



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Universitätsbibliothek Paderborn

Die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey in Westphalen

nebst ihrer rechtsgeschichtlichen Entwicklung und Begründung

Wigand, Paul

Leipzig, 1832

Erstes Buch. Von der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft.

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

Erster Abschnitt.

Provinzialrechtliche Institute.

Erstes Buch.

Von der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft.

Titel I. Entstehung, Fundamente und Umfang.

§. 1. Die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft findet im ganzen Fürstenthum Paderborn statt, und es gelten für sie alle die Provinzialgesetze und Gewohnheitsrechte, welche vor Auflösung der Verfassung des Fürstenthums und vor Einführung der fremden Gesetzgebung in Kraft waren.

(Ges. v. 8. Januar 1816. Gesefz. vom J. 1816. S. 97.)

§. 2. Diese Gütergemeinschaft bildet ein in allen Folgen und Wirkungen zusammenhängendes Institut, und es können die auf dasselbe Bezug habenden Rechte nicht getrennt werden. Eben deshalb bleiben auch alle diejenigen Vorschriften des allgemeinen Gesetzbuchs außer Wirkung, welche solche Verhältnisse bestimmen, die, vermöge des Particularrechts, als unmittelbare Folgen der ehelichen Gütergemeinschaft zu betrachten sind.

§. 3. Dagegen behalten solche ihre Kraft, welche das Wesen des Instituts selbst nicht berühren, vielmehr nur

als allgemeine Gesetze demselben überall und bei allen besondern Modificationen als Grundlage dienen können, und welche mit dem particularrechtlichen Institut in keiner wesentlichen und unmittelbaren Verbindung stehen.

§. 4. Hiermit treten die nachstehenden provincialrechtlichen Bestimmungen an die Stelle folgender gesetzlicher Vorschriften des Allgem. Landrechts: Theil II. Tit. 1. Abschn. 6. §. 346. 360 u. 361. 363—368. incl. 370—395. incl. 412. 413. 414. 418. 420. 421. 427. 428. Abschn. 7. §. 634. 635. 637—661. incl. Tit. 2. Abschn. 5. §. 366. 367—377. incl. Tit. 18. Abschn. 7. §. 410—416. incl. Abschn. 8. §. 781.

1. Es ist hier nicht der Ort, die Lehre des Allgem. Landrechts von der ehelichen Gütergemeinschaft kritisch zu untersuchen. Nicht unbemerkt darf es aber bleiben, daß, wenn es bei einem solchen Institut an einem strengen Rechtsbegriffe fehlt, an den sich alle einzelne Bestimmungen reihen, unvermeidlich Inconsequenzen entstehen müssen. Offenbar zerfällt hier beim Ableben des Einen Ehegatten das Vermögen nach seinen ideellen Theilen in zwei Hälften, wovon die Eine als Erbschaft und Nachlaß des Verstorbenen betrachtet wird. Der Vater bleibt im Besitz und Genuß des Vermögens der Kinder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, und der Mutter soll eben dies Recht zustehen, die Auseinandersetzung zu verschieben, wenn sie während ihrer Ehe in Gütergemeinschaft lebte. Der Gesetzgeber bedient sich aber des Ausdrucks: die Mutter könne auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft antragen; und die Interpretation hat nicht nur hier eine wirkliche prorogirte Gütergemeinschaft angenommen, sondern auch untergeschoben, daß sich beim Vater dies von selbst verstehe (II. 18. §. 410. u. f.), wiewohl es durchaus an allen Kennzeichen und Wirkungen einer fortgesetzten Gütergemeinschaft fehlt, und der Gesetzgeber nur einen technischen Ausdruck des speciellen Verhältnisses für etwas Generelles wählte. Bleibt nicht auch (nach §. 653. Tit. 1. Th. II.) der Ueberlebende mit den Erben des Verstorbenen bis zur Auseinandersetzung in einem Miteigenthum, und muß er nicht nach §. 657. den Miterben Rechnung legen, eben so wie die Mutter es den Vormündern thun muß? Sehr richtig entwickelte unterm 25. August 1804 das Puppillen-Collegium zu Münster die wohlbegründeten Bedenken, und suchte die Zweifel durch eine durchaus angemessene Interpretation zu heben; es erfolgte aber ein Gut-

achten der Gesetz-Commission vom 17. April 1805, welches, an das Wort sich haltend, den Irrthum befestigte, und seine Bestimmungen so verwirrend stellte, daß es nicht möglich blieb, ihm in den Provinzen, wo Particularrecht galt, Kraft beizumessen. Beide Actenstücke sind gedruckt im neuen Archiv der Preuß. Gesetzg. IV. S. 8 u. f. (S. §. 39.)

Diejenigen §§. der verschiedenen Abschnitte des Landrechts, die von der Gütergemeinschaft handeln, und welche auch neben dem particularrechtlichen Institut in Kraft bleiben, sprechen dies durch ihre allgemeine Natur, die sie als generelle gesetzliche Grundlagen bezeichnen, und die nicht in das Wesen des Instituts eingreifen, hinlänglich aus. Es versteht sich aber von selbst, daß sie nur in so fern zur Anwendung kommen, als sie dem Particularrecht nicht derogiren. So gelten §. 422 u. f. Tit. 1. Th. II. nur so weit, als nicht von der Aufhebung einer gültig entstandenen Gütergemeinschaft die Rede ist. Der §. 369. hat analoge Anwendung beim Adel, wiewohl in der Provinz der Gerichtsstand an sich nicht von der Gütergemeinschaft befreit. — Die Vorschriften der Pupillen-Ordnung (II. Tit. 18. §. 782 u. f.) müssen unbezweifelt ihre Kraft behalten, da unter einer Vormundschaft die Gesetzgebung das Recht hat, auf jede Weise für das Wohl der Minorennen zu sorgen. Diese Vorschriften berühren nicht den Inhalt des Instituts, sondern enthalten nur Bedingungen, unter denen Minorennen in dies Rechtsverhältniß treten können, das ja auch nach Particularrecht vor Eingehung der Ehe durch Vertrag kann ausgeschlossen werden. Das Gegentheil hat für Münster mit Unrecht behauptet: Welter, die Münstersche eheliche Gütergemeinschaft u. Münster 1829. S. 37. — Die Entscheidung liegt ohnehin schon in dem Gutachten der Gesetz-Commission vom 22. October 1800 und Rescr. vom 3. Novbr. 1800. (N. U. Bd. I. S. 338), wonach jene Vorschriften auch da Anwendung finden sollen, wo die Gütergemeinschaft nach Lübischem Recht hergebracht ist. Nach einem Rescript vom 8. März 1802 wurde ein gleiches Gutachten vom 5. Februar desselben J. für die Anwendung jener Vorschriften in den Pommerschen Städten, welche mit Magdeburgischen Rechten beliehen sind, bestätigt. (N. U. III. S. 345)

Unsere Ansicht ist auch vom Professor Phillips (Lehre von der ehelichen Gütergem., Berlin, 1830, S. 100.) als die richtige anerkannt worden. Die gegentheilige hat Schlüter in dem Münsterschen Provinzialrecht (v. Strombeck'sche Samml. II. 1., §. 150.) aufgenommen. Diese stützt sich auf ein durch Ministerial-Rescript vom 25. Mai 1818 genehmigtes berichtliches Gutachten des Münsterschen Pupillen-Collegiums vom 8. Mai 1818, welches davon

ausging, daß, da die eheliche Gütergemeinschaft durch das Gesetz vom 8. Jan. 1816 so wieder eingeführt worden sey, wie sie vor der Gültigkeit des französischen Rechts bestanden habe, damals aber immer dieselbe bei Schließung der Ehe eingetreten sey, ohne Rücksicht auf Großjährigkeit oder Minderjährigkeit, dies auch fernerweit geschehen müsse. Hiesür spreche zugleich die Billigkeit, indem man bei diesem provinziellen Institut einmal daran gewöhnt sey, bei jedem Ehegatten die allgem. Gütergemeinschaft vorauszusetzen, und bei Eingehung von Geschäften nicht darnach zu fragen, welches Alter er erreicht habe, folglich durch Anwendung der Vorschriften des Allgem. Landrechts dem Handel und Wandel Hindernisse würden in den Weg gelegt werden. — Diese Gründe scheinen uns nicht haltbar, und wir tragen billig Bedenken, das, was der Minister für die Provinz Münster nachgegeben hat, auch auf andere Provinzen anzuwenden, so lange nicht ein Gesetz das gleichförmige Verfahren vorschreibt.

