



*Re. 219*





Rechtliche Erörterung  
der Frage:

In wie fern die noch nicht anerkannte

statutarische Portion

auf die Erben übergehe?

von

D. Joh. Ernst Bernh. Emminghaus  
des gesammten Herzogl. Sächsischen Hofgerichts zu  
Jena ordentl. Advokaten, und H. Sachsen Weimar.  
Hofadvokaten.



---

W e i m a r

Bey Carl Ludolph Hoffmanns sel. Wittwe und Erben

1 7 8 4.

KOEN. FRIED.  
UNIVERS.  
ZU HALLE



---

**W**as der Autor mit seinem Leser sonst vor-  
läufig abzu thun pflegt, kan wohl bey ei-  
ner so kleinen Schrift, wie die meinige ist, mehrent-  
theils bey Seite gesetzt werden. Denn ist die  
Schrift was sie seyn soll, so kan dem Leser die  
Stunde die er damit zubringt, nicht gereuen, und  
der Autor findet auch ohne Vorrede seine Rechnung  
haben; ist es aber nicht der Mühe werth sie zu le-  
sen, so macht dieser mit der Vorrede seine Sache  
nichts

))

---

nicht besser, und jenem ist damit gemeiniglich  
auch nicht geholfen.

Ich würde daher mit dieser Schrift entweder  
ohne alle Vorerinnerung, oder gar nicht aufgetreten seyn, wenn ich sie selbst schlechterdings für gut, oder für ganz schlecht und unbrauchbar hielt; da ich aber zu dem erstern zu viel Selbstgefühl, und zum letztern — vielleicht zu viel Eigenliebe besitze, so glaube ich wenigstens für mich ein Wort zu rechter Zeit zu reden, wenn ich meinen Lesern hiermit zum voraus eröffne: daß diese kleine Abhandlung zwar schon vor ziemlich geraumer Zeit in der Absicht, sie dereinst mit einer Sammlung anderer ähnlicher Erörterungen ans Licht zu stellen, von mir ausgearbeitet worden; daß sich aber gerade damals als ich selbige, neben meinen gewöhnlichen Beschäftigungen, bis zu künftiger genauer Revision, vollendet hatte, eine bequeme Gelegenheit darbott, sie öffentlich bekannt werden zu lassen, und ich von dieser um so lieber Gebrauch machen wollte, da ich eben  
zwischen

---

zwischen dem theoretischen und bloß praktischen Fa-  
che der Rechtsgelahrtheit am Scheidewege stand,  
und mir also daran gelegen war, daß Urtheil der  
Sachverständigen, und was ich mir etwa von meiner  
schriftstellerischen Arbeit künftig für einen Erfolg  
versprechen dürfte, je eher je lieber zu vernehmen;  
daß auf diese Art das Manuscript — freylich noch  
ziemlich roh — aus meinen Händen kam, und ob-  
schon die wirkliche Erscheinung desselben im Publi-  
cum hernachmals durch Zufall verzögert wurde, ich  
selbiges dennoch nicht eher wieder zu Gesichte bekam,  
bis die Schrift schon öffentlich zu dieser Neujahrs-  
messe angekündigt, und der erste Bogen bereits  
abgedruckt war, mithin im Ganzen nichts mehr  
daran verbessert werden konnte.

Dieß alles, hoffe ich, soll mir bey Kennern  
zu einiger Entschuldigung dienen, wenn sie die Voll-  
ständigkeit in der Litteratur, die Regelmäßigkeit im  
Plane, die Präcision und Deutlichkeit hie und da  
bey mir vermissen, die man bey dieser Art Schrif-

---

ten füglich mit einiger Strenge fordern kan. Auf  
das milde, mir lehrreiche Urtheil das ich auf al-  
len Fall von ihrer Güte erwarte, werde ich es  
übrigens gern ankommen lassen, ob ich meine bishe-  
rigen Bemühungen, noch andere einzelne Materien  
des bürgerlichen Rechts zu bearbeiten, fortsetzen,  
oder damit einhalten soll. —

Jena  
im Jänner  
1784.

Der Verfasser.



## Erstes Kapitel.

Von der statutarischen Portion überhaupt.

Die sogenannte statutarische Portion ist unstreitig eins von den seltsamsten und zweydeutigsten Produkten die je die Einführung ausländischer Rechte, und die Vermischung derselben mit teutschen Gesetzen und Gewohnheiten hervorgebracht hat. Schon so mancher helldenkende Kopf unter den Rechtsgelehrten des jetzigen und des vergangenen Zeitalters <sup>a)</sup> hat sich bemühet, den verschiedenen, einander oft ganz entgegen gesetzten Ideen, die man mit diesem Ausdrucke verbindet, bis auf die Quelle nachzuspüren,

A 2

um

a) Die Schriftsteller so von der statutarischen Portion gehandelt, findet man in der Lippenischen Schortischen Bibliothek unter der Rubrik: *Conjugum portio statutaria, conjugum successio*, und in des Herrn G. N. und Kanzlers von Selchow Element, Iur. German.

um uns endlich einen bestimmten Begriff davon angeben zu können; allein so vieles Licht man auch über die Lehre selbst schon verbreitet, so schwer ist es doch noch immer, eine ganz anpassende Definition von einem so vielseitigen Objekte zu geben.

Ich erachte demnach für das beste, meinen Lesern, nach einer kurzen Darstellung der Geschichte desselben, die Data an die Hand zu geben, woraus sich die Haupt-Eigenschaften und unterscheidenden Merkmale dieser sogenannten Portion von selbst beurtheilen lassen. Was ich mir, der Ordnung wegen, statt einer Definition, in voraus zu bestimmen getraue, ist dieses, daß man unter der statutarischen Portion gemeinlich den Antheil (partem quotam) verstehe, den ein Ehegatte, nach des andern Ableben, bald als Gesellschafter desselben, bald als Erbe im eigentlichen oder uneigentlichen Sinne, aus der gesamten Substanz oder der Nachlassenschaft des verstorbenen, nach Vorschrift der Rechte überhaupt, oder vermöge besonderer Statuten, sich anmassen kann.

Von der statutarisch. Portion überhaupt. 5

§. 2.

Man ist noch immer nicht einig, ob die statutarische Portion ein wirkliches Erbtheil sey: und es ist gewiß, daß sie wenigstens nicht immer ein solches sey; es ist aber gleichwohl die Geschichte derselben so genau in die Lehre von der Erbfolge unter Eheleuten verwebt, daß wir jene nicht vortragen können, ohne mit dieser den Anfang zu machen. Wir gehen also mit dieser letzten bis auf ihren römischen Ursprung zurück, und sehen hernach weiter, was selbige auf deutschem Grund und Boden für Schicksale gehabt, was unsere Vorfahren davon angenommen und beybehalten haben, und wie sie davon wiederum auf mancherley Weise abgewichen sind.

§. 3.

Schon zu der Römer Zeiten hat die Ordnung nach welcher Eheleute einander succedirten verschiedene Veränderungen erlitten, und es lassen sich füglich bey ihnen drey Hauptepochen in der Geschichte dieser Lehre annehmen. Die erste fällt in die Zeiten, da der römische Staat von seinen ersten Beherrschern Gesetze empfing. Damals behauptete bekannt-

termassen die Ehefrau, welche durch die Feierlichkeit der Conferration mit ihrer ganzen Haabseeligkeit in die Gewalt des Mannes gerieth *b)* unter den Notherben desselben ihren Platz so gut, wie die ehelichen Kinder *c)* und schloß, falls keine Kinder vorhanden, alle übrige Verwandte ihres verstorbenen Gatten von der Erbfolge aus. *d)* Der Mann aber blieb wenn das Weib vorher verstarb, ohnstreitig nach wie vor im alleinigen Besiz ihrer Güter. Wie man aber in Ansehung der Ehefrau zu der Zeit noch den ganz natürlichen Grundsatz befolgte, daß die Familie des Verstorbenen und derjenige, den er am meisten geliebt, auf dessen Nachlassenschaft die besten Ansprüche habe, und dabey ohne Zweifel die Regel vor Augen hatte, daß das Joch der ehelichen Gewalt, dem sich die Ehefrau unterworfen sahe, ein

*b)* Ulpian in den Fragmenten tit. 9. von Selschow in Elem. Jur. Rom. anteiulianianei §. 463. Stryk de succ. ab intest. Diff. IV. c. 1. §. 1.

*c)* Gellius Noct. atticar L. XVIII. c. 6. Valentin Förster tract. de hered. quae ab intest. defex. L. IV. c. II n. 28.

*d)* Dionys. von Salicarnas L. II. c. IV. Förster am a. D.

Von der statutarisch. Portion überhaupt. 7

ein gegründetes Recht auf die Erbfolge gebe, so hatte dagegen die Einführung des Zwölftesfalgesetzes, nach welchem das Intestaterbrecht bloß auf die Verbindung des Bluts eingeschränkt wurde, nicht nur für die Frau die unangenehme Folge, daß sie sich von der Nachlassenschaft des Mannes bald ganz ausgeschlossen sahe <sup>e)</sup> sondern, da die solenne Conferrentian, und mit ihr die conventio in manum mariti nach und nach unbekannt wurde, so erlosch auch das Recht des Mannes, so er vorher an des Weibes Gütern nach ihrem Tode gehabt.

Hieraus entstand nun die zwote Epoche, welche in den Grundsätzen des strengen römischen Rechts Jahrhunderte dauerte. Denn ob schon die römischen Prätores die Härte des angeführten Gesetzes durch mildere Verordnungen <sup>f)</sup> einigermaßen gut zu machen suchten, so gieng doch ihre Gewalt nicht weiter, als daß sie dem überlebenden Ehegatten erst in Ermangelung aller Blutsverwandten, un-

U 4

ter

e) Peter Pef de testam. conj, L. 1. c. 1. n. 2.  
Stryk am angeführten Orte.

f) Nämlich durch das edictum praetoris unde vir et uxor l. un. ff. unde vir et uxor.

ter dem Namen des Güterbesizes, die Nachlassenschaft des Verstorbenen einräumen konnten; und ob wohl die Kaiser Theodosius und Valentinian über diese billige Einrichtung in einer eigenen Constitution ihrer Zufriedenheit bezeugten g) so findet man jedoch nicht, daß sie diesen Güterbesitz je in ein wirkliches Erbrecht verwandelt, oder sonst zum besten des überlebenden Ehegatten etwas geordnet. h)

Hieran ließ sich jedoch der Hauptreformer des römischen Justizwesens, Justinian, keinesweges begnügen. Er suchte auf alle Fälle wenigstens so viel zu bewirken, daß der überlebende Ehegatte durch die Strenge der Gesetze nicht in Noth und Mangel gerathen sollte, und da er gleichwohl das einmal angenommene ordentliche System der Intestaterbfolge auch nicht ganz umschmeißen wollte, so ergriff er das Mittel, daß er auf den Fall da der verstorbene Ehegatte reich gewesen, der überlebende aber kein Vermögen besessen, dem letztern Kraft zweier Specialconstitutionen i) zugleich

g) l. I. C. unde vir et uxor.

h) Stryk am angef. Orte §. 3. 4.

i) Nov. 53. c. 6. Nov. 117. c. 5. aus welcher die *Authentica praeterea c. unde vir et uxor* genommen ist.

Von der statutarisch. Portion überhaupt. 9

zugleich mit den Kindern und andern Bluts-  
freunden des Verstorbenen ein Nachfolge-  
recht in einen gewissen Theil (partem quotam)  
von dem Nachlasse des ersten einräumte; da-  
bey er aber die Einschränkung machte, daß  
1) dieser Antheil nie über ein Viertel der sämt-  
lichen Nachlassenschaft betragen 2) der Ge-  
winn den der überlebende Ehegatte hiebey  
machte, die Summe von hundert Pfund  
Goldes nicht übersteigen 3) das Vermächtnis,  
so etwa der Verstorbene demselben aus-  
gesetzt hatte, bey dieser Portion in Zu-  
rechnung kommen sollte, und endlich 4) auf  
den Fall, da des überlebenden eigener Kin-  
der aus dieser Ehe mit ihm concurrirten,  
derselbe von seinem Antheile nur den Nieß-  
brauch überkommen, das Eigenthum aber  
den Kindern vorbehalten werden sollte. k)

Machten diese Constitutionen in der Geschich-  
te der ehelichen Erbfolge die dritte Epoche;  
so blieb es nunmehr dabey, bis das römische  
Recht nach mehr als einem halben Jahrtau-  
sende in Teutschland eingeführt wurde.

A 5

S. 4.

k) Mehreres siehe bey dem Stryk am angeführten  
Orte S. 16 ff. und bey dem Richter ad arch. pract.  
C. unde vir et uxor.

## S. 4.

Hier fand nun zwar dasjenige was die römischen Prätores zum Besten des überlebenden Ehegatten verordnet, um so mehrern Beifall, da nicht nur die natürliche Billigkeit, sondern auch bereits vorhandene Nationalgesetze <sup>1)</sup> damit vollkommen einstimmig waren: was aber die eben angezogenen justinianischen Constitutionen anbelangt, so machte die Anwendung derselben auf teutsche Eheleute schon weit mehrere Schwierigkeit: nicht, als ob unsere Vorfahren es nicht eben so billig gefunden hätten, daß der überlebende Ehegatte mit Kindern und andern Blutsfreunden zugleich an dem Nachlasse des verstorbenen Antheil nehmen sollte, sondern weil die unter den teutschen Eheleuten damals noch durchgängig

D) So war z. B. in den Wisigothischen Gesetzen verordnet, daß der überlebende Ehegatte, wenn die Ehe nicht bereits vorher durch ein Verbrechen, oder durch einen richterlichen Spruch getrennet worden, in Ermangelung der Kinder, Eltern und Geschwister, des Verstorbenen Erbe seyn sollte. *LL. Wisigotb.* L. IV. tit. 11. §. 11. Mehreres hievon s. beym Polac in System. Jurispr. Germ. antiqu. und beym Heineccius in Elem. Jur. Germ. §. 263 f.

Von der statutarisch. Portion überhaupt. II  
gängig *m*) herrschende Gemeinschaft der Gü-  
ter, vermöge welcher der überlebende Ehe-  
gatte bey dem Nachlasse des verstorbenen oh-  
nehin nie ganz leer ausgehen konnte, die  
Vorsorge des römischen Gesetzgebers für den  
armen Ehegatten unnöthig machte, besonders  
da derselbe nach Landesgebrauch oftmals bey der  
Auseinandersetzung mit den Erben noch etwas  
zum voraus bekommen mußte. *n*) Ob nun  
schon das überhandnehmende Ansehen des rö-  
mischen Rechts den allgemeinen Grundsatz, daß  
unter den Eheleuten alles gemein sey, bey  
einigen Völkerschaften ziemlich verdrängte und  
man an vielen Orten, anfang die justinia-  
näischen Verordnungen willig gelten zu lassen,  
so blieben doch andere ihren alten Sitten  
entweder völlig getreu, oder man konnte sich  
doch wenigstens bey vorkommenden Successi-  
ons

*m*) Heineccius am a. O. Man sehe auch unseres  
berühmten Hrn. geh. Justizrath Walchs Vorrede  
zu Herrn Schwäbe Erbfolge zwischen Mann  
und Frau Jena 1782.

