, so findet man in demselben nirgends verordnet, daß den Erben einer Wittwe, die nach ihres Mannes Tode, ohne mit dessen Erben Abtheilung zu halten, in allen Güthern besizzen geblieben, von des zuerst verstorbenen Mannes Güthern die portio statutaria gebühre, die ihre Erblasserin, wenn sie mit dessen Erben getheilet hätte, erhalten haben würde. Eine solche Verordnung würde auch sehr seltsam seyn, da eine portio statutaria mit dem durante communionem genossenen usufructu ein duplex lucrum ausmachen würde, welches die Rechte niemanden zu erkennen. Wohl aber ist in Ansehung einer beerbten Ehefrau in demselben ausdrücklich das Gegentheil verordnet, wenn es heisset: *) “ Verehlicht sich eine Jungfrau oder Witt-
 „ frau einem Mann, und zeugen mit einander Kinder, die
 „ ihren Vater überleben, nimmt sie denn einen andern Mann,
 „ und zeuget auch Kinder bey ihm, und das Guth bleibt
 „ ungeschichtet und ungetheilet, und stirbet die Frau dar-
 „ nach, daß der Mann also Theilung halten muß, so sollen
 „ die

*) Sächsisches Recht Libr. 2. Tit. 2. Art. 28.

„ die ersten Kinder zuvor nehmen ihres Vaters Guth,
 „ ihrer Mutter Guth aber sollen sie mit dem andern Mann
 „ und seinen Kindern theilen, nach Hauptzahl. „ Nach die-
 ser ausdrücklichen Verordnung des Lübschen Rechts würden also die
 Herren Imploranten, wenn die verstorbene Frau Bürgermeisterin
 Trogillius, als ihre resp. Mutter und ihrer Pupillen Gros-Mutter
 bey ihrer zwoten Verhehlichung mit dem Herrn Bürgermeister Trogil-
 lius mit ihnen keine Abtheilung gehalten hätte, sondern das Guth
 ungeschichtet und ungetheilet geblieben, und dieselbe vor ihrem
 zweyten Mann verstorben wäre, ganz unläugbar ihres Vaters Guth
 voraus genommen, und nur ihrer Mutter Guth mit dem nachgeblie-
 benen Wittwer und des Herrn Imploraten Ehefrau nach Hauptzahl
 getheilet haben. Warum soll denn nicht des Herrn Imploraten Ehe-
 frau ein gleiches Recht zustehen, da der Fall sich eräugnet hat, daß
 ihr Vater vor ihrer gemeinschaftlichen Mutter und resp. Gros-Mutter
 verstorben, und bis an der letztern Tod das Guth gleichfals un-
 geschichtet und ungetheilt geblieben ist? Die Herren Implo-
 ranten antworten in ihrem Libello: Darum nicht, weil in diesem
 letzten Fall die ratio des angeführten Art. 28. fehlt, welche darin-
 nen bestehet, daß der superstes, der nach dem Art. 21. bey seiner
 zwoten Verheyrathung mit seinen Kindern abzuthailen schuldig war,
 da er solches unterlassen, des beneficii des statuti nicht würdig
 gewesen, gegen welches er gesündigt hat. Sie haben auch Recht,
 wenn die von Ihnen angegebene Uhrsache die wahre ratio obiger Ver-
 ordnung ist. Dies muß daher untersucht, und die eigentliche ratio
 ipsius legis ausfündig gemacht werden.

§. 18.

Der grosse Mevius ist zwar in Bestimmung der rationis hujus
 legis auf der Herren Imploranten Seite. Denn dieser führet ⁴⁾ da-
 von

⁴⁾ in Commenrario ad Jus Lubecense Libr. 2. Tit. 2. Art. 28. num. 26.

von, unter Berufung auf Römische Geseze, folgenden Grund an,
 „ quia superstes, qui divisione legitima statuto satisfacere negli-
 „ git, indignus est statuti, contra quod peccavit, beneficio. „
 Allein diese ratio ist nicht allein unzulänglich, weil nach derselben alle
 Fälle unerörtert bleiben müssen, wo eine Theilung unterblieben, die in
 statuto nicht präscribirt ist, und sich also keine poena gedenken lässet, son-
 dern sie ist auch offenbar ungegründet. Denn, da die bey der zweyten Ver-
 ehelichung zu beschaffende Richtigkeit in dem Lübschen Recht ⁵⁾ so nach-
 drücklich anbefohlen ist, daß sie, wenn die Kinder fremde sind, und
 keine Freunde haben, welche sie befördern können, sogar von dem
 Rath ex officio bewürket werden soll, auch, so lange sie nicht beschaffet
 worden, die zweyte Verheyrahlung nicht vollzogen werden darf, so
 kan dieselbe in keinem andern Fall, (folglich auch nicht in casu Art. 28.)
 unterblieben seyn, als wenn die Kinder oder deren Freunde und Vor-
 mündter entweder, wie in præsenti geschehen, ausdrücklich, oder doch
 wenigstens durch Unterlassung der ihnen zustehenden provocationis
 ad divisionem stillschweigend in deren Omission gewilliget haben.
 Von einem aber, der consensu eorum, quorum interest, das, was
 er eo deficiente zu thun schuldig gewesen wäre, unterlassen hat; kan
 so wenig, quod *neglexerit* satisfacere statuto, als quod *peccaverit*
 contra statutum, & *indignus sit* ipsius beneficio, gesagt werden;
 Ueberdem würde auch die privatio portionis statutariæ ob neglectum
 statuti eine poena seyn, welche die, sich der strafbahren Unterlassung
 schuldig gemachte Mutter, da dieselbe verstorben, überall nicht, ohne
 Ungerechtigkeit aber ihre, an solcher Omission keinen Theil habende,
 Kinder der zwoten Ehe nicht treffen kan. Mit Recht urtheilet daher
 der Lübeckische Herr Senator H. D. Krohn ⁶⁾ „ *Mevium omisso*
 „ *flore & robore putaminibus & cortice contentum*, & *verae*
 „ *rationis ignarum*, *rem limis oculis intuentibus satisfacisse*, imo
 „ *Romano patrocínio rem pejorem reddidisse.* „ Und, wie daher
 schon

⁵⁾ Libr. 2. Tit. 2. Art. 21 & 29.

⁶⁾ in diss. Trigam exercitationum ad Jus

Lubecense exhibente sub præsidio Winck-
 leri habita Kil. 1758. Exerc. 2. §. 4.

schon allein hieraus auf das überzeugendste zu Tage lieget, daß von der angeführten Disposition des Art. 28. eine andere ratio vorhanden seyn müsse, so wird die Eruirung derselben dazu dienen, dessen Anwendung auf den gegenwärtigen Fall auffer allen Zweifel zu setzen.

§. 19.

Die wahre ratio dieser Disposition ist aus der communione bonorum inter conjuges herzuleiten. Diese ist nach den Teutschen Rechten nichts anders als ein „condominium, vi cuius bona utriusque conjugis ab utroque, ut unum & indivisum patrimonium, possidentur.“⁷⁾ Selbige schränket sich blos auf die Personen der Eheleute ein, wenn sie mit einander keine Kinder haben, und hieraus folget, daß, wenn eines derselben ohne Kinder verstirbet, der conjux superstes nach den Teutschen Sprüchwörtern: **Hut bey Schleyer, und Schleyer bey Hut; Längst Leib, längst Guth; Leib an Leib, Gut an Guth; und der Letzte macht die Thüre zu;** den ganzen gemeinschaftlichen Nachlaß, mit Ausschließung aller übrigen Anverwandten, ererbe.⁸⁾ Haben aber die Ehegatten mit einander Kinder, so erstrecket sich diese unter ihnen obwaltende Gemeinschaft der Güther schon bey ihren Lebzeiten auf dieselben,⁹⁾ und wird nach des einen Ableben zwischen dem überlebenden und dessen mit dem verstorbenen erzeugten Kindern continuiret.¹⁰⁾ Durch den Tod des leztlebenden Ehegatten aber werden die zwischen demselben und dem zuerst Verstorbenen gemeinschaftlich gewesene Güther auf ihre mit einander erzeugte Kinder devolviret.¹¹⁾

©

§. 20.

7) Büneckau in diss. de Separatione liberorum ex jure Germanico cum primis Lubecensibus §. 1.

