Gerstlacher:
Beweis einer
reinen Bei-
stimmung zur richt-
igen Berech-
nung der
Pflichttheile.

Carl Friderich Gerstlachers,
Marggrävlich-Badischen wirklichen Hof- und Regierungsraths,

Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils der Eltern, Kinder und Geschwistrige,

wann der überlebende Ehgatte miterbet.

Zur Erläuterung der teutschen Landrechte,

besonders aber

des dritten Theils vierzehenten Titels

des

Herzoglich Wirtembergischen Landrechts.

STUTTGARD,
gedruckt bey dem Hof- und Canzley-Buchdrucker Christoph Friedrich Cotta, 1772.

Vorrede.

Da ich von 1762. bis 1767. die Ehre hatte, ein Mitglied des Herzoglich-Wirtembergischen Tutelar-Raths-Collegii zu seyn; so entstunde binnen dieser Zeit allda mehrmal die Frage: Wie es mit Berechnung des Pflichttheils der Kinder, wann der hinterbliebene Ehegatte ein Miterbe ist, zu halten, und ob solcher von der ganzen Verlassenschaft, oder erst nach Abzug desjenigen Erbtheils, welcher dem hinterbliebenen Ehegatten gebühret, zu berechnen seye? Man setze zum Exempel, es hätte jemand ein Vermögen von 1200 fl. nebst 3 Kindern und einem Ehegatten hinterlassen. In diesem Falle hätte nach dem Wirtembergischen Landrechte die Erbsgebühr des hinterbliebenen Ehegatten zum vierten Theil 300 fl. folglich der Ueberrest noch 900 fl. betragen. Da ware also die Frage, ob der Pflichttheil der Kinder von der ganzen Verlassenschaft der 1200 fl. oder allein von denen über Abzug der Erbsgebühr des überlebenden Ehegatten noch bevorbleibenden 900 fl. zu berechnen seye. Dann in ersterem Falle würde solcher zum dritten Theil vor alle 3 Kinder miteinander 400 fl. im anderen Falle aber nur 300 fl. betragen haben.

Bey Erwägung dieser Frage, fande ich die Meinungen derer Rechtslehrer hierüber, und so gar selbst derer Auslegere des Würtembergischen Landrechts verschieden, indeme in dem gegebenen Falle nach dem Carpzov und Besold der Pflichttheil vor alle 3 Kinder miteinander 400 fl. nach dem Lauterbach und Hochstetter aber nur 300 fl. betragen haben würde. Da nun unmöglich beede Meinungen zugleich denen Rechten gemäs seyn konten, mithin durch die eine oder die

andere

andere allemal einem Theil Unrecht geschehen mußte; so hielte ich es vor der Mühe werth, und glaubete, durch mein Amt dazu verbunden zu seyn, diese Materie in ein besseres Licht zu setzen, besonders da ich solche noch von niemand eigentlich bearbeitet fande. Dann obschon des berühmten Johann Schilters im Jahr 1697. zu Altdorf gehaltene academische Abhandlung de legitimæ cum quarta portione conjugi superstiti debita concurrentis comparatione, mir dem Titel nach bekannt ware; so habe ich doch solche nicht zu Gesicht bekommen können, und muß demnach dahin gestellt seyn lassen, ob und wie ferne derselbe, wie ich doch nicht vermuthe, mit mir einerley Absicht gehabt habe.

Dieses ist also die Veranlassung gegenwärtiger schon im Jahr 1764. verfertigten und auch damalen schon die Censur paßirten Arbeit, und es hatte meine Meinung, ob sie schon neu ist, indem sie von beeden vorgedachten Meinungen abweichet, und zwischen denenselben gleichsam die Mittelstrase gehet, jedannoch das Glück, bey gedachtem Herzoglich Wirtembergischen Tutelar-Raths-Collegio in vorgekommenen Fällen würklich zum Grunde gelegt zu werden.

Ich würde dahero auch nicht gesäumet haben, diese Arbeit damalen gleich zum Druke zu befördern, wann ich nicht deßwegen damit zuruckgehalten hätte, weil ich zu selbiger Zeit noch ungewiß ware, ob ich nicht die im Jahr 1761. von Sr. Herzogl. Durchl. mir anvertraute ausserordentliche Profession der Rechte zu Tübingen über kurz oder lang einmal antretten würde, auf welchen Fall dann die Arbeit zu einer offentlichen Disputation vorbehalten ware.

Allein

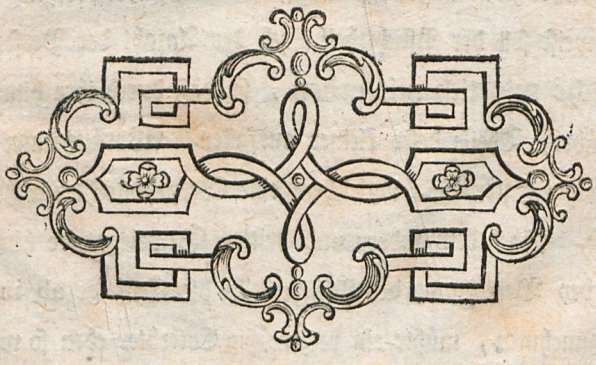
Allein da im Jahr 1767. die göttliche Vorsehung mich in hiesige Fürstliche Dienste führete; so verweilete ich nicht länger, die Arbeit dem Drucke zu übergeben, dessen gänzliche Vollendung aber die anderweite übermengte Geschäfte des Herrn Verlegers bis jetzo aufgehalten haben.

Stünde es in meinem Vermögen, die schon vor einigen Jahren abgedruckte erste zween Bögen nach meinem Gefallen noch abzuändern, so würde ich 1.) die auf der zweyten Seite 12ten und 13ten Linie vorkommende Worte: hingegen 2.) — — fordern kan: ganz wegstreichen, 2.) die auf der 18ten Seite 10ten Linie vorkommende Worte: Allein man merke wohl — — hinaus lauffen: folgender massen geben: Allein man merke wohl, daß hier allein solche Personen in Berechnung kommen, welche durch das Gesetz zur Erbfolge berechtiget sind, indeme es auf eine offenbare Ungereimtheit hinaus lauffen würde rc.

Ausserdeme muß ich noch bemerken, daß die zu Behauptung meiner Meinung beygebrachte Gründe zwar in gewisser Masse einander widersprechen. Dann nach dem ersten Beweise soll der Pflichttheil nach der Anzahl der Personen gerechnet werden, welche wirklich mit erben, so daß durch ihre hinwegnehmende Erbstheile die übrige Theile desto kleiner ausfallen. Woraus dann folget, daß z. E. ein rechtmäßig Enterbter, ingleichem eine Verzichtstochter nicht mit gezählet werden dörfe. Nach dem andern und dritten Beweisgrunde hingegen, vermöge welcher bey Berechnung des Pflichttheils die Erbfolge ab intestato zum Maasstabe anzunehmen, müßte ein rechtmäßig Enterbter eben so wie eine Verzichtstochter, da sie ab intestato geerbet hätten, allerdings mit eingerechnet werden.

Allein, da aus allen dreyen Beweisen das, was ich behaupte, nemlich, daß der überlebende Ehegatte bey Berechnung des Pflichttheils mit zu zählen seye, unwidersprechlich folget; so halte ich davor, daß eben darum meine Meinung auch bey Leuten von sonst verschiedener Denkungs-Art Beyfall finden müsse. Dann weme z. E. der erste Beweis unrichtig vorkommen sollte, der wird doch solche wegen dem zweiten und dritten Beweisgrunde billigen. Und umgekehrt, wer den zweiten und dritten Beweis-Grund vor irrig hält, wird doch solche wegen dem ersten Beweisgrunde vor wahr erkennen.

Da nun ohnehin meine aufgestellte Meinung auch durch ihre Billigkeit sich empfiehlt, indeme sie angezeigter massen zwischen denen beeden von andern vorgetragenen Meinungen die Mittelstrasse gehet; so bin ich überzeugt, daß mittelst deren Anwendung in wirklich vorkommenden Fällen Recht und Gerechtigkeit befördert wird. Zu solchem grossen Zwecke wolle dann der geneigte Leser sich diese Arbeit bestens empfohlen seyn lassen.



§. 1.

Erklärung des Pflichttheils.

Der Pflichttheil ist ein Theil der ordentlichen Erbsgebürniß, welcher gewisen in Rechten ausdrücklich benannten Personen verlassen werden muß. (1) Solcherley Personen sind 1) die Kinder, und zwar in Ansehung der Mutter auch die unehliche, oder wo solche nicht mehr bei Leben, die weitere Erben in absteigender Linie, jedoch so, daß der weitere im Grad durch den näheren ausgeschlossen wird, (2) 2) die Eltern und nach deren Ableiben die Großeltern, oder falls auch diese schon verstorben, und der Fall möglich wäre, die Urgroß-Eltern in Rucksicht auf ihre ohne Nachkommenschaft verstorbene Kinder, Kinds-Kinder, u. s. w. (3) 3) in einem gewisen Falle die Geschwistriche, wenn nämlich ihnen eine anrüchtige Person vorgezogen wird; (4) und dann 4) nach teutschen Rechten auch die Eheleute.