*n*) so bekam z. B. in Sachsen der Wittwer von je-  
her die bewegliche Haabe, die Wittve die Gerade  
zum voraus Sächsis. L. R. I B. tit. 31. III B.  
tit. 76.

sionsfällen nicht entschliessen, sie gänzlich aus den Augen zu setzen.

Da nun dieses mit den Satzungen des römischen Rechts manche Collision und öfters große Ungewisheit veranlassen mußte, so wurden die Väter der teutschen Provinzen und Städte ganz natürlich zu dem warmen Eifer ermuntert, womit fast ein jeder sich es angelegen seyn ließ, dasjenige was der überlebende Ehegatte, es seyn nun unter welcherley Titul und Namen, nach dem Ableben des andern fordern konnte, in seinem Distrikte genau zu bestimmen. Wir finden daher in Teutschland, wie bekannt, über diese Materie eine sehr beträchtliche Anzahl von Landesgesetzen, und eine noch größere Menge von statutarischen Verordnungen. Letztere nahmen insbesondere dergestalt überhand, daß man endlich, ohne Bedenk aller übrigen Quellen woraus die Lehre von dem Rechte des überlebenden Ehegatten ihre Bestimmung erhält, alles das mit dem Namen der statutarischen Portion zu bezeichnen begann, was oben in der am Ende des §. 1. gegebenen Beschreibung enthalten.

§. 5.

Bey dieser Benennung begieng man nun  
 zwar den doppelten Fehler, daß man erst-  
 lich dasjenige, was die Frau vermöge der all-  
 gemeinen oder besondern Gemeinschaft der Gü-  
 ter annoch an vielen Orten als Gesellschafte-  
 rin, oder der Mann als Gesellschafter, nach  
 getrennter Gesellschaft, fordern kann, mit dem  
 was ihnen an andern Orten als Erbfolgern  
 ihrer verstorbnen Ehegatten anfallen muß, auf  
 eine wirklich sonderbare Weise vermischte;  
 sodann, daß man auch an denjenigen Orten  
 wo nie ein Statutum gegolten, und die An-  
 sprüche des überlebenden Ehegatten lediglich auf  
 dem römischen, dem Provinzialrecht oder höch-  
 stens einigen Observanzen beruhen, gleichwohl  
 eine statutarische Portion angenommen hat,  
 welches denn ohnstreitig zu allerhand irrigen  
 Meinungen Gelegenheit gegeben; allein da  
 nun einmal der allgemeine Redegebrauch diese  
 wirklich öfters ganz unschickliche Benennung  
 gerechtfertiget hat, so können wir nicht an-  
 ders, als daß wir vor der Hand das Wort  
 in dem oben angezeigten allgemeinen Sinne  
 beibehalten; es lassen sich aber aus den in  
 Deutsch-

Deutschland geltenden Rechten füglich folgende allgemeine Bemerkungen abstrahiren, die meines Erachtens bey Erörterung der uns vorliegenden Frage nicht aus den Augen gesetzt werden dürfen:

- 1) Die statutarische Portion ist zuweilen nichts anders als die wirkliche römische Quota, davon im §. 3. gesagt worden ist, und kan auch nicht anders als nach diesen römischen Grundsätzen beurtheilet werden.

Denn obschon, wie wir bemerkt haben, eine sehr grose Menge teutscher Verordnungen über die Ansprüche des überlebenden Ehegatten vorhanden, und die römischen Constitutionen hievon anfänglich manchen Widerstand gefunden, so kann es doch

- 2) in Ermangelung eines durchgängig angenommenen teutschen Nationalgesetzes nicht fehlen, daß nicht, der Wachsamkeit der mehresten teutschen Nomotheten in einzelnen Städten und Provinzen, ungeachtet, dennoch hie und da das römische Recht über die alten teutschen Sitten völlig die Oberhand gewonnen, und die justinianäische Lehre

Lehre von der gesammten Erbfolge der Eheleute mit den Blutsfreunden des Verstorbenen, eben so gut wie andere römische Sagen, ihr Ansehen in einigen Provinzen in völliger Stärke behauptet, indem doch nicht überall dergleichen Statuten und Landesgesetze vorhanden; oder wo auch solche wirklich zu finden, da sind doch

- e) die Urheber derselben öfters so offenbar den römischen Grundsätzen gefolgt, daß man deutlich sieht, sie haben nicht sowohl eine Abänderung, sondern blos eine nähere Bestimmung derselben und eine Verbesserung in zufälligen Dingen zum Endzweck gehabt o) welche gleichwol auf die Natur des Ganzen keinen Einfluß haben kann. Dahingegen ist

II. auch so viel richtig, daß zuweilen wiederum die statutarische Portion ihrer Natur nach mehr auf teutschen Grundsätzen beruhet, und also auch nach solchen beurtheilt werden muß.

Dies

- o) s. z. B. das Böhmisches Recht v. J. 1607. c. XVII. tit. e. die Breslauer Statuten v. J. 1588. art. 1. die Weimarschen Statuten v. J. 1702. Q. XXIII.

Dieses finden wir aber

- 1) an denjenigen Orten wo noch wirklich eine allgemeine, p) oder besondere q) das ist blos auf die Erzeugenschaft gehende Gemeinschaft der Güter vorhanden, oder doch
- 2) nach dem Tode des einen Ehegatten gleichsam erdichtet wird, daß die schon auffer Gebrauch gekommene Gütergemeinschaft an noch vorhanden, damit der überlebende um so szüglicher, nach teutschen Grundsätzen, an dessen Nachlassenschaft Theil nehmen könne.

In beiden Fällen betrifft die statutarische Portion ohne Zweifel kein Erbfolgerecht: sondern es liegen vielmehr die Regeln des Gesellschaftsvertrages dabei zum Grunde, und sie muß also auch nach selbigen, und nicht nach den justinianischen Verordnungen beurtheilt

p) dergleichen wie bekannt in Hamburg, Lübet, Bremen und a. D. vorkommt s. Hrn. von Selchow Elem. Iur. Germ. §. 469 der Ausg. v. 1775.

q) welche in den Landen der geistlichen Kurfürsten, im Pfälzischen, Württembergischen, Hanauischen u. s. w. statt findet von Selchow §. 476. Not. 2.

Von der statutarisch. Portion überhaupt. 17

theilt werden. Denn was den ersten Fall anbetrifft, so geben wir zwar gern zu, daß die Landesgesetze unter den ehelichen Gesellschaftern nicht eben immer eine vollkommene Gleichheit beobachtet wissen wollen; es erhält aber doch offenbar der überlebende Ehegatte sodann weiter nichts, als was er auch, wenn wir uns die römische Successionslehre hinweg denken würden, fordern könnte. Den andern Fall anlangend, so ereignet sich derselbe wieder auf eine doppelte Weise; einmal, wenn die Gesetze und Gebräuche eines Orts es ausdrücklich verlangen, daß die Erbfolge unter Eheleuten gerade so geschehen solle, als ob die ehemalige Gütergemeinschaft noch existirte: <sup>1)</sup> sodann, wenn sie dieses stillschweigend erheischen. Dieser letztere Fall aber kommt, wie ich erachte, bey allen teutschen Nationalverordnungen vor, die dem überlebenden Ehegatten, falls er an des verstorbenen Nachlassenschaft Antheil nehmen will, die Einwerfung seines eigenen Vermögens in die Erbschafts-

<sup>1)</sup> wie dieses z. B. in der Mark Brandenburg vorkommt. v. Seldow S. 469. not. 2.

schaftsmasse ansinnen. 1) Denn obschon die Portion so in dergleichen Gesetzen dem überlebenden Ehegatten angewiesen wird, mit der, so ihm im römischen Rechte beschieden ist, oftmals viel ähnliches hat, so ist doch so viel gewiß, daß dergleichen Landesgesetze oder Statuten eine ganz andere Basis annehmen, worauf sie die Ansprüche desselben begründet wissen wollen; und da die Römer von dieser gar nichts gewußt, 2) vielmehr die Einwerfung

1) Es geschieht solches in der Constit. Elect. Sax. XX. P. III. und in den Statuten sehr vieler sächsischen Städte z. B. in den Dresdner Statuten v. J. 1663. Den Leipziger Statuten, den Statuten der Stadt Schmölle v. J. 1602. u. a. m. s. Walch am a. O. u. Kreysigs Beiträge zur Historie der chur- und fürstl. Sächsischen Lande Th. I. III. V.

2) S. Berger Oec. Iur. L. III. tit. IV. th. 51. n. 2. Die Rechtslehren welche behaupten, daß die Wittve, welche die statutarische Portion haben wolle, auch nach römischen Rechten das Ihrige einwerfen müsse, confundiren gemeinlich die Einwerfung (collatio) mit der Zurechnung (imputatio) welche sich die Wittve bey Ablieferung ihrer Quota muß gefallen lassen. Daß diese Dinge aber merklich unterschieden sind, hat schon Carpz

Von der statutarisch. Portion überhaupt. 19  
fung lediglich auf den teutschen Rechtsgrund-  
sätzen von der Gütergemeinschaft beruhet, <sup>u)</sup>  
so läßt sich natürlicher Weise die etwa vorkom-  
mende Uebereinstimmung des in den teutschen  
Gesetzen bestimmten Antheils mit der Grösse  
der römischen Quota doch nur als etwas zu-  
fälliges betrachten, daraus weiter kein Grund  
zur Beurtheilung des Ganzen hergenommen  
werden kan, sondern es werden auch in die-  
sem Falle nicht die Regeln der Erbfolge, nach  
römischen Rechten, sondern die Regeln des  
Gesellschaftscontracts, welche nach getrennter  
Gesellschaft statt finden, vornehmlich zu be-  
absichtigen seyn.

§. 6.

Ist dieses richtig, so läßt sich nun, be-  
sonders bey der noch wirklich existirenden Gü-  
tergemeinschaft

III) auch der Fall gedenken, da die statuta-  
rische Portion ein römisches und ein teut-  
sches

Carpzov P. III. Const. XI. def. 8. gezeigt. s.  
Schwabe von der Erbfolge zwischen Mann und  
Frau. §. 97.

<sup>u)</sup> S. Walch am a. D.

ches *lucrum* zugleich enthält, und also zum Theil nach den Grundsätzen der deutschen Gütergemeinschaft, zum Theil nach den Eigenschaften der römischen *Quota* beurtheilt werden muß.

Denn obschon für ordentlich die noch wirklich vorhandene besondere so wohl als allgemeine Gütergemeinschaft die römische Erbfolge ausschließt, so finden wir doch zuweilen, vornemlich bey der particulären Gütergemeinschaft, wo der überlebende Ehegatte öfters sehr wenig zur Ausbeute bringt, daß auf solchen Fall die Landesgesetze und Statuten die römischen Constitutionen in *subsidium* zugleich mit gelten lassen v) und da ist dann kein  
Zwei

v) Ein Beyspiel finden wir in dem Baadenschen Landrecht v. J. 1710. Th. VI. tit. 5. §. 1. wo es heißt: Im Fall der Ehemann zuvor zeitlichen Todes verblieben, und eheliche Kinder hinter ihm verlassen, alsdenn solche Kinder von den errungenen und gewonnenen Gütern in stehender Ehe den zweiten Theil, aber die Wittwe den dritten Theil erben soll, — tit. 7. §. 3. Da sie aber, die Ehefrau, nichts oder wenig zugebracht, oder bey ihm ererbet, dazu ihr Drittel von den errungenen oder gewonnenen Gütern auch nichts, oder gering,

Von der statutarisch. Portion überhaupt. 21

Zweifel, daß der überlebende Ehegatte, so oft sich dieser Fall ereignet, in einer doppelten Qualität an der vorhandenen Masse Antheil nehme; einmal als Gesellschafter, so weit nemlich doch wenigstens einige errungene Güter vorhanden, und dann als wirklicher Successor, so fern er nemlich die Specialconstitutionen des römischen Rechts in subsidium für sich anführen kan.

B 3

§. 7.

gering, und ihr abgestorbener Ehemann von seinen Gütern ziemlich nahrhaftig und reich wäre, welches denn zur Erkenntnis und Mäßigung unseren Beamten oder der Gerichte jeden Orts stehen soll, so wollen wir, damit eine solche Ehefrau nicht also blos abscheiden, und Armuth leiden müßte, ihr zum Besten geordnet haben, daß sie in solchem Falle erben soll einen vierten Theil, der ihr beneben ihrem zugebrachten und Antheil Errungenes an ihres verstorbenen Ehemanns gelassenen Gütern, so fern der Kinder drey oder minder vorhanden sind; wo ihr aber über drey seynd, ein Kindestheil empfangen soll. Doch also, daß jezt ermeldter ererbter vierter oder Kindestheil den Kindern derselben Ehe zum Eigenthum unverändert ausgedingt und vorbehalten sey und bleibe. Und da ihr etwas von ihrem Ehemann in einem Geschäft oder letzten Willen verlassen, das soll ihr an ihrem obgemeldeten Theil abgezogen werden.

Endlich bemerken wir noch, daß zwar

IV) zuweilen der Fall vorkomme, da die Landesgesetze und Statuten dem überlebenden Ehegatten, ausser seinem Antheil an den gemeinschaftlichen Gütern, oder, dafern die Gemeinschaft der Güter wirklich nicht mehr vorhanden, der römischen Quota, oder auch demjenigen was er vermöge der erdichteten Gemeinschaft der Güter erhält, gewisse Sachen zum voraus anweisen, w) die er aus der vorhandenen Masse, als ein besonderer Nachfolger, erhält; weil aber diese Dinge unter der Benennung der statutarischen Portion nicht mit verstanden werden, sondern vielmehr in dem Fall, da der überlebende Ehegatte noch den Rechten einer erdichteten Gemeinschaft an dem übrigen Nachlasse Theil nehmen, und

w) Hierher gehört z. B. der Trauring, den die Frau, wenn ihr gebüret mit ihren Kindern zu theilen, nach den Lübecker Statuten zum voraus nimmt; die bewegliche Haabe so dem Manne, und die Gerade, so der Frau in Sachsen zu Theil wird.

und also die statutarische Portion erwerben will, mit zur Masse gebracht werden müssen, x) so sind selbige kein Gegenstand mit dem wir uns hier zu beschäftigen haben.

## Zweites Kapitel.

Von weiterer Verfällung (transmissio ad heredes) der statutarischen Portion.

§. 8.

Daß die statutarische Portion, wenn sie von dem überlebenden Ehegatten bereits anerkannt worden, und die Erben nach der Natur des Objekts darinn sie bestehet, der Erwerbung derselben nicht unfähig sind, die weitere Verfällung gar wohl verträge, ist eine unter den Rechtslehrern nie bezweifelte Sache. Wenn aber der überlebende Ehegatte annoch bey Lebzeiten weder ausdrücklich noch stillschweigend zu erkennen gegeben, ob er das was er nach Vorschrift der Gesetze zu fordern berechtiget ist, auch wirklich verlange,

B 4

so

x) So muß z. B. die Wittve in Kursachsen die Gerade mit in die gemeine Theilung bringen. Const. Elect. Saxon. P. III. const. 20.