8) Eisenharts Grund = Sätze der Teutschen Rechte in Sprüchwörtern Pars 3. Sect. 3. num. 8 & 9. & de Selchow in Elementis juris germanici privati §. 473.

9) Büneckau in diss. cit. §. 2.

10) Idem l. c. §. 3.

11) F. G. Krohn in Diss. de communione bonorum inter conjuges Hamburgenses §. 51. Henrici Brockes Obl. forens. sub Num. 17. inserta.

§. 20.

Daß von diesen allen die Gemeinschaft der Güther der Grund sey, läßt sich nicht bezweifeln. Denn die gesammte Erb-Folge beruhete bey den Teutschen auf den bey Lebzeiten des Erblassers schon erlangten Mit-Eigenthum und Mit-Besitz der zu vererbenden Güther, und in dem damit verknüpften nächsten Recht und Gelegenheit, dieselben nach des ersten tödtlichen Abgang zu behalten, welche Frau und Kinder vor andern hatten. Ehe man also die Fälle in der Erb-Folge aus dem ordentlichen Successions-Recht entschied, ward zuvörderst darauf Reflexion genommen, wer mit dem Verstorbenen in der Gemeinschaft der Güther säße, oder darinnen wenigstens zum nächsten geseßen habe, und diesem ward die Erbschaft ohne Rücksicht auf etwas anders zugebilliget.¹²⁾ Sind nun aber dieses allgemeine Grund-Sätze des Teutschen Rechts, so müssen sie auch, bey Erklärung des obangeführten Art. 28. des Lübschen Rechts, zum Grunde gelegt werden, in so ferne aus diesem Statuto selbst nicht andere principia hervor gehen. Hieran fehlet aber so viel, daß vielmehr, wie dessen Dispositionen ergeben werden, erstere in demselben auf das deutlichste adoptiret sind.

§. 21.

Es ist nämlich eine, aus den kläresten Verordnungen des Lübschen Statuti zu Tage liegende, und von den bewährtesten Rechts-Lehrern¹³⁾ längst erwiesene Wahrheit, daß nach demselben unter beerbten Eheleuten eine communio bonorum universalis obtinire. Ferner setzen auch verschiedene Verordnungen desselben,¹⁴⁾ da sie enthalten, daß ohne ihrer

Kin-

¹²⁾ von Senckenberg Anfangs-Gründe der Teutschen Rechts-Gelahrtheit Libr. 4. cap. 2. §. 2. Dreyer in der Sammlung vermischter Abhandlungen zur Erläuterung der Teutschen Rechte P. I. pag. 97. und Stein in der Abhandlung des Lübschen Rechts P. 2. Tit. 2. §. 266.

¹³⁾ Cothmann Conf. Jur. Vol. 2. Conf. 51. num. 135-138. & Conf. 74. num. 39. seq. Vol. 4. Conf. 24. num. 7. Stein in der Abhandlung des Lübschen Rechts I. Theil. §. 113-119. und in der Einleitung zur L. R. Gelehrsamkeit §. 73-76.

¹⁴⁾ L. R. Libr. I. Tit. 6. Art. 1. & Tit. 5. Art. 9.

Kinder Einwilligung weder Mann noch Weib ihre Güther einander geben, und kein Mann die ihm von seinem Weibe zugebrachte liegende Gründe und stehende Erb-Güther ohne ihren und ihrer Kinder Willen verpfänden, verkaufen noch verschenken möge, auffer Zweifel, daß nach Lübschen Recht den Kindern schon bey Lebzeiten ihrer Eltern ein jus condominii an deren Güthern beykommen müsse. Auch bleibt nach dessen ausdrücklicher Verordnung, ¹⁵⁾ wenn die Kinder bey Lebzeiten des Vaters sich in den Ehestand begeben, nach dessen Ableben, die Wittve in allen Güthern besitzen, und ist nicht schuldig, mit den Kindern zu theilen, es sey denn, daß sie sich in ein Gottes-Haus einkauft, oder anderweit verehlichet, und selbst in diesem letztern Fall bleiben die Güther ungetheilt und ungeschichtet, ¹⁶⁾ wenn, wie im §. 18. darge-
 than worden, die Kinder in die Unterlassung der hoc casu verordneten Abtheilung ausdrücklich oder stillschweigend willigen. Wer bekommt aber nach Lübschen Recht das gemeinschaftliche Vermögen, wenn der leztlebende, mit seinen Kindern in ungetheilten Güthern besitzen gebliebene, Ehegatte auch verstirbt? Nach den ausdrücklichen Verordnungen desselben ¹⁷⁾ nur die unabgesonderten d. i. die Kinder, mit denen der leztlebende Ehegatte bey seinem Ableben in Gemeinschaft gestanden. Und diese schliessen die abgesonderten d. i. diejenigen, welche durch eine Abtheilung aus der Communion geschieden, von dessen Nachlaß aus.

§. 22.

In diesen eben erwähnten Verordnungen des Lübschen Rechts zeigt sich schon die Anwendung des im §. 20. angeführten principii juris germanici, daß der Nachlaß eines Verstorbenen demjenigen beykomme, der mit demselben in der Gemeinschaft der Güther ge-
 sessen, und nichts als dieses principium kan der Grund derselben seyn. Denn unabgesonderte und abgesonderte Kinder sind und bleiben, dieses

Ⓒ 2

Unterschieds

¹⁵⁾ Lübsches Recht Libr. 2. Tit. 2. Art. 8.

¹⁷⁾ Libr. 2. Tit. 2. Art. 6. 16. & 34.

¹⁶⁾ Lübsches Recht Libr. 2. Tit. 2. Art. 28.

Unterschieds ungeachtet, nach dem jure sanguinis & cognationis ihren Eltern gleich nahe verwandt. Wäre also dies jus der Grund ihrer Erbfolge, so müßten abgesonderte Kinder, unter der Verbindlichkeit, das, was sie erhalten, bey der Erbtheilung zu conferiren, den Eltern mit den unabgesonderten zugleich erben. Da ihnen aber in dem Lübschen Recht dieses Erbrecht ab- und allein den unabgesonderten zugesprochen wird, so kan nichts als die resp. Aufhebung und Fortdauer der Communion die Uhrsache von zween so widersprechenden Wirkungen seyn. Nichts als obiger Grund-Satz des Deutschen Rechts, zu welchem auch gehöret, daß, bey Ermangelung solcher, die in einer wirklichen Gemeinschaft mit dem Verstorbenen gestanden, diejenigen dessen nächste Erben gewesen, die mit demselben zum nächsten oder letzten in der Gemeinschaft geseßen haben, ist die Uhrsache, warum nach fernern Verordnungen des Lübschen Rechts, ein von seinen Eltern abgesondertes Kind, das vor der Theilung mit seinen mitabgesonderten Geschwistern verstorben, sein Nachlaß auf letztere, welche mit ihm im gesammten Guthe geseßen, ¹⁸⁾ wenn sie aber vorher mit einander getheilet, auf diejenigen, mit welchen er zunächst in communiōe gewesen, und also zuerst auf seine mitabgesonderte Brüder und Schwester, bey deren Ermangelung aber erst auf seine unabgesonderte Geschwister oder deren Kinder, mit denen er nicht so nahe in Gemeinschaft geseßen, und, wenn auch deren keines vorhanden, auf seine Eltern vererbfällt; ¹⁹⁾ dahingegen unabgesonderte Kinder ihren Nachlaß auf ihre Eltern, mit denen sie in Gemeinschaft geblieben, vererben, und diese deren abgesonderte Geschwister, welche aus der Communion geschieden, davon ausschliessen. ²⁰⁾ Endlich ist auch obiger Grund-Satz die Uhrsache, warum Voll-Bruders- oder Schwester-Kinder, mit deren Eltern der Verstorbene am nächsten in Gemeinschaft geseßen, näher sind, Erbe zu nehmen, als dessen Mutter- oder Vaters-Schwester und Bruder, die ihm eben so nahe verwandt sind, ²¹⁾ und warum.

¹⁸⁾ Lübsch Recht L. 2. Tit. 2. Art. 6.

¹⁹⁾ L. N. L. 2. Tit. 2. Art. 6 & 7.

²⁰⁾ L. N. l. c. Art. 6. & 13.

