



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Universitätsbibliothek Paderborn

Die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey in Westphalen

nebst ihrer rechtsgeschichtlichen Entwicklung und Begründung

Wigand, Paul

Leipzig, 1832

Tit. IV: Fortgesetzte Gütergemeinschaft und deren Beendigung

urn:nbn:de:hbz:466:1-8623

Rechte keinen Gebrauch gemacht: quo titulo will dann der Ueberlebende es realisiren? — Im Jahr 1770 ereignete sich im Lande Dellbrück der Fall, daß eine Wittwe ihre einzige Tochter verheirathete, aber vermöge der Gütergemeinschaft im Besitz des Vermögens blieb. Sie überlebte ihre Tochter, und starb dann auch kurz nachher. Der Mann der Tochter verfocht sein Miterbrecht, verglich sich mit den übrigen nächsten Erben, und trat die Erbschaft an. Die Hofkammer siegte aber, und nahm, da die Wittwe ohne Kinder gestorben war, die ganze Nachlassenschaft zu sich.

Titel IV. Fortgesetzte Gütergemeinschaft und deren Beendigung.

§. 37. Wenn Ein Ehegatte stirbt, und aus der Ehe Kinder oder Enkel vorhanden sind, so haben diese in Beziehung auf den Verstorbenen keine Erbrechte, sondern das Vermögen bleibt ein Gesamtgut, und die Stellung der Kinder zu demselben bildet ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen und dem Ueberlebenden, welches fortgesetzte eheliche Gütergemeinschaft genannt wird.

§. 38. Die Rechte des Eigenthums und der Verwaltung des Gesamtgutes gebühren dem überlebenden Ehegatten, welcher alle die Befugnisse ausübt, die der Vater und Ehemann während der Ehe vermöge der ehelichen Gütergemeinschaft ausübte. Namentlich steht ihm das Recht zu, das Grundvermögen zu veräußern und zu verpfänden, ohne an die Einwilligung der Kinder gebunden zu seyn.

Die Belege 13. und 14. bezeugen dies für den Mann in vollster Maße. Daß das Recht des Ueberlebenden immer gleich steht, dafür spricht die anerkannte Praxis, das Zeugniß sämtlicher Rechtsgelehrten, und die Analogie aller übrigen westphälischen Statutarrechte. Da, wo mit dem Tode des Ehegatten das Vermögen reell oder ideell in zwei Hälften zerfällt, hat natürlich das ganze aus der Gütergemeinschaft herrührende Rechtsverhältniß ein Ende, und dem Ueberlebenden können nur Verwaltung, Nießbrauch, oder andere aus der älterlichen und vormundschaftlichen Gewalt herrührende Rechte eingeräumt werden, wie die Lippstädter Statuten

von 1575 dies sehr consequent festsetzen. Wo sich aber die Rechte des Ueberlebenden so, wie in unserem Gewohnheitsrecht, erhalten haben, kann man sie unmöglich, wie die Lippesche Landes-Ordnung, für einen Ausfluß der älterlichen Gewalt erklären, ohne dem Institut seine Selbständigkeit zu rauben. — Unsere Praktiker haben zwar mit Scherer diese fortgesetzte Gütergemeinschaft für eine Irregularität, für ein Unding, erklärt, und auf der andern Seite das fortgesetzte condominium, eben so wie in stehender Ehe, handhaben, und den Ueberlebenden bei allen Dispositionen und Veräußerungen an die Einwilligung der Kinder binden wollen. Die meisten gerichtlichen Entscheidungen haben aber das Gewohnheitsrecht in seiner alten Strenge aufrecht erhalten, wie namentlich noch das Erkenntniß Cramer gegen Cramer vom 18. Januar 1817 belegt.

§. 39. Indem die Rechte der Mutter und Wittve in Betreff des gesammten durch die Ehe vereinten Vermögens denen des Mannes überall gleich stehen, findet während der fortgesetzten Gütergemeinschaft keine Ernennung eines Vormundes, und keine vormundschaftliche Aufsicht statt.

Dies folgt aus dem im Anhang entwickelten und geschichtlich begründeten Begriff des Instituts, so wie aus dem Urtheil von 1714 und der Polizei-Ordnung von 1655. (Belege 13 und 23.) Wie sich die Rechte des Mannes allmählig auch auf die Frau extendirten, zeigt noch das ältere Mindensche Statut (bei Crusius, S. 250), welches bloß über das Recht der Mutter verfügt, wenn sie bei den Kindern bleiben will. — Die Gerichte haben das Verhältnis in neuerer Zeit bezweifelt, und gemeint, daß die Pupillen-Ordnung des Allgem. Landrechts mit allen ihren Vorschriften eintrete, wenn nur sonst die Rechte des Ueberlebenden, und namentlich der Mutter, welche aus der Gütergemeinschaft entsprängen, nicht gekränkt würden. Es wurde die Frage besonders in den Jahren 1804 und 1805 auf Veranlassung der Pupillen-Collegien zu Münster und Paderborn zur Contestation gezogen. Das Letztere (Bericht vom 13. October 1804) gab die Rechte der Ueberlebenden aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu, und nahm als richtig an, daß zeither nur im Fall der zweiten Heirath, oder einer verschwenderischen Lebensart eine Vormundschaft sey eingeleitet worden, daß es aber außerdem der Mutter, eben so wie dem Vater, völlig überlassen gewesen sey, für das Wohl der Kinder zu sorgen. Es glaube aber, daß diese Einrichtung sich ändere, indem die Pflicht einer Vormundschaft nicht bloß das Vermögen, sondern auch das persönliche Wohl der Curanden im Auge