24 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung

so entsteht nicht selten die Frage, ob die Erben desselben die statutarische Portion nunmehr zu fordern befugt, oder ob sie vielmehr von des zuvor verstorbenen Ehegatten Nachlassenschaft ganz und gar auszuschließen sind? Eine Frage, mit deren Beantwortung sich zwar schon verschiedene, zum Theil sehr verdienstvolle Rechtslehrer beschäftigt haben, die aber, wie mich dünkt, nie gerade zu, und ohne die im §. 5. u. 6. angegebenen Distinctionen vor Augen zu haben, gehörig entschieden werden kan. So verschieden die daselbst erwähnten drey Hauptfälle dem Wesen der Sache nach sind, so verschieden wird auch die Antwort auf unsere Frage ausfallen müssen.

§. 9.

Was nämlich zuerst die im römischen Rechte ursprünglich geordnete, und in einigen Provinzen Deutschlands der Hauptsache nach ganz recipirte Quota (n. I. §. 5.) betrifft, so sind schon seit langer Zeit die größten Rechtslehrer in ihren Meinungen über die weitere Verfallung der nicht anerkannten sogenannten statutarischen Portion nicht einig gewesen. Einige derselben, unter denen wir nur den  
chema-

ehemaligen Jenaischen Rechtsgelehrten Johann Christian Schröter <sup>1)</sup> und den bekannten Commentator des Lübischen Rechts, David Mevius <sup>2)</sup> nahmhafft machen wollen, behaupten, daß, ob, zwar nicht zu leugnen, daß diese römische Quota auf einem der Person des überlebenden Ehegatten verliehenen Privilegium beruhe, dergleichen Privilegien aber, nach bekannten Rechten, auf die Erben nicht übergiengen, \*) dennoch selbige, als ein in den Gesetzen geordnetes Lucrum, dem überlebenden Ehegatten ohne alle Anerkennung zu siele, und unmittelbar sein Eigenthum würde, mithin auch, gleich allen andern bereits wirklich und eigenthümlich erworbenen Dingen, ohne Rücksicht auf die Art und Weise, wie der Verstorbene dazu gelanget, oder den Grund, worauf des Erblassers Eigenthum beruhe, auf alle Erben ohne Unterschied übergehen müsse: andere hingegen unter denen be-

B 5 son

1) In der Dissertation de portione conjugum statutaria Jena 1712. th. 21.

2) Im Commentario ad Ius Lubec. P. II. tit. II. art. 12.

\*) C. 7. de R. I. in 6to l. 196. de reg. Iur.

26 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung  
sonders Herr von Puffendorf <sup>a)</sup> und der  
berühmte Herr geheime Rath und Kanzler  
Boch <sup>b)</sup> in Gießen alle Aufmerksamkeit ver-  
dienen, haben den Gründen jener ältern  
Rechtslehrer hauptsächlich dieses entgegenge-  
setzt, daß dasjenige, was Justinian in sei-  
nen Novellen dem überlebenden Ehegatten ha-  
be verleihen wollen, nicht sowohl die Quota  
selbst, als vielmehr ein bloßes Recht diese  
Quota zu verlangen (Ius petendi) gewesen,  
mithin werde auch nicht unmittelbar durch das  
Gesetz, sondern erst durch die Ausübung die-  
ses Iuris petendi die Quota dem überlebenden  
Ehegatten acquirirt, und wenn er also bey  
Lebzeiten sich nicht erklärt, daß er von der  
milden Disposition der Gesetze Gebrauch ma-  
chen wolle, so müsse man seinen Erben aller-  
dings alle Ansprüche auf die statutarische Por-  
tion versagen. Es scheint auch diese Mei-  
nung um so mehr allen Beifall zu verdienen,  
da,

a) In den Observationibus ad Ius univ. T. III. obs. 177. §. 3.

b) In der Successione ab intestato civili §. 113.  
s. auch Ge. Schubart in der Diss. de transmis-  
sione hereditatis §. 17.

da, wie schon erwähnt, Kaiser Justinian bey seinen Constitutionen blos die Absicht gehabt, den von Glücksgütern entblößten Wittwer oder Wittwe eines begüterten Ehegatten für dem Mangel am nothdürftigen Unterhalte zu schützen, und dem Verstorbenen die Beschimpfung zu ersparen, die ihm der dürftige Zustand des Ueberlebenden gewissermaassen nach seinem Tode noch zuziehen könnte; c) diese Absicht aber bey den Erben des Ueberlebenden natürlicher Weise hinwegfällt, mithin die Regel: daß die Anwendung eines Gesetzes nicht statt haben könne, wenn der Grund desselben, nicht mehr vorhanden, hier offenbar einzutreten scheinet. So viele Achtung ich nun auch sonst für die Aussprüche dieser beiden neuern verdienstvollen Rechtslehrer hege, so muß ich doch aufrichtig bekennen, daß meines Erachtens die Gründe des Schröder und Nevius von den ihrigen nicht aufgewogen werden. Denn Justinian sagt ja in seinen Novellen nirgends, daß der überlebende Ehegatte nur ein

c) Gudelín de Iure novissimo L. II. c. 16. Valentin Förster tract. de hereditatibus quae ab intestato deferuntur L. IX. c. 9. n. 4. Richter ad auth. praeterea C. unde vir et uxor n. 30, 31.

28 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung  
ein Recht haben solle, die Quota von den  
Kindern und Verwandten des Verstorbenen  
zu verlangen, sondern er sagt: *d) Sic etiam  
hic quartam partem ejus substantiae habere  
mulierem — scilicet omnibus ¶ secundum  
instar illius nostrae constitutionis, quae quar-  
tam decernit eis etc.* Diesen Ausdrücken zu-  
folge müßte der überlebende Ehegatte (vor-  
ausgesetzt, daß ihm die Quota, wie die ange-  
führten Rechtslehrer einstimmig annehmen,  
nicht als eigentlichem Erben, sondern als ei-  
nem besondern Nachfolger gebühre) an selbi-  
ger nach des andern Tode wenigstens allemal  
eben so viel Recht haben, als der *legatarius*  
nach dem Tode des Testirers an seinem Ver-  
mächtnisse, oder der Kläger in einem Rechts-  
handel an einer Sache, die ihm durch ein  
rechtskräftiges Urtheil zuerkannt worden, hat.  
Es ist aber kein Zweifel, daß der *legatarius*  
sowohl, wenn er schon sein Vermächtnis bey  
Lebzeiten nicht verlangt, und ihm solches aus  
persönlicher Gunst des Testirers ausgesetzt wor-  
den, als der Kläger, wenn schon der Rich-  
ter bey der Sentenz auf sein persönliches Pri-  
vileg

*d) Nov. 56. c. 6. pr.*

illegium Rücksicht genommen, sein Recht auf die Erben transferirt. e) Es schadet auch hiebey nichts, daß die Gesetze nur auf den armen Ehegatten Rücksicht genommen und K. Justinian dabey vorausgesetzt hat, daß der überlebende Ehegatte nicht so viel besitze, daß er davon leben könne: denn will man auch dieses als eine Bedingung ansehen, so ist es doch keine solche, derenthalben das Recht desselben in suspensio bliebe, sondern es muß sich gleich nach des Erblassers Tode ergeben, ob selbige vorhanden, oder nicht, und überdem wird ja nur das Daseyn dieser Bedingung bey des Verstorbenen Ableben nicht der Beweis, daß der überlebende arm sey, bey Lebzeiten des letztern, erfordert. Auch fällt der Grund warum Justinian diese Quota eingeführt, nach dem Tode des überlebenden nicht allemal weg: denn, wie wenn derselbe eine beträchtliche Schuldenlast hinterlassen, welche nun nicht getilgt werden könnte, würde nicht die daraus erwachsende Beschimpfung auf den zuvor verstorbenen reichen Ehegatten mit zurück fallen?

End.

e) L. 5. pr. ff. quod legatorum.

30 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung

Endlich kommt auch hier die Analogie der Rechte den Erben zu statten, da die Gesetze in dem einzigen ganz ähnlichen Falle, den wir nach jener Voraussetzung in der römischen Rechtslehre mit dieser Art der Erbnehmung finden, vollkommen zu ihrem Vortheile entscheiden. Denn so soll nach der l. 22. ff. de adopt. der arrogirte und hernach wieder emancipirte Sohn des verstorbenen Arrogators, wenn er gleich nach demselben gleichfalls ver stirbt, ehe er noch die ihm in solchem Falle gebührende Quarta D. Nii aus dessen Vermögen erhalten oder gefordert, solche dennoch auf seine Erben verfallen. f) Hier stimmt ohnstreitig die Art des Erwerbes sowohl als der Grund des Gesetzes mit dem gegenwärtigen Falle vollkommen überein, und warum wollten wir also hier anders entscheiden, da die Gesetze doch nirgends eine Agnition der Quota von dem überlebenden Ehegatten selbst zum Erwerbe ausdrücklich verlangen?

§. 10.

f) L. 22. pr. ff. de adopt. Gail. Obs. 131. n. 12.  
Johann Strauch diff. de transmissione Jena  
1659. §. 28. 29. Richter Decis. 67. n. 31. ff.

## §. 10.

So nach liesse sich meines Erachtens die Meinung des Schröter und Mevius, daß die weitere Verfallung der römischen Quota auf einer Erklärung des zuletzt verstorbenen Ehegatten ganz und gar nicht beruhe, wider die jenseitigen Argumente noch immer süglich vertheidigen: mir scheint aber selbige dennoch dem Sinne der Gesetze ebenfalls nicht völlig gemäß. Denn wenn dabey vorausgesetzt wird, daß der Antheil des überlebenden Ehegatten eine *quota bonorum* sey, die demselben, als eine *acquisitio legalis* unmittelbar anheim fielen, so beruhet dieses vielleicht auf einer noch zur Zeit ebenfalls unerwiesenen Hypothese. Wie, wenn das was der wohlthätige Kaiser dem überlebenden armen Ehegatten verwilligen wollte, in einem wahren und eigentlich sogenannten Erbrechte (*Iure hereditario*) bestünde? Ohnstreitig wäre alsdenn die vorliegende Frage nach den Regeln der Erbschaftsantretung zu entscheiden, und alsdann auf die geschehene oder nicht geschehene Anerklärung des überlebenden Ehegatten allerdings einige Rücksicht zu nehmen: es läuft aber, wenn wir uns dieses noch als möglich

ge.

32 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung  
gedenken, die Sache immer auf eine berück-  
tigte Streitfrage hinaus, über welche sich die  
größten und berühmtesten Rechtsgelehrten noch  
immer nicht vereinigen können, und ich ge-  
stehe aufrichtig, daß es von mir zuviel gewagt  
wäre, wenn ich mich unter Männern, die  
einander von beiden Seiten so mancherley  
wichtige Gründe entgegengesetzt haben, zum  
Schiedsrichter gleichsam aufwerfen wollte: da  
aber dieses hier einmal die Präjudicialfrage ist,  
worauf die Entscheidung der Sache beruhet,  
so kan ich gleichwol nicht umhin, meine Mei-  
nung kurz von der Sache zu sagen, ohne je-  
doch darauf Anspruch zu machen, daß mein  
Beitritt auf einer oder der andern Seite, ein  
Uebergewicht geben solle.

§. II.

Ich finde nemlich dem allen ungeachtet,  
was Stryk, g) Carpzov, h) Puffendorf, i)  
Berger, k) Wernher, l) u. a. m. gegen  
die

g) De succ. ab intest. Diff. IV. c. I. §. 27. 28.

h) In Definit. forens. P. III. const. 23 def. ult.

i) In Obs. Jur. univ. T. III. obs. 177. §. 2.

k) In der Diff. de legitima mariti C. VI. §. 1.

l) Parte V. obs. 320.

die Existenz eines wirklichen gesetzlichen Erbsrechts des überlebenden Ehegatten angeführt haben, nicht Ursach genug, die Meinung des Johann Andreas Kobl, *m*) Leyer, *n*) Böhmer, *o*) Zommel *p*) u. a. welche das selbe

*m*) In tract. de Success. conjugum Parte poster. n. 93.

*n*) Meditt. ad Pand. spec. 424 med. 7.

*o*) Sam. Fried. Böhmer diss. de ratione decidendi. controversias circa portionem statuti.

*p*) Carl Ferdinand Zommel in der 410ten Beob. seiner Rhapsodien. Zommel setzt den Grund seiner Meinung, daß der überlebende Ehegatte ein wahrer Erbe sey, darinn, weil demselben ein gewisser Theil des ganzen Nachlasses beschieden wird, und mir deucht dieses Argument auch nicht unrecht zu seyn, da doch auch der Legatarius welchem ein Theil der ganzen Nachlassenschaft (pars quota hereditatis) beschieden wird, als ein wahrer Erbe angesehen wird, s. Lauterbach im Coll. theor. pract. ad Libros Pandectarum de leg. et fideicomm. §. 37. Schilter ad ff. ibid. §. 37. ob schon Hr. Christian Ernst Ulrici in seiner im Jahr 1781. zu Leipzig unter des Hrn. Domherrn D. Zollers Vorfiz vertheidigten Inauguralschrift: de Successione statutaria conjugum ihn zu widerlegen gesucht hat.