(1) l. 8. §. 6. 8. 9. 11. ff. de inoff. testam. l. 8. l. 31. C. eod. §. fin. Inst. eod. Nov. 1. Cap. 1. §. 1. Nov. 18. præf. & Cap. 1.
(2) Nov. 115. Cap. 3.
(3) Nov. 115. Cap. 4.
(4) l. 27. C. de inoff. testam.

§. 2.

Wie hoch der Pflichttheil sich belaufe?

Ich sage, der Pflichttheil seye ein Theil der Erbsgebür, welcher gewisen Personen verlassen werden müsse. Solcher ware anfänglich nur der vierte Theil des gesamten Vermögens, der Erben mochten so viele oder wenige seyn, als sie wollten. Quod autem de quarta diximus, sagt Justinian, (1) ita intelligendum est, ut, *sive unus fuerit sive plures*, quibus agere de inofficioso testa-

mento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur. Daher hiesse solcher die Quarta (2) wie auch Falcidia. (3) Allein in folgenden Zeiten wurde hierinn eine Abänderung gemacht, und verordnet, daß, wenn nicht mehr als vier oder weniger Kinder vorhanden, der Pflichttheil in dem dritten Theil des verlassenen Vermögens, wo hingegen über vier Kinder waren, in der Helfte desselben bestehen solle, mit dem Anhange, hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est. (4) Aus welchen Worten sich ergibt, daß 1) auf gleiche Weise auch der Pflichttheil der Eltern und weiteren Personen in aufsteigender Linie, ingleichem der Geschwistriche je nach Anzahl derer Personen auf den dritten Theil oder auf die Helfte des Vermögens vor erhöhet zu achten, (5) hingegen 2) in diese Anzahl der Personen sonst niemand einzunehmen, als wer vermöge der Rechte einen Pflichttheil fordern kan.

(1) §. fin. Inst. de inoffic. testam.
(2) l. 8. §. 8. & 9. ff. de inoff. testam.
(3) l. 31. C. de inoffic.
(4) Nov. 18. Cap. 1.
(5) Stryck in tract. de cautelis testam. Cap. 17. membr. 1. §. 23. sqq.

§. 3.

Wie ferne der Pflichttheil als eine quota hæreditatis sive bonorum, und wie ferne er hingegen als eine portio portionis ab intestato zu betrachten.

Der Pflichttheil ist also nach der Anzahl der Personen der dritte Theil oder die Helfte des ganzen Vermögens. (§. 2.) Man siehet aber leicht, daß solches auf alle Erben miteinander zu verstehen seye, als wann z. Ex. das Vermögen sich auf 1200. fl. beliefe, und 5. oder mehrere Kinder vorhanden, alle dieselbe nur in den Pflichttheil eingesezt wären; so würde solcher auf alle miteinander die Helfte des Vermögens, nemlich 600. fl. ausmachen, welche unter dieselbe aber gleichlich zu vertheilen wären. Wann hingegen der Kinder mehrere vorhanden sind, und nur eines oder das andere in dem Pflichttheile eingesezt ist, so verhält sich die Sache anders. Dann in diesem Falle ist vordrist die ordentliche Erbsgebür desselben Kindes zu berechnen, und sofort nach Anzahl der übrigen Kinder entweder der dritte Theil oder die Helfte sothaner Erbsgebür vor den Pflichtheil auszusezen. Hieraus erhellet, daß diejenige

eben

eben sowohl Recht haben, welche den Pflichttheil eine quotam hæreditatis, oder wie andre wollen, bonorum, (2) nemlich in Rucksicht auf alle Erben miteinander, als welche denselben eine portionem portionis ab intestato debitæ, nemlich in Betracht dieses odes jenes einzelen Erben, benennen.

(1) Nov. 18. Cap. 1. ibi: singulis ex æquo quadriuncium vel sexuncium dividundo.
(2) Leyser Medit. ad Pand. spec. 91. med. 4. Schaumburg in Compend. Digest. tit. de inoff. testam. §. 7.

§. 4.

Nach Römischem Rechte ware der Fall selten, daß der hinterbliebene Ehegatte zugleich mit denen Kindern, Eltern oder Geschwirichen erbete, und daher ist auch in demselben nichts verordnet, wie es in solchem Falle mit Berechnung des Pflichttheils gehalten werden solle.

Nach Römischem Rechte beerbeten die Eheleute einander anfänglich nicht, ausser wann der verstorbene Ehegatte weder in ab- noch aufsteigender noch in der Seiten-Linie Erben hinterlassen. (1) Da also der Fall nicht möglich ware, daß die Kinder, Eltern oder Geschwistriche einen Verstorbenen zugleich mit dem hinterbliebenen Ehegatten desselben geerbet; so würde sehr überflüssig gewesen seyn, eine Verordnung darüber zu machen, wie es in solchem Falle wegen Berechnung des Pflichttheils derer Kinder, Eltern oder Geschwistriche gehalten werden sollte. In folgenden Zeiten wurde zwar verordnet, daß der hinterbliebene Ehegatte, wann solcher arm ware, der Verstorbene aber ein schönes Vermögen hinterlassen, zugleich mit den Kindern, Eltern oder Geschwistrichen erben sollte. Und zwar bekame derselbe, wann drey oder weniger Kinder vorhanden, den vierten Theil der Verlassenschaft des Verstorbenen, daferne aber mehrere hinterblieben, einen Kindestheil, jedoch so, daß einem solchen Ehegatten bloß die Nuzniesung zustunde, und denen Kindern das Eigenthum bevorbliebe. Waren hingegen keine Kinder, sondern Ascendenten oder Seitenverwandte vorhanden, so bekame der hinterbliebene Ehegatte überhaupt den vierten Theil der Verlassenschaft mit Nutzen und Eigenthum. (2) Allein obschon nunmehro der Fall möglich ware, daß die Kinder, Eltern und Geschwistriche eines Verstorbenen zugleich mit dem hinterbliebenen Ehegatten derselben erbeten, so wurde jedannoch darüber nichts verordnet, wie in solchem Falle es mit Berechnung des Pflichttheils zu halten, und ob solcher von dem ganzen

Vermögen, oder erst nach Abzug desjenigen Erbtheils, welcher dem hinterbliebenen Ehegatten gebürete, zu berechnen seye. Z. Ex. es hätte jemand ein Vermögen von 1200. fl. nebst 1. 2. oder 3. Kindern und einem Ehegatten hinterlassen. In diesem Falle hätte die Erbsgebühr des hinterbliebenen Ehegatten zum vierten Theil 300. fl. folglich der Ueberrest noch 900. fl. betragen. Es ware also die Frage, ob der Pflichttheil derer Kinder von der ganzen Verlassenschaft à 1200. fl. oder allein von denen über Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten noch bevorbleibenden 900. fl. zu berechnen seye. Dann in ersterem Falle würde solcher zum dritten Theil (§. 2.) vor alle drey Kinder miteinander 400. fl. im andern Falle aber nur 300. fl. betragen haben.

(1) Lauterbach in Colleg. tit. de succeff. jur. noviff. sec. Nov. 118. §. 42. Ludovici in Doctr. Pandect. tit. de modo succedendi ab intest. hod. §. 16. pag. 582.

(2) Nov. 53. Cap. 6. Nov. 117. Cap. 5. Auth. Præterea C. Unde vir & uxor, Lauterbach in Colleg. tit. de succeff. jur. noviff. sec. Nov. 118. §. 46. 47. 48. Herrn Canzley-Director Strubens rechtliche Bedenken part. II. 58stes Bedenken S. 213.

§. 5.

Nach teutschen Rechten hingegen kommt die Frage, wie es mit Berechnung des Pflichttheils zu halten, wann der überlebende Ehegatte mit erbet, in praxi gar öfters vor.