²¹⁾ L. N. l. c. Art. 18.

warum so gar Voll-Brüder und Schwester-Kinder, welche, wenn ihre Eltern abgesondert gewesen, von Halb-Brüdern und Halb-Schwestern ausgeschlossen werden, im Fall sie unabgesondert geblieben, denselben vorgehen. ²²⁾ Mit dem größten Rechte haben daher Stein ²³⁾ Dreyer ²⁴⁾ H. G. Krohn ²⁵⁾ und Büneckau ²⁶⁾ welche dieses alles erwiesen haben, und mit ihnen auch H. D. Krohn ²⁷⁾ den generellen Satz feste gesetzt, daß auch nach Lübschen Recht, so lange noch jemand vorhanden, der die Erbfolge *ex capite communionis bonorum* prä tendiren könnte, kein sonstiger Erbe, wie nahe er auch seyn mag, zur Succession gelassen werden könne.

§. 23.

Die Herren Imploranten, die nur gar zu lebhaft einsehen, daß ihre angestellte Klage mit den bisher evolvirten Grund-Sätzen nicht bestehen könne, haben alle ihre Kräfte aufgeboten, sie durch allerhand ungegründete Einwendungen wenigstens zweifelhaft zu machen. Die von ihnen inter conjuges Lubecenses zugestandene *communio bonorum* wollen sie nämlich für den Grund ihrer Succession und statutarischen Portion aus den Ursachen nicht passiren lassen, weil nach diesem Grund-Satz die Eltern mit den Kindern jedesmahl halb theilen müßten, dazu aber nicht präcise schuldig wären, sondern der Frau frey stünde, bloß von dem Vermögen des Mannes *portionem virilem* zu wählen, und auch, wenn sie den Kindern die Hälfte des gesammten Vermögens gäbe, doch solcher *pars dimidia* bloss paterna seyn, folglich ihnen die Rechte an der mütterlichen Erbschaft immer vorbehalten bleiben müßten, welches aber auch nicht wäre. Diese Art der Theilung

§ 3

so

²²⁾ Lübsches Recht L. 2. Tit. 2. Art. 22.

²³⁾ in der Einleitung zur Lübschen Rechts-Gelahrtheit. §. 193 & 94.

²⁴⁾ in der Sammlung vermischter Abhandlungen zur Erläuterung der Teutschen Rechte. pag. 100.

²⁵⁾ in der Lehre von dem Vorrecht der vollen Geburt vor der halben. pag. 137.

²⁶⁾ cit. Disp. §. 2. 4. 22. 25. 26 & 27.

²⁷⁾ in alleg. Triga Exercit. ad Jus Lubecense Exerc. 2. §. 2.

soll beweisen, daß sie nicht in der *communione bonorum*, sondern in der den Eltern zugestandenen Befugniß, den Kindern durch Uebergabe der Hälfte nicht bloß *paterna* sondern auch *legitimam* des mütterlichen zu berichtigen, ihren Grund habe, und daraus folgert man, daß die *portio statutaria* so gut nach dem Lübschen als nach allen andern Rechten der Mutter *ipso jure* beykomme, und diese dadurch, daß sie den Kindern letzterer Ehe ihren Antheil nicht ausbezahlet, nicht *deterioris conditionis* werde, und zwar um so weniger, als die *societas*, welche *post mortem patris* zwischen der Mutter und den Kindern existirt, völlig unerheblich seyn soll, weil die Befugniß der Mutter, mit ihren *minorrennen* Kindern in ungetheilten Güthern zu bleiben, sich bey uns gar nicht in *communione bonorum* gründen, sondern nach der Vormünder = Verordnung, mithin *ex lege specialiori* einer jeden Mutter, auch derjenigen, die dem Sachsen = Rechte unterworfen, competiren soll; hingegen die *majorrennen* Kinder, nach dieser Verordnung, *simpliciter* befugt wären, ihr Väterliches zu fordern, folglich, wenn sie es nicht thäten, die *societas* nicht mehr *legalis* sondern *voluntaria*, und daher widersprechend wäre, daß die Kinder nachher mehr sollten fordern können, als ihnen die Mutter nach geendigter gesetzlicher *Societät* auszuföhren schuldig gewesen. Ferner soll der Grund = Satz, daß, so lange jemand vorhanden, der *ex capite communions bonorum* die Erbfolge prätendiren kan, kein sonstiger Erbe dazu gelassen werden könne, eine willkührliche, im Lübschen Recht nicht gegründete, und aus den Beyspielen der unabgesonderten und abgesonderten Kinder ganz irrig gefolgerte Regel seyn, weil das Recht der unabgesonderten Kinder, die abgesonderten von dem Vermögen der Eltern auszuschliessen, sich nicht in der zwischen ihnen und den Eltern obwaltenden *Societät*, sondern darinnen, daß die abgesonderten ihren Antheil an Väter = und Mütterlichen erhalten, und durch die *Separation tacite* auf die Erbschaft *renunciiret* hätten, mithin zweymahl nicht erben könnten, gründete, auch diese Disposition eben so gut bey Kindern, die *sub jure Saxonico* stünden, sichzutragen könnte, wenn diese

diese

diese sich von ihren Eltern gänzlich separirten, wohingegen abgesonderte Kinder, die das, was sie erhalten, mit einander getheilet hätten, nicht mehr socii wären. Die *communio bonorum* könne also der Grund dieser Dispositionen nicht seyn, sondern dieser bestünde darinnen, daß nach dem Lübschen Recht Eltern nur die Hälfte des Vermögens behalten könnten, das übrige aber den Kindern, es möchten deren viele oder wenige seyn, lassen müßten. Und endlich geben die Herren Implorantes, um die angeführte Disposition des Art. 28. auf den darinnen vorkommenden *casum unicum* einzuschränken, es für die Regel aus, daß ein Ehegatte immer die *portionem statutariam* lucrive, und auf seine Erben transferire, er mag mit den Kindern der letzten Ehe abgetheilet haben, oder nicht, und folgern daraus, daß, da solcher Artikel das Gegentheil nur in dem einzigen Fall, wenn Eltern, ohne mit den Kindern der vorigen Ehe abzutheilen, zur andern Ehe schritten, verordnete, die darinnen enthaltene Disposition nur eine *exceptio a regula* sey, welche die Regel in *casibus non exceptis* bestätigte.

§. 24.

Dies sind die *rationes*, wodurch die Herren Implorantes die diesseits behauptete Wahrheit, daß die *inter conjuges Lubecenses* obwaltende *communio bonorum* der Grund der Erbfolge, und auch der Disposition des Art. 28. sey, aus dem Wege zu räumen suchen. Eine kurze Prüfung dieser falschen Hypothesen und Trüg-Schlüsse aber wird dazu dienen, von der Richtigkeit dieser Wahrheit eine noch stärkere Ueberzeugung zu erhalten. Daß eine *communio bonorum universalis inter conjuges Lubecenses* obtinire, haben die Herren Imploranten selbst zugestehen müssen. Ist es nun aber eine unlängbare Wahrheit, daß die Rechte und Verbindlichkeiten der Eheleute und ihrer Kinder in *dubio* aus der Natur der Societät, worinnen sie mit einander gestanden haben, zu erklären sind, so muß auch die *portio statutaria* einer beerbten Lübschen Ehefrau so lange für ein Effect der Gemeinschaft der Güther gehalten werden, bis das Gegen-

theil.