2. Läge in den Bestimmungen des Landrechts wirklich der Sinn, daß es als Subsidiarrecht für alle particularrechtliche Institute der Gütergemeinschaft Anwendung finden sollte, so wäre dies 1) ein Mißgriff, weil es selbst nur Eine specielle Modification des Instituts aufgefaßt hat; 2) es wäre auch unmöglich, weil sich kein allgemeines Gesetz geben ließ, ohne die particularen zu kennen, welches aber beim vorliegenden nicht der Fall war; 3) es steht auch einer richtigen Interpretation des §. 360. (II. 1.) nicht entgegen, der Anwendbarkeit der Vorschriften des Landrechts schon dann zu widersprechen, wenn das Statutarrecht in seinen Grundprincipien davon abweicht, weil alle übrigen nur consequente Folgen derselben sind, die das Particularrecht in sich selbst finden muß, und deren Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Gesetz nur etwas Zufälliges ist.

§. 5. Die Gütergemeinschaft ist gesetzliche Folge einer in der Provinz gültig geschlossenen Ehe, und nimmt mit deren Vollziehung ihren Anfang.

(Belege: 1. 6. 8. 28.)

§. 6. Sie ist aber jederzeit nur subsidiaire Norm für die Vermögensverhältnisse der Ehegatten, und tritt blos dann in Wirkung, wenn kein vor Vollziehung der Ehe ordnungsmäßig abgeschlossener Ehecontract in Mitte liegt.

(Belege: 16 u. 24.)

§. 7. Da jedoch für das gesetzliche und allgemeine Verhältniß die Vermuthung streitet, so ist eine öffent-

liche Bekanntmachung der von zwei Eheleuten durch ihren Vertrag ausgeschlossenen ehelichen Gütergemeinschaft nothwendig.

Die Form, unter der dies geschieht, muß sich nach dem Allgem. Landrecht richten, denn solche Formen ändern sich stets mit dem Wechsel der Gerichtsverfassungen, und ihre Zweckmäßigkeit richtet sich nach Zeit und Umständen. Nach dem alten Recht wurden die Ehecontracte feierlich in der Gerichtsversammlung oder vor Genossen und Freunden errichtet. Der Inhalt des Vertrags kam daher zur öffentlichen Kunde. Die jetzigen Gerichtsverfassungen machen andere Formen nöthig, und nach dem Zeugniß des Regierungsrath Holtgreve ist die Bekanntmachung ehemals immer auf die für zweckmäßig erachtete Weise geschehen.

§. 8. So wie die Gütergemeinschaft durch Vertrag vor vollzogener Ehe kann ausgeschlossen oder beschränkt werden, so treten doch die Ehegatten, wenn sie ihre Ehe ohne Contract schlossen, in ein durch freien Willen nicht wieder aufzulösendes Verhältniß. Die Gütergemeinschaft kann daher nun nicht ferner durch einen Vertrag ausgeschlossen und aufgehoben werden.

Kothe (diss. p. 6.) bezeugt, daß kein Beispiel vorgekommen sey, *quo communio cum matrimonio inchoata, durante hoc, mutuo conjugum consensu dirempta sit.* — Regierungsrath Holtgreve, in seiner handschriftlichen, auf langjährige Praxis gestützten Relation über die Paderbornsche Gütergemeinschaft, bezeugt ebenfalls: sie bestehe unzertrennlich, und könne nur mit der Ehe oder nie aufgehoben werden. Dies ist auch dem alten Begriff des Instituts am angemessensten, und kann aus den Belegen zugleich gefolgert werden, die nur von Ehecontracten reden.

§. 9. Alle Ehegatten, die im Fürstenthum ihren Wohnsitz haben, sind der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft unterworfen. Stand und Amt machen in der Regel keinen Unterschied.

§. 10. Unter den Juden findet eben so wie bei den Christen die Gemeinschaft der Güter zwischen den Eheleuten statt.

Gesetz vom 12. März 1721. Bel. Nr. 24. — Die allgemeine Fassung dieser Verordnung bestätigt zugleich den §. 9., dessen Bestimmung überdies in praxi anerkannt ist.

§. 11. Dagegen sind alle Ehegatten adlichen Standes, welche im Fürstenthum ihren Wohnsitz haben, von der gesetzlichen ehelichen Gütergemeinschaft ausgenommen.

Die Praktiker, namentlich Holtgreve in der angezogenen Relation, haben die Exemption auf den ritterbürtigen Adel beschränkt und behauptet, daß, sobald Einer von ritterbürtigem Adel eine Bürgerliche heirathe, und dadurch zu erkennen gebe, daß er den ritterbürtigen Stand in seiner Nachkommenschaft nicht fortsetzen wolle, das privilegium nobile locale verloren gehe. Bezug wird genommen auf Cramer's Nebenstunden, Thl. 104. S. 489; aber mit Unrecht, denn in dem dort erzählten Rechtsfall wird die Exemption dadurch für verloren erachtet, „daß die Voraltern den adlichen Stand nicht fortgesetzt, sondern den statum civicum amplectiret.“ Geschichtlich ist es unbestritten, daß beim niedern Adel durch die Ehe mit einer Bürgerlichen keine Standesrechte, nach deutschen Rechten, verloren gingen, und die Frau den Stand des Mannes annahm. Sehen wir aber auf das Allgem. Landrecht, als hier zur Anwendung kommendes gemeines Recht, so ist es klar, daß, in so fern die Ehe eines Adlichen mit einer Bürgerlichen unter den gesetzlichen Bedingungen gültig geschlossen ist, die Frau an den Standesrechten des Mannes Theil nimmt. (A. L. R. II. 1. §. 30. §. 193. Tit. 9. §. 81 u. f.) Für den aufgestellten Satz ist auch die Analogie der Lippeschen Landes-Ordnung von 1786. §. 2. und Beleg Nr. 16.

§. 12. In die Gütergemeinschaft fällt alles, dem einen oder andern Ehegatten eigenthümlich zugehörige und in die Ehe gebrachte Vermögen, bewegliches und unbewegliches, Rechte und Gerechtigkeiten.

§. 13. Auch Früchte und Nutzungen, und Alles, was durch das zusammengebrachte Vermögen erworben wird, so wie Alles, was während der Ehe beiden Gatten oder Einem von ihnen durch Glück, Fleiß oder Erbrecht zufällt, gehört in die Gütergemeinschaft, in so fern es nicht durch Vertrag oder gültige Willensdisposition ausgeschlossen wird.