Da nach teutschen Rechten fast durchgängig eingeführet ist, daß die Eheleute einander erben, und zwar ohne Rücksicht, ob der hinterbliebene Theil arm, der verstorbene aber reich gewesen, wie auch ob solcher zugleich in ab- oder aufsteigender oder in der Seiten-Linie Erben hinterlassen; so ist leicht zu ermessen, daß die in dem vorhergehenden §. berührte Rechtsfrage, wie nemlich der Pflichttheil zu berechnen, wann ein Ehegatte mit erbet, weit öfters vorkommen müsse, als nach dem Römischen Rechte geschehen können, mithin auch deren Erörterung um so viel wichtiger seye, wie dann solche mir selbst in meiner dreyzehenjährigen praxi verschiedene male vorgekommen. Da nun die wenigste teutsche Landrechte dieselbe mit deutlichen Worten entscheiden, insbesondere aber das Herzoglich Wirtembergische Landrecht hierinnen nichts festsezet, so habe geglaubt, daß es wohl der Mühe sich verlohne, der Erörterung solcher Rechtsfrage einige Stunden zu widmen, und einen Versuch zu machen, diese noch nicht genug ausgearbeitete Materie in ein klares Licht zu setzen.

§. 6.

Geschichte des Streits wegen Berechnung des Pflichttheils, wann der überlebende Ehegatte ein Erbe mit ist.

Ehe ich aber zur Erörtereng der Frage selbst schreite; so ist nöthig, daß ich zuvor die verschiedene Meinungen vortrage, welche von andern behauptet werden wollen, Schon im Jahr 1552. mithin bereits vor mehr als 200. Jahren stritten die Leipziger Schöffen darüber, ob der Pflichttheil vor oder nach Abzug der Erbsgebürniß, welche denen hinterbliebenen Ehegatten zukommt, zu berechnen seye; und es behielten damal diejenige den Plaz, welche behauptet, daß auf das ganze Vermögen ohne vorgängigen Abzug der Erbsgebürniß des überlebenden Ehegatten der Augenmerk genommen werden müsse; als z. Ex. in dem §. 4. gegebenen Falle wäre der Pflichttheil von der völligen gesezter masen auf 1200. fl. sich belaufenden Verlassenschaft, und keinesweegs bloß von denen nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten bevor bleibenden 900. fl. zu berechnen, folglich vor alle drey Kinder miteinander auf 400. fl. zu bestimmen. Eben diese Meynung ist nachgehends von dem Carpzov (1) weiter ausgeführet, nicht minder von der Hallischen Juristen-Facultät in einem auf Churfürstliches Verlangen unterm 25sten Jun. 1685. gestellten rechtlichen Gutachten vertheidiget, (2) und bis auf den heutigen Tag von vielen Sächsischen Rechtslehrern beybehalten worden. (3) Ausserdeme stimmet auch Besold derselben bey (4) und behauptet ausdrucklich, daß bey Berechnung des Pflichttheils die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten keineswegs vorhero abzuziehen, sondern vielmehr auf die völlige Verlassenschaft das Augenmerk zu nehmen seye. Hingegen ist Lauterbach anderer Meynung, und behauptet, daß die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten als ein æs alienum anzusehen, folglich der Pflichttheil erst von dem nach Abzug derselben bevorbleibenden Vermögen, als nemlich in dem §. 4. gegebenen Falle nicht von denen völligen 1200. sondern allein von 900. fl. berechnet werden könne und dörfe, (5) welcher Meynung auch der vor einigen Jahren verstorbene Regierungsrath Hochstetter beygetretten ist (6) wie dann derselben ein ausdrucklicher Text zu starken zu kommen scheinet, indeme Ulpian sagt: Quarta autem accipietur, sc. *deducto ære alieno* & funeris impensa. (7)

(1) In responsis juris Lib. VI. tit. 5. resp. 48.

(2) Stryck in tr. de successione ab intestato Disp. IV. Cap. 3. §. 59. 60. 61. Man thue hierzu desselben Us. mod. Pandect. tit. de inoff. testam. §. 18.

(3) Man

(3) Man sehe z. Ex. Leysers Medit. ad Pand. spec. 91. med. 5. Ludovici Doctr. Pandect. tit. de inoffic. testam. §. 7. Stryckens Us. mod. Pandect. tit. eod. §. 18. Schaumburgs Compend. jur. Digest. tit. eod. §. 7.

(4) In Disp. ad jus provinc. Wurt. part. III. th. 119.

(5) In Pand. Colleg. tit. de inoff. testam. §. 46. & in Disp. ad jus provinc. Wirtemb. part. III. th. 30.

(6) in den bekannten annotat. ad jus provinc. Wirtemb. part. III. th. 90.

(7) l. 8. §. 9. ff. de inoff. testam.

§. 7.

Des Verfassers Meynung, daß in Berechnung des Pflichttheils erst auf das nach Abzug der Erbsgebür des hinterbliebenen Ehegatten noch bevorbleibende Vermögen das Augenmerk zu nehmen, jedoch der hinterbliebene Ehegatte einen Theil mit ausmache und zu zählen seye.

Da die §. 6. angeführte Meynungen einander schnurstraks wiedersprechen, so sollte man glauben, daß wenigstens eine davon mit Zuverläsigkeit angenommen und behauptet werden könne. Allein nach meinem Ermessen ist weder die eine noch die andre gegründet, sondern ich halte vielmehr davor, daß der Pflichttheil erst nach vorgängigem Abzuge der dem überlebenden Ehegemächte zukommenden Erbsgebür von dem alsdann noch bevorbleibenden Vermögen zu berechnen seye, jedoch so, daß, gleichwie der Pflichtheil nach der Anzahl derer Personen zu bestimmen, (§. 2.) also der überlebende Ehegatte in diese Anzahl mit einzurechnen. Als z. Ex. in dem §. 4. gegebenen Falle würde der Pflichttheil allein von denenjenigen 900. fl. welche nach Abzug der von dem überlebenden Ehegatten hinwegnehmenden 300. fl. annoch bevorbleiben, zu berechnen seyn, folglich derselbe, wann der Kinder mit Einrechnung des hinterblieben Ehegatten 2. 3. oder 4. sind, zum dritten Theil auf 300. fl. wann aber deren 5. oder mehrere wären, zur Helfte auf 450. fl. vor alle miteinander sich belaufen.

§. 8.

Von dem Unterschiede, ob man sagt, daß der Pflichttheil erst nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten zu berechnen, jedoch solcher einen Theil mit ausmache und zu zählen seye, oder daß die Erbsgebür des hinterbliebenen Ehegatten als ein æs alienum vor Berechnung des Pflichttheils abzuziehen.

Man solte zwar glauben, daß diese von mir vorgetragene Meinung mit derjenigen, welche Lauterbach und Hochstetter behaupten, und vermöge welcher die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten vordersamst als ein æs alienum von der Verlassenschaft abzuziehen, und sodann erst der Pflichttheil zu berechnen, (§. 6.) auf eins hinauskomme. Dann nach beederley Meinungen wird in Berechnung des Pflichttheils nicht auf die völlige Verlassenschaft, sondern allein auf das, was nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten noch bevorbleibet, das Augenmerk genommen. Ob man z. Ex. in dem §. 4. gegebenen Falle sagt, der Pflichttheil seye erst nach vorgängigem Abzuge der dem überlebenden Ehegatten zukommenden Erbsgebür à 300. fl. von dem alsdann noch bevorbleibenden Vermögen à 900. fl. zu berechnen, oder, die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten à 300. fl. seye vordersamst als ein æs alienum von der Verlassenschaft abzuziehen, und sodann erst der Pflichttheil zu berechnen; dieses ist ganz einerley. Dann in beeden Fällen beträgt die Summe, auf welche in Berechnung des Pflichttheils das Augenmerk zu nehmen, 900. fl. und belauft sich also, wann der Kinder 2. 3. oder 4. sind, zum dritten Theil auf 300. fl. daferne aber derselben 5. oder mehrere sind, zur Helfte auf 450. fl. Allein da ich zugleich den Beysaz gemacht, daß, gleichwie der Pflichttheil nach der Anzahl derer Personen zu bestimmen, also der überlebende Ehegatte in diese Anzahl mit einzurechnen, (§. 7.) so bewirket solcher allerdings eine wichtige Verschiedenheit zwischen beederley Meinungen. Dann man seße den Fall, daß jemand ein Vermögen von 1200. fl. nebst 4. Kindern und einem Ehegatton hinterlassen, so belauft zwar erstgedachter masen die Summe, auf welche in Berechnung des Pflichttheils das Augenmerk zu nehmen, 900. fl. Allein wann man nach der von mir vorgetragenen Meinung annimmt, daß, gleichwie der Pflichttheil nach Anzahl der Personen zu bestimmen, also in diese Anzahl der überlebende Ehegatte mit einzurechnen; so wird der Pflichttheil vor diese 4. Kinder die Helfte von obben eldten 900. fl. mithin 450. fl. ausmachen, weil nemlich der Personen mit Einrechnung des hinterbliebenen Ehegatten

ten fünfe sind. Nimmt man hingegen an, daß die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten als ein æs alienum von der Verlassenschaft abzuziehen; so wird der Pflichttheil vor besagte 4. Kinder nur den dritten Theil mit 300. fl. betragen. Hievon schreibet Hochstetter: (1) Quid si vero parens 4. liberos relinquat & uxorem, an liberorum legitima sit triens an vero semis? Resp. triens; jure communi enim uti conjugum nulla est successio; ita quoque nulla eorum legitima; hinc uti conjux partem non facit ad minuendam liberorum legitimam; ita nec numerum facit ad augendam eorum legitimam; inde si pater relictis quatuor liberis & uxore filium instituat in legitima; uxoris portio tanquam æs alienum prius erit deducenda, *qua detracta ex reliquis parentis bonis* legitima liberorum *non semis* erit, *sed triens.*

(1) In Annot. ad jus provinc. Wurtemb. part. III. th. 90.