habe, und nicht abzusehen sey, wie die Gütergemeinschaft eine unter andern Umständen nöthige Vormundschaftseinleitung solle überflüssig machen, die für Conservation der Substanz, so wie für anderes etwa den Kindern zufallendes Vermögen besonders wichtig werde. Da nun die Polizei-Ordnung von 1655 nicht geradezu entgegenstehe, die Observanz aber, wornach bisher nicht sey vormundet worden, den allgemeinen deutschen Rechten zuwiderlaufe, so müsse auch die Mutter, ihrer Rechte der Benützung und Administration vorbehaltlich, sich der oberoormundschaftlichen Aufsicht unterwerfen. — Zu Münster war namentlich die Frage aufgeworfen worden, ob der Ueberlebende verbunden sey, beim vormundschaftlichen Gericht ein Inventar zu übergeben. Einige behaupteten, es sey der allgemeinen Theorie gemäß, neben der Mutter keinen Vormund zu ernennen. Andere meinten, daß alles, was in den Gesetzen zur Sicherheit der Minorennen vorgeschrieben sey, beachtet werden müsse. — Das Justiz-Ministerium ging in diese Ansichten ein, und rescribirte unterm 1. Decbr. 1804 an Paderborn: daß die Mutter sich bei Führung der Vormundschaft einer obervormundschaftlichen Prüfung und Aufsicht mit Vorbehalt ihrer Gerechtsame bis zur zweiten Heirath unterwerfen müsse. Da auch im Fall der Verschwendung die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufhöre, so müsse ein Privatverzeichnis aufgenommen, und versiegelt in gerichtlichen Verwahr gegeben werden. — Das Pupillen-Collegium zu Münster wurde unterm 12. Januar 1805 beschieden: daß die Uebergebung eines Inventars keinem Bedenken unterliege, daß Gegentheil folge weder aus der Münsterschen Polizei-Ordnung, noch lasse es sich aus der verworrenen Lehre der Gütergemeinschaft herleiten. — Diese Verfügung wurde auch dem Paderbornschen Pupillen-Collegium zur Nachachtung zugesandt, und zugleich wurde ein Conclusum der Gesetz-Commission vom 17. April 1805 (Neues Archiv, IV., S. 1) publicirt, welches in das Wesen des particularrechtlichen Instituts auf eine schneidende Weise eingriff. — In neuerer Zeit mußte die Frage wegen der Gültigkeit jener Rechtsansichten und Entscheidungen natürlich wieder zur Sprache kommen, und das Königl. Ober-Landesgericht zu Paderborn sprach sich fest darüber aus, daß die in jenem Gutachten aufgestellten Ansichten dem Gewohnheitsrecht widersprächen, daß sie die unbestrittenen Befugnisse der Mutter kränkten, und daß diese als Ueberlebende bei der ihr competirenden unbeschränkten Disposition über das Vermögen und dessen Veräußerung, an die Einwilligung der Kinder oder deren Vormünder keineswegs gebunden sey. Dennoch war das Gericht der Meinung, daß eine Vormundschaft nöthig bleibe, wenn gleich die Hauptwirkung wegfalle, da sie sich

auch über die Person der Minorennen, und über das etwa der Gütergemeinschaft nicht unterworfenen Vermögen erstrecken müsse. Das Rescript des Justiz-Ministerii vom 23. Octbr. 1820 genehmigte diese Ansichten, und erklärte sich übrigens damit einverstanden, daß das Conclusum der Gesetz-Commission von 1805 nicht zur Anwendung könne gebracht werden, vielmehr im Collisionsfalle es bei den Gewohnheiten der Provinz zu belassen sey. — Im gleichen Sinne wurde das Land- und Stadtgericht zu Iserlohn unterm 11. Januar 1822 beschieden: daß das Gutachten der Gesetz-Commission vom 17. April 1805 sich nur mit Auslegung der Vorschriften des Allgem. Landrechts beschäftige, aber nirgends auf die Abänderung bestehender Provinzialgesetze über den betreffenden Gegenstand antrage (Jahrb. XIX. S. 108). — Wir müssen nun bei der Ansicht beharren, daß in der Regel bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft von keiner Ernennung eines Vormundes die Rede seyn kann. Der ganze Irrthum rührt daher, daß man das Recht der Mutter für eine gewöhnliche vormundschaftliche Gewalt ansah, welche der Pupillen-Ordnung unterworfen werden könne, und man konnte sich die Natur des hier eintretenden Mundiums nicht klar denken, wiewohl man fühlte, daß das Herkommen tief in das Gewohnheitsrecht des ganzen Instituts eingreife, und daher möglichst erhalten und geschont werden müsse. — Auch in älterer Zeit wußte man sich nicht genau Rechenschaft darüber zu geben, wie aus einer gerichtlichen Verhandlung von 1604 hervorgeht. Hier sollte gegen eine Wittve die Caducität in Betreff eines Meierguts erkannt werden, und es wurde für die minorennen Kinder gesprochen, weil dieselben keinen Vormund hätten. Der Gutsherr opponirte aber hiegegen, daß deren Mutter Vormund genug sey.

(Nachschrift.) Durch eine mittelst Circulare sämmtlichen Gerichten mitgetheilte Verfügung des Königl. Ober-Landesgerichts zu Paderborn vom 20. Juli 1829 sind dieselben wiederholt angewiesen worden, bei der zwischen Mutter und Kindern prorogirten Gütergemeinschaft mit der Einleitung der Vormundschaft zu verfahren, weil das Allgem. Landrecht II. 18. §. 8. bestimme, daß die Anordnung der Vormundschaft über Minderjährige geschehen müsse, sobald durch den Tod des Vaters dessen väterliche Gewalt beendigt werde. Dieser Bestimmung könne durch die provinzielle Gütergemeinschaft nicht derogirt werden, und sie stehe auch wirklich nicht entgegen, da sie zwar die Wirksamkeit des Vormundes beschränke, es aber nicht hindere, in Hinsicht der Person des Pfliegbefohlenen, und dessen etwa der Gütergemeinschaft nicht unterworfenen Vermögens die vormundschaftliche Aufsicht stets ein-

treten zu lassen, damit vorkommenden Falles der Pflegbefohlene gehörig vertreten werden könne. Die nach vorhinniger Gerichtsverfassung unterbliebene Bevormundung folge nicht aus der Natur des durch das Gesetz vom 8. Januar 1816 wieder ins Leben getretenen Instituts der ehelichen Gütergemeinschaft, sondern jene Observanz habe nur neben demselben bestanden, gehöre also mit zu den aufgehobenen Provinzialrechten und Gewohnheiten, und die früher etwa hergebrachte Uebertragung der Rechte, welche nach jetzigen Gesetzen die väterliche Gewalt begreife, könnte für die im Wittwenstande lebende Mutter nicht als wieder eingeführt betrachtet werden. — Indem nun diese Bestimmung das bestehende Gewohnheitsrecht partiell unterbricht, kann sie doch nach den entwickelten geschichtlichen Grundlagen noch nicht in das Particularrecht aufgenommen werden, weil wir ihre Gesetzeskraft vermissen. Sind die Rechte der Wittwe eine Beschränkung der Vormundschaft, so ist auch die Einleitung der Vormundschaft eine Beschränkung der Rechte der Mutter, und diese sind durch das Gesetz wieder vollständig ins Leben getreten, und durch dasselbe nicht beschränkt worden. Vormundschaft und vormundschaftliche Aufsicht hat es stets gegeben, und sie würden im Fürstenthum Paderborn, während des Wittwenstandes der Mutter, nicht unterblieben seyn, wenn dies Herkommen nicht auf natürlichem und nothwendigem Wege aus dem Institut der Gütergemeinschaft entstanden, und mit demselben in wesentlicher Verbindung geblieben wäre. Ueberdies können wir uns die Aufsicht des Vormundes, da dieser nach dem Vermögen gar nicht zu fragen hat, wirklich von keinen Folgen denken, und für sein eventuelles Auftreten möchte wohl die specielle Curatel im vorkommenden Falle nützlicher und angemessener seyn.