§. 14. Hat ein Dritter Einem der Ehegatten ein Grundstück oder ausstehendes Capital unter der Bedingung zugewendet, daß es von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen seyn soll, so muß in Betreff des Erstern das

Nöthige im Hypothekenbuche vermerkt, in Betreff des Letzteren, wenn es der Ehefrau zugefallen ist, dem Schuldner des Capitals dies gerichtlich bekannt gemacht werden. Die Ausschließung der Gütergemeinschaft hat sonst in Betreff eines Dritten keine rechtlichen Folgen.

Die Natur des Paderbornschen Particularrechts erfordert folgericht, daß auf solche Weise die Artikel des Landrechts II. 1. §. 372—376. modificirt werden. Denn das Miteigenthum der Ehefrau wird nicht im Hypothekenbuche vermerkt, und die größere Gewalt des Mannes kann die Ernennung eines Curators nicht zulassen.

§. 15. Von der Gütergemeinschaft ganz ausgeschlossen sind die Lehn- und Stammgüter.

Solche bäuerliche, mit einem gutherrlichen Nexus behaftete Güter aber, über welche der Ehegatte nicht frei verfügen kann, kommen nur so weit in die Gütergemeinschaft, als sich dies Rechtsverhältniß mit den besonderen, das Eigenthum, die Untheilbarkeit und Successionsrechte dieser Güter betreffenden Gesetzen verträgt.

Daß die Lehngüter nicht in die Gütergemeinschaft gehören, folgt aus der Natur der Mannlehne und aus den Regeln des Lehnrechts; aber die Meier-, die Erbpacht-, die eigenbehörigen und dergleichen Bauerngüter mit ihnen in Eine Classe setzen zu wollen, ist ganz unrichtig, so wie der Satz der Theoretiker, daß nur frei veräußerliche, voll eigenthümliche Güter der Gemeinschaft unterworfen seyen. Eichhorn (P. R. §. 306.) faßt den Satz ganz richtig, und so ist er auch unserm Particularrecht angemessen. Meiergüter können auch auf die Frau übergehen, und das Band, welches sie im gutherrlichen Nexus als untheilbar hält, kann während der Ehe sowohl als nach Auflösung derselben bestehen, ohne das Verhältniß der Gütergemeinschaft unmöglich zu machen. Die Praktiker, namentlich Holtgreve, irren daher, wenn sie sagen, daß die Gütergemeinschaft nur wirklich erbfreies Vermögen, wobei kein Gutsherr oder Eigenthumsherr concurrir, und worüber den Eheleuten freie Disposition zustehet, zum Gegenstand haben könne; daß bei den Meiergütern die Meierordnung vom 23. December 1765, und bei den eigenbehörigen Gütern die speciellen Landesordnungen, und in subsidium nach dem Rescript vom 7. Novbr. 1764 die Dsnabrücksche und Ravensbergische Eigenthums-Ordnung angenommen werden müsse; daß dagegen die

gewonnenen Früchte und Nutzungen in die Gütergemeinschaft fließen. — Die allegirten Gesetze schließen die Gütergemeinschaft keineswegs aus. Die Meierordnung deutet sogar beständig das Verhältniß an, indem sie nicht vom Meier, sondern von beiden Aeltern und Ehegatten, von Wittwer und Wittwe redet. Die Rechte der überlebenden Frau des Meiers sind daher, jedoch unter Beschränkung des Meierverhältnisses, dieselben, wie die jeder andern Wittwe. Dieser Grundsatz ist in zwei höhern Instanzen in der Sache Höke gegen Reinike zu Bökendorf im Jahr 1803 ausgesprochen worden. Aeltere gerichtliche Verhandlungen bezeugen dasselbe, und die Lippesche Landes-Ordnung §. 4. entwickelt eben diese Folgerungen, und deutet dadurch auf allgemeine in Westphalen durch das Gewohnheitsrecht angenommene Grundsätze.

§. 16. Auch die außerhalb der Provinz oder des Staats belegenen Güter und Grundstücke der Ehegatten sind den Gesetzen der Gütergemeinschaft unterworfen. Es muß jedoch, in sofern daselbst keine allgemeine Gütergemeinschaft herrscht, oder dieselbe auf andern Grundsätzen beruht, dies Verhältniß in den Hypothekenbüchern bemerkt, oder sonst nach den Gesetzen des Ortes dessen gerichtliche Bekanntmachung bewirkt werden. Unterbleibt das Eine oder das Andere, so kann das Rechtsverhältniß der Ehegatten einem Dritten, der sich auf Verträge und andere Verhandlungen über solche Grundstücke, unter Beobachtung der gesetzlichen Regeln des Orts, wo sie belegen sind, eingelassen hat, nicht zum Nachtheil gereichen.

Alle beigebrachte Belege reden ganz allgemein. Auch generelle Rechtsansichten und die Analogie aller westphälischen Particularrechte bekräftigen den Satz. Die Eintragung und Bekanntmachung ist nothwendige Folge unserer jetzigen Gerichtsverfassung. Die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts (II. 1. §. 363 — 368.) erleiden namentlich deshalb eine Modification, weil nach den Principien des Particularrechts das Miteigenthum der Frau nicht in die Hypothekenbücher eingetragen wird.

§. 17. Es macht keinen Unterschied, wie viel oder wenig Vermögen jeder Ehegatte in die Ehe bringt. Auch alle vor der Ehe bereits vom Einen oder Andern contrahirte Schulden fallen in die Gütergemeinschaft, und

findet der Schulden halber weder Separation, noch Restitution statt.

Es folgt dies aus den im Anhang mitgetheilten Attesten (s. Beleg 1.) und aus den Zeugnissen der Praktiker, namentlich des Regierungsraths Holtgreve. Die Natur des Verhältnisses stimmt damit überein, und die Analogie der meisten westphälischen Particularrechte ist dafür.

§. 18. Das ganze zusammengebrachte Vermögen beider Ehegatten bildet ein Gesamtgut, ein gemeinsames Gut, dessen einzelne Bestandtheile die ursprüngliche Qualität eines gesonderten Vermögens verlieren. Es giebt daher in der ehelichen Gütergemeinschaft kein eingebrachtes Vermögen der Frau ferner.

Beleg Nr. 1. in Uebereinstimmung mit der rechtshistorischen Entwicklung des Instituts.

Titel II. Bedeutung und Wirkung der ehelichen Gütergemeinschaft während der Ehe.

§. 19. Der Ehemann übt in stehender Ehe alle Rechte der Verwaltung und des freien Eigenthums an dem in die Ehe gebrachten Sammtvermögen aus, und ist an den Rath und die Einwilligung der Ehefrau nirgend gebunden.

§. 20. Er kann über das bewegliche und unbewegliche Vermögen verfügen; er vertritt dasselbe überall in eigenem Namen, und ist zu allen Veräußerungen in der Regel befugt.