theil von dem, der es behauptet, auf das ungezweiffeltste dargethan worden. Dies ist aber von den Hrn. Imploranten um so weniger geschehen, daß sie vielmehr die Verbindlichkeit der nachbleibenden Wittwe, ihren Kindern die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens abzutheilen, wozu selbige in den ausdrücklichen Worten des Lübschen Rechts ²⁸⁾ angewiesen ist, für eine Wirkung der *communio bonorum* anerkennen, welches das diesseitige *affertum* allein auffer Zweifel setzt. Die Instanz, daß dieser *dimidia pars* der Kinder *paterna* und *materna* zugleich ausmachtet, und das Vorgeben, daß einer Wittwe frey stünde, von dem Vermögen des Mannes *portionem virilem* zu wählen, obstiren nicht, weil jenes die *natura & indoles* der mit den Kindern *continuirten* Gemeinschaft eigentlich mit sich bringet, dieses aber auch ein, obgleich willkührlicher bestimmter Effect solcher *Communio* ist. So gerne indessen Herr Imploratus zugibt, daß eine mit ihren Kindern theilende Wittwe, dieselbe mag *dimidiam partem omnium bonorum* oder *portionem virilem* von ihres Mannes Vermögen wählen, ihre bey der Theilung erhaltene Portion auf ihre Erben transferire, so unwahr, unerwiesen, und ungegründet ist es im Gegentheil, daß, wenn sie mit denselben bis an ihr Ende in ungetheilten Güthern besizen geblieben, sie die nie erhaltene *portionem virilem* von des Mannes Vermögen, zum Nachtheil dessen Kinder, mit denen sie die *communio bonorum* *continuiret*, auf ihre andern Kinder *ipso jure* transferire, und dies wird auch so wenig dadurch, daß die Befugniß der Mutter, mit den *minorennen* Kindern in ungetheilten Güthern besizen zu bleiben, in der *Vormünder-Verordnung* gegründet ist, und daher auch einer dem *Sachsen-Rechte* unterworfenen Mutter zustehet, als dadurch, daß nach eben dieser *Vormünder-Verordnung* *majorenne* Kinder, ihr Erbtheil zu fodern, *simpliciter* befugt sind, folglich, wenn sie dies nicht thun, die *societas continuata* nicht mehr *legalis* sondern *voluntaria* ist, dargethan, weil sowohl jene Befugniß der Mutter in Ansehung der *minorennen* Kinder, als dieses

Recht

²⁸⁾ Lübsches Recht L. 2. Tit. 2. Art. 2 & 3.

Recht der *majorum*, ehe an die Vormünder-Verordnung gedacht worden, in dem Lübschen Recht ²⁹⁾ gegründet gewesen, und also in Ansehung der *Districte*, wo das Lübsche Recht gilt, durch dieselbe nur eine Bestätigung erhalten, dadurch aber, wenn sie auch, nach solcher Verordnung in Ansehung anderer *Districte*, einen andern Grund hätten, die Grund-Sätze des Lübschen Rechts keine Veränderung erlitten haben, und daher denen, die demselben unterworfen sind, die Gerechtsame nicht entzogen werden können, die aus der Fortsetzung der, nach diesem Recht geständigermaassen obwaltenden, *communio bonorum inter conjuges* entspringen. Ohngeachtet aber dieselbe nicht *mere legalis*, sondern, wie auch per §. 18. der Fall in Art. 28, zugleich *voluntaria* ist, so ist es doch nichts weniger als widersprechend, daß solche Kinder nach diesem Artikel eben wegen dieser Continuation mehr fordern können und erhalten müssen, als ihnen die Mutter, wenn sie getheilet hätte, nach geendigter gesellschaftlichen Societät auszukehren schuldig gewesen wäre, und zwar um so weniger, da dieselbe während derselben den *usufructum omnium bonorum* genossen, und auf ihre Erben transferiret hat, diese also wider alles Recht und Billigkeit ein gedoppeltes *lucrum* erhalten würden, wenn ihnen ausserdem noch die *portio statutaria*, die ihre Mutter bey einer Theilung erhalten haben würde, beykommen könnte.

§. 25.

So ungegründet und unerheblich solchergestalt alles das ist, was die Herrn Imploranten zu Bestreitung des Sazes, daß, die Gemeinschaft der Güther der Grund der Erbfolge oder statutarischen Portion beerbter Ehe-Gatten sey, angebracht haben; Eben so unbedeutend sind auch die Zweifel, die sie wider das fernere dießseitige, von allen Juristen bestätigte *allertum*, daß, so lange jemand vorhanden, der *ex capite communio bonorum* die Erbfolge prätendiren kan, kein sonstiger Erbe dazu gelassen werden könne, zu erregen gesucht haben. Willkührlich ist

D

diese

²⁹⁾ Libr. Tit. 2. Art. 8 & II.

diese allgemeine Regel schon allein aus dem Grunde nicht, weil sie per dicta & probata in §. 20. ein axioma juris germanici, und daher schon allein aus dieser Ursache bey Erklärung des Lübschen Rechts zum Grunde zu legen ist, und, wenn sie gleich nicht in allgemeinen terminis in dem Statuto Lubecensi enthalten, so ist sie doch eine richtige Folge aus denen, in §. 22. angeführten speciellen Verordnungen von der Erbfolge der unabgesonderten und abgesonderten Kinder, und deren Eltern. Denn es ist falsch, daß nach Lübschen Recht die unabgesonderte Kinder die abgesonderten von der Erbfolge in der Eltern Nachlaß aus der Ursache ausschliessen, weil letztere tacite auf die Erbschaft ihrer Eltern renunciiret haben. Eine jede renunciatio und also auch die tacita erfordert ein factum renunciantis. Ein solches factum sezet aber das Lübsche Recht, wenn es die unabgesonderten Kinder die abgesonderten von dem Nachlaß ihrer Eltern ausschliessen läffet, nicht, wohl aber sehr deutlich eine communionem honorum voraus. Und warum will man auch nicht letztere und das principium, die, welche mit dem Defuncto zur Zeit seines Ablebens in *communione* gewesen, schliessen alle die aus, welche aus derselben geschieden sind, für den Grund solcher Verordnung passiren lassen? da sie, wie auch Mevius ³⁰⁾ mit mehrern dargethan hat, so handgreifflich die Ursache ist, daß der Art. 6 & 7. abgesonderten Kindern, welche mit ihrem verstorbenen Bruder oder Schwester in *gesamtem Guth* geblieben, vor den mitabgesonderten Geschwistern, die mit ihm getheilet haben, den Vorzug giebet, diesem auch nicht obstiret, daß selbige, da sie das bey der Absonderung erhaltene mit einander getheilet, nicht mehr *socii* sind, weil per probata in §. 20. nach den Teutschen Rechten, bey Ermangelung eines wirklichen *socii* oder *condomini*, derjenige, der mit dem Defuncto zuletzt oder zum nächsten in der Gemeinschaft gesessen, wegen dieser ehemahligen *Communio* alle andere ausgeschlossen hat. Nichts als die *communio honorum* ist demnach der Grund von diesen allen,

³⁰⁾ in Comment. ad Jus Lubecense Libr. 2. Tit. 2. Art. 6. per totum, in specie.

num. 1. 2. 6. 7. 14. 15 & 16.

allen, welches die Herren Imploranten auch selbst durch den von Ihnen angegebenen Grund, daß die Eltern nur die Hälfte des Vermögens behalten könnten, das übrige aber den Kindern, ihrer möchten viele oder wenige seyn, lassen müsten, da Sie solches vorhin für einen Effect der Gemeinschaft der Güther ausgegeben haben, ohne daß Sie es gemerket, noch mehr bestätigen.

§. 26.

Ist es nun aber solchergestalt eine, nicht bloß aus den Teutschen Rechten, sondern so gar aus den kläresten und deutlichsten Dispositionen des Lübschen Rechts, wovon die in Art. 6. 7 & 22. enthaltene, im §. 22. mit evolvirten Fälle, gar zu handgreiflich sind, überflüssig erwiesene, und wider alle gegenseitige Einwürfe salvirte, folglich unlängbare Wahrheit, daß nach demselben die Gemeinschaft der Güther der vorzüglichste Grund der Erbfolge sey, und daher diejenigen, welche mit dem Verstorbenen zur Zeit seines Ablebens noch in Gemeinschaft gestanden, die gemeinschaftlichen Güther allein erben, alle andere sonst gleich nahe Anverwandte desselben aber, die mit ihm in der Gemeinschaft nicht gesessen haben, davon ausschließen; erfodern ferner die Regeln der Hermeneutic, daß man die dunkeln Verordnungen der Statuten aus den klaren Stellen, und auch aus ihren Quellen erklären müsse, ³¹⁾ so kan auch nach diesen allen nichts, als die Gemeinschaft der Güther, worinnen die Kinder einer, ohne Abtheilung zur andern Ehe geschrittenen Mutter, *ratione paternorum* mit derselben geblieben, der Grund seyn, daß, wenn diese vor ihren zweyten Ehemann verstorben, und auch aus dieser Ehe Kinder nachgelassen, nach der ausdrücklichen Verordnung des Lübschen Rechts, ³²⁾ die Kinder erster Ehe zuvor nehmen ihres Vaters Guth, ihrer Mutter Guth aber mit dem andern Mann und seinen Kindern nach Hauptzahl gleich theilen sollen. Ist aber diese continuirte Gemeinschaft der Güther, ohne Rücksicht auf die zweyte Ver-

D 2

heyraz

³¹⁾ Eckhard in Hermeneutica Jur. Libr. I. Cap. I. §. 15. & Lib. 2. Cap. I. §. 22.