§. 40. Das Recht der Kinder am Gesamtgut während der fortgesetzten Gütergemeinschaft berührt nicht die Substanz desselben; sie können daher über keinen Theil desselben disponiren, durch ihre eigenen Schulden das Vermögen nicht verpflichten. Wohl aber gebührt ihnen, so lange sie sich vom Haushalte des Ueberlebenden nicht trennen, die Mitbenutzung, und daher müssen, wenn sie minderjährig sind, die Kosten ihrer Unterhaltung und Erziehung aus dem Gesamtvermögen nach dessen Verhältnis bestritten werden.

§. 41. Aller Nutzen und Schaden, der durch zufäl-

lige Ereignisse erwächst, gebührt dem Gesamtvermögen Alles was der Ueberlebende und die Kinder durch Fleiß, Thätigkeit und Ersparung gemeinschaftlich gewinnen, wächst ihm zu, und es trägt auch allen bewirkten Nachtheil und alle contrahirte Schulden. Trennen sich die Kinder vom Ueberlebenden und dem gemeinsamen Haushalt, so bleibt das Verhältniß auch unter der alleinigen Thätigkeit des Ueberlebenden dasselbe.

Die Belege 5. und 6. bekunden, daß auch im Fall Kinder vorhanden waren, der Ueberlebende als Erbe und Eigenthümer galt, und es widerstreitet dem geradezu, wenn wir in späteren Erkenntnissen und Gutachten lesen: es ist gewiß, daß die Kinder in der prorogirten Gütergemeinschaft mit dem Ueberlebenden pro indiviso condomini des Ganzen sind (wobei doch stets, wenn es die Mutter war, in den Preuß. Hypothekenbüchern der Besitztitel des Grundvermögens auf ihren Namen allein übertragen wurde). Dennoch sind den Kindern gewisse Rechte, welche denen allerdings analog erscheinen, welche die Frau während der Ehe hat, nicht abzusprechen. So haben sie die Befugniß, im Gesamtgut (in der Were) des Ueberlebenden sitzen zu bleiben, und davon mit zu subsistiren. Wir müssen uns aber hüten, an ideelle Theile, an Erbquoten der Kinder, zu denken, wo das Particularrecht solche nicht angenommen hat. Es giebt sonst inconsequente Folgerungen, wie z. B. die Lippesthe Landes-Ordnung §. 18. den Gläubigern das Recht einräumt, zu verlangen, daß die Kinder ihnen zur Sicherheit ihrer Schuld, eine Hypothek auf ihr am Gemeingut künftig habendes Recht, der dem überlebenden Ehegatten darüber zustehenden Disposition unbeschadet, constituiren. Also ein Realrecht, das Keins ist, oder doch jeden Augenblick in Nichts zerfließen kann. Auch widerspricht dies dem vom Gesetz selbst aufgestellten Grundbegriffe geradezu.

Daß Gewinn und Verlust dem Gesamtgute zuwächst, darüber ist die Praxis stets einig gewesen. In Sachen Mantel und Holschen uxor. nom. gegen Cur. Cred. des Rentmeisters Wichmann (1780) bezeugt die Fürstliche Regierung: Gewinn und Verlust ist pendente viduitate gleich, wie hiernach immer ist entschieden worden.

§. 42. Sind die Kinder großjährig, und wollen einen gesonderten Haushalt anfangen, ein Gewerbe beginnen oder sich verheirathen, so haben sie das Recht, vom Ueber-
Prov.-Recht v. Paderb. u. Corv. I. 3

lebenden, nach Standesverhältniß, und nach den Kräften des Gesamtgutes, eine Aussteuer oder Bestattung und Beihülfe zu fordern.

§. 43. Was sie nach dieser Trennung durch Thätigkeit, Glück und Fleiß gewinnen, fällt nicht dem Gesamtgut zu, sondern gehört ihnen eigen. Was sie aber zur Ausstattung erhalten haben, müssen sie bei jeder künftigen Theilung mit den Mitberechtigten sich anrechnen lassen.

Senes Recht wollen Manche den Kindern absprechen; es folgt aber aus der Natur des Verhältnisses und der geschichtlichen Entwicklung. Nicht bloß aus allgemeiner Aelternpflicht, sondern um des Gesamtgutes willen, war der Ueberlebende verbunden, die Kinder zu ihrem bürgerlichen Fortkommen auszustatten. Nur dürfen wir es nicht mit Erbquoten verwechseln. — Alle Particularrechte Westphalens sind hierin gleich, und die Praxis des unsrigen ist darüber außer Zweifel; namentlich ist die Verpflichtung des Ueberlebenden in der Rechtsache Göbel gegen Natorp (1750) ausgesprochen.

Nach älterem Recht war die Ausstattung gewöhnlich auch Sonderung (Ausberathung), und es tritt für diese in der Regel die Vermuthung, bis jüngere Statuten meist das Gegentheil festsetzten.

§. 44. Was auch während der gemeinsamen Benutzung des Gesamtgutes oder während der fortgesetzten Gütergemeinschaft überhaupt den Kindern oder Einem von ihnen durch Erbrecht, Vermächtniß, Geschenk oder Glücksfall besonders zufällt und übertragen wird, wächst nicht dem Gemeingut zu, sondern bleibt besonderes Vermögen. Es gebührt aber dem Ueberlebenden die Nutznießung bis zur Sonderung oder Großjährigkeit.

§. 45. Was dagegen dem Ueberlebenden auf gleiche Weise und in der nämlichen Zeit zufällt, wird Bestandtheil des Gesamtgutes.