Die Gründe dieser Befugnisse des Mannes sind geschichtlich im Anhang entwickelt. Die Belege für das positiv Geltende des Particularrechts geben Nr. 13. 17. 22. Hiemit stimmt auch die anerkannte ältere Praxis überein, vorzüglich nach den Zeugnissen und Relationen der Regierungsräthe Holtgreve und Bachmann. Die Theorie hat hiebei immer die Rechte der Frau für gleich angegeben, und nur dem Mann als Haupt der Familie die freie Administration eingeräumt, weshalb ihm das Veräußerungsrecht nur zustehe, wenn es das Bedürfnis oder der Nutzen der Familie erfordern. Das ist eine Voraussetzung, auf welcher bürgerliche Institutionen immer ruhen, aber keine juristische Bedin-

gung des obwaltenden Rechtsverhältnisses. Es konnte in neuerer Zeit nicht fehlen, daß auch Viele die einseitige Dispositionsbefugniß des Mannes ableugneten, und die Einwilligung der Frau stets erforderten, wie wir in manchen Erkenntnissen lesen. Dies sind aber nur einzelne Eingriffe in die ältere unverrückt und fest beibehaltene Observanz. — In Sachen der Ehefrau Nelly gegen Joh. Urban zu Warburg (1794) focht die Frau einen von ihrem Ehemann vollzogenen Verkauf eines Gartens an. Das Gericht erkannte aber, auf Observanz und Atteste gestützt, daß der Mann völlige Freiheit habe, Contracte einseitig abzuschließen. — In Sachen Höke gegen Reinike zu Bökendorf wurde derselbe Fall verhandelt. Der Höke hatte die Tochter des Reinike geheirathet, und das Gut war ihm verschrieben worden. Da aber die Tochter bald nach der Heirath starb, so weigerte sich der Vater, das Gut abzutreten, und jagte den Schwiegersohn aus dem Hause. Das Gericht zu Bökendorf erkannte diesem 1796 das Gut zu, und das Hofgericht bestätigte das Erkenntniß. In der Revisionsinstanz wurden aber 1803 beide Erkenntnisse aufgehoben, und der Vertrag für nichtig erkannt, weil die mitaufgetretene Ehefrau nicht war zugezogen, und um ihre Einwilligung befragt worden. Das Gericht verließ aber das Gewohnheitsrecht, und deducirte aus Runde, Weyer und Lange, daß beim condominio pro indiviso die Zuziehung der Frau erforderlich, und die Administrations-Befugniß des Mannes kein Veräußerungsrecht sey, wobei zum Ueberfluß auch das Preuß. Landrecht mit angeführt wurde. Der Kläger wandte gegen dies Erkenntniß der Paderbornschen Regierung noch einmal das remed. restit. in integrum ein; das geheime Ober-Tribunal trat aber der Ansicht der Regierung bei, und es erfolgte eine confirmatorische Sentenz unterm 8. Mai 1804. — Mit den älteren Praktikern, und namentlich mit Mevius, wurde jedoch in solchen Fällen zugegeben, daß der stillschweigende Consens der Frau angenommen werden könne, wenn das Stillschweigen wenigstens ein Jahr angehalten habe. So erkannte das Tribunal zu Hörter im Jahre 1814 in Sachen Ehefrau Gabriel gegen ihren Mann und gegen den Apotheker Uffeln zu Warburg, daß Beklagte beweisen sollten, der Klägerin sey der Verkauf der Grundstücke bekannt gewesen, und vom Zeitpunkt dieser Wissenschaft an habe sie ein volles Jahr sich dabei beruhigt. In den Entscheidungsgründen wird gesagt, daß beide Ehegatten als moralische Person keine einseitige Verfügung treffen könnten. — Bei diesen Verwirrungen der Praxis ist jedoch hier, so wie in andern Preuß. Provinzen Westphalens, die Eintragung des Besitztittels in die Hypothekenbücher, dem richtigen Rechtsver-

hältniß gemäß, stets auf den Namen des Mannes allein erfolgt, und das Königl. Ober-Landesgericht zu Paderborn hat auch durch das Erkenntniß vom 15. Mai 1822 in Sachen Anton Claser in Siddesen gegen Drecker vulgo Micus zu Hampenhausen eine Sentenz des Land- und Stadtgerichts zu Brakel reformirt, und das bestehende Gewohnheitsrecht, wornach dem Ehemann das Veräußerungsrecht zustehe, als völlig bewiesen anerkannt.

§. 21. Alle Schulden, welche der Mann während der Ehe contrahirt, fallen dem Gesamtgut zur Last, und der Mann hat die Befugniß, ohne Wissen und Willen der Frau das Vermögen zu verpfänden.

Die Praxis ist hierüber einstimmig. Die Belege 1. 13. 14. bekräftigen es, und die allgemeinen Befugnisse schließen schon diese specielle in sich.

§. 22. Auch Schenkungen des Mannes sind nicht an die Einwilligung der Frau gebunden. Er ist sowohl zu remuneratorischen Schenkungen berechtigt, als auch zu solchen, die aus bloßer Freigebigkeit herrühren, jedoch mit den unten (§. 25. u. 26.) folgenden Beschränkungen.

Wenn der Ehemann nach den beigebrachten Belegen freie Disposition hat, und jeden Contract schließen kann, so müßte der Schenkungsvertrag ausdrücklich ausgenommen seyn, wenn wir ihn ausschließen wollten (wie z. B. nach den Lippstädter Statuten von 1575). In der Natur der Sache liegt kein Grund zur Ausschließung. Der rechtlichste Familienvater kann sich bewogen finden, eine Schenkung zu machen, ohne die Rechte seiner Familie zu kränken. Und wie leicht könnte er, bei seinen übrigen Befugnissen, die Schenkung umgehen, und doch einen Act der Liberalität ausüben. Nur beim Verschwender tritt Gefahr ein. Zwar ist im Jahre 1827 in Sachen Kaufmann Engels gegen die Wittwe Engels durch drei gleichlautende Erkenntnisse die Schenkung des Ehemannes für ungültig und nichtig erklärt worden, aber nur aus dem Grunde, weil beiden Ehegatten ein condominium pro indiviso zustehe, und der Mann bloß freiste Administration habe. Es komme also bloß darauf an, ob die vom Ehemann ohne Zuziehung seiner Frau vollzogene Schenkung als ein Act der Administration anzusehen sey oder nicht; jede einseitige Verfügung des Mannes, die über die Administration hinausgehe, sey für die Frau unverbindlich, weil sonst das Miteigenthum derselben während der Ehe ganz aufhöre. Da diese theoretische Abstraction nicht nur die Schenkung, sondern jede Disposition und Veräußerung des Man-

nes ungültig machen würde, folglich der Paderbornschen Observanz in genere widerstreitet, so muß sie auch im speciellen Falle als unrichtig erscheinen, und diese Eine Rechtsache kann kein entgegenstehendes Recht begründen.

§. 23. Alle Handlungen des Mannes, die nicht auf vertragsmäßigen Verbindlichkeiten beruhen, verpflichten ebenfalls das Gesamtgut. Dasselbe trägt namentlich die Geldstrafen, in welche der Mann verfällt.

Aus der Gewalt des Mannes während der Ehe und seiner Vertretung des Gesamtgutes folgt dies ganz natürlich, und nur specielle Gesetze könnten dies Princip ändern, das sich den allgemeinen Begriffen consequent anschließt. So nehmen manche Rechte wirklich eine Anrechnung auf den künftigen Vermögenstheil des Mannes an, welches streng genommen, nur da geht, wo quote Theile unterschieden werden. Die Lippesche Landes-Ordnung gestattet als besondere Rechtswohlthat die Trennung der Gemeinschaft und Theilung des Vermögens.

§. 24. Wenn Concurs über das Vermögen des Mannes ausbricht, so umfaßt derselbe die gesammte Masse. Die Frau kann hinsichtlich desjenigen Vermögens, welches sie in die Gütergemeinschaft gebracht hat, kein Vorzugsrecht gegen die Gläubiger in Anspruch nehmen (§. 18.); auch nicht auf Separation und Aufhebung der Gütergemeinschaft antragen.