§. 9.

Des Verfassers Meinung gehet zwischen denen von andern vorgetragenen Meinungen die Mittelstrase, und ist daher die sicherste und billigste.

Hieraus erhellet, daß die von mir vorgetragene Meinung zwischen denen beeden §. 6. angeführten Meinungen gleichsam die Mittelstrase halte. Dann indem ich behaupte, daß der Pflichttheil erst nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten von dem alsdann noch bevorbleibenden Vermögen zu berechnen; so kan es zwar nicht anderst seyn, als daß der Pflichttheil dadurch kleiner ausfalle, als wann derselbe von der ganzen Verlassenschaft berechnet würde. Da ich hingegen zugleich behaupte, daß, gleichwie der Pflichttheil je nach Anzahl der Personen bald die Helfte, bald nur den dritten Theil des Vermögens ausmacht, also der überlebende Ehegatte in diese Anzahl der Personen mit einzurechnen; so ist klar, daß der überlebende Ehegatte in dem Falle, wann der Kinder viere sind, hinwiederum auch zu Vermehrung des Pflichttheils etwas beytrage, und so viel bewirke, daß der Pflichttheil die Helfte des alsdann noch bevorbleibenden Vermögens ausmacht. Hingegen würde die von Hochstettern vorgetragene Meinung die Kinder auf eine doppelte Weise beschweren, indeme 1) solche geschehen lassen müssen, daß der Pflichttheil erst von dem nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten noch bevorbleibenden Vermögens gerechnet wird, und 2) dieselbe, wann schon ihrer viere sind, dannoch mit dem dritten Theil dieses noch bevorbleibenden Vermögens vor ihren Pflichttheil

sich

sich begnügen sollen, da ihnen doch, weil sie mit Einschluß des überlebenden Ehegatten 5. Personen ausmachen, die Helfte gebürete. Es irret auch Hochstetter offenbar, wann er schon gedachter masen schreibet: Uti conjux partem non facit ad minuendam liberorum legitimam; ita nec numerum facit ad augendam eorum legitimam. Dann da er behauptet, daß die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten als ein æs alienum von der Verlassenschaft abzuziehen, und sodann erst von dem noch bevorbleibenden Vermögen der Pflichttheil zu berechnen, so muß ja nothwendig der Pflichttheil dadurch kleiner ausfallen. Daher glaube ich, daß man solche Worte vielmehr gerade umkehren und sagen könne: Uti conjux partem facit ad minuendam liberorum legitimam; ita etiam numerum facit ad augendam eorum legitimam.

§. 10.

Erster Beweiß vor die Meinung des Verfassers von der Absicht und dem Sinne der Römischen Gesetze, vermöge welcher der Pflichttheil nach der Anzahl derer Personen zu berechnen, welche durch das Gesez zur Erbfolge beruffen und einen Pflichttheil zu fordern berechtiget sind.

Es ist zwar, wie ich hoffe, schon ein günstiges Vorurtheil vor die von mir vorgetragene Meinung, daß ich zwischen denen §. 6. angeführten beederley Meinungen die Mittelstrasse halte. Allein ich vermeine noch über dieses zureichende Gründe zu deren Bestättigung anführen zu können. Und zwar nehme ich den ersten Beweiß von der Absicht und dem Sinne der Römischen Gesetze. Dann schon bemerkter masen ist in dem Römischen Rechte ausdrüklich verordnet, daß der Pflichttheil je nach der Anzahl derer Personen, welche zur Erbfolge berechtiget sind, entweder die Helfte oder den dritten Theil des hinterbliebenen Vermögens ausmache. (§. 2.) Woher kommt dieses? Warum ist nicht überhaupt und ohne Rucksicht auf die Anzahl der Personen eine gewise Summe festgesezt? Ich glaube, daß man die Ursache dieser Verordnung aus dem natürlichen Rechte abzuleiten habe. Dann obschon solches nichts gewises festsezet, wie viel die Eltern denen Kindern, und diese jenen zu verlassen schuldig seyen; so kan doch aus dem Lichte der Vernunft ein jeder von selbst abnehmen, daß, je mehrere derer Erben sind, um so viel kleinere Theile ausfallen, folglich eine so viel höhere Summe vor den Pflichttheil auszuwerfen seye. Man seze z. Ex. den Fall, daß jemand ein Vermögen von 1200. fl. nebst 2. 3. oder

4. Kindern hinterlassen; so können solche schon eher mit dem dritten Theil der Verlassenschaft à 400. fl. sich begnügen, als wann der Kinder 5. 6. oder mehrere sind, vor welche daher der natürlichen Billigkeit nach ein grösserer Pflichttheil auszuwerfen. Dann wann z. Ex. man setzet, daß das Vermögen gesezter masen auf 1200. fl. sich belaufe, und der Kinder viere sind, so beträgt der Pflichttheil vor alle miteinander zum dritten Theil 400. fl. mithin vor jedes 100. fl. Wann man hingegen annimmt, daß der Kinder sechse sind; so beträgt der Pflichttheil vor dieselbe miteinander zur Helfte 600. fl. mithin vor jedes gerade auch 100. fl. Es ist daher die Römische Bestimmung des Pflichttheils nach der Anzahl der Personen dem natürlichen Rechte und der Billigkeit gemäß. Es ist aber auch unwidersprechlich, daß die Kinder, Eltern und Geschwistrige hiebey nicht als solche, sondern in so ferne sie mit erben, folglich durch ihre hinwegnehmende Erbstheile die übrige Theile desto kleiner ausfallen, in Berechnung kommen. Woraus dann die untrügliche Folge sich ergibt, daß, wann mit und neben den Kindern, Eltern oder Geschwistrigen noch mehrere Personen zur Erbfolge berufen sind, solche in Berechnung des Pflichttheils ebenfalls einen Theil ausmachen, und gleich jenen gezählet werden müssen. Allein man merke wohl, daß hier allein solche Personen in Berechnung kommen, welche durch das Gesez zur Erbfolge berufen, und einen Pflichttheil zu fordern berechtiget sind. Dann diese Einschränkung machen die Römische Gesetze ausdrüklich: (1) Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est. Ja es würde auf eine offenbare Ungereimtheit hinauslaufen, zu behaupten, daß in Bestimmung des Pflichttheils nur überhaupt auf die Anzahl derer Erben ohne Rukſicht, ob sie durch das Gesez oder durch eine testamentliche Verordnung zur Erbfolge berufen sind, zu sehen seye. Dann man seze z. Ex. daß jemand ein Vermögen von 1200. fl. nebst 2. 3. oder 4. Kindern hinterlassen; so gebürete solchen der dritte Theil à 400. fl. vor ihren Pflichttheil, den die Eltern ihnen zu benehmen oder einzuschränken durchaus nicht berechtiget sind. Wollte man hingegen annehmen, daß der Pflichttheil überhaupt nach der Anzahl derer Erben zu bestimmen; so würde denen Eltern ein sehr leichtes seyn, die Kinder nach Belieben um ihren Pflichttheil zu verkürzen, indeme sie ja nur noch mehrere fremde Personen zu Erben einsetzen dörften, wodurch folglich, wann dieselbe in Berechnung des Pflichttheils ebenfals mit in Betracht kämen, solcher gar sehr verringert würde. Da nun die Eheleute fast nach allen teutschen Landrechten unter diejenige Personen gehören, welche durch das Gesez zur Erbfolge berufen und einen gewisen Pflichttheil zu fordern berech-

rechtiget sind; so ist nicht wohl abzusehen, warum dieselbe nicht in Berechnung des Pflichttheils derer Kinder, Eltern oder Geschwistrige einen Theil mit ausmachen und gezählet werden sollten.

§. 11.

Zweyter Beweiß von dem klaren Buchstaben der Gesetze, welche den Pflichttheil ausdrüklich eine portionem portionis ab intestato benennen.