Ⓒ

### 34 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung

selbe vertheidiget haben, zu verlassen: da aber eine ausführliche Gegeneinanderstellung der beiderseitigen Gründe hier zu weitläufig seyn würde, so will ich meinen Lesern nur die einzige Gesetzstelle hier anführen, die meines Erachtens den gegenseitigen Gründen ungeachtet, noch immer stark genug ist, für die Meinung der letztgenannten Rechtslehrer den Ausschlag zu geben. Es ist der §. I. C. VI. Nov. 115. wo der Kaiser, nachdem er den Eheleuten unter den obenangezogenen Umständen eine gegenseitige Succession eingeräumt hatte, unmittelbar darauf fortfährt:

Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alias repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam, *subjacere* huiusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus: *nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstiterit.*

Die Gläubiger des Mannes, heißt es also, können sich an das Vermögen der Wittwe nicht halten, um desto sicherer zu ihrer Forderung zu gelangen: denn die Frau ist nicht gehalten, die Schulden ihres Mannes,  
als

als eines dritten, zu bezahlen. Jedoch wird der Fall darinn aus genommen, wenn sie des Mannes Erbin geworden, und zwar *ex hac lege*, also nach Inhalt der nemlichen Novelle, auf welcher diese Art der Erbfolge beruhet, nicht seine Testamentserbin, auch nicht Besitzerin seiner Güter nach dem Edicte des Prätors. Hier, sagt der Kaiser, geht es an, daß die Gläubiger an das eigene Vermögen der Wittwe, als des überlebenden Ehegatten, sich halten. Wie käme aber dieß mit dem Begriff einer besondern Nachfolge (*successionis singularis*) überein, durch welche bekann-  
termaassen zwar wohl zwischen dem Erben und dem Nachfolger, nicht aber zwischen diesem Letztern und den Gläubigern eine Verbindlichkeit entsteht? Wäre die dem überlebenden Ehegatten beschiedene Portion ein *Quota bonorum*, so wäre der eigentliche Erbe verbunden, erst die Erbschaftsschulden zu bezahlen, und ihm alsdenn seinen Antheil abzureichen, und es ließen sich also in diesem Falle gar keine *creditores viri* mehr gedenken; hätte er aber dieß nicht gethan, und die Wittwe auf diese Art mehr bekommen, als ihr gebürte, so würde demungeachtet der Gläubiger, wenn er nun aus der übrigen Masse seine Befriedigung

36 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung  
nicht erhalten könnte, sich nicht an die Wittwe, sondern an den wahren Erben, welcher die Person des verstorbenen vorstellt, halten müssen. Der einzige Fall der sich hier noch gedenken ließe, wo es die Creditoren mit der Wittwe zu thun haben könnten, wäre dieser, wenn der wahre Erbe schon ausgeklagt worden, der Gläubiger aber weder aus der Erbschaftsmasse, noch aus des Erben eigenem Vermögen befriedigt werden können, und er nunmehr zu einer Klage in factum gegen die zu reich gewordene Wittwe seine Zuflucht nehmen müßte; oder wenn der Gläubiger auf das was die Wittwe als statutarische Portion erhalten, vorher ein dingliches Recht gehabt hätte: allein wie viel setzt dieser Fall nicht voraus, wie weit hergeholt wäre nicht eine solche Erklärung, und wie wenig würden sich die Ausdrücke: *subjacere* und *in illius jure* hierher schicken, welche von dem Vermögen der Frau, so sie jedoch nicht zu conferiren hat, gebraucht werden? Weit natürlicher lassen sich unstreitig die Worte: *nisi forte secundum quod u. s. w.* auf die Verbindlichkeit des eigentlichen Erben, die *facta* seines Erblassers zu prästiren, a) und die Vermischung der Erbschafts-

a) l. 87, de Reg. Jur. l. 24, de Verb. Sign.

schaftsmasse mit dem eignen Vermögen des Erben beziehen, und von diesem unterscheidenden Kennzeichen eines wahren Iuris hereditarii, da die Frau mit ihrem eigenen Vermögen den Gläubigern des Mannes haften soll, die Schlussfolge machen, daß das in den angezogenen Novellen dem überlebenden Ehegatten verliehene beneficium nichts anders als ein Erbrecht im eigentlichen Sinne seyn sollen.

§. 12.

Mehrere Gründe für die Richtigkeit dieses Satzes anzuführen, oder mich mit Widerlegung der gegenseitigen Argumente weitläufig zu beschäftigen, ist nicht meinem Plane gemäß; indeß kan ich nicht unberührt lassen, daß die jenseitige Meinung; daß nemlich der überlebende Ehegatte nur ein besonderer Nachfolger des Verstorbenen sey, vor nicht gar langer Zeit an dem rühmlich bekannten Herrn Professor Wernber <sup>b)</sup> zu Erlangen einen geschickten Vertheidiger bekommen; Ich lasse ihm auch die Gerechtigkeit gern wiederfahren, daß

<sup>b)</sup> Mich, Gottfr. Wernberi lectissimae commentationes ad pandectas Frankfurt 1779. L. 38. tit. XI. §. 6. 7. 8.

38 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung  
daß er die Gründe des Herrn von Leyser  
mit unter auf eine ziemlich überzeugende Wei-  
se entkräftet: was aber die Gründe anbelangt  
mit denen er zugleich seine eigene Meinung  
zu unterstützen gesucht, so scheinen mir solche  
mehr seinem Scharfsinne Ehre zu machen,  
als daß sie bey Entscheidung der Sache ein  
Uebergewicht geben könnten. Es behauptet  
nemlich der Herr Professor erstlich, daß der  
überlebende Ehegatte um deswillen kein wahr-  
er Erbe seyn könne, weil er in dem Falle da  
Kinder aus der nemlichen Ehe vorhanden, nur  
den Niesbrauch von seinem Antheile bekom-  
me, ein Usfructuarius aber nicht für einen  
wahren Erben zu achten sey; er beruft sich  
wegen dieses letztern Sages c) auf eine Stelle  
des Codex d) daraus erhellen soll: wenn ein  
Testirer seine Ehefrau zum Erben eingesetzt,  
und ihr den Niesbranch aller seiner Güter  
hinterlassen habe, mit dem Hinzufügen, daß  
nach ihrem Tode ein Dritter sein Erbe seyn  
solle, so sey diese letzte Einsetzung für eine pu-  
ram zu achten, und der Dritte sogleich nach  
des Testirers Tode als Erbe anzusehen. Al-  
lein

c) In annott. ad L. 29. tit. V. §. 12.

d) L. penult, C. de hered. instit.

lein fürs erste ist nicht die Folge, weil der Dritte hier gleich Erbe wird, daß die Frau nicht auch Erbe seyn könne: er in Ansehung der Substanz, sie in Ansehung des Nießbrauchs. e) Der Dritte wird hier, deucht mir, ganz natürlich mit zur Erbschaft gelasset, weil sonst, nach der vorausgesetzten Disposition, so lange die Frau lebte, in Ansehung der Substanz kein Erbe da seyn würde, und der Testator zum Theil mit, zum Theil ohne Testament verstürbe; sodann läßt sich aber auch daraus, daß die Wittve in dem Falle da Kinder aus derselben Ehe vorhanden, nicht wahre Erbin seyn soll, auf die Fälle da blos Collateral. Erben, oder Kinder einer andern Ehe concurriren, nichtfüglich schließen, sondern der erste Fall könnte auch wohl als eine Ausnahme von der Regel angesehen werden, die zur Entscheidung des Ganzen nicht diene.

Ein zweites Argument, dem der Herr Professor die mehreste Stücke zutraut, hat er

C 4

e) Denn daß sich auch im Nießbrauche eine wahre Erbeinsetzung gedenken lasse, erhellet aus der l. 4 ff. de usu et usufr.

#### 40 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung

er in einem Dilemma vorgetragen, so zwar eigentlich nur gegen diejenigen gerichtet ist, welche nach statutarischen Rechten insbesondere den überlebenden, Ehegatten für einen wahren Erben erklären, welches wir aber hier füglich mitnehmen können, da nach unserer Voraussetzung (§. 5.) zwischen der römischen bürgerlichen und der eigentlich statutarischen Erbfolge hier kein Unterschied statt findet, und sich dasselbe gegen den nach römischen Rechten succedirenden Ehegatten ebenfalls in völliger Stärke anwenden läßt. Er sagt nemlich also: „Wenn der überlebende Ehegatte in Ansehung der statutarischen Portion ein wahrer Erbe seyn soll, so ist er entweder ein Notherbe (heres necessarius) oder ein solcher, dessen Gerechtsame von dem Willkühr des Erblassers abhängen (heres voluntarius); ein Drittes läßt sich nicht denken. Das zweite wird von den Rechtslehrern durchgängig geläugnet, (und mit Grunde, weil sein Erbrecht, nicht anders wie z. B. das Recht des Ehemannes in Sachsen auf die bewegliche Haabe der Frau, lediglich auf einer Begünstigung der Gesetze beruhet;) „das erste aber läßt sich um deswillen nicht annehmen, weil sonst das Testament des einen Ehegatten, darinn

darinn er den andern übergangen hätte, null und nichtig seyn müßte; welches jedoch ebenfalls niemand behaupten werde: mithin, da er weder ein Notherbe, noch ein willkührlicher sey, so sey er gar kein Erbe.,

Allein mir deucht immer, der Herr Prof. habe zu rasch geschlossen, wenn er behauptet, daß ein Notherbe sich nicht gedenken lasse, dessen Uebergehung nicht eine absolute Nullität des ganzen Testaments nach sich ziehen müsse. Denn so sind ja z. B. Ascendenten ebenfalls Notherben ihrer Kinder und Enkel, und dennoch fällt das Testament der letztern nicht ganz übereinander, wenn schon bey der Erbeinsetzung ihrer keine Erwähnung geschehen. Gesezt aber das Argument des Herrn B. sey auch nur von der Erbeinsetzung zu verstehen; so geben wir zwar gerne zu, daß der übergangene dürstige Ehegatte auch diese nicht ganz umstossen könne, und sich darinn von andern in der römischen Successionsordnung angegebenen Notherben unterscheiden: allein es ist dennoch nicht die Folge, daß er deshalb gar kein Notherbe, d. i. ein solcher den man an dem Nachlasse des Verstorbenen nothwendig Theil nehmen lassen muß, seyn könne,

42 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung könne, weil die Strenge der Gesetze, damit sie die Uebergehung der nächsten Blutsfreunde zu ahnden pflegen, bey ihm nicht statt findet. Die Uebergehung eines dürftigen Ehegatten involvire zwar allemal eine Art der Lieblosigkeit: allein da derselbe nicht eigentlich in den Plan der bürgerlichen Intestaterbfolge gehört; da ihm die Gesetze nur ein ausserordentliches Erbrecht einräumen; da er ohnehin nur einen sehr mässigen Theil des Nachlasses erhält, mithin der Fehler der Uebergehung, wenn schon sonst die Erbeinsetzung aufrecht erhalten wird, leicht wieder gut gemacht werden kan; da endlich der Testirer bey Lebzeiten nicht immer voraus sehen kan, ob er seinen Ehegatten dereinst in dürftigen Umständen zurücklassen werde; so ist es ja wohl nicht zu verwundern, wenn die Gesetze eine solche Erbeinsetzung darum nicht ganz umstossen wollen: es läßt sich aber dennoch gar wohl gedenken, daß der Ehegatte ein Notherbe seyn könne, obschon das eclatante Vorrecht der nächsten Blutsfreunde, vermöge dessen sie eine Erbeinsetzung, darinn ihrer keine Erwähnung geschehen, ganz umschmeissen können, ihm nicht eingeräumt wird.

## §. 13.

Vorausgesetzt also, daß dasjenige, was Kaiser Justinian in seinen Novellen dem nachgeliebenen armen Ehegatten zugestanden habe, nichts anders als ein wahres eigentliches Erbrecht gewesen, so muß auch die Frage, in wiefern er seine Gerechtsame auf die Erben verfälle, wohl lediglich nach den Grundsätzen des römischen Rechts vom Erwerb und Verfallung angefallener Erbschaften beantwortet werden. Nach selbigen erhält bekanntlich der Erbe nicht so wie ein besonderer Nachfolger, unmittelbar nach des Erblassers Tode eine Art von Eigenthum an denjenigen was ihm beschieden, sondern sein Recht besteht hier an noch blos in einer Befugnis die angefallene Erbschaft durch die Antretung, oder Anerkennung der von den Gesetzen oder dem Erblasser uns beschiedenen Rechte, sich eigen zu machen. f) Eine nicht angetretene Erbschaft geht auch in der Regel auf die Erben nicht über, g) und da kein Grund vorhanden, warum

f) Koch de successione ab intestato §. 1.

g) L. un. §. 5. 6. C. de caduc. toll. 1. 7. de Iure de liber.

44 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung  
um diese Regel bey dem überlebenden Ehegatten nicht eben so wie bey andern Erben statt finden sollte, so würde unsere Hauptfrage hier unstreitig zum Nachtheil der Erben des letztern entschieden werden müssen, wenn nicht wiederum eine bekannte justinianische Verordnung ins Mittel träte, vermöge welcher nicht nur allen und jeden Erben eine gewisse Zeit zur Ueberlegung gestattet wird, ob sie die angefallene Erbschaft antreten wollen, *h)* sondern auch dieselben das Recht gewinnen, wenn sie binnen dieser Zeit verstorben, ihre Ansprüche auf die Erbschaft wiederum auf ihre Erben zu transmittiren. *i)* Nun fragt sich also, ob diese milde Verordnung dem überlebenden Ehegatten in Ansehung des ihm beschiedenen Erbtheils ebenfalls zu Gute komme, oder ob vielmehr eine besondere Ursach eintrte, warum sie auf ihn nicht angewendet werden könne? Mir deucht unstreitig das erste; und Herr von Leyser *k)* hat ganz Recht, wenn

*h)* L. 9. C. de Iure de liber.

*i)* L. 22. C. de Iure delib. Koch de herede delib. 1783.

*k)* Meditt. ad Pand. spec. 424. med. 7.

wenn er sagt: Igitur quaecunque alias in herede juris sunt etiam ad conjugem jure civili succedentem pertinebunt. Denn obschon so viel richtig ist, daß der überlebende Ehegatte, da er, wie schon erwähnt, weder nach dem System des Zwölftafelgesetzes <sup>l)</sup> noch nach der von Justinian eingeführten verbesserten Successionsordnung <sup>m)</sup> in den Plan der gemeinen bürgerlichen Intestaterbfolge gehört, sondern vermöge einer die Person angehenden Ausnahme von den gemeinen Rechten zur Erbfolge gelangt, und Privilegien, bey denen zumal ein Dritter einige Einbuße leidet, allemal stricte interpretirt werden müssen; so ist doch auf der andern Seite das Recht der Ueberlegung so genau mit der Idee eines wahren Erben verbunden, daß auch derjenige dessen Erbrecht auf einem Privilegium beruhet, davon nicht ausgeschlossen werden kan. Es hat seinen Grund nicht sowohl in einer besondern Begünstigung, als in der Sache selbst <sup>n)</sup> indem

l) Cornelius van Bynkershoff in Observatt. Jur. Roman. L. II. c. 1.

m) Koch de succ. ab intest. §. 6. Schol.

n) Zellfeld Jurisprud. forens. §. 1466. Johann Casp

46 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung  
indem es billig ist, daß einem jeden Erben zu  
seiner Entschliessung, ob er die Verbindlich-  
keiten eines Erben übernehmen oder lieber die  
Vorthelle der Erbschaft fahren lassen wolle,  
eine gewisse Zeit gelassen werde. Justinian  
hat daher auch diese Ueberlegungsfrist jedem  
Erben ohne Unterschied gestattet, und da bey  
der Concession eines jeden Privilegii dafür zu  
halten, daß auch dasjenige alles mit conce-  
dit worden sey, was die Natur der Sache  
mit sich bringt o) so würde auch bey der streng-  
sten Interpretation des Privilegii von dem  
hier die Rede ist, dem überlebenden Ehegat-  
ten das Recht der Ueberlegung nicht abge-  
sprochen werden können, sondern es wird ihm  
eine eben so lange Frist wie jedem andern Er-  
ben dazu gelassen werden müssen, um so mehr,  
da die in römischen Rechten geordnete Jahres-  
frist im Grunde eben sowohl zum Besten der  
Gläubiger der Masse und der substituirtten Er-  
ben gereicht.