(Belege: 1. 10. 24.)

§. 25. Die Rechte des Mannes während der Ehe hören auf, wenn derselbe unfähig wird, dem Vermögen vorzustehen. Dies ist dann der Fall, wenn er für einen Verschwender erklärt wird, oder wenn er an Blödsinn und Geisteskrankheit leidet.

§. 26. In diesen Fällen gehen die Dispositions- und Verwaltungs-Befugnisse hinsichtlich des Gesamtvermögens in der Regel auf die Ehefrau über.

Belege: 13. 22. Die Praxis stimmt damit überein, und es liegt in der Natur der Sache, daß einem Unfähigen die Verwaltung des Vermögens genommen wird. Holtgreve fügt in seiner schriftlichen Relation hinzu, der Frau könne die Verwaltung übertragen werden. Der Verfasser des Entwurfs des Mindenschen Provinzialrechts geht noch weiter und sagt, es bleibe der Beur-

theilung des vormundschaftlichen Gerichts überlassen, ob ein besonderer Curator zu bestellen, oder der Ehefrau die Verwaltung des Vermögens zu übertragen sey. Wenn nun nach der Pupillen-Ordnung allerdings der Obrigkeit das Recht nicht kann abgesprochen werden, dem Mann für seine Person einen Curator zuzuordnen, so muß doch das Recht der Frau hinsichtlich des Gesamtgutes für begründet angesehen werden, denn auf sie gehen alle Befugnisse des Mannes und Vaters über, wenn er stirbt, warum nicht in diesen Fällen, wo er als bürgerlich todt zu betrachten ist, und wie ließe sich eine Fortsetzung des Verhältnisses mit einem verwaltenden Curator denken? Es läßt sich aber nicht bezweifeln, daß nach den verschiedenen Gütergemeinschaften Westphalens das Verwaltungsrecht der Frau stets von selbst gefolgert worden ist. Die Lippstädter Statuten von 1575 §. 2. sagen: daß in casu prodigalitatıs vel defectus intellectus, der Frau die Verwaltung gebühre. Die Lippesche Landesordnung von 1786 bestimmt, daß die dem Manne sonst zustehende Verwaltung des Vermögens der Frau soll übertragen werden.

§. 27. Der Frau steht in der Regel während der Ehe, als Hausfrau, die innere Verwaltung des Hauswesens zu. Verträge und Verbindlichkeiten, die sie in dieser Beziehung eingeht, in so fern sie ihren Wirkungskreis nicht überschreitet, ist der Mann anzuerkennen schuldig.

Dies ist überall in der Praxis unbestritten, und folgt aus den Rechten und der Bedeutung, die die Hausfrau stets hatte.

§. 28. Auch solche Handlungen und Verträge verbinden den Mann, bei denen die Vermuthung dafür streitet, daß die Frau in seinem Namen, und mit seiner Einwilligung gehandelt habe; namentlich wenn ihr vom Manne eine Verwaltung überlassen, oder Theilnahme an einem Geschäfte gestattet worden ist.

§. 29. Widerrechtliche Handlungen und Vergehungen der Frau verpflichten den Mann, mit dem Gesamtgute für den daraus erwachsenden Schadenersatz einzustehen. Er ist aber nicht verbunden, Geldstrafen aus demselben zu entrichten, welche die Frau verschuldet hat.

Das eheliche Mundium des Mannes bringt es wohl mit sich, daß derselbe dem Schaden vorbeugt, oder selbst dafür einsteht. Er kann aber, vermöge seiner Gewalt und Rechte über das Ge-

sammtgut, weder angehalten werden, eine Schuld zu bezahlen, die die Frau contrahirte, noch eine Geldstrafe zu erlegen, die wider dieselbe erkannt wird, weil derjenige nicht um Geld gestraft werden kann, der kein disponibles Vermögen hat. Das ältere Recht kannte daher keine Geldstrafen für die Weiber; die neueren Statuten und Gesetze lassen gewöhnlich ein wechselseitiges Verhältnis der Ehegatten in Betreff der Geldstrafen eintreten, welches aus dem übertriebenen Begriff vom beiderseitigen Recht am Sammtvermögen herrührt. Wenn Eichhorn (V. R. §. 306.) annimmt, daß für obligationes ex delicto der Mann nicht weiter zu haften habe, als das eingebrachte Vermögen der Frau reiche, so können wir seiner Meinung nicht beistimmen, daß dies der ursprünglichen Beschaffenheit der allgemeinen Gütergemeinschaft am meisten angemessen sey, da es ja Grundidee der Gütergemeinschaft ist, daß sich das eingebrachte Vermögen der Frau so in das gemeine Gut verschmilzt, daß es als solches und seinem Namen nach gar nicht mehr existirt. — Daß das Paderbornsche Particularrecht mit der hier ausgesprochenen Ansicht übereinstimmt, geht aus einem Publicandum des Geheimen Raths vom 17. November 1801 (gedr. im Paderb. Intell. Blatt dess. J.) hervor. Durch Trocknen des Flachses war nämlich eine Feuersbrunst veranlaßt worden, und die Frau trug allein die Schuld, indem der Mann nichts davon gewußt hatte. Es wurden aber gegen den Mann alle gesetzliche Präjudicien realisirt, namentlich wurde er des Beitrags der Brandversicherungsanstalt verlustig. Denn vermöge der Gütergemeinschaft stellten sie Eine Person vor, Rechte und Verbindlichkeiten seyen unter ihnen gemein, und es erstrecke sich die Gütergemeinschaft nicht nur auf die Güter und Sachen, sondern auf Handlungen, woraus ein Nutzen oder Schaden für die gemeinen Güter entstehe. Hier sey aber nicht von beider Eheleute Leibestrafe oder Geldbuße die Frage. — Aus dem letzten Zusatz ergibt sich, daß man im vorliegenden Falle es nicht für zulässig hielt, eine Geldstrafe gegen die Frau zum Nachtheil des gemeinen Gutes zu erkennen.

§. 30. Keiner der Ehegatten kann einseitig, weder über das Ganze, noch über einen Theil des zusammengebrachten Vermögens, während der Ehe eine letztwillige Disposition treffen.

§. 31. Gemeinschaftlich können dagegen beide Ehegatten über das Sammtgut oder einen Theil desselben ein Testament errichten, welches, im Fall es besteht, auch

nur mit beiderseitiger Bewilligung kann abgeändert und zurückgenommen werden.