Der zweyte Beweiß ist folgender. Betrachtet man den Pflichttheil in Absicht auf einzele Erben; so ist solcher schon oben bemerkter masen eine portio portionis ab intestato debitæ. Daß dieses nicht eine blose Redensart seye, wie Carpzov vorzuspieglen suchet, sondern daß vielmehr die Gesetze selbst sich also ausdrücken; ist gar leicht zu erweisen. Man nehme z. Ex. den oft gegebenen Fall, daß jemand ein Vermögen von 1200. fl. nebst einigen Kindern hinterlassen. So bestünde ab intestato die Verlassenschaft solcher Kinder in dem völligen gesezter masen sich auf 1200. fl. belaufenden Vermögen. Ihrer aller Pflichttheil hingegen betrüge, wann der Kinder 1. 2. 3. 4. sind, den dritten Theil mit 400. fl. daferne aber derselben 5. oder mehrer hinterblieben, die Helfte mit 600. fl. So ist es in dem Römischen Rechte ausdrucklich versehen (1) und allerdings von Wort zu Wort in das Herzoglich Wirtembergische Landrecht eingetragen. (2) Nimmt man nun dieses in Absicht auf einzele Erben; so ist die portio ab intestato debita, wann z. Ex. der Kinder zwey sind, vor jedes 600. fl. folglich der Pflichttheil zum dritten Theil vor jedes 200. fl. Sind aber der Kinder z. Ex. sechse; so ist die portio ab intestato debita jedes vor 200. fl. folglich der Pflichttheil zur Helfte vor jedes 100. fl. Was ist aber dieses anders, als ob in den angezogenen Stellen des Römischen und Herzoglich Wirtembergischen Rechts namentlich gesagt würde, daß der Pflichttheil eine portio portionis ab intestato debitæ seye? Allein ich bin zum Ueberflusse im Stande, eben dieses mit noch deutlicheren Stellen zu bestärken. Dann so wird in dem Römischen Gesezbuche der Pflichttheil ausdruklich bald quarta partis, quæ intestato defuncto ad aliquem potuit pertinere, (3) bald legitima portio, i. e. quarta pars ab intestato successionis, (4) bald quarta pars debitæ ab intestato portionis (5) genennet, wobey an dem Ausdrucke der quartæ sich um deßwillen nicht zu stossen, weil diese Gesetze zu der Zeit gegeben worden, da der Pflichttheil noch überhaupt in dem vierten Theil bestunde. (§. 2.) Eben so bestimmet das Herzoglich Wirtembergische Landrecht den Pflichttheil, den die ohne

Leibeserben verstorbene Kinder ihren Eltern zu verlassen schuldig, ausdrüklich auf den dritten Theil derjenigen Portion, so den überlebenden Eltern sonst ab intestato gebühret hätte. (6) Ist nun aber der Pflichttheil eine portio portionis ab intestato debitæ, so folget unumstößlich, daß solcher erst nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten von dem alsdann noch bevorbleibenden Vermögen berechnet werden könne. Man setze den oft gegebenen Fall, daß jemand ein Vermögen von 1200. fl. hinterlassen. Man nehme hinzu, daß 2. Kinder und ein Ehegatte hinterblieben, und daß z. Ex. nach Wirtembergischen Rechten in diesem Falle dem hinterbliebenen Ehegatten ein Kindstheil gebürete. (7.) So würde die portio ab intestato debita dieser 2. Kinder in zwey Drittheilen zu 800. fl. folglich der Pflichttheil zum dritten Theil in 533. fl. 20. kr. und vor jedes in 266. fl. 40. kr. bestehen, welches eben so viel ist, als ob man sagte, daß der Pflichttheil erst nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten à 400. fl. folglich allein von denen alsdann noch bevorbleibengen 800 fl. zu berechnen seye. Wollte man setzen, daß der Pflichttheil gedachter 2. Kinder von dem ganzen Vermögen ohne Rukficht auf die von dem überlebenden Ehegatten hinwegnehmende Erbsgebür à 400. fl. folglich von denen völligen 1200. fl. zu berechnen, so würde derselbe offenbar nicht mehr eine portio portionis ab intestato debitæ seyn. Dann nicht die völlige Verlassenschaft, sondern bloß das, was nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten noch bevorbleibet, nemlich 800. fl. sind die portio ab intestato debita dieser zwey Kinder. Folglich ist in Berechnung des Pflichttheils nicht auf die völlige Verlassenschaft, sondern allein auf 800. fl. das Augenmerk zu nehmen. Mit einem Wort, so gewiß ab intestato in Berechnung der Erbsgebür derer Kinder, Eltern und Geschwistrige der überlebende Ehgatte einen Theil ausmacht, und dieselbe ab intestato nicht mehr verlangen können, als was nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten noch bevorbleibet; so gewiß ist auch in Berechnung des Pflichttheils derselben der überlebende Ehegatte mit zu zählen, und so gewiß kan solcher Pflichttheil erst nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten von dem alsdann noch bevorbleibenden Vermögen gerechnet werden.

(1) Nov. 18. Cap. 1.
(2) Wirtemb. Landrecht part. III. tit. 14. §. Es soll aber der Pflichttheil ꝛc.
(3) l. 8. C. de inoff. testam.
(4) l. 31. C. de inoff. testam.
(5) l. 2. C. de inoffic. donat.
(6) Wirtemb. Landrecht part. III. tit. 15. §. Entgegen erfordert auch ꝛc.
(7) Wirtemb. Landrecht part. IV. tit. 7. §. Ferner an des abgestorbenen ꝛc.

§. 12.

§. 12.

Dritter Beweiß aus den Sätzen derer Rechtslehrer, welche behaupten, daß der Pflichttheil nach Maaßgebung der Erbfolge ab intestato zu bestimmen.

Den dritten Beweiß nehme ich aus den Sätzen derer Rechtslehrer, welche behaupten, daß der Pflichttheil lediglich nach Maaßgebung der Erbfolge ab intestato zu bestimmen seye. So ist z. Ex. unter denen Rechtslehrern strittig, ob ein rechtmäßig Enterbter in Berechnung des Pflichttheils derer übrigen Kinder einen Theil ausmache, und gezählet werden könne. Die mehreste aber bejahen solches darum, weil der Pflichttheil lediglich nach dem casu intestati zu berechnen, ein rechtmäßig Enterbter aber, falls es ab intestato gegangen wäre, mit denen übrigen Kindern geerbet hätte. (1) Nicht minder ist die Frage, wann jemand zween Brüder und eine Mutter hinterliesse, und entweder die zween Brüder oder mit Uebergehung derselben fremde Personen zu Erben, die Mutter aber allein im Pflichttheil einsezte, ob alsdann der Pflichttheil der Mutter in dem dritten Theil der ganzen Verlassenschaft, oder nur in dem dritten Theil des trientis bestehe. Und dieses wird von dem Bartolus und seinen Anhängern dahin entschieden, daß die Mutter ein mehrers nicht als den dritten Theil des trientis fordern könne. Warum? Weil lediglich auf den casum intestati zu sehen, nach welchem die Mutter mit und neben den zween Brüdern geerbet hätte, der Pflichttheil aber nicht höher sich belaufe, als auf den dritten Theil desjenigen, was sie ab intestato bekommen hätte. (2) Gleichermasen verhält sich folgender Rechtsfall, den ich mit Lauterbachs Worten (3) vortragen will: Ab hoc loco non aliena videtur quæstio, an in computatione legitimæ parentum etiam fratres numerentur, v. gr. si defunctus reliquerit patrem, duosque fratres germanos, & fratribus præteritis patrem in legitima, uxorem vero, quæ honesta persona, in reliquis suis bonis hæredem instituerit, quæritur, an patris legitima sit tertia pars totius hæreditatis, an portionis ab intestato debitæ, tertia scil. pars trientis, quem pater ab intestato fuisset accepturus? Prius defendit post multos a se allegatos Berlichius part. 3. pract. conclus. 12. n. 51. & seqq. ubi in quodam Collegio juridico illarum terrarum ita responsum esse refert, & Senatum quoque Pedemontanum ita judicasse testatur Antonius Tessaurus decis. Pedemontan. 172. n. 2. illamque sententiam etiam Rotam Romanam confirmasse scribit Hercul. Marescott. Lib. I. var. resol. Cap. 10. num. 2. His accedit Ste-