In älteren Statuten, z. B. dem Lüneburgischen, wird bestimmt, daß, wenn den Kindern etwas von Seiten des Verstorbenen vor der Schichtung zufällt, es dem Ueberlebenden mit anfalle. Wir konnten in der geschichtlichen Entwicklung dies nur aus dem strengen Begriff der Vere herleiten, wornach das, was den in der Vere sitzenden Kindern anfiel, nothwendig mit in die Vere, folglich in das Gemeingut fallen mußte. Jüngere Statuten, z. B.

das Mindensche (bei Crusius S. 239), bestimmen im Allgemeinen, daß den Aeltern von dem, was den Kindern anfällt, nur die Nutznießung und kein Eigenthum zustehet. Dennoch erhielt sich hier und da das Wohnheitsrecht, daß das, was in Rücksicht der Person des Verstorbenen, vermöge der gesetzlichen Erbfolge, den Kindern anfallt, in die fortgesetzte Gütergemeinschaft komme, nicht aber was sie sonst erwerben, oder ihnen besonders vermacht und geschenkt werde. (Mindenscher Entwurf des Provinzial-Rechts und Lippesche Landes-Ordnung §. 19.) Hier ist also nicht, wie Hasse meint, eine falsche Doctrin zum Grunde gelegt, sondern man fand etwas Bestehendes vor, rechtfertigte es aber nur mit falschen Lehrensätzen. So drückt namentlich das Lippesche Gesetz die übertriebene Idee einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, eines Einrückens in die Stelle des Verstorbenen, deutlich aus, und meint, daß alles, was, wenn der Verstorbene noch lebte, gemein geworden wäre, auch jetzt gemein werden müsse. So mußte man also eine strenge Scheidelinie ziehen, die nur zu Anomalien führte. Die Theorie ist darüber zu keinem Resultat gekommen. Scherer sagt: da seht Ihr, welch' ein großer Unterschied zwischen dem Recht des Verstorbenen, und dem der Kinder ist. Klöntrup beweist damit, daß es gar keine fortgesetzte Gütergemeinschaft gebe. Mittermaier trennt das beiderseits anfallende Vermögen vom Sammtgut, da doch Seitens des Ueberlebenden, bei seinen Rechten am Ganzen, und bei seiner Stellung zu den Kindern vor der Schichtung, ein solches Separatvermögen keine Bedeutung haben kann. Eichhorn (P. R. §. 307.) hat den richtigen Lehrsatz gegeben, daß das, was der Ueberlebende erwirbt, zum Sammtgut gehöre, nicht aber das den Kindern anfallende oder von ihnen erworbene Vermögen. Dies ist der Natur des Verhältnisses am angemessensten, und erklärt sich leicht als richtiges Princip, wenn wir, auch mit dem beibehaltenen Ausdruck: fortgesetzte Gütergemeinschaft, uns die größere Gewalt des Ueberlebenden und die richtige Stellung der Kinder zum Sammtgut denken, deren Verbindung mit dem Ueberlebenden ganz andere Bedingungen und Voraussetzungen zum Grunde liegen, als zwischen den beiden Ehegatten statt hatten, indem hier die wechselseitige Beerbung immer eintrat, die Kinder aber mit Hülfe des Sammtguts auch in ein eheliches und bürgerliches Verhältniß treten wollen, das sich mit jenem Begriff einer fortzusetzenden Gütergemeinschaft nicht vertragen würde.

Unser Particularrecht stimmt nun mit jenem richtigen Princip überein, wie die von der Fürstl. Regierung im Jahr 1780 entschiedene Rechtsache Rentmeister Mantel und Amtmann Hoischen uxorio nom. gegen Cur. Credit. des abgelebten Rentmeister

Wichmann bekundet. Die Wichmannschen Kinder forderten nämlich die großmütterliche Erbschaft aus der Masse, und das Officialat-Gericht erkannte ihnen nur die Hälfte, die andere Hälfte aber den Creditoren zu. In der Appellations-Instanz untersuchte nun die Regierung die Frage: ob bei der Gütergemeinschaft, wenn Vater oder Mutter stirbt, die den Kindern anfallende Erbschaft mit in die Communion falle. In der Relation heißt es, die Frage sey bedenklich, und werde von einigen Doctoribus bejahet, von andern verneint. Es hätten aber die Kinder an der Gütergemeinschaft, welche inter parentes vorwalte, kein Interesse, und wenn ihnen daher Vermächtnisse, Erbschaften, Schenkungen und Pathengeschenke zufielen, und die Aeltern noch lebten, so hätten diese daran keinen Theil. Was nun dem Ueberlebenden zufalle, gehöre zwar zum Nutzen der Kinder in die prorogirte Gütergemeinschaft; dies sey aber nicht umgekehrt der Fall, da die nur in des Verstorbenen Stelle kämen, und gegen ihren Willen continui- ren müßten, auch der Superstes Nutznießung und Administration der ganzen Masse habe. Dieser Meinung seyen bewährte Rechtslehrer, und ließen sich die Ansichten auch auf die Paderbornsche Gütergemeinschaft, da *lex scripta* fehle, anwenden. Und so sey auch vor einigen Jahren in Sachen Bagedes gegen Bagedes in *contradictorio* entschieden worden. Die Regierung erkannte darauf reformatorisch, daß die großmütterliche Erbschaft nicht an den verstorbenen Rentmeister Wichmann, sondern an seiner verstorbenen Ehefrau Kinder gefallen sey, mithin auch den Creditoren des Wichmann kein Anspruch darauf zustehet. — Von einem eingewandten Rechtsmittel oder sonst entgegenstehenden Präjudicien confirt nichts. Dagegen heißt es in den Entscheidungsgründen in Sachen Schöneberg, Schütte zu Bühne, gegen Heinrich Wandt daselbst vom Jahre 1796: „der Satz aber, daß in prorog. cum liberis communiōe, hereditates liberis obvenientes non Parenti superstiti, sed solis liberis obveniant, ist daher in variis causis, in specie in c. Mantel c. Wichmann als nach der allg. Gütergemeinschaft, die dahier vorwaltet, den Rechten ganz angemessen befunden, und darauf erkannt, *ex rationibus et autoribus ibidem fusius deductis et allegatis*.“

§. 46. Die Ausstattung eines Kindes kann auch zur vertragsmäßigen Absonderung werden, wodurch das abge- sonderte Kind dann vom Sammtvermögen völlig abge- funden wird, und die fortgesetzte Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden, und den noch nicht gesonderten Kindern fort dauert.