³²⁾ in Art. 28. Tit. 2, Libr. 2.

heyrrathung, der einzige Grund von diesem ausschließenden Erb-Recht der Kinder erster Ehe, so folget daraus, „et cum, quoties dubia juris „quæstio in statutis non decisa occurrit, ad *analogiam* juris confu- „piendum sit interpreti,“³³⁾ auch weiter, daß, wenn eine Mutter, welche Kinder aus zweyen Ehen hat, diese Communion in Ansehung der väterlichen Güther mit den Kindern letzterer Ehe, ohne zur dritten zu schreiten, continuiret, nach ihrem Ableben auch die Kinder der zwoten Ehe das ganze ungeschichtet und ungetheilt gebliebene väterliche Guth zum voraus erhalten müssen, und mit den Kindern der ersten Ehe, die bey der Mutter zwoten Verheyrrathung ihr Väterliches erhalten haben, nichts weiter als das mütterliche Guth, wozu auch der durante communiõne verübrigte ususfructus gehöret, theilen dürfen. Hieraus ergiebet sich nun auf das unlängbarste, daß eine solche Wittwe nicht bloß in dem Fall, wenn sie, ohne mit ihren Kindern des Väterlichen halber Abtheilung zu halten, zur andern Ehe geschritten, sondern auch in dem, in præsentibus vorhandenen, wenn sie, ohne wieder zu heyrrathen, bis an ihr Ende in ungetheilten Güthern sitzen geblieben, von ihres Mannes Verlassenschaft eine portionem statutariam nicht acquirire, und noch weniger auf ihre Kinder aus der erstern Ehe vererbe, folglich die in §. 17. angeführte Verordnung des Art. 28. nicht sowohl, wie die Herren Imploranten vorgeben, eine, die jenseitige in einer blossen petitione principii bestehende ungegründete Regul, nach welcher ein Ehe-Gatte, er mag mit den Kindern Abtheilung halten oder nicht, die portionem statutariam lucriren, und auf seine Erben transmittiren soll, bestätigende Exception von solcher Regel, als vielmehr die, den Herren Imploranten alles Recht an des seeligen Herrn Bürgermeister's Trogillus Verlassenschaft absprechende, generelle Regel selbst enthalte.

§. 27.

Jedoch nicht allein die bisher evolvirten Gründe setzen diese, auf eine richtige rationem legis gebauete, interpretationem extensivam des Art. 28. und die diesem Artikel zum Grunde liegende, ex hæcenus dedu-

³³⁾ Eckhard I. c. Libr. 2. Cap. I. P. 51.

deductis fließende, Regel: Ubi personæ deficiunt, quorum intuitu lex divisionem præscripsit, nec bona adsunt, quæ alterutri conjugii communia sunt, ibi nulla plane divisio, aut lucrum, quod inde sperari potest, locum habet: in eine unlängbare Gewisheit, sondern es haben auch die bewährtesten Rechts-Gelehrten, von welchen diese Frage untersucht worden, sie beständig eben so entschieden. Dem so stimmen Cothmann³⁴⁾ Mevius³⁵⁾ Manzel³⁶⁾ Krohn³⁷⁾ und Stein³⁸⁾ darinnen mit einander überein, daß in dem Fall, wenn der leztlebende Ehe-Gatte, der Kinder aus zweoen Ehen hat, mit denen aus der leztern bis an sein Ende in ungetheilten Güthern sitzen geblieben, kein Theil des Nachlasses des zuerst Verstorbenen zu der Verlassenschaft des leztlebenden gehöre, und daher die Kinder der leztern Ehe, mit denen ihre Mutter die Gemeinschaft fortgesetzt, den ganzen Nachlaß ihres Vaters allein erhalten, und nur ihr mütterliches Guth, wozu der durante communionem erübrigte usufructus gehöret, mit ihren Stief-Geschwistern, welche mit ihrer Mutter intuitu maternorum in communionem geblieben,³⁹⁾ zu theilen haben. Und sie bemerken auch, daß dieses alles in praxi obtinire.

§. 28.

Dies ist aber nicht der ganze Beyfall, den diese Wahrheiten erhalten haben, sondern Ein Hochw. Rath zu Lübeck, der die Grund-Sätze des Lübschen Rechts aus den echtesten Quellen am besten kennen muß, hat auch zu allen Zeiten diese principia in vorkommenden Fällen für richtig erkläret, und nach denselben die vorgefallene Rechts-Händel entschieden. Nach Maafgabe des sub Num. 1. anliegenden Decreti Senatus Lubecensis vom 30sten Nov. 1774 hat derselbe auf die Anfra-

D 3

ge:

³⁴⁾ in Conf. Juris Vol. 3. Conf. 46. num. 30. usque ad finem & Vol. 4. Conf. 21. & 27. per totum.

³⁵⁾ in Commentar. ad Jus Lubecense L. 2. T. 2. Art. 28. num. 101-112. inclus.

³⁶⁾ in Jure Mecklenburg. & Lubec. illustrato. Part. I. Cent. I. Judic. 36.

³⁷⁾ in Triga Exercit. ad Jus Lubecense. Exerc. 2. §. 4.

³⁸⁾ in der Einleitung zur Lübschen Rechts-Gelahrtheit. §. 185. num. 8.

³⁹⁾ Stein l. c. num. 3.

ge: Wie viel Martin Berend Franck, dem nach seiner ersten Frauen Tode zwey Kinder verstorben waren, und der, in der Meinung, daß deren beyden Antheile von ihrer mütterlichen Verlassenschaft, auf ihn als Vater, mit Ausschließung des dritten Kindes, vererbället worden, diesem bey seiner vorhabenden zweyten Verhehlung nur den vierten Theil des mütterlichen Guths ausgesprochen hatte, die Erklärung, „ daß, mit Aufhebung des geschehenen Ausspruchs, der Vater seinem „ Kinde die Hälfte von Mutter-Guth auszusprechen verbunden sey“ gegeben, die in nichts anders, als in der *communione bonorum æquali*, in welcher in Ansehung des Mutter-Guths Vater und Kind mit den beyden Verstorbenen gesessen, ihren Grund haben kan. Hiernächst hat auch Ein Hochw. Rath, mehrbesage des sub Num. 2. angehogenen Decreti Senatus vom 20sten Mart. 1733, in Sachen der Vormünder des Caspar Hark Kinder aus dreyen Ehen decretiret: „ daß bey „ denen Umständen, da der Vater mit dem Kinde letzter Ehe „ ohne Theilung in Gedy und Verderb sitzen geblieben, „ folglich die *portionem statutariam* nicht acquiriret, „ des Kindes letzter Ehe Vormünder die mütterliche *illata* „ ohngekürzt abzufolgen seyn.„ Und bereits im Jahr 1540 hatte Er, wie die von Dreyer ⁴⁰⁾ bemerkte Urtheil vom 17ten Jun. d. a. ergiebet, erkant „ daß ein von dem Tode übereilter Ehe-Gatte, „ der mit seinen Kindern ersterer Ehe nicht getheilet, die *portionem* „ *statutariam* nicht acquirire, folglich, selbige auf die Erben „ nicht transmittire.„ Endlich aber hat auch derselbe in dem sub Num. 3. beygefügtten Decreto vom 28sten Nov. 1736 in Sachen Marten Filter nomine seiner Tochter und Hans Hinrich Scharpenberg uxorio nomine, den zwischen den Herrn Imploranten und Imploraten streitigen casum in terminis, uti dicunt, terminantibus dahin decidiret: „ daß in dergleichen Fällen, da der eine Ehe-Gatte sich zweymahl „ verheyrahet, und aus beyden Ehen Kinder gezeuget, auch darauf, „ doch

⁴⁰⁾ in der Einleitung zur Kenntniß Lübscher Verordnungen. pag. 300. num. 25.

„ doch ohne Hinterlassung eines Wittwers, verstorben, und bey Leben
 „ selbst mit keinem von seinen Kindern getheilet hat, anjesho bey deren
 „ Vater- oder Mutter-Guth keine Theilungsweter Statt finde; sondern,
 „ gleichwie die Tochter (in praesenti die Söhne und Enkel) erster Ehe
 „ ihres Vaters Guthes durch einen Ausspruch vergnüget, also auch die
 „ Tochter letzterer Ehe ihr Vater-Guth voraus zu nehmen befugt, und,
 „ was sodann übrig bleibt, zwischen Tochter und Enkelin (in praesenti
 „ Söhnen und Enkeln) als resp. Mutter- und Gros-Mutter-Guth
 „ nach Hauptzahl zu theilen sey. „

§. 29.