Die rechtsgeschichtliche Begründung dieser Sätze wird sich aus dem Anhang leicht ergeben. Es bekräftigen sie die Belege 1. und 8. (Im letzteren kann der Ausdruck instrumentum nach dem Zusammenhang nichts anders als Testament bedeuten.) Der Regierungsrath Bachmann sagt in einem schriftlichen Gutachten: Auch konnte Keiner die Rechte des Andern durch letztwillige Verordnungen beschränken. — Nur die Sucht, Römische Rechtsinstitute mit deutschen in Verbindung zu bringen, hat die Lehre von den Testamenten auf eine oft monströse und störende Weise in die eheliche Gütergemeinschaft gemischt, z. B. zu Münster. Wo das Recht, einseitig zu testiren, in Statuten und Gesetzen anerkannt ist, müssen wir es bestehen lassen; in ein rein erhaltenes Institut aber um theoretischer Ansichten oder anderer Beispiele willen es einzuzwängen, darf uns nicht heifallen, da der Hauptgrund, daß das Vermögen jedem Gatten zur Hälfte zustehet, oder jeder eine bestimmte Quote in Anspruch nehmen könne, als der ursprünglichen Idee des Instituts unbekannt, muß verworfen werden. — Eine hier zu untersuchende Frage ist aber, ob das Particularrecht des Fürstenthums Paderborn nicht ebenfalls durch Observanz die Befugniß der Ehegatten, einseitig zu testiren, adoptirt hat, da in neuern Zeiten dieser Punkt oft bestritten worden ist. Bekanntlich ist nach Cramers Wehlarischen Nebenstunden P. 56. S. 67 u. f. am 23. December 1765 beim Reichskammergericht ein Erkenntniß confirmirt worden, welches dem Ehegatten die Befugniß, ein Testament zu errichten, einräumte, und das in Mitte liegende Testament für gültig erklärte. Eine gewisse Schulenburg hatte drei Männer gehabt, und während dritter Ehe im Jahr 1715 ein Testament errichtet, worin sie über die Hälfte des Vermögens disponirte, und diese namentlich bei kinderloser Ehe ihrem Manne nicht vermachte. Unter den Nachkommen entstand über die Gültigkeit des Testaments ein Proceß, und die Richter nahmen an, daß in den beigebrachten Urtheilen immer nur von der „*administratione maritali stante thoro*“, nicht aber von verbotener Testamentsmachung die Rede sey. Da es nun seine Richtigkeit habe, daß in vorkommenden Streitfällen die Zuflucht zum Lübischen Recht und dessen Commentatoren genommen worden sey, weil in Paderborn kein geschriebenes Gesetz, sondern im Alterthum die Gegend sich nach Sövestischem Recht gehalten; da ferner nach Lübischem Recht es klar sey, daß jeder Ehegatte ein Testament machen könne, wenn er nur darin seinem Mitgatten die *portionem*

statutariam, und den Kindern die legitimam nach Computation gemeiner Rechte verlasse: so sey es klar, daß auch hier diese Principien zur Anwendung kämen. — Es ist aber erwiesen, daß die Anwendung des Lübischen Rechts völlig ohne Grund, und eine bloße Bequemlichkeit der Praxis gewesen ist, wie schon der herkömmliche Ausdruck: zum Lübischen Recht seine Zuflucht nehmen, zur Genüge beweist *). — Auf diese falsche Autorität gestützt, und mit Beziehung auf das reichskammergerichtliche Erkenntniß wurde um die nämliche Zeit in Sachen Eheleute Göbel gegen Kaufmann Natorp modo Cur. Conc., das Vermächtniß einer Ehefrau von 1749, wodurch dieselbe die Hälfte des Vermögens und des Erwerbes zweiter kinderloser Ehe ihrem Sohn erster Ehe zugewendet hatte, sowohl von den Parteien als von den Richtern als gültig anerkannt, indem die Ehefrau von dem in die zweite Ehe gebrachten Vermögen wenigstens die Hälfte als condomina zu verschenken befugt gewesen, und der zweite Mann nichts dagegen obmovirt hätte. — Es heißt in der schriftlichen Relation: was die von der Wittwe Giesen im Jahr 1749 ihrem Sohn geschenkte Hälfte ihres in die zweite Ehe inferirten Vermögens mit der Hälfte der Errungenschaft in dieser Ehe belange, beruhe nun wohl nach dem rechtskräftigen Erkenntniß bei hiesiger Regierung und dem Reichskammergerichtlichen Erkenntniß, in Sachen der Schulenburgischen Vorkinder wider die Fricische Wittwe, dann Böhner und Cons. wider Holtemeyers Wittwe, außer Zweifel, daß ein Ehegatte zu Gunsten der Vorkinder auf solche Art zu verordnen befugt sey; es könnten aber dergleichen Schenkungen eher nicht, als bis die während der Ehe gemachten Schulden abgeführt wären, von einiger Wirkung seyn, weil diese gemein würden. Hier wird gemeines Gut und Eingebrahtes, Errungenschaft und Schuld, ganz willkürlich gestellt, Schenkung und Testament wird vermischt. Der specielle Fall einer Disposition zum Besten der Vorkinder wird nicht von der allgemeinen Testamentsfähigkeit getrennt. Die Fälle des Reichskammergerichts sind viel weiter gestellt, reden namentlich von der Hälfte des Vermögens und von der Befugniß, ein Testament zu errichten, überhaupt, da hier nur vom Eingebrahten der Disponentin die Rede ist, und von einer Verfügung zum Besten der Vorkinder. — Wie die Theoretiker die Sache nahmen, lesen wir in Rothe, dissert.

*) Eine Relation aus der Mitte des vorigen Jahrhunderts sagt: „daß da, wo bei einem Rechtsfall keine Verordnung dafür, aber auch keine dagegen spreche, man billig ad statuta et consuetudines aliorum locorum, und besonders zu den Lübeckischen Rechten und ihren Commentatoren die Zuflucht genommen.“

p. 7.: sicut autem facultas testandi ab alienatione in jure distincta est, ita quoque uxori, etsi facultas alienandi quodammodo a marito dependeat, testandi tamen facultas omnino manet libera: nullum enim vestigium restrictionis obvenit, sed cum communio paritatem inter conjuges constituit, hinc par portio necessario erit objectum dispositionis. — Alle diese widersprechenden Ansichten kümmern uns nun nicht, da sie auf falschen Voraussetzungen beruhen. Die beigebrachten Urtheile beweisen, daß die Paderbornsche Regierung und das Reichskammergericht gegen das Gesetz, nämlich das bestehende Gewohnheitsrecht, erkannt haben, und die Zeugnisse der Praktiker so wie vorliegende Urtheile bekunden, daß man sich später wieder zum Richtigen gewendet hat. — Das Gericht zu Fürstenberg hat noch unterm 24. October 1822 in Sachen Wittwe Brand zu Neuenbeken wider Minorennen Brand zu Alfen, ein vom verstorbenen Ehemann errichtetes Testament als ungültig verworfen, weil es in hiesiger Provinz durch Herkommen eingeführt sey, daß keiner in allgemeiner Gütergemeinschaft lebender Ehegatte einseitig disponiren, und weil ein Testament nur mit Bewilligung beider Gatten gültig errichtet werden könne; auch die Behauptung, daß bei kinderloser Ehe jedem Theil die Disposition über die Hälfte des Vermögens zustehet, als observanzmäßig nicht bewiesen worden sey. — Somit sind die aufgestellten Sätze anoch als unverrücktes Gewohnheitsrecht zu betrachten, und es stimmen hiemit auch die Rechte anderer Gegenden Westphalens, wo sich das Institut rein erhalten hat, vollkommen überein. — Da die Errichtung eines Testaments sich deshalb mit dem Institut der Gütergemeinschaft nicht verträgt, weil es die künftigen Rechte derer, die in der Gemeinschaft leben, kränkt, so sind auch wohl solche Verträge des Mannes hieher zu rechnen, wodurch derselbe jene Rechte indirect aufhebt, z. B. wenn er das Gesamtgut gegen Stipulation einer Leibrente weggiebt, denn hiedurch wird das bestehende Rechtsverhältniß der ehelichen Gütergemeinschaft, das auf bürgerliche Thätigkeit, eigene Verwaltung und gemeinsamen Erwerb basirt ist, gleichsam zerstört und aufgehoben, und es ist die Absicht, einem Dritten auf den Sterbefall Vortheile zuzuwenden, unverkennbar.