§. 47. Der Ueberlebende hat die Befugniß, über das Gesamtgut unter seinen Kindern zu disponiren, und es ihnen abzutreten; da ein solcher Act aber die künftige Schichtung in sich schließt, so müssen die Rechte der Kinder an der Hälfte des Gesamtgutes ungeschmälert bleiben. Die andere Hälfte kann nach Willkür und Gutdünken unter den Kindern vertheilt werden.

Dies widerspricht nicht den generellen Dispositionsbefugnissen des Ueberlebenden. Denn diesen liegt die Voraussetzung zum Grunde, daß er als Herr des Gesamtgutes handelt; durch die Abtretung desselben löst er aber das Band der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Die Rechte der Kinder müssen also erwachen. Der Beleg 20. zeigt den natürlichen Gang. Der Ueberlebende, der nicht wieder heirathen will, und altersschwach wird, der dem Seinigen nicht mehr vorstehen mag, und das Vermögen nicht allen Kindern zu gleichen Theilen hingeben will, giebt ihnen die Hälfte, und die andere Hälfte überläßt er dem, zu dem er das meiste Vertrauen hat, daß es ihn in seinem Alter verpflegen und unterstützen werde. Der Beleg 21. zeigt dagegen, wie juristische Ansichten schon auf das natürliche Gewohnheitsrecht eingewirkt haben. Die Idee der strengen Dispositionsbefugnisse des Ueberlebenden ließ eine Schutzwehr in der Legitima des Römischen Rechts suchen, da doch die rechte Mitte so nahe lag, nämlich die Annahme, daß mit Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Vermögen in zwei Hälften zerfallen müsse. Es ist kein Fall bekannt, wo die Römischen Gesetze über die Legitima wären zur Anwendung gebracht worden. Dagegen hat es nicht an Versuchen gefehlt, dem Ueberlebenden die Befugniß, unter den Kindern bei seinen Lebzeiten zu disponiren, ganz abzustreiten. In Sachen Mencke gegen Fincken war von einer von der Wittwe Mencken in ihrem Wittwenstande gemachten Disposition unter ihren Kindern die Frage, und die ehemalige Königl. Preussische Regierung hielt diese Disposition nicht für zu Recht bestehend. Der Regierungsrath Holtgreve sagt aber in einem schriftlichen Gutachten: Zuverlässig wäre das Erkenntniß reformirt worden, wenn die Revision verfolgt worden wäre. Die Sache wurde jedoch im Jahre 1805 verglichen. — In Sachen Schröder gegen Schröder kam eine älterliche Disposition vom Jahr 1771 zur Sprache, die der überlebende Vater im Jahr 1795 abgeändert hatte. Das Tribunal zu Hörter ließ die letzte Disposition bestehen, weil die erstere als eine Disposition von Todeswegen habe widerrufen werden können. Der Ap-

pellationshof zu Cassel entschied unterm 10. October 1810, daß die erste Verordnung, welche mit Zustimmung der Ehefrau zum Besten der Kinder gemacht sey, gelten solle, und nicht für eine Verordnung auf den Todesfall zu halten sey. Das Erkenntniß fügt hinzu, daß bei der im Fürstenthum Paderborn bestandenen Gütergemeinschaft dem gemeinschaftlichen Erblasser nach dem Ableben seiner Ehefrau nicht mehr frei gestanden habe, über seinen Nachlaß einseitig zu disponiren. Wir erkennen aber leicht, welche theoretische Ansicht hier dem Particularrecht untergeschoben wurde, und das in Sachen Lippe gegen Schonlau ergangene Erkenntniß des Ober-Landesgerichts vom 26. October 1818 sagt geradezu, daß jener Gerichtshof mit dem Gewohnheitsrecht dieser Provinz nicht hinlänglich bekannt gewesen sey. — Jenem Beispiel folgte das Tribunal zu Hörter in Sachen Schonlau wider Wittwe Hillebrand. Die Mutter hatte dem Einen ihrer Kinder das ganze Vermögen übergeben, und dem Andern eine Abfindung bestimmt. Das Erkenntniß vom 13. Juni 1812 spricht den Grundsatz aus, daß mit des Vaters Tode die Kinder in des Verstorbenen Stelle getreten seyen, der Wittwe also einseitig kein Dispositionsrecht zugestanden habe. Der Rechtsfall selbst wurde aber ganz verkehrt behandelt, und der Richter schloß folgendermaßen: Was dem Kläger gesetzlich vom Vermögen zukommt, läßt sich erst beurtheilen, wenn die Beklagte ohne zweite Heirath stirbt. Die Hingabe ihres Vermögens muß man als eine Uebertragung ihrer Verwaltungsverrechte ansehen, und da das Vermögen nicht versplittert wird, so ist Kläger hinsichtlich seiner Miteigenthumsansprüche nicht gefährdet; da aber die Ausmittelung der Erbmasse doch künftig schwierig wird, so können Sicherheitsmaßregeln ergriffen werden, und die Wittwe ist, ohngeachtet ihrer aus der comm. prorog. fließenden Rechte, da sie sich der Administration gleichsam unfähig erklärt, ein Inventar aufzulegen verbunden. — Durch solche Erkenntnisse konnte wohl das bestehende Gewohnheitsrecht nicht erschüttert werden, dessen nothwendige Existenz im vorliegenden Fall in den folgenden §§. noch mehr seine Bestätigung finden wird. Auch die neuere Praxis hat sich immer dafür ausgesprochen, namentlich in dem Erkenntniß des Land- und Stadtgerichts zu Paderborn in Sachen Cramer gegen Cramer vom 18. Januar 1817, so wie in dem, aus dem oben angeführten Proceß Schonlau gegen Wittwe Hillebrand nach dem Tode der letzteren entstandenen Rechtsstreit Lippe gegen Schonlau und in Sachen Nehrmann gegen Dohmann, wovon unten §. 49. noch weitere Rede seyn wird.

§. 48. Dem Ueberlebenden allein, und nicht den Kindern, steht das Recht zu, die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch freiwillige Schichtung aufzuheben. Er muß alsdann die Hälfte des Gesamtgutes den Kindern abtreten, und kann über die andere Hälfte nach seinem freien Gutdünken disponiren.