Die von dem Herrn Imploraten angegebene norma dividendi hereditatem praesentem ist also zu unlängbar, als daß sie weiter befritten werden könnte. Die Herren Imploranten haben daher, selbst hievon überzeuget, der Anwendung dieser Rechte auf den gegenwärtigen Fall durch einige Einwendungen in totum, oder doch wenigstens in tantum auszuweichen gesucht. Sie geben nämlich vor, daß dieses jus in thesi auf den gegenwärtigen Fall überall nicht applicabel sey, und, wenn dies auch wäre, doch nicht auf die in der Crempen-Marsch belegene Immobilien angewendet werden könne. Diese beyden Einwendungen müssen daher noch gehoben werden.

§. 30.

Der Grund, warum dieses jus in thesi auf den gegenwärtigen Fall überall nicht applicabel seyn soll, bestehet darinnen, daß die Theilung des Nachlasses zwischen der verstorbenen Fr. Bürgermeisterin Trogillus und des Hrn. Imploraten Frau Eheliebsten virtualiter geschehen, die societas & communio vor der erstern Tode geendiget, und ganz falsch seyn soll, daß dieselbe die Güther ihres seeligen Mannes bis an ihr Ende *pro indiviso* besessen habe. Und den Beweis dieses asserti suchen sie, mit der im §. 3. Libelli enthaltenen Geschichts-Erzählung, und den im §. 7. ad Momentum Idem unter 8 Nummern daraus gezogenen
 ver-

vermeintlichen Sätzen zu führen. Man darf aber nur das diesseitige Factum vom §. 2 bis 11 inclus., dessen Richtigkeit bis auf den kleinsten Umstand durch den Eingang des Inventarii, zwey dießseits zu producirende, und 18 in der Herren Imploranten Händen befindliche, dem Mandatario des Herrn Imploraten edirte Briefe, wovon 13 für Beylagen des Libelli ausgegeben worden, ausser allen Zweifel gesetzt wird, mit dem erwähnten §. 3. Libelli vergleichen, um sich zu überzeugen, daß die Herren Imploranten in ihrer Geschichts-Erzählung, unter Verschweigung sehr erheblicher Umstände, die von ihnen erwähnten unerheblichen, Theils wahrheitswiedrig, und Theils in einer ganz unrichtigen Verbindung angeführet haben. So unerheblich als unwahr ist insonderheit das, zu Anfang des §. 3. angeführte, und ad Momentum Idem sub num. 1 & 2. wiederholte Vorgeben, daß die Frau Bürgermeisterin gleich nach dem Ableben ihres Mannes dem Herrn Imploraten erkläret, daß Sie sich mit Ihm ratione paternorum aus einander setzen wolle, Er auch, nach einigen unbilligen Weigerungen, damit zufrieden gewesen sey. Dessen Gegentheil wird durch den Eingang des Inventarii sowohl als durch die in §. 3 & 4. des diesseitigen Facti angezeigte Briefe in continenti erwiesen. Beyde ergeben zugleich, daß des Herrn Imploraten Ehefrau damahls die Herausgebung eines Inventarii **blos zu ihrer Sicherheit und künftigen Nachricht** verlanget habe, und dasselbe auch nur zu dem **Ende** errichtet worden. Und, wenn gleich, nachdem die Frau Bürgermeisterin sich zur Abtheilung erkläret, ex post dieses Inventarium und eine Administrations-Rechnung, auch Behuef solcher Abtheilung verlanget worden, so mögen doch die Herren Imploranten, so wenig diese Forderungen, als die nachher, in der Voraussetzung, daß die Abtheilung geschehen würde, und um dieselbe desto mehr zu befördern, geschehene, im §. 10. bemerkte Erklärungen, zum Beweise einer Aufhebung der Gemeinschaft anführen, da selbige durch die von Seiten und im Namen ihrer Erblasserin, der Frau Bürgermeisterin Trogillius, deren facta Sie und ihre Pupillen verbinden, im §. 8 & 9. angeführter-

maassen

maassen resp. nach und vor denselben unterm 9ten Aug. und 24sten Septemb. 1772 so sehr bestimmt geschene Erklärungen, daß Sie in ungetheilten Güthern sitzen bleiben, und sich durch, aus nicht zur Abtheilung entschliessen wolle, und dadurch, daß Sie diesen so sehr bestimmten Erklärungen bis an ihren letzten Athem getreu geblieben, folglich durch ihre deutlichste verba & facta so sehr handgreiflich wiederleget worden. Wenigstens müste, da ein indivisum und divisum patrimonium contradictorie opposita sind, das principium contradictionis, nach welchem eine bis an ihr Ende **wirklich** in ungetheilten Güthern besitzene gebliebene Wittwe nicht *virtualiter* mit ihrem Kinde getheilet haben kan, erst übern Haufen gestürzet werden, ehe die jenseitige widersprechende Asserta, daß die Theilung des **wirklich** ungetheilt gebliebenen Nachlasses des Herrn Bürgermeisters Trogillius zwischen dessen Frau Wittwe und ihrer Tochter letzterer Ehe *virtualiter* geschehen, die von der erstern bis an ihr Ende continuirte Communion vor ihrem Tode aufgehoben sey, und Sie ihres Mannes ungetheilt gebliebene Güther dennoch *pro indiviso* nicht besessen habe, mit einander bestehende Wahrheiten werden können.

§. 31.

Nach dem Lübschen Recht würde dieses alles sogar in den Fällen keinem Zweifel unterworfen seyn, wenn, wie doch in praesenti nicht geschehen, der Herr Bürgermeister Trogillius in einem Testament der ihn überlebten Frau Bürgermeisterin und des Herrn Imploraten Ehefrau ihr beschieden Theil gegeben hätte, da erstere mit der letztern in Gedeu und Verderb besitzene geliebet, und sich nicht blos mit einem beschiedenen Theil begnüget hat. Denn so heisset es in demselben ⁴¹⁾ ausdrücklich: „Ordnet jemand sein Testament, und gibt seiner
 „Frauen ihr bescheiden Theil, oder aber, auch seinen Kindern,
 „bleibet dann die Frau mit den Kindern in Gedeu und Ver-
 „derb besitzene; werden nun etliche der Kinder aus dem gesammten
 „Guthe abgesondert, und stirbet alsdann die Frau, das Guthe soll
 „blei-

⁴¹⁾ Lübsches Recht. Art. 3. Tit. 1. Libr. 2.



„ bleiben bey denen Kindern, welche noch in dem gesamm-
 „ ten Guthe ungescheiden sitzen, und nicht bey denen, wel-
 „ che abgesondert seyn, „ (oder welches einerley ist, nicht in dem
 „ gesammten Gute mit sitzen:) “ Nimm aber die Frau ihr Theil
 „ zu sich, und stirbet darnach, soch ihr Theil fällt zugleich auf
 „ alle Kinder, gesondert und ungesondert, nach Hauptzahl. „ Rein
 einzelner Artikel des Lübschen Rechts sehet die *prærogativam succes-*
sionis ex communiõne bonorum præ illa, quæ ex jure cognatio-
nis fit, so gar den dürren Worten nach, in eine grössere Gewisheit,
 und entscheidet zugleich den gegenwärtigen Fall zum Vortheil des Hrn.
 Imploraten Frau Liebsten so deutlich, als dieser. Denn schliessen
 nach demselben die Kinder aus einerley Ehe, mit denen ihre Mutter
 in *Communione* geblieben, ihre vollbürtigen Geschwister, die aus der
Communione geschieden, sogar von dem ihrer leiblichen Mutter im vä-
 terlichen Testament beygelegten Antheil des Nachlasses ihres leiblichen
 Vaters aus; und erhalten letztere hingegen nur in dem Fall ihren An-
 theil von dieser mütterlichen Portion, wenn die Mutter dieselbe durch
 eine *actuelle* Theilung wirklich zu sich genommen; wird folglich keines-
 weges durch die Bestimmung des einer beerbten Wittwe beykommenden
 Antheils von ihres Mannes Verlassenschaft, sondern bloß durch die
 wirkliche Theilung oder *Rechnung* desselben die *communio bonorum*
continuata aufgehoben, so können, da dieselbe in *præsenti* nach dem
 eigenen Geständniß der Herrn Imploranten *actualiter* nicht geschehen,
 sondern ihre und ihrer Pupillen Mutter und Gros-Mutter bis an ihr
 Ende mit des Herrn Imploraten Ehefrau in ungetheilten Güthern bes-
 sizen geblieben ist, die Herren Imploranten, als der letztern Halb-Ge-
 schwister noch weit weniger von dem Antheil, den ihre Erblasserin bey
 einer wirklichen Theilung von ihres Stief-Vaters Nachlaß würde
 bekommen haben, das geringste erhalten.