phan Gratian. Tom. I. discept. forens. Cap. 178. Francisc. Viv. decis. Regn. Neapol. 405. Struv. Iurisprud. for. Lib. II. tit. 21. aphor. 6. Sed illorum rationibus non obstantibus contrarium nobis de jure verius videtur, quod scil. in proposito casu fratres partem faciant, & in computatione legitimæ numerari debeant, ita ut patris legitima sit tantum tertia pars trientis, quem ab intestato ipse accepturus fuisset. Legitima enim æstimatur secundum successionem ab intestato extra testamenti causam. l. 8. §. 6. & §. 8. ff. de inoff. donat. quo casu utique hi fratres concurrerent. & cum patre in capita succederent, ita ut pater tantum trientem acciperet. Nov 118. Cap. 2. Wiederum behaupten die Rechtslehrer, daß eine Verzichtstochter, die nemlich auf die Erbschaft Verzicht geleistet, in Berechnung des Pflichttheils gezehlet werden müsse. Warum? Weil der Pflichttheil nach der Erbfolge ab intestato zu berechnen, nach welcher die Verzichtstöchtern geerbet haben würden, wovon Bardili schreibet. (4) „Indubitati namque juris est, quod legitima secun„dum successionem ab intestato sit æstimanda, secundum quam quilibet li„berorum legitimam portionis ab intestato partem consequitur, ac si una „cum renunciata ab intestato successisset l. 8. §. 8, de inoff. testam. Nov. 18. „Cap. 1. Nov. 115. Cap. 3. §. 8. Atqui filia etiam renunciata, non facta „renunciatione, jus succedendi ab intestato habuisset. Ergo & filia renun„ciata inter liberos erit connumeranda, & consequenter legitima fratrum „augenda.“ Ist nun aber in Berechnung des Pflichttheils die Erbfolge ab intestato zum Grunde zu legen; so folget unumstößlich, daß nicht nur auf die Anzahl derer Kinder, Eltern und Geschwistrige, sondern überhaupt auf alle ab intestato erbende Personen das Augenmerk zu nehmen. Da nun nach teutschen Rechten die Eheleute allerdings ab intestato mit erben; so ist unwidersprechlich, daß auch der überlebende Ehegatte in Berechnung des Pflichttheils derer Kinder, Eltern oder Geschwistrige mit zu zählen seye.

(1) Romanus in Disp. de legitima Cap. 5. §. 5.
(2) Müller de debito bonorum subsidio Cap. 4. §. 13.
(3) in Disp. de singulari fratrum jure membr. 2. §. 24.
(4) in Disp. de condictione ex lege ad supplementum legitimæ th. 32.

§. 13.

§. 13.

Erster Scheingrund zu Vertheidigung der Meynung, daß der Pflichttheil von dem ganzen Vermögen zu berechnen, nebst dessen Wiederlegung.

Nun ist noch übrig, diejenige Gründe zu untersuchen, welche angeführet werden, um die §. 6. bemerkte beederley Meynungen zu vertheidigen. Belangend demnach, daß nach Carpzovs und Besolds Meynung der Pflichttheil von dem völligen ohne Rucksicht auf die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten zu berechnen seyn solle, so schreibet Besold: (1) Si quis uxorem & unicum filium relinquat; tunc filii legitima est triens omnium bonorum, non vero tertia pars ejus portionis, quam ab intestato habiturus esset, arg. §. Es soll aber hoc tit. Statutum enim nostrum in dubio cum jure communi in concordiam est reducendum, quo jure conjuges regulariter invicem non succedebant. Unde consequitur, quod nec uxor vel maritus hic faciant partem. Allein es ist nicht abzusehen, wie dadurch, wann der Pflichttheil von dem ganzen Vermögen berechnet wird, eine Vereinbarung des Römischen und Teutschen Rechts herauskommen solle. Ich glaube vielmehr das Gegentheil, und behaupte, daß diese Erklärung offenbar gegen den Sinn und die Absicht des Römischen Rechts anstossen würde. Dann da vermöge dessen der Pflichttheil nach der Anzahl derer Personen, denen ein Pflichttheil gebühret, zu berechnen, (§. 10.) in diese Anzahl aber nach teutschen Rechten die Eheleute mit gehören, nicht minder die Römische Gesetze den Pflichttheil ausdrüklich eine portionem portionis ab intestato debitæ benennen, welches offenbar voraussezet, daß vordersamst die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten abzuziehen, indeme erst das alsdann noch bevorbleibende Vermögen die portionem ab intestato debitam ausmacht, folglich in Berechnung des Pflichttheils bloß darauf, und nicht auf das völlige Vermögen das Augenmerk zu nehmen, (§. 11.) so glaube ich gewiß, daß Kaiser Justinian selbst, wann er an diesen Fall gedacht hätte, solchen nicht anderst entschieden haben würde, als daß in Berechnung des Pflichttheils derer Kinder, Eltern oder Geschwistrige der überlebende Ehegatte mit zu zählen, und der Pflichttheil erst nach Abzug dessen Erbsgebür von dem alsdann noch bevorbleibenden Vermögen zu berechnen seye.

(1) In Disp. ad jus provinc. Wirtemb. part. III. th. 119.

§. 14.

Zweyter Scheingrund und dessen Wiederlegung.

Einen weiteren Scheingrund glauben die Vertheidiger der Meynung, daß der Pflichttheil von der ganzen Verlassenschaft abzuziehen, in den klaren Worten der Gesetze entdekt zu haben, indem Justinian den Pflichttheil, wann 1. 2. 3. oder 4. Kinder vorhanden, tertiam *substantiæ* partem, daferne aber fünfe oder mehrere hinterblieben, mediam *totius substantiæ* partem benennet. (1) Welche Worte dem Carpzov (2) und andern ein deutlicher Beweiß zu seyn scheinen, daß der Pflichttheil von der völligen Verlassenschaft und nicht erst von dem, was nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten noch bevorbleibet, als welches nicht mehr totam substantiam ausmacht, zu berechnen seye. Ich setze noch hinzu, daß in dem Wirtembergischen Landrechte (3) nicht weniger ausdrüklich darauf abgezielt zu seyn scheinet, daß der Pflichttheil von der ganzen Verlassenschaft berechnet werden solle, indeme es heißt: „Es „soll aber dieser Pflichttheil also computirt und verstanden werden: Nemlich so „ein Vater oder Muter 1. 2. 3. oder 4. Kinder nach ihme im Leben verliese, „daß der testirende Vater oder Mutter solchen Kindern den dritten Theil, als „so sich das Vermögen auf 1200. fl. belauft, von selbigem die 400. fl. da aber „der Kinder fünfe oder mehr wären, den halben Theil aller seiner Verlassen„schaft, benanntlich von 1200. fl. die 600. fl. für ihre legitimam und Ange„bür zu verschaffen schuldig.„ Allein entweder ist dieser von Carpzoven gemachte Schluß unrichtig, oder ich bin unvermögend, die Schärfe desselben einzusehen. Man beliebe nur zu erwägen, was vor einen Rechtsfall Justinian voraussetze. Er sagt ausdrüklich, wann der Kinder 1. 2. 3. oder 4. hinterblieben, so seye der Pflichttheil der dritte Theil, wann aber derselben 5. oder mehrere seyen, der halbe Theil aller Verlassenschaft. Und eben so lautet auch die angezogene Stelle des Wirtembergischen Landrechts. Es ist also hier offenbar nicht von dem Falle die Rede, wann der überlebende Ehegatte ein Erbe an der Verlassenschaft mit ist, und einen Theil davon vor seine Erbsgebür beziehet. Vielmehr wird ausdrüklich vorausgesezt, daß die Kinder allein die Erben seyen. Und doch ist hier eben davon die Frage, ob in Berechnung des Pflichttheils auch alsdann auf die ganze Verlassenschaft das Augenmerk zu nehmen, wenn der überlebende Ehegatte ein Erbe mit ist, oder ob nicht vorhero dessen Erbsgebür in Abzug zu bringen, und der Pflichttheil erst von dem alsdann noch bevorbleibenden Vermögen zu berechnen seye. Wollte man demnach den Schluß machen: Weil Justinian und das

Wir-

Wirtembergische Landrecht verordne, daß der Pflichttheil in dem Falle, wann die Kinder allein ihre Eltern beerben, von der ganzen Verlassenschaft zu berechnen seye, so müsse solches auch alsdann geschehen, wann der überlebende Ehegatte ein Erbe mit ist, so siehet jedermann, daß dieses kein Beweiß seye, sondern vielmehr das, was bewiesen werden solle, schon voraussetze. Ja ich vermeine, aus mehr angezogenen beeden Stellen vielmehr einen Beweiß vor meine Meinung ziehen zu können. Dann schon gedachter masen wird darinn ausdrücklich vorausgesetzt, daß die Kinder allein die Erben seyen. In diesem Falle ist vor sich klar, daß ihnen ab intestato die ganze Verlassenschaft gebühre. Man nehme demnach an, daß solche auf 1200 fl. sich belaufe. So würden eben diese 1200 fl. ihnen ab intestato gebühren. Sind nun der Kinder 1. 2. 3. oder 4. so beträgt der Pflichttheil vor sie miteinander zum dritten Theil 400 fl. da aber derselben fünfe oder mehrere hinterblieben, die Helfte mit 600 fl. So entscheiden Justinian und das Wirtembergische Landrecht den Fall mit ausdrücklichen Worten. Nun betrachte man die Sache in Absicht auf jedes einzele Kind, und nehme an, daß deren zwey hinterblieben. So würde die portio ab intestato von gedachten 1200 fl. vor jedes 600 fl. der Pflichttheil aber den dritten Theil dieser portionis ab intestato, mithin 200 fl. vor jedes ausmachen. Oder man nehme an, daß der Kinder sechse hinterblieben, so würde die portio ab intestato vor jedes 200 fl. der Pflichttheil aber die Helfte dieser portionis ab intestato, mithin vor jedes 100 fl. ausmachen. Da nun dieses eben so viel ist, als ob Justinian und das Wirtembergische Landrecht ausdrücklich sagten: Der Pflichttheil seye eine portio portionis ab intestato debitæ, hieraus aber unumstößlich folget, daß der Pflichttheil derer Kinder, Eltern oder Geschwistrige erst nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten zu berechnen, indeme blos das alsdann noch bevorbleibende, nicht aber die ganze Verlassenschaft ihre portionem ab intestato ausmacht; so glaube ich, erwiesen zu haben, daß nach der Absicht und dem Sinne sowohl des Kayser Justinians als des Wirtembergischen Landrechts der Pflichttheil erst nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten von dem alsdann noch bevorbleibenden Vermögen berechnet werden müsse.