Theorie und Praxis sind hierüber meist im Einklang. Die Dispositions-Befugnisse des Ueberlebenden verhindern es eben so sehr, den Kindern dies Recht einzuräumen, als es Jenem keineswegs kann abgesprochen werden, da es gerade seinen Dispositions-Befugnissen conform, und der Natur des Verhältnisses angemessen erscheint. Ältere Statuten, z. B. das Mindensche (bei Crusius S. 234) räumen es daher ausdrücklich ein, und nach dem Paderbornschen Particularrecht ist es unzweifelhaft und folgt schon aus der Befugniß der dispos. inter liberos. — In Sachen H. Tacken zu Bleiwäsche, Appellanten, gegen Caspar Müller und Fr. Diez, Appellaten, wurde von der Regierung am 4. März 1795 erkannt, daß der Letzlebende den Kindern nicht mehr schuldig sey, als die Hälfte des Vermögens. Das Zeugniß des Landrichter Kinteln (Beleg Nr. 19.) stimmt hiermit überein, und außerdem hat derselbe noch in einem besondern Gutachten bekundet, daß der Ueberlebende die Hälfte frei habe, und davon keinen Pflichttheil zu hinterlassen brauche, indem die Halbschied der Pflichttheil sey. Das Gutachten bezieht sich auf Cramers Zeugniß (Wehlarische Nebenstunden Th. 56. Nr. 8.), und giebt dadurch einen Beweis, wie leicht man es mit den Autoritäten nimmt. Cramer glaubte der Autorität Paderbornscher Juristen, daß zu Paderborn Lübisches Recht gegolten habe, er macht also aus diesem und seinem Commentator Mevius Folgerungen für das Paderbornsche Recht, und sogleich wird er selbst wieder als Autorität für eine Ansicht gebraucht, die doch auf andern Grundlagen ruht. — Der Ausdruck Pflichttheil ist übrigens ganz unrichtig und störend, und hat auch oft zu wirklicher Anwendung Römischer Rechtsgrundsätze verleitet.

Eine falsche theoretische Ansicht hat zu der Meinung veranlaßt, daß eine freiwillige Schichtung von Seiten des Ueberlebenden unstatthaft sey, und es ist dieselbe mit Bezug auf die Paderbornsche Gütergemeinschaft in einer besondern Druckschrift ausgeführt und vertheidigt worden*). Die Ehe bildet hiernach eine ge-

*) Versuch einer Erörterung der Frage: Kann der letztlebende Ehegatte aus der mit seinen Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft willkürlich austreten? von F. W. Cosmann, Lemgo, 1792.

sehlische Gesellschaft, aus der man nicht nach Willkür austreten kann. Die Gütergemeinschaft ist bloß Wirkung jener ehelichen Verbindung, folglich unzertrennlich, wie sie selbst. Ein Gleiches muß bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft der Fall seyn, und sie kann nur mit Beistimmung der Geseze (bei zweiter Heirath) aufgehoben werden. Dem Sage: *quilibet potest renunciare favori pro se introducto*, wird entgegengestellt, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht allein zum Vortheil des Ueberlebenden, sondern vielleicht zum noch größeren Vortheil der Kinder eingeführt sey. — Solche Mißverständnisse entstehen, wenn man den vaterländischen Instituten allerlei Fremdartiges unterschiebt. Es sind zwar Mehrere dieser Ansicht gefolgt, auch mit Modificationen; so sagt z. B. ein alter erfahrener Paderbornscher Jurist in einem weitläufigen Voto: Die Gütergemeinschaft ist *necessaria*, sowohl für die Ehegatten, als mit den Kindern. Ohne wechselseitige Einwilligung konnte weder die *primaria* noch die *prorogata* aufgerufen werden. — Diese verschiedenen Ansichten haben sich jedoch in *praxi* keine Anerkennung verschaffen können.

§. 49. Der überlebende Ehegatte kann auch ohne Schichtung über die Hälfte des Gesamtgutes als Quote durch ein Testament nach freier Willkür disponiren.

Das alte Recht kannte keine Testamente bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Sie konnten erst entstehen, als man sich intellektuelle Theile dachte, welche daher auch manche Theoretiker (Mittermaier) als Regel ansehen, während Andere (Haffe) behaupten, daß es nothwendig aus dem Begriff der deutschen Gütergemeinschaft folge, daß die Rechte und Verbindlichkeiten unter den Individuen so wenig ideell als reell getheilt seyen, folglich Keiner letztwillig disponiren könne. Der Grundsatz widerspricht auch wirklich dem System völlig, und hat sich nur allmählig aus der freiwilligen Sonderung und Schichtung, so wie aus Römischen Rechtsbegriffen entwickelt. Aber es ist nicht zu leugnen, daß er als bestehendes Gewohnheitsrecht allmählig seine Grundlagen gesichert hat, und nunmehr als solches muß angesehen werden. — Daß der Ueberlebende letztwillig disponiren könne, darüber ist fast Alles einig; nur über das Wie hat die Praxis geschwankt, wie die Belege 19. und 21. darthun. Auch der erfahrene Regierungsrath Bachmann hat in Uebereinstimmung mit dem letzteren schon viel früher in einem ausführlichen Voto sich dahin ausgesprochen: „Wenn der Ueberlebende nicht wieder heirathete, so disponirte er sogar durch letztwillige Verordnungen über das Vermögen, nach Römischen Testamentgesetzen. Er enterbte, setzte den Motherben

eine legitima, favorisirte durch Legate, und taxirte die Stücke, wie sie die Kinder annehmen sollten." — Mag aber immerhin hier und da also verfahren worden seyn, so ist doch der Mißgriff zu groß, um ihn für Gewohnheitsrecht aufzunehmen. Die Idee, daß der Ueberlebende freie Disposition hat, und Eigenthümer wird, ist zwar eine alte und richtige Vorstellung des obwaltenden Verhältnisses; aber wenn auf solche Weise das Römische Recht eingemischt wird, so bleibt für die fortgesetzte Gütergemeinschaft gar nichts Bezeichnendes mehr übrig. Die Mehrzahl der Praktiker hat sich daher dahin entschieden, daß der Ueberlebende über die Hälfte disponiren könne. Hiermit stimmt die Analogie anderer Particularrechte, z. B. des Mindenschen, und die Natur der Sache überein. Denn will der Ueberlebende letztwillig disponiren, so greift er geradezu in das Erbrecht der Kinder, als wesentlichen Bestandtheil der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Ein Testament ist also nicht möglich, ohne Auflösung derselben, folglich Theilung und ideelle Quoten zu supponiren, und so hat man die Hälfte, die den Kindern in salvo bleibt, die legitima genannt. Daß diese Dispositionsbefugniß sich bloß aus dem Recht der freiwilligen Schichtung (§. 48.) entwickelt hat, zeigt noch deutlich die Lippe'sche Landesordnung §. 20., die die letztwilligen Dispositionen dem Längstlebenden verbietet, dagegen ihm frei stellt, mit den Kindern zu schichten, und dann über die Hälfte nach Gutdünken zu disponiren. Auch das erste Gutachten (Beleg 19.) zeigt diese Entstehung, indem sich dasselbe auf die Sache Müller gegen Lacke und Bleiwäsch bezieht, worin gerade von Schichtung und freier Disposition über die Hälfte die Rede ist. — Daß von der Hälfte noch einmal die legitima nach Römischer Berechnung vermacht werden müsse, ist wieder eine Verwirrung der Juristen, die sich hier und da Eingang verschafft hat, so wie man auch den abgetheilten Kindern das Recht zusprach, mit den Kindern zweiter Ehe noch einmal mitzuerben. (Cleve und Mark.)