Mit

Caspar Göthe diss. de aeditione hereditatis ex  
Iure Romano et patris Giessen 2725. C. I. §. 29.

o) L. 19. de legat. 1. l. 72. §. ult. de cond. et  
demonstr. C. 4. de Reg. Iur. in 6to.

Mit dem Rechte der Ueberlegung ist aber wiederum das Recht die noch nicht angetretener Erbschaft vor Ablauf des Ueberlegungsjahres weiter zu verfallen, ganz unstreitig verbunden, weil es, wie gesagt, sehr unbillig seyn würde, wenn der Erbe selbst, oder der Nachfolger des Erben darunter Schaden leiden sollte, daß jener die Erbschaft nicht auf Gerathewohl antreten wollen; und dieses gleichwohl geschehen würde, wenn man dem Erben das Recht der weitem Verfallung, welches ihm nach angetretener Erbschaft niemand versagen konnte, binnen der Ueberlegungsfrist abschneiden wollte.

§. 14.

Stirbt also der überlebende Ehegatte im Ueberlegungsjahre, so ist kein Zweifel, daß alle seine Erben noch vor Ablauf desselben sich gar wohl die ihrem Erblasser angefallene sogenannte statutarische Portion durch die Antretung annoch zu eigen machen können: denn in der That läßt sich alsdenn von ihnen nicht sagen, daß sie sich eines der Person ihres Erblassers zu Gute geordneten Privilegii anmaßten würden, sondern es wird eigentlich nur  
das

48<sup>r</sup> Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung

das dem Erblasser selbst zustehende Ius transmissionis von ihnen zur Ausübung gebracht. Ist aber das Ueberlegungsjahr vorbei, und der überlebende, nun auch verstorbene Ehegatte hat die ihm beschiedene Quota weder ausdrücklich noch stillschweigend (pro herede gerendo) agnoscirt, so werden seine Erben darauf weiter keine Ansprüche machen können. So ist die Sache, denkt mir, nach römischen Rechten: daß aber diese auch in Deutschland aller Orten ihre Anwendung finden, wo entwedder gar keine Statuten, Landesgesetze oder besondere hievon abweichende Gewohnheit vorhanden, oder selbige doch in Ansehung der Erwerbungsart der statutarischen Portion nichts verordnen was vom Geiste der römischen Gesetze abgeht; wo sie insbesondere eben so wie das römische Recht auf die Vermögensstände der beiden Ehegatten Rücksicht genommen haben, und keine Einwerfung verlangen, dieß wird wohl niemand ableugnen können, der nicht von dem Vorurtheil eingenommen ist, daß die statutarische Portion in Deutschland schlechterdings nach ganz eigenen Grundsätzen zu beurtheilen sey, und das gemeine Recht

Recht darauf nicht angewendet werden können. 9)

§. 15.

Einen ganz andern Grund der Entscheidung werden wir aber annehmen müssen, wenn die Rechte der statutarischen Portion, nach dem zweiten Hauptfalle (§. 5.) auf den deutschen Nationalgrundsätzen der Gütergemeinschaft, von welcher die Römer nichts wußten, beruhen. Es kommt solches, wie oben erwähnt worden, bald in dem Falle einer noch wirklich vorhandenen, bald im Falle einer erdichteter Weise anzunehmenden Güterge-

9) Indesß gebe ich gern zu, daß nach dem wahren Sinne eines oder des andern Statuts der überslebende Ehegatte in Ansehung der statutarischen Portion auch für einen successor singularis zu halten sey, und kann dieser Fall besonders alsdann vorkommen, wenn die Einverfung nicht vorgefallen, die Quota aber erst nach Abtrag der Schulden zu entrichten ist. S. z. B. die Jenaischen im J. 1704 entworfenen Stadtgesetze Tit. XXV. C. 1. §. 3. Hier wird meines Erachtens das zur Anwendung kommen, was oben (§. 9.) von der Transmission eines *lucri mere legalis* gesagt worden ist.

D

50 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung  
tergemeinschaft, vor. Im ersten Falle ist,  
denkt mir, gar kein Zweifel, daß die statu-  
tarische Portion jedesmal auch ohne alle An-  
erkennung auf jeden Erben übergehen müsse, so  
fern sie anders in einem Eigenthum, und  
nicht etwa in einem bloßen Niesbrauche be-  
steht. Denn es ist ja bekannt, daß im Fal-  
le einer noch wirklich existirenden allgemeinen  
oder besondern Gütergemeinschaft nach dem  
Tode des einen Ehegatten von Seiten des an-  
dern kein neues Recht entsteht, zu dessen Er-  
werb es erst einer Anerkennung bedürfte, son-  
dern vielmehr der Antheil am gemeinschaftli-  
chen Gute, der hier statutarische Portion ge-  
nennet wird, dem Ueberlebenden, nach den  
Regeln des Gesellschaftscontracts ipso jure ge-  
bühre, und es müssen also die Erben desselben  
auf alle Fälle eben so gegründete Ansprüche  
daran haben, als die Erben eines jeden an-  
dern Gesellschafters, der seinen Antheil an der  
gesamten Masse bey Lebzeiten noch nicht er-  
halten. Da auch von einem römischen Erb-  
rechte hier ganz und gar nicht die Frage ist,  
so versteht sich von selbst, daß die römischen  
Sätze vom Erwerb einer Erbschaft durch die  
Antretung, vom Ueberlegungsjahre u. s. w.  
gar nicht in Anschlag kommen können.

Im

Im letzten Falle aber, wenn nemlich die Rechte der statutarischen Portion unter dem Color einer erdichteten Gütergemeinschaft ausgeübt werden müssen, wird freylich genau darauf zu sehen seyn, was die Gesetze und Gebräuche eines jeden Orts eigentlich mit sich bringen. Ist es ausgemacht, daß nach Landesgebrauch die Abfindung des überlebenden Ehegatten, bey der zwar schon erloschenen Gütergemeinschaft dennoch gerade so geschehen muß, als ob selbige noch wirklich vorhanden; oder wollen die Gesetze schlechterdings, daß der überlebende Ehegatte sein eigenes Vermögen, ganz oder zum Theil, in die nachgelassene Substanz des Verstorbenen einwerfen soll, ohne ihm die Freyheit zu lassen, mit Begebung aller Ansprüche auf des Verstorbenen Nachlaß, blos sein Eigenthum zurück zu verlangen, s) so glaube ich, ist kein Bedenken,

D 2

daß

s) Daß es dergleichen Statuten im Kursächsischen geben müsse, beweist das von Carpzov P. III. constl. 20. def. 13 angezogene, und im Codice Augustano T. I. p. 1051. ersichtliche Rescript Kurfürst Christianians II. v. J. 1706. wo es heißt: *da such diuisio hereditatis inter viduam et liberos vel heredes mariti gesucht würde vff des statutum oder Gewohn.*

52 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung

daß die statutarische Portion auch ohne einige Anerkennung auf alle Erben übergehe, indem die Gesetze hier das Vermögen des Ueberlebenden und die Substanz des Verstorbenen ipso jure für gemeinschaftliches Gut erklären, und also auch alles das statt finden muß, was bey einer noch wirklich vorhandenen Gütergemeinschaft Rechtens ist. Oft aber lassen sie dem Ueberlebenden die Wahl, 2) ob er sein Vermögen für sich behalten, und nach Befinden zurückfordern, sodann aber auf alle Ansprüche an des Verstorbenen Nachlaß Verzicht leisten will, oder ob er lieber das Seinige einwerfen, und dann aus der gesammten Masse den Antheil der ihm unter dem Namen der

wohnheit, so des Orts beständig hergebracht, *praecise* gewrtheilet, und der Wittiben disfalls die *optio* vnd Wahl zu ihren Einbringen nicht verstattet werden soll.

2) S. z. B. die Constit. 20. P. III. Kurfürst Augusts I von Sachsen: — Jedoch soll der Frauen in allewege frey stehen ob sie zu ihrem eingebrachten Gut, oder nach Gelegenheit der Fälle zu dem vierten oder dritten Theil greifen will, vnd ihr solche Wahl ohne Unterschied gelassen werden.

Der statutarischen Portion zukommt, will ausgeliefert haben. Hier kommt die allerdings bedenkliche Frage vor, ob die Erben des überlebenden Ehegatten, falls dieser selbst sein Vermögen bey Lebzeiten nicht eingeworfen, oder sich wenigstens, daß er dieses thun wolle, anerklärt hat, dennoch diese Einwerfung bewirken, und sich dadurch zum Erwerb der statutarischen Portion qualificiren können, oder ob sie nunmehr blos auf die Ausantwortung des Vermögens ihres Erblassers zu dringen berechtigt sind. Ich werde meinen Lesern hier über erst meine eigene Meinung mittheilen, und ihnen dann auch die Meinung anderer kürzlich zur Prüfung vorlegen.

§. 16.

Daß der überlebende Ehegatte hier ebenfalls keinen wahren Erben des verstorbenen vorstelle, auch die römische Lehre von der Collation hier nicht ihre Anwendung finde, liegt meines Erachtens, ganz deutlich zu Tage. Denn obgleich auch die römischen Rechte bey wirklichen Successionsfällen zuweilen eine Einwerfung erheischen, so geschieht doch 1) dieses nur in Fällen, da der Erbe in des Verstors

54 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung  
storbenen väterlicher Gewalt sich befunden, u)  
2) ist der römische Erbe niemals sein eigenes,  
sondern blos, das, was er von den Verstorbe-  
nen bereits erhalten, zu conferiren schuldig; v)  
3) liegt bey der römischen Collation immer  
die unter mehrern Erben von einerley Art,  
zu beobachtende Gleichheit zum Grunde. w)  
Ganz anders verhält sich bey dem überleben-  
den Ehegatten die Sache: er ist auf keinen  
Fall als ein Erbe der in des Verstorbenen vä-  
terlicher Gewalt sich befunden, zu betrachten;  
er bringt nicht nur das, was er von dem Ver-  
storbenen erhalten, sondern sein eigenes Ver-  
mögen zur Masse; er concurrirt nie mit an-  
dern Erben mit denen eine Gleichheit zu beo-  
bachten wäre. Fügt man dem allen noch bey,  
daß der überlebende Ehegatte, nach Inhalt  
der mehresten Statuten und Landesgesetze  
von dieser Classe seinen Antheil nicht eher,  
als nach Abtragung der Schulden des Ver-  
storbenen erhält; daß es nach selbigen gleich  
viel

u) L. 17. 19. C. de collat. bonor. Nov, 18. c. 6.

v) L. penult. et ult. C. de Coll. bon.

w) L. 17. C. eod.

viel sey, ob er reich oder arm; x) daß die Statuten, welche die Einwerfung erheischen hauptsächlich in Sachsen vorkommen, wo sich die teutschen Grundsätze von der Gütergemeinschaft mit am längsten erhalten, so wird man dem leicht beyfallen, was wir schon oben (S. 5.) behauptet, daß nemlich die statutarische Portion überhaupt in gegenwärtigem Falle nicht nach den römischen Regeln des Erbrechts, sondern nach den Grundsätzen der Gütergemeinschaft und des Gesellschaftscontracts zu beurtheilen sey, und statt des römischen Erbrechts

D 4

durch

x) S. die angef. kurfürstl. sächs. Constitution — Wo aber diese Dinge ungewiß — und es stirbt der Mann vor seinem Weibe, so soll das Weib ohne Unterschied, ob sie reich oder arm, nach Bezahlung der Schulden — einen vierten Theil nehmen und haben. Von dieser Art der Statuten ist auch Neuenhahn allein zu verstehen, wenn er in seinem tractat. de Jur. ac priv. viduitatis Membr. 1. Sect. 13. not. c. behauptet, daß der Unterschied unter einer reichen und armen Wittwe in Teutschland nicht beobachtet werde.

y) Epko von Reptow im Sachsenspiegel L. I. art. 31.

56 Zweites Kapitt. Von weiterer Verfallung  
durch dergleichen Statuten und Landesgesetze  
dem überlebenden Ehegatten in effectu nichts  
anders als eine Befugnis concedirt werde, nach  
dem Tode des andern, durch Einwerfung  
seines Vermögens, annoch in eine Art der Gü-  
tergemeinschaft zu treten, und dann so fort  
von den Erben desselben einen bestimmten An-  
theil der ihm aus der gesammten Masse gebüh-  
ret, zurück zu verlangen.

Daß nun diese Befugnis, wenn sie nicht  
von dem überlebenden Ehegatten bey Leb-  
zeiten selbst ausgeübt worden, noch von dessen  
Erben exercirt werden könne, dem scheint  
hauptsächlich folgendes entgegen zu stehen:

- 1) Daß eine Verordnung, vermöge welcher  
der überlebende Ehegatte nach Gutbefinden  
gleichsam noch in die Gemeinschaft treten  
kan, oder nicht, ein persönliches Privile-  
gium desselben enthalte, dergleichen Privi-  
legien aber an die Erben nicht übergehen. 2)
- 2) Daß die Einwerfung hier die Stelle ei-  
ner conditionis sine qua non vertrete; und  
da

2) L. 68. l. 196. de Reg. Iur. l. 44. de aqua quotid.

da solche bey Lebzeiten des begünstigten Ehegatten nicht in Erfüllung gegangen, die ganze Disposition wegfallen müsse. a)

§. 17.

Allein dem allen ungeachtet getraue ich mir zu behaupten, daß die Befugnis, von der hier die Rede, auf alle und jede Erben des überlebenden Ehegatten übergehen müsse, wenn schon derselbe sich desfalls bey Lebzeiten nicht anerklärt hat. Denn einmal ist so viel gewiß, daß in der Regel alle Rechte und Befugnisse des Erblassers den Erben zu Theil werden müssen; b) die eben angeführten Scheingründe aber fallen weg, wenn man erwägt, daß

- 1) so viel den ersten betrifft, es gar nicht ausgemacht sey, daß die Disposition der Gesetze in vorliegendem Falle ein Privilegium oder Rechtswohlthat enthalte: denn es wird ja in selbigen, wie wir gesehen haben, statt

D 5 der

a) L. 4. pr. D. quando dies legat. l. un. §. 7. de caduc. toll.

b) L. 62. de Reg. Iur.

der römischen Erbfolge ganz und gar eine gesellschaftliche Theilnehmung adoptirt, mithin fällt der Grund, warum wir oben (S. 13.) ein Privilegium angenommen haben, hier gänzlich hinweg: es wird hier nicht sowohl eine Ausnahme von den gemeinen Rechten gemacht, als vielmehr ein ganz neues willkührliches Recht eingeführt, bey dem die Gesetzgeber eben sowohl die Aufrechthaltung der alten teutschen Rechtsprincipien von der Gütergemeinschaft, als den Vortheil des überlebenden Ehegatten, können zur Absicht gehabt haben; und dann ließe sich auch wohl behaupten, daß wenn auch schon bey dieser wirklich blos teutschen Natur der statutarischen Portion ein Privilegium angenommen werden mußte, dieses dennoch mehr ein dingliches als persönliches sey, weil es mehr die Güter als die Person des Ehegatten angehet, so bald man nur den Sinn der Statuten oder Landesgesetze annimmt, daß das Vermögen beider Ehegatten, mit Vorbehalt des Überlebenden Zurückforderungsrechtes, als gemeines Gut angesehen werden solle \*), derglei-

\*) So läßt unter andern die Const. Elect. 20. P. III. gar süglich eine solche Erklärung zu.

gleichen Privilegien gehen aber allerdings auf die Erben über. c)

Gesetzt aber, man wollte hier dennoch für die Person ein Privilegium annehmen, so finden wir doch insgemein, daß die der Person zu Gute geordneten Privilegien, wenn sie schon an sich auf die Erben nicht übergehen, dennoch im Namen des Erblassers, in so fern der Fall, da sie ihre Anwendung finden, bey dessen Lebzeiten bereits eingetreten ist, und nicht ausdrücklich ein anderes verordnet worden, d) von den Erben annoch ausgeübt werden können; e) und vertritt also hier wiederum die rechtliche Analogie die Sache der Erben aufs beste. So ist z. B. die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in vorigen Stand bey Minderjährigen offenbar ein Privilegium so der Person des Minderjährigen zu Gute geord-

c) Berger Oec. Iur. t. II. t. I. th. 25.

d) Wie dieses z. B. bey dem ganz exorbitanten Privilegium des Heirathsgutes geschehen l. 12. §. 13. ff. solut. matrim.

e) Lauterbach Coll- theor. pract. L. I. tit. 4. §. 34. Struv Syntagm. Iur. civil. Exerc. II. §. 29.