§. 32.

Auß diesem *principio communions tamdiu continuantis, quan-*
diu divisio actualis nondum facta est, folget ferner, daß, wenn auch
 die

die Frau Bürgermeisterin Trogillus nach dem, durch Verwerfung des Hn. Imploraten wiederholten Anerbietungen, durch eine einzige Vorstellung des casus dessen Entscheidung bey der Höchstpreislischen Landes-Regierung zu bewürken, wiederlegten Vorgeben der Herren Imploranten, bloß zu Vermeidung eines Processus die Gemeinschaft fortgesetzt hätte, oder die Herren Imploranten durch eine Versicherung, daß Ihnen eine Theilung schädlich wäre, abgehalten wären, dieselbe zu befördern, auch diese Umstände, da nichts auf die Bewegungs-Gründe, sondern alles auf die Fortsetzung oder Aufhebung der Gemeinschaft ankömmt, in gar keinen Betracht kommen würden. Nichts ist indessen elender, als die am Schluß nur eben berührte Vorspiegelung der Herren Imploranten, daß Sie durch eine diesseitige Versicherung, daß eine Theilung Ihnen schädlich wäre, verhindert worden, dieselbe mehr zu befördern. Denn einmahl können Sie diese an sich unwahre, und, durch die diesseits zu Beförderung der Theilung genommene ernsthafteste Maasregeln satzsam wiederlegte, Vorspiegelung nie erweisen. Zweytens aber können Sie noch weniger darthun, daß, wenn dieselbe nicht geschehen wäre, Sie vor der Mutter Ableben die wirkliche Abtheilung würden zu Stande gebracht haben. Und drittens werden Sie ja unmöglich für solche Einfalts-Pinsel sich selbst bekennen, und, wenn sie sich auch so sehr erniedrigen wollten, von andern gehalten werden können, die in einer Sache, in der des Herrn Imploraten und seiner Frauen Interesse von dem ihrigen so sehr verschieden war, dessen etwanigen Versicherungen blindlings gefolget hätten.

§. 33.

Es ist also nichts weiter übrig, als die Widerlegung der zweyten im §. 29. angezeigten gegnerischen Einwendung, wodurch man die in der Crempen-Marsch belegene Immobilien der Disposition des Lübschen Rechts zu entziehen sucht. Diese sollen derselben aus der Ursache nicht unterworfen seyn, weil der Herr Implorat selbst gestanden, daß sie nach Vorschrift des Land- und Marsch-Rechts getheilet werden müssen,



müssen, und nicht behaupten würde, daß nach demselben eine Mutter durch Unterlassung der Abtheilung ihre portionem statutariam verliere. Ohne nun zu gedenken, daß nach diesem Argument, nur die Hälfte dieser Immobilien, jedoch cum fructibus perceptis a die obitus des seeligen Herrn Bürgermeisters Trogillius, zu dessen Nachlaß gehören würde, so ist dagegen zu bemerken, daß des Herrn Imploranten, bey seiner ehemahligen in dem jenseits sub Num. 4. angelegten Schreiben enthaltenen, Erklärung über den modum dividendi hereditatem geäußertes Geständniß, nicht pure, sondern mit dem ausdrücklichen Zusatz, daß die Mutter das Ihrige mit bey der Theilung einwerfen müsse, geschehen, folglich eine confessio qualificata gewesen sey. Wenn demnach die Herren Imploranten ex hac confessione ein Recht erlanget haben wollen, die Hälfte der in der Crempen-Marsch belegenen Immobilien zur Verlassenschaft der gemeinschaftlichen Erblasserin zu ziehen, so müssen Sie, „ cum confessio qualificata, i. e. „ talis, quae adjectam qualitatem habet, continens capita con- „ nexa, non fit dividenda, sed vel tota rejicienda, vel tota ac- „ ceptanda „ ⁴²⁾, zusehrst bey diesen Immobilien das gesammte Vermögen derselben conferiren, und zwar um so mehr, weil das Land- und Marsch-Recht, nach der in den Marschen obtinirenden communionem bonorum universali, eine jede Wittwe dazu verbindet, die Herren Imploranten also schon allein nach demselben zu Erfüllung dieser, mit jenem Recht so unzertrennlich verknüpften, Verbindlichkeit schuldig sind. In dieser Verbindung von jure & obligatione will Herr Imploratus gerne geschehen lassen, daß die Hälfte der in der Crempen-Marsch belegenen Immobilien zur mütterlichen, und nur die andere Hälfte, jedoch mit dem Halbschied des Vermögens der Mutter zum Nachlaß seiner Frauen Vaters gezogen werde. Denn ohne die Verbindung von allen beyden würde das Land- und Marsch-Recht gar nicht applicabel, und also das, bey Ermangelung der Anwendung des Land- und Marsch-Rechts, in den Marschen geltende

⁴²⁾ Böhmer in Jur. Eccl. Prot. Tom. I. Libr. 2. Tit. 18. §. 2.

tende Sachsen-Recht, mithin die Verordnung von der Sächsischen Erbfolge vom 15ten Jun. 1742, ⁴³⁾ nach welcher drey Viertel dieser Immobilien, ohne Einwerfung der Illatorum, jedoch cum fructibus perceptis a die obitus des Herrn Bürgermeisters Trogillus, zu desselben, und nur ein Viertel zu dessen Frau Wittwe Verlassenschaft gehören würden, die norma dividendi seyn, wenn, wie die Herren Imploranten vorgeben, die Erb-Gerechtfame auch in Ansehung dieser Immobilien nicht nach dem Lübschen Recht zu beurtheilen wären. Daß aber auch hieran kein Zweifel sey, lässet sich leicht darthun.

§. 34.

Es gehöret nämlich in die Classe der unbestrittenen Wahrheiten, daß man durch Ehe-Pacten von den legibus domicilii mariti abgehen, und dadurch die Rechte der Ehe-Gatten, insonderheit in Successions-Fällen, anders, als in selbigen geschehen, bestimmen könne, weil die leges domicilii mariti nur, in Ermangelung solcher Ehe-Pacten oder eines Testaments, zur Richtschnur dienen. Wenn also diese Gesetze die Norm abgeben, wornach die Rechte der Ehe-Leute in Successions-Fällen zu bestimmen sind; so beruhet der Grund davon nicht somohl in den Gesetzen selbst, als vielmehr in pacto tacito conjugum, nämlich darinnen, daß die Ehe-Leute durch Unterlassung der Errichtung contrairer Ehe-Pacten sich denselben unterworfen haben. ⁴⁴⁾ Hieraus folget aber, daß, wenn, wie in einer Stadt, in welcher nach Lübschem Recht eine communio bonorum universalis inter conjuges gilt, Ehe-Leute, ohne Ehe-Pacten mit einander zu errichten, sich verheyraethet haben, diese Communio ex pacto tacito derselben, und weil es sehr wahrscheinlich ist, daß einjeder die in seinem foro domicilii geltende Rechte genehmiget habe, sich auf alle, den Ehe-Gatten zugehörige, auch in andern Districten, wo entweder gar keine oder doch

§ 3

eine

⁴³⁾ in Corp. Const. Holf. Tom. I. pag. 154. num. VI.