Die Frage nun, was im Fürstenthum Paderborn als bestehendes Particularrecht anzunehmen sey, hat in zwei Rechtsachen neuerlich eine entscheidende Untersuchung gefunden, und es läuft dabei der Fall gleichen Schrittes mit, wo der Ueberlebende über das Vermögen unter seinen Kindern beim Leben disponirt: (§. 47.)

1) Aus dem oben (§. 47.) angeführten Proceß Schonlau gegen Wittwe Hillebrand, entspann sich nach dem Tode der Wittwe im Jahr 1813 ein neuer Rechtsstreit, indem Kläger nunmehr seinen Schwager, den Lippe, der sich vermöge der Disposition der Schwiegermutter im Besiz des gesammten Vermögens befand, belangte, und behauptete, daß er durch die seiner Frau gegebene

Aussteuer nicht abgefunden sey, daß auch die Schwiegermutter während der c. b. prorogata das Vermögen durch eine einseitige Disposition gar nicht habe übertragen können, und daß somit die gesetzliche Theilung eintreten müsse. Die Tribunale zu Hörter und Bielefeld waren beide der Ansicht, daß ein solches Dispositionsrecht mit dem Begriff des pro indiviso fortgesetzten condominii nicht verträglich sey; das letztere ließ aber in der Appellations-Instanz den Beweis nach,

daß nach Observanz oder Statut der Lebende ohne vorherige gesetz- oder observanzmäßige Vermögenstheilung oder Schichtung über die Hälfte des unter der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestandenen Vermögens, mit oder ohne Hinterlassung des Pflichttheils, unter Lebenden, oder auf den Todesfall verfügen könne. Die Sache erwuchs so wieder in erster Instanz an das Königl. Land- und Stadtgericht zu Brafel, welches in dem Erkenntniß vom 9. Septbr. 1817 den Beweis keineswegs für erbracht annahm, und dahin entschied, daß der Ueberlebende jene Befugniß nicht habe. Es führte für seine Behauptung neuere Erkenntnisse an, z. B. in Sachen Höke gegen Reinitze von 1803, worin der Grundsatz ausgesprochen wurde, daß wegen des condominii pro indiviso kein Theil etwas ausschließlich sein nennen, und daher keine einseitige Verfügung treffen könne; es bezog sich zugleich auf die Grundsätze des gemeinen deutschen Rechts, und verhehlte somit nicht, daß mehr die theoretischen Ansichten, als die strenge Untersuchung des bestehenden Gewohnheitsrechts die Entscheidung hervorgebracht hatte. Die Sache erwuchs in der Appellations-Instanz an das Königl. Oberlandesgericht zu Paderborn, und das Beweisverfahren über die in Frage stehende Observanz wurde fortgesetzt. Der Gerichtshof hielt am Schluß des Verfahrens den Beweis für vollständig erbracht, und fällte hiernach das definitive Erkenntniß. Ohne in die theoretischen Gründe und in die erörterte Verträglichkeit der Observanz mit dem condominio pro indiviso einzugehen, bemerken wir nur daraus Folgendes: a) es wird gezeigt, daß die für die gegentheilige Ansicht beigebrachten Erkenntnisse theils von einem ganz andern Falle reden, theils nur allgemeine Rechtsansichten ausdrücken; b) es werden Zeugnisse für den Gerichtsgebrauch angeführt, mit dem Bemerkten, daß es notorisch sey, daß Testamente und andere Dispositionen der zuletzt lebenden Ehegatten sehr häufig vorgekommen seyen; c) es werden die gerichtlichen eidlichen Zeugnisse von Rinteln, Schröder und Ludowici (Belege 19. 20. 21.) erwogen, und für die Observanz sprechend anerkannt, mit dem Bemerkten, daß auch der Burgemeister Bloch und Notar Weller ein Gleiches bekundet hätten; daß

derselbe Grundsatz in Sachen Cramer gegen Cramer sey ausgesprochen, und daß Güterverschreibungen wären beigebracht worden, wodurch die Befugniß des Ueberlebenden, über das vorhandene Vermögen zu disponiren, als entschieden angenommen sey. — Das Erkenntniß vom 26. October 1819 ging nun dahin, daß Beklagter mit seiner Klage angebrachtermaßen abzuweisen sey; mit dem Bemerkten, daß bisher nur darüber gestritten worden, ob der Wittwe überhaupt ein Recht zu disponiren zugestanden habe. Das Gericht fühlte sich hierzu wahrscheinlich durch den Widerspruch der Zeugnisse (Belege 19. und 21.) bewogen, hätte aber eigentlich denselben lösen, und darüber erkennen sollen, ob die Disposition der Wittwe überhaupt, oder in wie weit für gültig zu erachten sey, und ob über die Hälfte, oder über das Ganze dem Ueberlebenden ein Dispositionsrecht zustehe. — Unterm 17. Oct. 1820 hat der Landrichter Rinteln noch über die in Frage befindliche Observanz ein rechtliches Gutachten ertheilt, und darin gesagt: „Es ist durch Observanz angenommen, daß der Antheil, den die Geseze oder Gewohnheiten, wenn die e. prorogata durch anderweite Heirath oder freiwillige Theilung aufgehoben wird, den Kindern bestimmen, für den Pflichtheil zu halten ist, welcher den Kindern unbeschränkt hinterlassen werden muß. Im Paderbornschen ist dieser Pflichtheil die Hälfte des sämmtlichen Vermögens.“