60 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung  
geordnet, und es hat der Erbe desselben für  
sich keine Ansprüche daran zu machen. Im  
Fall aber der Minderjährige schon bey Lebzei-  
ten verletzt worden, gestatten doch die Gesetze,  
daß der Erbe auf die Reparation dieser Ver-  
letzung im Namen seines Erblassers annoch  
antragen können, f) und auf diese Art von  
dem Privilegio desselben noch profitiren. Da  
nun kein Grund vorhanden, warum der Er-  
be des überlebenden Ehegatten nicht eben die-  
ses Recht genießen sollte, da sogleich mit dem  
Tode des zuerst verstorbenen der Fall eintritt,  
wo das Privilegium desselben zur Anwendung  
kommt, und die Gesetze nirgends verordnen,  
daß der Erbe sich desselben schlechterdings  
nicht zu erfreuen haben solle, so werden wir  
ihn auch von dem Genuß dieser angeblichen  
Rechtswohlthat nicht ausschließen können.

Der einzige Einwurf der hier noch entge-  
gen stehen könnte, wäre dieser, daß der Er-  
be ein solches persönliches Privilegium seines  
Erblassers nicht anders, als im Fall der letzte-  
rere sich bereits erkält, daß er sich desselben

ju

f) L. 12. ff. de minor.

zu bedienen gesonnen, ausüben könne; g) diese Erklärung aber im vorliegenden Falle noch nicht erfolgt sey. Allein ob wir schon zugeben, daß die Erklärung des Erblassers: daß er von dem Privilegio keinen Gebrauch machen wolle, den Erben von dem Genuß desselben ausschliesse; so ist doch auch kein Gesetz vorhanden welches eine ausdrückliche Erklärung des Gegentheils verlangte, und der Erbe wird immer die rechtliche Vermuthung vor sich haben, daß niemand, also auch nicht sein Erblasser, auf seinen Vortheil habe Verzicht leisten wollen, bis das Gegentheil gehörig erwiesen. h)

Und eben daher, daß der überlebende Ehegatte diese Vermuthung vor sich hat, i) läßt sich denn auch

g) L. un. C. si adverb. dot. Lauterbach am a. O. §. 16. Carpzov in Responsis L. II, Reip. 98. n. 19.

h) S. die unter dem Vorsitze unseres verdienstvollen Hrn. Hofrath Schmidt im Jahr 1777. allhier vertheidigte Inauguralschrift des Herrn Just. Val. Joh. Philippi de restitutione in integrum num. fit beneficium reale an personale §. VI.

i) L. 8. ff. de usur, l. 22. de probat.

62 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung

2) Der zweite Scheingrund, welcher von dem was bey bedingten Dispositionen Rechts ist, hergenommen werden könnte, leicht heben. Denn vorausgesetzt, daß die Einwerfung hier wirklich als eine suspensivische Bedingung, und nicht vielmehr als ein modus anzusehen sey, dessen Nichterfüllung bey Lebzeiten der Transmission auf die Erben nicht schadet, *k*) und daß auch die Gesetzstellen, welche oben angeführt worden, auf den vorliegenden Fall könnten angewendet werden, so ist doch so viel gewiß, und durch die Erfahrung bestätigt, daß die Gesetze und Statuten welche die Einwerfung erheischen, in Sachsen besonders vorkommen, und die Einwerfung immer nur der Wittwe, nie dem überlebenden Ehemann, angesonnen werde. Nun ist aber der Ehemann, nach bekannten sächsischen Rechten, der Usufructuarius und Ver

*k*) Welches sich gleichwohl füglich behaupten liesse  
l. 5. C. quando dies legat. *Struy* Jurispr. Rom.  
Germ. For. Lib. II. tit. 24. §. 9. *Carpsov*  
Jurispr. for. P. III. const. 13. def. 25. *Schubar*  
de transmissione hered. §. 25.

Verwalter des weiblichen Vermögens, D) und es miß sich daher solches für ordentlich, allemal wenigstens so weit die Wittwe solches einzuwerfen hat, unter seinem Nachlasse bereits befinden. Fordert oder nimmt nun die Wittwe dasselbe bey Lebzeiten zurück, so ist dieses ein Zeichen, daß sie auf die statutarische Portion keine Ansprüche macht, und es können daher auch ihre Erben solche nicht mehr verlangen. Erklärt sie sich aber desfalls nicht, so gereicht ihr die Erkiesung der statut. Port. entweder zum Vortheil, oder nicht. Im letzten Fall werden auch die Erben keine Ansprüche daran machen; im ersten wird ihnen allerdings die rechtliche Vermuthung zur Seite stehen, daß ihre Erblasserin ihren Vortheil habe in Acht nehmen, und zur statutarischen Portion greifen wollen; und da die Bedingung, unter welcher ihr selbige zukommt, hier schon erfüllt ist, so wird ihnen auch von dieser Seite kein Einwurf gemacht werden können.

§. 18.

D) Schilter Exercit. 36. §. 78. Gottfr. Barth  
de marito usufructuario Saxonico.

Kan nun dieses alles als richtig vorausgesetzt werden, so ist leicht zu begreifen, daß zwar diese auf teutschen Grundsätzen beruhende Theilnehmung an des verstorbenen Ehegatten Nachlassenschaft mit der römischen Quota darinn übereinkomme, daß bey beiden die Transmission statt finden kan, ehe die statutarische Portion ausdrücklich anerkannt worden: darinn aber äuffert sich der Wirkung nach ein merklicher Unterschied, daß bey der letzten darauf, ob das Ueberlegungsjahr noch daure, zu sehen, bey der ersten aber weder der überlebende Ehegatte selbst, noch die Erben an eine gewisse legale Frist gebunden sind, darin die Auerklärung bewirkt werden muß, die Zeit der Verjährung allein ausgenommen. Denn da das römische Spatium deliberandi eigentlich nur auf die Acquisition der Erbschaften geht, legale Fristen aber bekanntermaassen striete zu interpretiren sind, so wird solches auf den überlebenden Ehegatten, der nicht als Erbe, sondern vielmehr in der Qualität eines Socii an dem Nachlasse des Verstorbenen Theil nimmt, nicht füglich angewendet werden können, und es wird sonach das

das Recht des überlebenden Ehegatten und dessen Erben, auf die statutarische Portion, wenn sie davon keinen Gebrauch gemacht haben, nicht eher als in dreißig Jahren erlöschen. *m)* Inzwischen gebe ich gern zu, daß der Richter, auf Verlangen der eigentlichen Erben des zuvor verstorbenen Ehegatten, denselben eine präclusivische Frist zu ihrer Erklärung setzen könne, und daß nach Verlauf derselben auf den Verlust der statutarischen Portion erkannt werden möge. *n)*

S. 19.

Indem wir solchergestalt auch in diesem Falle unsere Hauptfrage ganz zum Vortheil der Erben entscheiden, so haben wir zwar, wenigstens so viel die Sache selbst anbelangt, unter den sächsischen Rechtslehrern — auf deren

*m)* Modestinus Pistor. quaest. 44. Verlich Conclus. XXVII. n. 79. P. III.

*n)* Möller ad constit. Elect. XX. P. III. n. 18. Menochius de arbitr. Iudic. act. L. II. Cent. I. c. 35. Peter Peß tract. de testam. conj. L. I. c. 32. n. 6. Zommel im teutschen Flavius s. v. Ehefrau.

66 Zweites Kapitt. Von weiterer Verfallung

deren Urtheil hier das meiste ankommen möchte — den Beifall verschiedener sehr angesehener Männer, als des ehemaligen Genaischen Ordinarius Coler, o) des Richter, p) Berlich q) u. a. ganz vor uns; es sind aber dagegen verschiedene, nicht minder grosse Rechtsgelehrte, besonders der Reichshofrath Johann Heinrich von Berger, r) Jacob Müller, s) und mit ihm der bekannte Benedikt Carpzov, t) ganz anderer Meinung gewesen. Nach ihnen soll das, was die Landesgesetze und Statuten von dieser Classe dem überlebenden Ehegatten statt des römischen Successionsrechts concediren, in einem Wahlrechte (Iure optionis) bestehen, vermöge dessen sie entweder ihr Eingebrahtes zurükfordern, oder, gegen Einwerfung ihres

Bet.

o) Decif. German. §4. n. 17. ff.

p) De jure et ord. success. ab int. Sect. IV. membr. 4. n. 23.

q) Concluf. XXVII. n. 77.

r) Oecon. Iur. L. II. tit. 4. th. 45.

s) Am angeführten Orte n. 12. ff.

t) P. III. conf. 20. def. 42.

Vermögens, mit den Kindern und andern Blutsfreunden des Mannes an dessen Nachlassenschaft Antheil nehmen könne. Dieses Wahlrecht, sagen sie nun, kan auf die Erben nicht übergehen, weil bekanntermaassen eine Wahlgerechtigkeit eine der Person schlechterdings anklebende Befugnis (Aus personalissimum) sowohl nach gemeinen, als auch besonders nach sächsischen Rechten, enthält. Sie berufen sich deshalb auf das, was die Römer ehemals von dem sogenannten Vermächtnisse der freyen Wahl *u)* (legatum optionis s. electionis) die sächsischen Rechte *v)* aber von der bey Erbfällen zwischen dem ältern und jüngern Bruder statt findenden Bürgergerechtigkeit geordnet, und glauben, daß beides hier seine Anwendung allerdings finden müsse. Und nun theilen sie sich wieder in zwei verschiedene Classen. Herr von Berger ist der Meinung, daß im Fall die Wittwe bey Lebzeiten sich nicht erkläret, ihre Erben blos das Eingebachte zurückfordern könnten, die statutarische Portion aber verlohren gehe. *Nöhl*

*u)* L. 23. I. de legatis.

*v)* Const. Elect. 15, P. III.

68 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung  
ler und Carpzoo hingegen behaupten, daß  
die Erben die Einwerfung schlechterdings be-  
wirken, und mit der statutarischen Portion  
zufrieden seyn müßten. Beide Meinungen  
haben sich eine Zeitlang in den kursächsischen  
Dicastrien erhalten, wie die Präjudicate die  
man desfalls bey den Rechtslehrern findet,  
beweisen.

Was nun erstlich die Meinung des Carpa-  
zoo und Müller anlangt, so ist zwar solche so  
gar sonderbar nicht, als es Anfangs das An-  
sehen gewinnet. Sie gründet sich auf das  
oben angezogene Rescript Kurfürst Christi-  
ans II. vom Jahr 1607. nach welchem der  
Wittwe die Wahl zu ihrem Einbringen  
nicht gestattet werden soll, und welches  
Carpzoo als die Regel voraussetzt, von wel-  
cher die Statuten, so der Wittwe diese Wahl  
zugestehen, blos ihrer Person zu Gute eine  
Ausnahme gemacht haben sollen, und es er-  
hält selbige auch vielleicht daher einiges Ge-  
wicht, daß nach dem Zeugnis des Matthias  
Wesenbecius w) eine alte sächsische Gewohn-  
heit

w) In Paratitel, Digestorum tit. de collat.

heit die Einwerfung erfordern soll. Allein ob ich schon dafür halte, daß diese Gründe den Satz, daß bey der durch die Einwerfung zu gewinnenden statutarischen Portion eine erdichtete Gütergemeinschaft zum Grunde liegen müsse, noch mehr bekräftigen, so muß ich doch aufrichtig bekennen, daß mir diese Meinung des Carpsov gerade am wenigsten gefällt. Denn was erstlich das Rescript v. J. 1607. anbelangt, welches jedoch ohnehin nur in Kursachsen eine verbindliche Kraft haben könnte, so giebt schon der Inhalt desselben, x) daß es keinesweges in der Absicht, daß es ein gemeines Recht ausmachen solle, ertheilt worden sey, sondern daß ein besonderes, an diesem oder jenem einzelnen Orte herrschendes Statut oder Gewohnheit, so die Einwerfung schlechterdings verlangt, dabey vorausgesetzt, und in diesem Falle blos das Rechtscollegium angewiesen werde, solches bey Entscheidung vorkommender Rechtsfälle nicht aus den Augen zu setzen. Eine solche Disposition war nicht nur überhaupt den Rechten gemäß, da wie bekannt Stadtrecht dem Landrechte vor-

E 3

geht,

x) S. oben §. 15. not. s.

70 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung  
geht, sondern es kommt auch selbige mit der  
Constitution Kurfürst Augusts I. von dem  
was dem Weibe aus ihres verstorbenen  
Mannes Gütern folgen soll; y) völlig  
überein; und wir geben daher gern zu, daß,  
wo ein solches Statut oder Herkommen vor-  
handen, dem Erben der Wittwe so wenig  
als der Wittwe selbst, die Wahl zu ihrem  
Einbringen frey stehe: wo aber dergleichen  
nicht vorhanden, da ist nicht abzusehen, war-  
um man in Sachsen von den gemeinen römi-  
schen, daselbst doch auch recipirten, Rechts  
eine Ausnahme machen sollte, vermöge wel-  
cher der Frau und ihren Erben nach getrenn-  
ter Ehe auf alle Fälle frey stehen muß, ihr Ein-  
gebrachtes, wovon sie auch während der Ehe zum  
mindesten das dominium naturale behält, zu-  
rück.

y) P. III. const. 20. wo es heißt: Wenn zwischen  
Ehelenten Ehebestimmungen beredet und aufgesetzt  
richt, oder sonsten des Orts, da der verstor-  
bene Mann wohnhaftig, wie es disfalls ge-  
halten werden soll, eine Willkühr oder bestän-  
dige Gewohnheit vorhanden und eingeführt,  
daß derselben nachgelebt, und die Wittwe  
vermöge — der Willkühr oder Gewohnheit —  
gebürlich abgefunden werden soll.

rückzufordern. 2) Die alte Gewohnheit von der Wesenbecius sagt, kan aber auch hier nichts beweisen, da 1) selbige sich unstreitig nur auf den Fall, da die Wittve die statutarische Portion haben will, beziehet; 2) die Observanz in allen sächsischen Gerichten es im Gegentheil mit sich bringt, daß für ordentlich die römischen Grundsätze von der Zurückgabe des Eingebrachten mit allen Privilegien desselben beobachtet werden, daher auch 3. B. bey vorkommenden Concursern kein Gläubiger der Wittve des Verschuldeten die Einverfung ihres Vermögens in die Concursmasse anfinnen wird.