(1) Nov. 18. Cap. 1.
(2) In responsis juris Lib. VI. resp. 18.
(3) Th. III. Tit. 14. §. Es soll aber ꝛc.

§. 15.

Dritter Scheingrund und dessen Widerlegung.

Den dritten Scheingrund will ich mit Carpzovs eigenen Worten (1) vortragen: „Est legitima pariter liberorum & portio viduæ statutaria instar æris alieni

„privilegiata, & sic una alteri æqualis. Quemadmodum ergo concurren-
„tibus pluribus creditoribus debitum unius non deducitur ante aliud, nisi sit
„magis privilegiatum ratione prioritatis; ita etiam concurrentibus pluribus
„debitis legalibus unum ante aliud detrahendum non est, nec per detractio-
„nem unius quantitas alterius minuenda, sed omnibus simul satisfaciendum.
„Inter eos enim, qui pari jure & privilegio gaudent, non datur locus præ-
„rogativæ, nec utitur privilegiatus suo privilegio contra æque privilegiatum.
„Ex quo porro sic argumentari licet: si portio uxoris statutaria æstimanda
„est pro ratione totius substantiæ bonorum defuncti mariti incluso ære alie-
„no legali, quod liberis nomine legitimæ debetur; utique pari jure & multo
„magis liberorum portio æstimanda erit pro ratione omnium bonorum defuncti
„patris ante deductionem portionis viduæ statutariæ, eaque inclusa. Con-
„nexionis ratio in eo consistit, quia legitima liberorum cum portione uxoris
„statutaria non modo æquiparatur secundum tradita Baldi in l. 35. Col. 2.
„in princ. C. de inoff. testam. utraque siquidem a lege defertur, sed etiam,
„quod debitum legitimæ sit potentius ac majore favore dignum portione uxo-
„ris statutaria, quippe quæ non jure naturali debetur viduæ, prout legiti-
„ma liberis, Nov. 1. in princ. §. 2. Nov. 18. Cap. 1. l. 36. §. 2. C. de in off.
„testam. Jam vero non facile quisquam dubitaverit, quin viduæ portio statu-
„taria debeatur ex omnibus indifferenter bonis mariti, nondum deducta li-
„berorum legitima, quæ deductio alias portionem statutariam haud parum
„imminueret. Sequitur hinc ergo, quod in legitima liberorum idem haben-
„dum, eaque pro ratione totius substantiæ bonorum patris defuncti ante de-
„ductionem portionis statutariæ æstimanda sit."

Hierauf dienet folgendes zur Antwort: 1.) ist es sehr uneigentlich geredet, den Pflichttheil der Kinder und die Erbsgebür der Eheleute als ein æs alienum anzugeben. Selbst diese Voraussetzung, worauf doch alles folgende sich gründet, ist also irrig; und wann schon Carpzov zwischen einem ære alieno hominis, nemlich einer eigentlichen Schuld, und einem ære alieno legali einen Unterschied macht, so ist doch solcher nur von ihme selbst erdacht, und stehet mit keinem gesetzlichen Ausdrucke zu erweisen, daß die Erbsgebür derer Eheleute als ein æs ælienum legale zu betrachten seye. Es ist auch 2.) die Vergleichung und Folge, daß, gleichwie von mehreren gleich privilegirten Schulden jede ganz und ohne Abbruch der andern zu bezahlen, also auch der Pflichttheil derer Kinder ganz und ohne Rucksicht auf die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten zu bezahlen seye, sehr unschicklich. Dann a.) ist es keine allgemeine Wahrheit, daß von gleich privilegirten Schulden jede ohne Abbruch der andern zu bezahlen, indeme, wann das Vermögen zu deren Befriedigung nicht zureichend ist, nothwendig eine der andern

Abbruch

Abbruch thun muß. Hernach b.) ist insbesondere dieses unrichtig, wann Carpzov schreibet: Quemadmodum concurrentibus pluribus creditoribus debitum unius non deducitur ante aliud, nisi sit magis privilegiatum ratione prioritatis; ita etiam concurrentibus pluribus debitis legalibus unum ante aliud detrahendum non est, nec per detractionem unius quantitas alterius minuenda, sed omnibus simul satisfaciendum. Dann ein eigentliches æs alienum, wo anderst das Vermögen reichet, ist in allweg ganz und ohne Abbruch zu bezahlen, wann auch noch so viele Schulden vorhanden wären. Mit dem Pflichttheile aber hat es offenbar eine andere Beschaffenheit. Dann je mehrere Kinder vorhanden sind; desto kleiner muß nothwendig der Pflichttheil vor jedes ausfallen.

Betreffend aber 3), daß, gleichwie die portio statutaria des überlebenden Ehegatten von dem ganzen Vermögen abzuziehen, also ein gleiches noch viel eher bey dem Pflichttheile statt finde, inmasen solcher wohl noch mehrers privilegirt seye, als besagte portio statutaria; so ist a.) hier vordersamst der Widerspruch zu bemerken, dessen Carpzov sich schuldig macht, da er anderswo behauptet, (2) daß die Erbgebür derer Eheleute eine viel privilegirtere Schuld seye, als der Pflichttheil derer Kinder, und dieser nicht verlangt werden könne, es seye dann jene vorher abgetragen. b.) Läßt sich von der portione statutaria derer Eheleute auf den Pflichttheil der Kinder überhaupt kein Schluß machen. Dann die portio statutaria ist so viel, als die ordentliche Erbsgebür derer Eheleute. Diese ist folglich in alle Wege von der ganzen Verlassenschaft zu berechnen. Wann daher Carpzov den Schluß folgender massen gemacht hätte, daß, gleichwie die portio statutaria des überlebenden Ehegatten von der ganzen Verlassenschaft abzuziehen, also ein gleiches bey der Erbsgebür derer Kinder statt finde, so würde solcher Schluß vollkommen richtig seyn. Hier aber ist nicht von der Erbsgebür, sondern von dem Pflichttheile derer Kinder die Rede, und da solcher nur ein Theil der Erbsgebür (portio portionis ab intestato debitæ) ist, die portio ab intestato debita derer Kinder aber, wann der überlebende Ehegatte ein Erbe mit ist, nicht in der ganzen Verlassenschaft, sondern erst in dem nach Abzug der Erbsgebür des überlebenden Ehegatten noch bevorbleibenden Vermögen bestehet; so ist klar, daß auch in Berechnung des Pflichttheils nicht auf die ganze Verlassenschaft das Augenmerk genommen werden könne. Insbesondere aber ist c.) zu bemerken, daß, ob zwar z. Ex. in Sachsen die portio statutaria so nothwendig hinterlassen werden muß, daß solche von einem Ehegatten zum Nachtheil des andern nicht gemindert, viel weniger gar entzogen werden kan, folglich dieselbe mit dem Pflichttheil derer Ehegatten auf eins hinaus lauft (3); so ist doch in andern teutschen Landrechten, besonders in dem Wirtembergischen (4) ein ganz anders und so viel verordnet, daß der Pflichttheil, den ein Ehegatte dem andern zu verlassen schuldig, in dem dritten Theil desjenigen, so es ab intestato von dem Verstorbenen eigenthumlich zu erben hätte, bestehen solle. Welches eben

so viel ist, als ob es ausdrücklich hiesse, der Pflichttheil des überlebenden Ehegatten solle nicht von der ganzen Verlassenschaft, sondern erst von dem nach Abzug derer Erbsgebüren derer übrigen ab intestato erbenden Personen bevorbleibenden Vermögen gerechnet werden. Dann bloß dieses und nicht die ganze Verlassenschaft macht die portionem ab intestato debitam des überlebenden Ehegatten aus. Daher kehre ich den Carpzovischen Schluß gerade um, dergestalt, daß, wie nach dem Wirtembergischen und andern teutschen Landrechten der Pflichttheil des hinterbliebenen Ehegatten nicht von der ganzen Verlassenschaft, sondern erst von demjenigen, so nach Abzug der Erbsgebüren der übrigen ab intestato erbenden Personen zu berechnen, also eben dieses auch bey dem Pflichttheile derer Kinder, Eltern und Geschwistrige zu beobachten seye.