§. 32. Wechselseitige Schenkungen der Ehegatten widersprechen der Natur dieses Verhältnisses, und sind daher unstatthaft.

Es liegt kein Fall in praxi hierüber vor. Der Satz folgt aber aus dem richtigen System unsers Particularrechts, und die

Lippesche Landes-Ordnung, die sich überall an das vorgesundene Gewohnheitsrecht hält, bezeugt, daß solche Schenkungen mit der Gütergemeinschaft nicht bestehen können. Die Ansichten der Theoretiker verfehlen auch hier überall das Richtige. Der Satz erklärt sich aber leicht. Wie könnte die Frau etwas verschenken, da sie während der Ehe gar keine Dispositions-Befugniß hat. Wollte man dem Manne das Recht zugestehen, so würde das, was er der Frau schenkt, durch das eheliche Mundium wieder in seine Gewalt kommen, folglich der alte Zustand hergestellt werden. Würde man die Wirkung des Actes auf den Sterbefall setzen, so ist auch diese nicht vorhanden, da das wechselseitige Beerben schon Grundidee des Verhältnisses der ehelichen Gütergemeinschaft ist. Es bliebe somit keine andere Wirkung zu erreichen übrig, als den geschenkten Gegenstand aus der Gütergemeinschaft vertragsmäßig auszuschließen. Dies widerspricht aber dem Grundsatz, daß nach geschlossener Ehe keine Ausschließung durch Vertrag ferner statt hat. (Vgl. S. 8.)

Titel III. Bedeutung und Wirkung der Gütergemeinschaft bei einer durch den Tod getrennten kinderlosen Ehe.

§. 33. Wenn die Ehe durch den Tod Eines Ehegatten aufgelöst wird, und keine Kinder erzeugt, oder diese während der Ehe wieder gestorben, auch sonst keine Descendenten vorhanden sind, so ist das Verhältniß der ehelichen Gütergemeinschaft beendigt.

§. 34. Die rechtliche Folge ist, daß der Ueberlebende das Eigenthum des Gesamtgutes behält, und als Universalerbe des Verstorbenen mit Ausschließung der Ascendenten und aller Seitenverwandten, wovon den Ersteren auch nicht einmal ein Pflichttheil gebührt, angesehen wird.

Belege 1. 3. 5. 6. 8. 28. Auch das Zeugniß des Regierungsrath Holtgreve bekräftigt diese Sätze, und die Praxis hat nie daran gezweifelt. Nur hat man in neuerer Zeit, der Theorie Scherer's folgend, das Consolidationsprincip als Grundlage genommen, dessen Idee aber dem Juristen eben so fehlerhaft erscheint, als es der gesunden Vernunft der alten Bürger und Schöffen undenkbar war, die daher den Begriff des Beerbens stets festhielten. Con-

form mit unsern Urtesten drücken die Lippstädter Statuten von 1575 art. 3., und die älteren Mindenschen Statuten (bei Crusius p. 227) das Verhältniß aus.

§. 35. Die Schulden, welche während der Ehe gemacht sind, oder auf dem zusammengebrachten Vermögen haften, gehen von der Gesamtmasse ab.

§. 36. Rechte, die der Verstorbene für seine Person zu hoffen hatte, die aber bei seinem Leben dem Gesamtgut noch nicht angewachsen sind, namentlich künftige Erbrechte, fallen nicht an den überlebenden Ehegatten, sondern an den nächsten Erben, nach den Regeln des gemeinen Rechts.

Dieser allgemein gefaßte Satz wird die consequente Unterordnung specieller Fälle von selbst ergeben, und wir dürfen nicht bloß von künftigen Erbrechten reden. Es braucht aber nicht der besondern Bestimmung, die der Verfasser des Mindenschen Entwurfs aufgenommen hat, daß, wenn der Verstorbene noch mit Vater oder Mutter in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebte, der Ueberlebende an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befangenen Vermögen kein Erbrecht habe, sondern ihm nur das gebühre, was der Verstorbene in die Ehe gebracht habe, oder was in stehender Ehe erworben sey. Denn dies versteht sich eben so von selbst, als es gewiß ist, daß der Ueberlebende aus der vom Verstorbenen mit Vater oder Mutter fortgesetzten Gütergemeinschaft die Hälfte fordern kann, wenn bei dessen Lebzeiten eine anderweite Ehe eingegangen, und folglich das Recht, Schichtung zu fordern, erwachsen, die Theilung aber noch nicht realiter vollzogen, das Vermögen noch nicht tradirt war. Nach diesen Grundsätzen wurde auch in Sachen Eheleute Goebell gegen Kaufmann Natorp verfahren, indem der Ehefrau Goebell, verwittweten Gieseln, als Erbin ihres Mannes, die Hälfte des Natorpschen Vermögens zugesprochen wurde, so wie solches bei der Wiederheirath ihrer Schwiegermutter, die die Schichtung versäumt hatte, vorhanden gewesen war.

Wie der Verfasser des Mindenschen Entwurfs zu der Bestimmung kommt, daß, wenn der Verstorbene keine Ausstattung bei der Heirath erhalten hat, diese vom Ueberlebenden noch könne nachgefordert werden, ist schwer zu begreifen. Denn entweder steht das Recht, eine bestimmte Aussteuer zu fordern, durch Disposition oder Vertrag fest, dann versteht sich der Anspruch des Ueberlebenden von selbst; oder es war bloß das Recht, sie fordern zu können, vorhanden, und der Verstorbene hat von seinem

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 unbeschränkten 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 unterworfenene 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 Lippsesche 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 Were herleiten, wornach das, was den in der Were sitzenden Kindern anfiel, nothwendig mit in die Were, 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 blos 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 Rechtsfachen 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 Besiß 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 Rehermann 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 Rehermann 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.

§. 53. Eine Folge davon ist die Schichtung zwischen dem Ueberlebenden und seinen Kindern. Es haben vom Tage der geschlossenen anderweiten Ehe an die Kinder einen gesetzlichen Anspruch auf die Hälfte des zu dieser Zeit vorhandenen Gesamtgutes.

§. 54. Der Wiederheirathende ist daher, noch bevor die anderweite Ehe vollzogen wird, gesetzlich verbunden, ein eidlich zu erhärtendes Inventarium aufzulegen, und auf Ernennung von Vormündern für die noch minorenen Kinder anzutragen, oder solche selbst dem vormundschaftlichen Gerichte vorzuschlagen.

§. 55. Das durch das Inventar ausgemittelte Vermögen bildet das zu theilende Gesamtgut. Es werden davon alle während der fortgesetzten Gütergemeinschaft contrahirte oder sonst darauf haftende Schulden abgezogen, und das Uebrige zerfällt in zwei Hälften, wovon die eine der überlebende Ehegatte behält, die andere aber den vorhandenen Kindern zugetheilt wird, welche sie nach den Köpfen unter sich theilen. Enkel treten in die Stelle der Kinder.