Billiger scheint mir daher die Meinung des Berger zu seyn, daß die Erben der Wittve zwar wohl das Eingebrachte, nicht aber die statutarische Portion, verlangen könnten. Aber ich kan sie darum doch nicht für richtiger erkennen, als jene. Denn

1) ist es überhaupt falsch, daß die Befugnis des überlebenden Ehegatten, ihrer Natur

E 4

tur

2) L. un. C. de rei uxor. a. §. 6. 7.

72 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung  
tur nach in einem Wahlrechte bestehe,  
und nach den Grundsätzen eines Juris optio-  
nis zu beurtheilen sey.

Ein Wahlrecht setzt seiner Natur nach  
zwey oder mehrere unterschiedene Vortheile  
voraus, welche in einer und derselben Dispo-  
sition jemanden angeboten werden, damit er,  
mit Aufopferung des einen, den andern sich  
zuignen möge. Dies finden wir aber hier  
nicht, wir mögen nun die kursächsische Consti-  
tution, worinn der Wahl ausdrücklich Erwäh-  
nung geschieht, a) oder jedes andre teutsche  
Gesetz von dieser Art, vor Augen haben. Das  
Recht der Wittwe, ihr Eingebrahtes nach  
getrennter Ehe zurückzufordern, ist kein Vor-  
theil, der ihr in einem solchen Gesetze gewäh-  
ret wird. Es liegt solches vielmehr, wenn  
wir uns die wirkliche Gütergemeinschaft hin-  
wegdenken, die doch gleichwohl in Sachsen  
wenigstens nicht mehr statt findet, selbst in  
der Natur der Sache, in dem Begriff des Ein-  
gebrachten, und den in Sachsen einmal reci-  
pirten

a) Wenn es das. heißt: Jedoch soll der Frauen  
u. s. w. s. oben S. 15. not. t.

pirten römischen Rechten. Wenn also die Wittwe die Freiheit behält, mit Begebung der statutarischen Portion, das Ihrige zurück zu fordern, so ist dieses kein neues Emolument welches ihr aus den Statuten erwächst, und sie erhält dadurch im Grunde so wenig ein eigentliches Wahlrecht, als jeder andere, dem die Gesetze eine Befugnis einräumen, ohne ihn jedoch gerade zu nöthigen, daß er davon Gebrauch machen muß. Denn sonst würde jedes Erbrecht z. B. ein Wahlrecht enthalten; es würde die Befugnis des Sohnes, entweder das Vorkommende zu conferiren, oder der Erbschaft des Vaters ganz zu entsagen, auf dessen Erben auch nicht übergehen können. -- Wenn ferner in der sächsischen Constitution einer der Wittwe zustehenden Wahl ausdrücklich Erwähnung geschieht, und daher der Einwand gemacht werden wollte, daß die Worte: Jedoch soll der Frauen u. s. w. nach unserer Erklärung ganz müßig da stehen würden, gleichwol aber die Auslegung eines jeden Gesetzes doch so zu machen sey, daß solches nichts überflüssiges enthalte; b) so ist

E 5

auch

b) Barbofs loc. commun. v. *superflua*.

auch dieses leicht zu beantworten, wenn man sich erinnert, daß, wie eben bemerkt worden ist, in manchen sächsischen Statuten dieses ausdrücklich enthalten war, daß die Wittve das Ihrige schlechterdings einwerfen müsse, und weiter nichts als die statutarische Portion fordern könne. Ein solches, bey der damaligen Lage der Sachen wirklich sonderbares, Statut oder Gewohnheit billigte hier der Gesetzgeber nicht, sondern er ließ es nur wo es einmal hergebracht war, und da die wirkliche Gütergemeinschaft zu seiner Zeit schon verloschen, so sollte die Wittve die ganz natürliche Freyheit behalten, ob sie sich der Einwerfung, als eines Mittels, die statutarische Portion zu erhalten, bedienen, oder selbige lieber ganz fahren lassen wollte. Und dieß war unfreutig der wahre einzige Grund, warum der Constitution die obgedachten Worte angehängt wurden. c)

Allein es mag auch

2) seyn, daß bey der Art von Gesetzen wirklich nichts anders als ein Wahlrecht zum Grunde liege; so können dennoch

c) M. s. die Consultt. ad Const. Sax. L. II. p. 276. u. m. D.

weder die alten römischen Grundsätze von dem Vermächtnis der freyen Wahl, noch die sächsische Verordnung von der Kurgerechtigkeit hier ihre Anwendung finden: jene nicht, weil sie blos in einer längst abgeschafften Caprice des römischen Rechts beruheten, nach welcher die dem Vermächtnisnehmer von dem Testator anheim gestellte Wahl von den Erben desselben nicht mehr vollzogen werden konnte, weil sie ein *actus legitimus* war: d) diese nicht, weil die Kurgerechtigkeit des jüngern Bruders auf das persönliche Verhältnis desselben gegen den ältern, und seine individuelle Beschaffenheit sich gründet, mithin allerdings unter die ganz persönlichen Rechte gehört, indem es ganz der Natur der Sache zu wider seyn würde, wenn man dem Erben des jüngern Bruders, der den ältern an Jahren vielleicht übertrifft, die Gerechtsame die jenem blos seines geringern Alters wegen zustanden, einräumen wollte; dieses aber bey der Wittwe ganz und gar nicht der Fall ist.

Ihr

*D* Lanterbach Coll. theor. pract. L. 38. tit. 5.  
 § 3. Zellfeld Jurispr. for. S. 1539. s. auch l. 19.  
 de opt. leg. l. 76. de V. O.

76 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung

Ihr angebliches Wahlrecht beruht nicht auf ihrem persönlichen Verhältnis gegen die Erben des Mannes: es ist hier nicht die Gleichheit der Fälle vorhanden, die bey der rechtlichen Analogie erforderlich ist, und somit auch nicht erwiesen, daß dieß Wahlrecht ein *Ius personallimum* sey, und darum auf die Erben nicht übergehn könne.

§. 20.

So wenig nun diese Gründe zu Ausschließung der Erben von der Befugnis des überlebenden Ehegatten mir hinreichend scheinen, so wenig kan ich auch der Ausnahme die Carpzov und Möller <sup>2)</sup> von ihrer gegebenen Regel, den Descendenten der Wittwe

e) An den oben angeführten Orten. Es hat diese Meinung auch neuerlich Herr Moriz Ludwig Kübel in seiner Inauguralschrift *de optione uxori ejusq. heredibus in bonis mariti defuncti praefertim ex Iure Saxon. competente* Leipzig 1782. §. 10. vertheidigt, und die Gründe für selbige unstreitig besser herausgesetzt als Carpzov; ich würde aber hier zu weitläufig werden, wenn ich mich mit einer genauern Prüfung derselben beschäftigen wollte.

we zu Gute, gemacht haben, meinen Beifall geben. Sie behaupten nemlich, daß ob schon die prä tendirte Wahlgerechtigkeit ihrer Natur nach eigentlich auf die Erben nicht übergehe, dennoch solche bey den Descendenten der Wittwe, weil solche mit ihr gleichsam eine Person ausmachen, und in Ansehung der Privilegii des Heirathsgutes doch auch ein Gleiches verordnet sey, wohl statt finden könne. Allein so billig ich es auch sonst finde, daß die Wertheidiger der gegenseitigen Meinung die Strenge derselben auf diese Art einigermassen zu mildern gesucht, so zweifelte ich doch sehr, daß, wenn sonst die Erben kein Theil an dem Wahlrechte hätten, eine solche Ausnahme in Ansehung der Descendenten gemacht werden könne. Denn es ist ja, was erstlich die Einheit der Person, so ehemals bey den Römern unter Eltern und Kindern angenommen wurde, anbelangt, mehr als zu bekannt, daß selbige auf die väterliche Gewalt sich gründete, der die Mutter nicht fähig war, und daher blos den Vater, nie aber die Mutter, betraf; f) auch könnte die unter Eltern

und

f) §. 10. I. de adopt. §. 3. de his qui sui vel alieni juris sunt.

78 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung

und Kindern gewissermaassen anzunehmende Gemeinschaft der Güter doch nur alsdenn zum Vortheil der Descendenten angeführt werden, wenn die statutarische Portion durch die Anerkennung bereits wirklich acquirirt worden wäre: an dem vorgeblich ganz persönlichen Wahlrechte aber würden sie doch keinen Theil haben können. Von dem Privilegio des Heirathsgutes aber glaube ich um deswillen nicht, daß eine analogische Schlußfolge gelte, weil dieses eine Ausnahme von der Regel in Ansehung der Kinder, ein neues Privilegium für diese, enthält, Ausnahmen aber und Privilegien für ordentlich stricte zu interpretiren sind, und überdem das Privilegium des Heirathsgutes an sich schon auf gewisse Weise als ein solches das auf der Sache haftet, angesehen werden kan, mithin auf ein ganz persönliches Vorrecht davon doch nicht geschlossen werden darf.

§. 21.

Der dritte und letzte Hauptfall den wir oben (§. 6. n. III.) angenommen haben, da nemlich nach Inhalt der Statuten oder Landesgesetze der überlebende Ehegatte einen Theil  
der

der Errungenschaft erhält, in subsidium aber die römische Quota zugleich mit eingeführt ist, wird uns nunmehr bey der Entscheidung wenig Schwierigkeit machen. Es ist nemlich meines Erachtens kein Zweifel, daß der überlebende Ehegatte hier in Ansehung seines Antheils an der Errungenschaft als ein Gesellschafter zu betrachten sey, und also selbiger nach des andern Tode sofort unmittelbar nach dem Gesez als dessen Eigenthum anzusehen sey, auch ohne alle Anerkennung auf die Erben transferirt werde, und weder diesen noch dem Erblasser eine andere, als die dreßsigjährige, Verjährung entgegengesetzt werden könne; g) dahingegen, was die in subsidium statt findende römische Quota betrifft, wird er, nicht anders als nach römischen Rechten, als ein wahrer Erbe zu beurtheilen seyn, mithin der wirkliche Erwerb derselben sowohl als die weitere Verfallung davon abhängen, ob das Ueberlegungsjahr bereits verstrichen, oder nicht. Da jedoch nach bekannten billigen Rechten die Ueberlegungsfrist nicht eher zu laufen anfängt,

- 2) L. 3. C. de praeter. trig. vel quadrag. annor.  
§. 1. l. de perp. et tempor. act.

80 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung  
fängt, bis der Erbe von dem Anfall der Erb-  
schaft Wissenschaft hat, h) so wird selbige  
hier erst von der Zeit an gerechnet werden  
können, da der überlebende Ehegatte seinen  
Antheil an der zu geringen Errungenschaft  
erhalten, oder allenfals aus dem Erbschafts-  
inventarium sich ergeben, daß gar kein errun-  
genes Vermögen vorhanden.

§. 22.

Wollen wir nun endlich von alledem was  
wir bisher von weiterer Verfallung der sta-  
tutarischen Portion gesagt haben, auf die Ge-  
rechtame des überlebenden Ehegatten nach ge-  
meinen sächsischen Rechten die Anwendung  
machen, so ist zuvörderst zu bemerken, daß  
nach Sachsenrecht unter einem Wittwer und  
einer Wittwe ein merklicher Unterschied ob-  
walte. Jener ist der Mobilärerbe seiner  
Frau, i) und erwirbt das Eigenthum der  
nachgelassenen beweglichen Güter als ein be-  
sonderer Nachfolger k) ohne Anerkennung;  
daher

b) Lanterbach Coll. theor. pract. L. 28. tit. 8. §. 4.

i) Sächs. Landr. L. I. art. 31. L. III. art. 76.

k) Leyser spec. 425. med. 1.

daher er auch solches ohne Widerspruch und Einschränkung auf seine Erben verfällt. l) Es ist aber dieses keine statutarische Portion: auf eine solche kann er nicht anders Ansprüche machen, als wenn er selbst arm ist, und der Mobiliarnachlaß seiner Frau so gar gering, daß solcher nicht den vierten Theil der ganzen Nachlassenschaft, oder so viel als eins von den Kindern erhält, beträgt. m) Es wird ihm aber auch in diesem Falle keine Einwerfung zugemuthet, und er also billig in Ansehung dieses subsidiarischen Antheils, eben so wie der dürftige überlebende Ehegatte nach römischen Rechten, als ein wahrer Erbe betrachtet. Nach den von uns festgesetzten Principien kan er daher auch vor geschעהener Anerklärung seine Rechte nicht anders, als in so fern ihm die Ueberlegungsfrist noch offen ist, auf seine Erben verfallen.

Bev

l) Carpzov P. III. const. 14. def. 27. Johann Strauch de Iuribus transitoriis ad successorem. §. 21.

m) Martini in analect. ad Commentar. ad Ord. Pr. Saxon. tit. 43. §. 1. n. 16.

## 82 Zweites Kapitt. Von weiterer Verfallung

Beÿ der Wittwe hingegen ist wieder ein Unterschied zu machen, ob sie eine adliche oder unadliche sey. Die adliche Wittwe erhält, wie bekannt, in der Regel keine statutarische Portion, sondern es bleibt ihr die Gerade, die Morgengabe, das Mustheil und Wittum ausgesetzt. Von diesen Emolumenten geht das letzte ohnehin mit ihrem Tode zu Ende: die drey erstern aber transmittirt sie ohne Bedenken auf ihre Erben, ob schon nach des Mannes Tode keine besondere Anerkennung erfolgt, <sup>n)</sup> weil solches gesetzliche Acquisitionen sind, die ihr als einer besondern Nachfolgerin zu Theil werden. <sup>o)</sup> Die Gerechtsame der unadlichen Wittwe hingegen sind zuörderst wiederum nach dem Inhalte der Statuten eines jeglichen Orts, deren es im Sächsischen besonders nicht wenige giebt, zu beurtheilen, und dabey vor allen Dingen darauf zu sehen, was sie zum Nießbrauch, und was sie zum Eigenthume erhalte. Der Nießbrauch hört natürlicher Weise mit dem Ableben der Wittwe von selbst auf. Die Portion  
hinge

<sup>n)</sup> Berlich p. III. concl. 28. n. 60.