⁴⁴⁾ Rivinus in Diss. de pactis dotalibus, an

& in quantum statutis derogent vel minus. §. II.

eine andere Art der Gemeinschaft gilt, belegene Immobilien erstrecke, und daher diese, in Successions- und andern Fällen, nach der in foro domicilii mariti obtinirenden communione bonorum, beurtheilet werden müssen, und zwar um so mehr, da ein die Gemeinschaft der Güther agnoscirendes Statutum mere personale ist, und daher auch in Ansehung aller extra territorium belegenen Güther zur Norm dienen muß. Und dies ist eine Wahrheit, welche von jeher den Beyfall der bewährtesten Juristen erhalten hat. Unter der grossen Anzahl derselben will man sich nur auf Burgundus ⁴⁵⁾ Rodenburg ⁴⁶⁾ Voetius ⁴⁷⁾ Hertius ⁴⁸⁾ Pufendorf ⁴⁹⁾ Selchow. ⁵⁰⁾ Witzendorf. ⁵¹⁾ Zollius ⁵²⁾ Boehmer ⁵³⁾ Hoffmann ⁵⁴⁾ Engau ⁵⁵⁾ Nettelblatt ⁵⁶⁾ und die von denselben in grosser Menge allegirte Doctores beziehen, welche die Richtigkeit dieser Wahrheiten mit den triftigsten Gründen dargethan haben. Jedoch in gegenwärtiger Sache hat man den Beyfall der Doctorum und der von ihnen angeführten Gründe gar nicht einmahl nöthig. Denn die Herren Imploranten haben, welches hiedurch feyerlichst acceptiret wird, in dem §. 7. ihres Libelli ad A. & num. 1. selbst geläugnet, daß, nach Lübschem Recht, in dem Fall einer gänzlichen Se-

para-

⁴⁵⁾ in Consuet. Fland. Tr. I. n. 15. seq.

⁴⁶⁾ in Tr. de jure conjugum T. 2. Cap. 5. n. 14 & 15.

⁴⁷⁾ in Comment. ad ff Libr. 23. T. 2. §. 85.

⁴⁸⁾ in Diss. de Collisione Legum Sect. 4. §. 47. ejusd. Opusc. Tom. I. pag. 129 seq. inserta.

⁴⁹⁾ in Obs. jur. univ. Tom. I. Obs. 28. §. 6.

⁵⁰⁾ in Elementis juris germanici §. 55. 56. 57 & 472.

⁵¹⁾ in Diss. sub praesidio Lynckeri habita, de statutis civitatum imperialium §. 21.

⁵²⁾ in Diss. de praferentia statutorum discrepantium §. 8.

⁵³⁾ in Diss. de efficacia statuti personalis extra territorium §. 13. in fine.

⁵⁴⁾ in Diss. de communione bonorum conjugum natura & principiis §. 3. not. g.

⁵⁵⁾ in Diss. de bonorum inter conjuges Suevos communione §. 12.

⁵⁶⁾ in Diss. de portione conjugum statutaria Lubecenti Sect. 3. §. 10. p. 123.

paration die Theilung auf den Halbschied, die Sie selbst für eine Würkung der Gemeinschaft der Güther ausgegeben, auf die sub jure Lubecensi belegene Immobilien einzuschränken sey, und im Gegentheil, unter Berufung auf den, mit den obangeführten Doctoribus übereinstimmenden Mevium ⁵⁷⁾ ausdrücklich behauptet, daß diese Art der Theilung sich über alle Güther erstrecke, sie mögen belegen seyn, wo sie wollen. Ist aber, per hæcce probata & concessa acceptata, die communio bonorum Lubecensis auf die sub jure Lubecensi belegene Immobilien nicht einzuschränken, sondern erstreckt sie sich über alle Güther, sie mögen belegen seyn, wo sie wollen, so müssen auch die zu dem Nachlaß des seligen Herrn Bürgermeisters Trogillius gehörige, in der Crempen-Marsch belegene Immobilien, eben so gut, als die unter der Stadt-Jurisdiction stehende, und also dessen ganze Verlassenschaft des Herrn Imploraten Frau Liebsten zum Voraus zu Theil werden.

S. 35.

Was endlich die Derselben angemuhete Collation des von ihrem Vater bey dessen Lebzeiten erhaltenen Wenigen anlangt, so ist eine Verbindlichkeit dazu bey diesen Umständen gar nicht einmahl denkbar, die auch selbst in dem jenseits gewünschten Fall, wenn nämlich die Hälfte des Väterlichen als eine portio statutaria zum mütterlichen Nachlaß gehörte, ad augendam illam nicht würde gefodert werden können. Daß hingegen die Herren Imploranten alles, was Sie, ihre Pupillen und deren Eltern von ihrer resp. Mutter und Groß-Mutter bey deren Leben erhalten haben, ad servandam aequalitatem inter liberos unius parentis zu conferiren, auch des Herrn Imploraten Frauen alle durch diesen widerrechtlichen Proceß

⁵⁷⁾ in Commentario ad Jus Lubec. Libr. 2. T. r. 2. Art. 2. num. 83.

Proceß verursachte Schäden und Kosten zu erstatten verbunden, sind Wahrheiten, die eben so wenig einigen Zweifel leiden, als das eigene Concessum der Herren Imploranten, daß Ihr der vierte Theil von ihrer mütterlichen Verlassenschaft zu ihrem mütterlichen Erb-Antheil gebühre.



Beylagen.

3 3

41

Beylagen.

Num. I.

Auf vorhin geschehenes Suppliciren der Wittwe Anna Magdalena Banzelau und nunmehr verlesenes Protocollum Commissionis d. 24sten hujus, mit der Anfrage: Wie viel Martin Berend Franck, weil, nach seiner ersten Frauen Tode, zwey seiner Kinder verstorben, dem übrig gebliebenen dritten Kinde von Mutter-Gut aussprechen müsse, und ob es bey dem ausgesprochenen vierten Theil verbleiben könne? giebt E. Hochw. Rath die Erklärung, daß, mit Aufhebung des gesehenen Ausspruchs, der Vater seinem Kinde die Hälfte von Mutter-Gut auszusprechen verbunden sey. Und, gleichwie die Sache in solcher Maasse, mit der Macht, allenfals Eynde abzunehmen, an die vorigen Herren Commissarien zurück gewiesen wird; Also wird Supplicatischen Vater, bis nach regulirten Ausspruch, die Vollziehung der vorhabenden zwoten Ehe hiemit untersaget. Ita Decretum in Senatu d. 30. Novembr. 1774.

(L. S.)
(C. L.)

N. H. Evers.
Secretarius.

Num. 2.

Auf Suppliciren Johann Otto Polzenhagen und David Hillmann, wie auch Daniel Puls und Lorenz Richterfeldt, in Vormundschaft
Caspar

8

Caspar Harz resp. Kinder erster und anderer Ehe, und Gegen-Suppliciren Gottfried Starck nebst Wilhelm Dickers, in Vormundschaft dessen Kindes dritter Ehe, hat E. Hochw. Rath decretiret, daß bey denen Umständen, da der Vater mit dem Kinde letzter Ehe ohne Theilung in Gedeih und Verderb sitzen geblieben, folglich die portionem statutariam nicht acquiriret, des Kindes letzter Ehe Vormünder die Mütterliche illata ohngefürzet abzufolgen seyn. Ita Decretum in Senatu d. 20. Mart. 1733.

(L. S.)
(C. L.)

G. H. Gercken.
Secretarius.

Pro vera Capia

N. H. Evers.

Secretarius.

Num. 3.

Auf Suppliciren Martin Filtter nomine seiner Tochter und Hans Hinrich Scharpenberg uxorio nomine, gibt E. Hochw. Rath, nach reiflich erwogenen der Sachen Umständen zum Bescheid: daß in dergleichen Fällen, da der eine Ehe-Gatte sich zweymahl verheyrahet und aus beyden Ehen Kinder gezeuget, auch darauf, doch ohne Hinterlassung eines Wittwers verstorben, und bey Leben selbst mit keinem von seinen Kindern getheilet hat, anjeho bey deren Vater- oder Mutter-Guth keine Theilung weiter Staat finde; sondern, gleichwie die Tochter erster Ehe ihres Vater Guthes durch einen Ausspruch ver-
güigt,

gnügt, also auch die Tochter letzterer Ehe ihr Vater-Guth voraus zu nehmen befugt, und, was sodann übrig bleibt, zwischen Tochter und Enckelin als resp. Mutter- und Groß-Mutter-Guth nach Hauptzahl zu theilen sey. Ita Decretum in Senatu d. 28. Novembr. 1736.

(L. S.)
(C. L.)

H. D. Balemann.
Secretarius.

Pro vera Copia

N. H. Evers.
Secretarius.