2) In der Rechtsache Ludwig Rehmann zu Borgholz gegen J. H. Dohmann und dessen Ehefrau Elisabeth geb. Dohmann, sprachen das Königl. Land- und Stadtgericht zu Beverungen und das Oberlandesgericht zu Paderborn (18. Januar 1822) sich übereinstimmend dahin aus: daß bisher im Paderbornschen der überlebende Ehegatte, gleichviel ob Vater oder Mutter, das gemeinschaftliche Vermögen unter den Kindern getheilt habe, und daß solche Dispositionen unter der üblichen Benennung von Verschreibungen als rechtsverbindlich seyen betrachtet und befolgt worden, selbst wenn die dadurch bestimmten Theile nicht ganz gleich gewesen, oder wenn dadurch Einem Kinde die gesammten Grundstücke, und den andern eine Summe Geldes unter der Benennung Braut- schatz, Kindesheil, Absindung, zugetheilt worden wäre. Die Wittwe Rehmann sey daher zu der in Frage befindlichen Verschreibung, nach den Grundsätzen der in der Provinz Paderborn geltenden Gütergemeinschaft, befugt gewesen, unter der einzigen üblichen Beschränkung, daß die abzufindenden Kinder nicht im Pflichtheil verletzt würden, welches im vorliegenden Falle nicht behauptet worden sey. Hiernach wurde die in Mitte liegende Disposition der Mutter, nach geführtem Beweis über ihre formelle Richtigkeit, als gültig und zu Recht bestehend erkannt. Im Allgemeinen steht

also auch hier der Satz fest: der Ueberlebende kann, sowohl unter Lebenden als auf den Todesfall, zwischen seinen Kindern theilen und disponiren; es bleibt nur unentschieden, was unter Pflichttheil zu verstehen sey. Daß dies nicht die Römische legitima seyn kann, ist im Obigen bewiesen, denn jeder Disposition über das Gesamtgut liegt eine Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zum Grunde, und mit dieser Aufhebung gebührt den Kindern ipso jure die Hälfte, die also durch die Disposition des Ueberlebenden nicht geschmälert werden darf. — Das Geheime Ober-Tribunal zu Berlin hat zwar durch Sentenz vom 15. Februar 1824 das Erkenntniß des Oberlandesgerichts aufgehoben, aber aus Gründen, die gar nicht im Bereich unsers Particularrechts liegen. Es heißt in den Entscheidungsgründen: daß nach allgemeinem Recht Keiner der überlebenden Ehegatten, der mit seinen Kindern in comm. prorogata lebe, inter vivos noch mortis causa über die ihm nicht zugehörige Hälfte der gemeinschaftlichen Masse verfügen könne, da diese Hälfte nach dem Tode des Einen Ehegatten den Kindern gehöre; daß es nicht richtig sey, daß die im Paderbornschen statt findende Gütergemeinschaft von diesen Grundsätzen abweiche, und eine dergleichen Disposition gestatte, und daß die Abweichung, welche behauptet werde, auf keine Weise erwiesen sey. — Es ist eine übereilte Behauptung, daß das Particularrecht unrecht habe, da ihm gesetzlich die Kraft eines positiven Rechts zugesprochen worden ist, und eine fortgesetzte Gütergemeinschaft, wobei das Gesamtgut in zwei Hälften zerfällt, und doch eine gemeinschaftliche Masse bleibt, dem Begriff dieses Provinzialrechts fremd ist. Die Entscheidung ging nun sogar wirklich ultra petitum. Der Kläger hatte Kindestheil des am Todestage der Mutter (1805) vorhanden gewesenen Vermögens gefordert, welches, abgesehen von einer Disposition, ganz unbestritten der richtige terminus a quo war. Das Gericht erkannte ihm aber den Kindestheil des väterlichen Vermögens vom Todestage des Vaters (1783) zu, und bestimmte vom mütterlichen Vermögen die Herausgabe und resp. Ergänzung des Pflichttheils; es nahm also reell zwei Hälften als Erbquoten an, womit sich keine fortgesetzte Gütergemeinschaft nach deutschen Rechten verträgt.

§. 50. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft kann gegen den Willen des überlebenden Ehegatten aufgelöst, und das Gesamtgut zum Besten der Kinder getheilt werden, wenn der Ueberlebende wegen verschwenderischer Lebensart und Unfähigkeit, dem Vermögen vorzustehen, unter obrigkeitliche Aufsicht muß gestellt werden.

Das im Beleg Nr. 13. enthaltene Attest giebt den vollständigen Beweis. Die Praxis ist bis heute damit einverstanden. Das Verhältniß stellt sich jedoch einigermaßen anders, als zwischen den Ehegatten (§. 25. und 26.). Die Disposition über das Gesamtgut kann nämlich nicht an die Kinder fallen, vielmehr muß die fortgesetzte Gütergemeinschaft dann endigen, weil sie nur in der väterlichen Gewalt des Ueberlebenden ihren Grund hat, folglich unter einer Curatel, die bei Minderjährigkeit der Kinder eine gedoppelte seyn würde, nicht fort dauern kann. — In der Relation in Sachen Mantel und Hoischen gegen Cur. Cred. Wichmann (1780) heißt es: „Wenn der superstes die den Kindern angefallene Halbschied zu verschwenden anfängt, kann von den Kindern auf Theilung und Rechnungslegung angetragen werden.“ Dies heißt, der Ueberlebende ist auch für den Schaden verantwortlich, den er durch seine bössliche Verwaltung schon dem Gesamtgut zugesügt hat. Uebrigens dachte der Referent, wenn er von der den Kindern zugefallenen Hälfte redet, an ideelle Theile, die jedoch unser Particularrecht nicht kennt.

§. 51. Durch den Tod des überlebenden Ehegatten wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft von selbst beendet, und das Gesamtgut fällt vermöge derselben an die vorhandenen Kinder oder Kindeskinde, in so fern dieselben nicht vertragsmäßig von demselben sind abgesondert und abgefunden worden, oder keine gültige Disposition in der Mitte liegt.

Daß, wenn sämtliche Kinder vor der Schichtung gestorben sind, der Ueberlebende das ganze Vermögen behält, folgt aus der Natur unsers particularrechtlichen Institutes ganz von selbst. Zwischen den Kindern hat kein der fortgesetzten Gütergemeinschaft analoges Verhältniß ferner statt; vielmehr wurde immer das Vermögen zu gleichen Theilen von den Kindern getheilt. Dies und die alte, jetzt nicht mehr praktische Form der Theilung, belegt das Attest Nr. 4.

Titel V. Zweite Ehe und Schichtung.

§. 52. Wenn der überlebende Ehegatte, welcher mit seinen Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft gelebt hat, zur anderweiten Ehe schreitet, so wird dadurch das bestandene Verhältniß kraft des Gesetzes aufgelöst und beendet.