(1) cit. Lib. VI. resp. 48. num. 14-18.
(2) in jurisprud. for. part. 1. Const. 28. def, 8.
(3) Schilter Exerc. ad Pandect. XIV. §. 57. Ferd. Christ. Harpprecht Consultat. Vol. IX. resp. 2. num. 272. sqq.
(4) Th. III. Tit. 16. §. Wann ein zu testiren befugtes Ehegemächt ꝛc.

§. 16.

Widerlegung der Meinung, daß die Erbsgebür des hinterbliebenen Ehegatten vor Berechnung des Pflichttheils als ein æs alienum von der Verlassenschaft abzuziehen.

Nun ist noch übrig, von der entgegen gesezten Meinung etwas zu gedenken, nach welcher die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten vor Berechnung des Pflichttheils als ein æs alienum von der Verlassenschaft abgezogen werden solle. (§. 6.) Die Unrichtigkeit dieser Meinung zu beweisen kan gar nicht schwer fallen. Dann 1.) habe ich schon oben gezeiget, daß solche in dem Falle, wann der Kinder viere sind, allzusehr gegen die Billigkeit anstossen, und die Kinder auf eine zweifache Weise beschwehren würde. (§. 8. und 9.) Ich habe auch 2.) schon erwähnet, daß die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten anderst nicht, als in einem sehr uneigentlichen Verstande, vor ein æs alienum angegeben werden möge, und die Vergleichung und Folge von einem ære alieno auf die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten mit keinem gesezlichen Ausdrucke zu erweisen stehe. (§. 15.) Ja da nach vielen teutschen Landrechten, insbesondere nach dem Wirtembergischen, ein Ehegatte dem andern nicht die völlige Erbsgebür, sondern nur einen Theil derselben zu verlassen schuldig ist, so kan man offenbar nicht sagen, daß die Erbsgebür derer Eheleute ein æs alienum seye. Zu geschweigen, daß Carpzov, welcher doch selbst auch die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten mit einem ære alieno vergleichet, schon

schon gedachter massen zwischen einem ære alieno hominis, nemlich einer eigentlichen Schuld und einem ære alieno legali, wohin er die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten rechnet, einen Unterschied macht, und wohl von jenem, nicht aber von lezterem, zugestehet, daß solches vor Berechnung des Pflichttheils in Abzug zu bringen seye.

Wann man also gleich einraumen wollte, daß die Erbsgebür des überlebenden Ehegatten ein æs alienum seye; so würde dennoch hieraus nicht folgen, daß solche vor Berechnung des Pflichttheils abgezogen, mithin lezterer erst von dem alsdann noch übrig bleibenden Vermögen berechnet werden müsse.

§. 17.

Noch einem Einwurfe wird begegnet, welcher in Absicht auf die Herzoglich Wirtembergischen Lande aus dem älteren Landrechte von 1567. genommen werden könnte.

Noch einen Einwurff kan ich nicht verschweigen, welcher in Absicht auf die Herzoglich Wirtembergische Lande aus dem älteren Wirtembergischen Landrechte von 1567. genommen werden könnte, worinn folgendes versehen ist, (1) "Nachdem wir auch hieo„ben der Eheleut halben Anregung gethan, daß ein Ehegemecht dem andern, so sie ehe„liche Kinder bey und mit einander erzeugt, in seinem Testament nicht weniger, als ei„nem Kind zu seinem Pflichttheil gebürt, zu verlassen schuldig sey, so ordnen und er„klären wir dasselbig ferners also, daß im selbigen Fall das überbliebene Ehegemecht, „Frau oder Man, nicht under die Zahl der Kinder gerechnet, sondern „nach Anzahl des testirenden Ehegemechts verlassenen Kinder, nach „obengeseztem Underschied, solche Legitima oder Pflichttheil gerech„net werden, und als viel also einem Kind gebürt, sovil und nicht weniger auch ein „Ehegemecht dem andern von seinem Gut zu verlassen schuldig seyn soll."

Aus dieser Stelle also, ob sie schon nur von dem Pflichttheil derer Eheleute redet, läßt sich jedennoch auch auf den Pflichttheil derer Kinder, Eltern und Geschwistriche nicht undeutlich schliessen, und glaube ich selbst, daß der wahre Sinn derselben folgender seye: Man solle nemlich zuerst ausmachen, wie hoch der Pflichttheil derer Kinder je nach deren Anzahl, nachdeme nemlich derselben 1. 2. 3. 4. oder aber derer mehrere sind, wobey aber der überlebende Ehegatte nicht mit einzurechnen, sich belaufe. Und die sich also ergebende Summe solle auch den Pflichttheil des überlebenden Ehegatten ausmachen.

Ich gestehe, daß dieser Einwurf ungemein wichtig ist, besonders da ich selbst anderswo, (2.) als eine Regel angegeben habe, daß die neuere Gesetze aus denen älteren

zu erklären, mithin bey einer in dem neuen und heutigen Landrechte vorkommenden Zweydeutigkeit billig das ältere Landrecht zu Hülfe genommen wird.

Allein, ohne zu gedenken, daß dieser Einwurf der von Lauterbach und Hochstettern vorgetragenen Meinung (§. 6.) eben sowohl als der meinigen entgegen stehet; so kan ich 1.) anderst nicht vermuthen, als daß besagte in dem älteren Landrechte vorkommende Stelle eben deswegen in dem neuen Landrechte weggeblieben, damit auf dieselbe nicht mehr geachtet werden möge.

Wenigstens kan ich mir nicht vorstellen, aus welchem anderen Grunde eine so wichtige Verordnung von einem fast täglich vorkommenden Falle sollte weggelassen worden seyn. Und da in der Vorrede des heutigen Landrechts ausdrucklich stehet, daß das alte auf die von denen Städten und Aemtern eingekommene Beschwehrungen und weil es zum theil der Billigkeit entgegen, revidirt und verbessert worden seye, so darf man sicher glauben, daß auch die angezogene Stelle mit gutem Vorbedacht dem neuen Landrechte nicht mehr einverleibet worden.

Ausser deme ist 2.) wohl zu merken, daß in der angezogenen Stelle nicht sowohl von dem Pflichttheil derer Kinder, Eltern und Geschwistrige, wovon schon vorher besonders gehandelt worden, als vielmehr nur von dem Pflichttheil derer Eheleute die Rede ist, und blos von diesem verordnet wird, daß in Berechnung desselben der überlebende Ehegatte nicht unter die Anzahl gerechnet werden solle. Nun aber ist diese Stelle in dem neuen Landrechte (3) ausdrüklich abgeändert, und der Pflichttheil des überlebenden Ehegatten auf den dritten Theil desjenigen, was solcher ab intestato geerbet hätte, bestimmet worden, welches jener Berechnung offenbar entgegen stehet. Dann in Bestimmung der portionis ab intestato debitæ eines hinterbliebenen Ehegatten müssen nothwendig sammtliche Erben ab intestato, folglich auch der hinterbliebene Ehegatte selbst, gezählet werden. Da nun der Pflichttheil ein Theil solcher portionis ab intestato debitæ ist; so ist klar, daß eben solches auch bey Berechnung des Pflichttheils statt finden müsse.

(1) Th. III. sub rubr. Was Eheleut, die Kinder beyeinander erzeugt, einander für ihr Angebür zu verlassen schuldig.
(2) in meiner Einl. in die gesetzliche Verfassung des Herzogthums Wirtemberg (welche dem ersten Buche meiner Sammlung Wirtemb. Gesetze vorangesetzt ist,) §. 34.
(3) Th. III. Tit. 16. §. Wann ein zu testiren befugtes Ehegemächt ꝛc.

Carl Friderich Gerstlachers,

Marggräflich-Badischen wirklichen Hof- und Regierungsraths,

Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils

der

Eltern, Kinder und Geschwistrige,

wann der überlebende Ehgatte miterbet.

Zur Erläuterung

der teutschen Landrechte,

besonders aber

des dritten Theils vierzehenten Titels

des

Herzoglich Wirtembergischen Landrechts.

STUTTGARD,

gedruckt bey dem Hof- und Canzley-Buchdrucker Christoph Friedrich Cotta, 1772.