<sup>o)</sup> Leyser Spec. 425. med. 1. 2.

hingegen, die ihr zum Eigenthum angewiesen ist, erwirbt und verfället sie, nach Maasgabe dessen was wir vorher abgehandelt haben, je nachdem sie ihr eigenes Vermögen einwerfen muß, oder nicht, p) entweder nach teutschen Grundsätzen des Gesellschaftscontracts, ohne vorgängige ausdrückliche Anerkennung, oder nach römischen Rechtsprincipien, als eigentliche Erbin; es sey denn, daß sonst aus dem Inhalte der Statuten klar zu erschen, daß sie mehr für eine besondere Nachfolgerin geachtet werden solle. q)

Sind aber keine Statuten vorhanden, so ist zwar so viel gewiß, daß man im gemeinen Sachsenrechte von dem Antheile der Wittwe an des verstorbenen Mannes Nachlassenschaft wenig oder nichts aufgezeichnet findet,

§ 2

p) Zu den sächsischen Statuten so die Einwerfung nicht verlangen gehören unter andern die Weimarschen, Gothischen, Saalfeldischen, Rudolfsstädtschen u. s. w. Walchs Beiträge zum deutschen Recht Th. I. V. VII. Kreyffigs Beiträge Th. III. IV.

q) S. oben §. 14. not. q.

## 24 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung

der, welches denn um so leichter zu erklären ist, da zu der Zeit als Zptow von Kepkow die sächsischen Gewohnheiten sammlete, die Gemeinschaft der Güter unter den sächsischen Eheleuten noch obwaltete. r) Die Wittve bekam damals, ausser ihrem Antheile an der gemeinschaftlichen Masse, die Gerade zum voraus: an die Stelle jenes Antheils aber wurde, als die Gütergemeinschaft aufhörte, die römische Quota recipirt, und da selbige hernachmals durch kein gemeines Landesgesetz ausdrücklich abgeändert worden, so sind die Rechtslehrer insgemein der Meinung, daß das römische Recht bey uns für ordentlich noch ganz nach seiner ersten Einrichtung gelte, s) und es wird auch die Wittve in Ansehung der statutarischen Portion gemeinhin unter die Erben des Mannes gezählt. Da aber gleichwol, wie schon gedacht, vermöge eines alten sächsischen Gewohnheitsrechts die Einwerfung

r) Sächsisches Landr. L. I. art. 31.

s) Richter de iure et ord. succ. ab intest. Sect. 4. membr. 4. n. 1. und ad avth. Praeterea C. unde vir et uxor. §. 7. Berlich P. III. concl. 27. n. 12. Carpzov P. III. const. 25. def. 15.

werfung des Eingebrachten wenigstens allemal alsdenn erforderlich seyn soll, so oft die Wittwe an des Mannes Nachlaß Antheil nehmen will; 2) überdem auch bekannt ist, daß die Constitutionen Kurfürst Augusts I. auch in dem Herzoglichen Sachsen zu einem so grossen Ansehen gelangt, daß sie fast immer die Präsumtion der Gültigkeit vor sich haben, so mag dieses wohl die Ursach seyn, daß die römische und die kursächsische Quota bey uns in Praxi, auf eine wirklich ganz eigene Art, mit einander vereiniget worden sind. Man läßt nemlich hier ordentlich eine jede Wittwe, sie sey reich oder arm, wenn sie ihr eigenes Vermögen einwerfen will, zur statutarischen Portion; wenn sie aber sehr wenig eigenes Vermögen besitzt, wird sie als eine arme Person, nach Grundsätzen des römischen Rechts, auch ohne Einwerfung, zur Erbfolge des Mannes gelassen. In beiden Fällen aber wird so nach die Transmission des noch nicht anerkannten statutarischen Antheils, entweder ohne Einschränkung, nach den Regeln des Gesellschaftscontracts, oder nur binnen

2) Berlich am angef. Orte.

86 Zweites Kapit. Von weiterer Verfallung  
der Ueberlegungsfrist, nach römischen Rechten,  
statt finden können.

Es ist auch der Gerichtsbrauch im Herzoglichen Sachsen der weitem Verfallung der noch nicht anerkannten statutarischen Portion ganz und gar nicht entgegen; vielmehr hat die H. H. Landesregierung zu Weimar unterm 25sten Jul. 1781. in Sachen die Ob- und Resignation des P\*\*\*schen Nachlasses in der Hornmühle bey W\*\*\* an das H. Amt A\*\*\*, auf geschehene Berichtserstattung, folgendergestalt rescribirt:

Ob wir nun zwar die C\*\*\*sche interponirte Appellation hiermit resciren, immaassen den Kindern allerdings die Auswahl der statutarischen Portion, welche anzuerklären die Mutter durch ihren Tod behindert worden, zusteht, so begehren Wir 2c.

Als aber von den Verwandten des zuvorverstorbenen Mannes hierauf Leuterung eingewendet, und die Acten an den Königl. Schöppenstuhl zu Halle nach einem Rechtsprüche gesendet worden, erfolgte von daher  
im

im Febr. 1782. folgendes merkwürdige Urthel, bey welchem zwar die hocheleuchteten Herren Verfasser die von uns angenommene Theorie nicht überall zum Grunde gelegt, in der Hauptsache aber dennoch für die Transmission auf die Erben gesprochen:

Auf Leuterungsschrift und erfolgte Gesetze R. S. B. gebt. P. Leuterantin eines, deren Stiefbruders, J. A. A. als Vormundes der A\*\*schen Kinder zu M. Leuteraten andern Theils, so uns derselbe ic. erkennen wir, K. Preußl. des Herzogthums Magdeburg Schöppen zu Halle, nach deren Verles- und Erwägung, vor Recht: Daß zuförderst ic. diereil nun die Sache selbst betreffend, bekannten Rechten nach das einem Erben zustehende *Spatium deliberandi*, dafern derselbe binnen solcher Frist verstirbt, auf dessen Erben transmittirt wird, und letztere sich dessen in der annoch übr-

88 Zweites Kap. Von weiterer Verfallung  
gen Zeit, gleichermaassen als ihr Erb-  
lasser, bedienen können,

l. 19. C. de Iure delib.

und in vorliegendem Falle billig nach  
der Analogie dieses Rechts allein zu  
gehen ist, gestalten das nach säch-  
sischen Rechten einer Wittwe zustes-  
hende *Ius eligendi portionem statutariam vel*  
*repetendi illata*, ohne Zweifel ein *Ius de-*  
*liberandi* in sich begreift, inmaassen  
nach Ablauf der desfalls bestimmten  
Zeit die Wittve sich anzuerklären hat,  
welches von beiden sie für sich am  
zuträglichsten findet, und zu welchem  
sie zu greifen gedenket, solchemnach, in  
Ermangelung einer besondern gesetzli-  
chen Disposition, dieses Wahlrecht al-  
lerdings nach der Analogie jenes *Iuris*  
*deliberandi* zu beurtheilen; und dann die  
gemeinschaftl. Erblasserin, die Horns-  
müllerin P\*\*\* vorhin verehlicht ge-  
wesene A\*\*\* gleich den Tag nach ih-  
res Ehemannes, des P\*\*\* Ableben  
gleich-

gleichfalls verstorben — mithin *inter spatium deliberandi*, und ehe dieselbe, ob sie aus dessen Nachlass, mit Einwerfung ihres Eingebrachten, zur statutarischen Portion greifen, oder aber ihre Illaten zurücknehmen wolle, sich erkläret, und erklären mögen, aus dieser Welt gegangen ist; solchergestalt aber in Gemätsheit jener rechtlichen Grundsätze das ihr zugestandene Wahlrecht auf ihre Erben transferirt hat, und daher den letzteren dieses Recht und Befugnis mit Bestande Rechts keinesweges entzogen werden kan, vielmehr es selbigen eben so wohl, und auf eben so lange Zeit als jener, ihrer Erblasserin, desfalls noch übrig gewesen, billig gebühret. — Allermaassen denn auch — das *Ius eligendi viduae competens quaestionis* gar nicht dergestalt *personale* ist, daß es den Erben derselben durchaus nicht zukommen, und auf sie verfället werden könne,

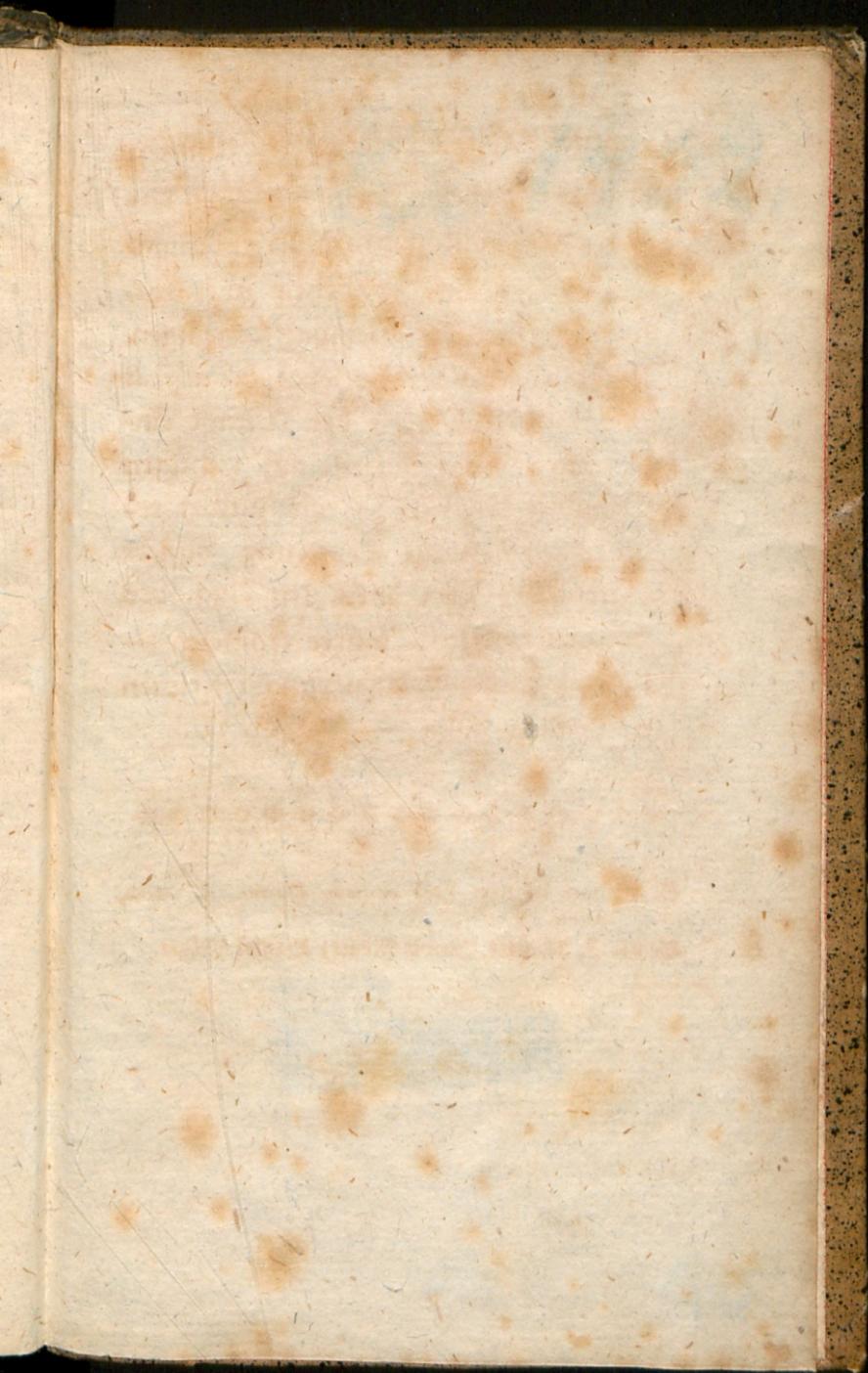
90 Zweites Kapit. Von weiterer Verfall. u.  
vielmehr dasselbe darin mit dem *Iure  
deliberandi* vollkommen übereinkommt,  
daß solches auf die Erben übergeht,  
und hingegen die Meinung derjenigen  
Rechtslehrer, welche jenes *Ius eligendi*  
blos auf die Person der Wittwe ein-  
schränken, mit nichten auf richtigen  
Gründen beruhet, — als bleibet es,  
der eingewandten Leuterung ohner-  
achtet, bey dem am 17ten Aug. des  
vorigen 1781sten Jahres eröfneten —  
hochfürstlichen Regierungsescripten  
nochmalen billig — V. R. W.



S. 46. n. n. lese man statt *aditione* *aditione*, si. *patrie*,  
*patrio*.

S. 66. Z. 8. statt Jacob Möller, Daniel Möller.







Ki 1402.

ULB Halle

3

006 526 284

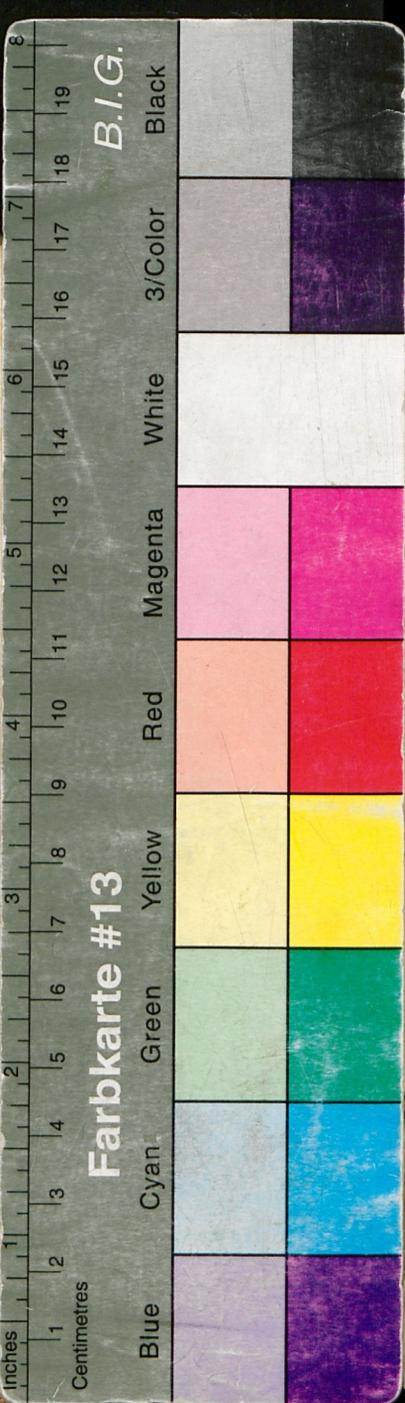


VD18

Me







Rechtliche Erörterung  
 der Frage:  
 In wie fern die noch nicht anerkannte  
**statutarische Portion**  
 auf die Erben übergehe?

von

D. Job. Ernst Bernh. Emminghaus  
 des gesammten Herzogl. Sächsischen Hofgerichts zu  
 Jena ordentl. Advokaten, und h. Sachsen Weimar.  
 Hofadvokaten.



Weimar

Bey Carl Ludolph Hoffmanns sel. Wittve und Erben

1784.