Diese Sätze finden ihren Beweis in den Belegen 2. 5. 6. 13. 14. 21. 23. und 28. Sie sind auch unbestritten, und stimmen mit der Praxis völlig überein, außer daß es zweifelhaft geworden ist, ob bei der Mutter nicht eher als bis zur zweiten Heirath, eine Ernennung von Vormündern für die Kinder erforderlich sey (s. oben §. 39.). Hier, so wie nach allen Particularrechten Westphalens, ist während der fortgesetzten Gütergemeinschaft kein Vormund ernannt worden. — Daß Enkel in die Stelle der Kinder treten, versteht sich von selbst; daß aber der überlebende Ehegatte des verstorbenen Kindes nur die rückständige Aussteuer, und nicht Kindestheil aus der Schichtung fordern kann, ist oben (§. 36.) gezeigt worden. — Der Ausdruck Schichtung, den die Rechtsprache gewählt hat, ist bezeichnender, als Theilung. Er umfaßt die Durchschneidung eines bisher nicht aus Theilen bestehenden Ganzen, und eine Theilung, wobei die Hälften doch noch in ihrer Spaltung ein Ganzes bleiben können, zugleich die Auflösung des das Gesamtgut bedingenden Familienbandes. — Einer Erwähnung bedarf noch die Frage: ob die Mutter eines unehelichen Kindes, wenn sich dieselbe mit einem Andern als des Kindes Vater ver-

heirathet, gehalten sey, mit ihrem Kinde vorher zu schichten? Der Fall findet in unserm Particularrecht nirgend eine Bestimmung oder ein Präjudiz, und er gehört auch keineswegs in die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, wiewohl die Lippesche Landesordnung §. 22. der Mutter befiehlt, mit ihrem unehelichen Kinde zu schichten. Wo aber kein eheliches Verhältniß, keine fortgesetzte Gütergemeinschaft statt gehabt hat, kann auch von keiner Schichtung die Rede seyn. Eine andere Frage ist nun, ob dem Kinde, da die Mutter, die durch ihre Heirath in eheliche Gütergemeinschaft tritt, über ihr ganzes Vermögen eventuell zum Besten ihres Mannes gleichsam disponirt, kein Recht zustehe, seinen künftigen Erbtheil sicher zu stellen. Hier sind nun Manche, namentlich der Verfasser des Mindenschen Entwurfs des Provinzialrechts, der Meinung, daß das Kind dasjenige fordern könne, was ihm die Mutter auf den Todesfall schuldig sey, nämlich den Pflichttheil, für welchen daher Sicherheit müsse gestellt werden. — Dieß ist aber wieder eine Ansicht, die sich in Rechten nicht ausführen läßt, da bei Lebzeiten eines Erblassers so wenig vom Pflichttheil als vom Erbe die Rede seyn kann. Das Kind verliert aber auch nichts, in so fern durch Vertrag nicht für dasselbe gesorgt wird, denn sein Anspruch auf den Pflichttheil kann durch die Bildung des Gesamtguts in der ehelichen Gütergemeinschaft nicht verloren gehen. Nach diesen Grundsätzen hat auch das Königl. Oberlandesgericht in einer Mindner Proceßsache Tiemann gegen Eheleute Hartmann erkannt. — Hiermit übereinstimmend verfügt überdieß die Königl. Preuß. Gesetzgebung, wiewohl freilich, bei der unbeschränkten Dispositionsbefugniß des Mannes, nach unserm Particularrecht, die künftigen Rechte des Kindes mehr gefährdet sind, als bei dem Institut des Landrechts, welches der Frau größere Rechte einräumt. Vgl. Anh. zum Landrecht §. 99., entlehnt aus dem am 5. Febr. 1802 gegebenen, und durch Rescript des Justizministerii vom 22. ej. bestätigten Gutachten der Gesetz-Commission. N. Archiv II. St. 3. S. 322.

§. 56. Was die Kinder zu ihrer Ausstattung bis zum Zeitpunkt der Schichtung erhalten haben, wird bei der Theilung ihnen zugerechnet, und muß also in die zu theilende Masse conferirt werden. (§. 43.)

Was die Kinder brauchen oder kosten, so lange sie mit im Gesamtgut, in der Vere des Ueberlebenden, sitzen, kann der Natur des Verhältnisses nach nicht zur Berechnung kommen. Die Lippesche Landesordnung §. 22. drückt sich daher nicht richtig aus, wenn sie sagt, daß das Kind den gemeinen Rechten gemäß conferiren

müsse. Auch bedarf das nicht ausdrücklich ausgenommen zu werden, was für die Erziehung und Bildung der Kinder sey angewendet worden. Dies thut der Mindensche Entwurf, und bestimmt zugleich, daß, wenn der Ueberlebende den Kindern etwas zugewandt habe, ihm das Recht zustehe, zu bestimmen, ob es ihnen auf ihren Erbtheil an der Hälfte solle zugerechnet werden, mit Vorbehalt des Pflichttheils. Dies ist unrichtig; die Hälfte darf nach Mindenschem Particularrecht so wenig als nach Paderbornschem angetastet, und dem Kinde sein Antheil daran durch Disposition geschmälert werden.

§. 57. Der wiederheirathende und schichtende Ehegatte kann zwar die förmliche Theilung nicht durch ein willkürliches Aequivalent, das er den Kindern sichert, umgehen. Doch darf unter Prüfung und Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts jeder Vertrag für die Kinder geschlossen werden, der denselben nützlicher, und den Umständen angemessener ist, als die förmliche Theilung.

§. 58. Der Schichtende kann auch nicht zur Naturaltheilung angehalten werden, sondern er hat das Recht, die nach der Taxe des Inventars ausgemittelte Hälfte des Werths des Gesamtgutes den Kindern herauszuzahlen, und dagegen im alleinigen Eigenthum des sämmtlichen beweglichen und unbeweglichen Vermögens zu bleiben.

Die geschichtliche Entwicklung zeigt, wie sich allmählig die Sitte bildete, die Kinder einzeln aus dem Sammtgut mit einem Capital abzusondern, und das Sammtgut selbst als fortarbeitenden bürgerlichen Fond ungestört zu erhalten. Dies artete oft beim Ueberlebenden, der an die Knüpfung neuer ehelicher Verhältnisse dachte, in eine Willkür aus, die den Kindern zum Nachtheil gereichte. Statuten und Landesgesetze suchten daher solcher Willkür vorzubeugen. Die Lippstädter Statuten §. 9. gestatten zwar den sogenannten älterlichen Ausspruch; der Wiederheirathende soll aber einen richtigen statum bon. ac onerum auflegen, die ungefähre Hälfte dociren, und statt dieser Hälfte den Kindern ein sicheres, die Portion vergrößerndes Aequivalent an Geld oder Geldeswerth zulegen, und dafür Sicherheit bestellen. — Die Mindenschen jüngern Statuten (Crusius, S. 235) genehmigen, daß ein solcher Abschied den Kindern durch einen Rathsbrief in die Güter versichert wird, wenn er gerade die durch das eidlich bestärkte Inventar ermittelte Hälfte beträgt. — Die Lippesche Landesordnung

§. 22. verbietet es, durch einen älterlichen Ausspruch den Kindern ein Gewisses an Geld zu bestimmen, und dafür Sicherheit zu leisten, es wäre denn, daß er offenbar den Antheil der Kinder überstiege. — Unser Particulargesetz (Beleg 23.) fordert rechtmäßige Abtheilung, und untersagt jedes willkürliche Aequivalent, genehmigt jedoch nach hergebrachter Weise (Beleg 2.) ein solches Ueberkommen, wenn es Folge der eingeleiteten Schichtung, von der Obrigkeit geprüft, und als den Kindern nützlich genehmigt worden ist. Hiernach hat sich nun das Gewohnheitsrecht befestigt. Willkürliche Ablagen ohne Inventarerrichtung haben die Gerichte immer verworfen (so auch noch erkannt vom Landgericht zu Büren unter Vorsitz des Landrichter Minteln in Sachen Lüns gegen Schlüter zu Henglarn im Jahr 1820). Dagegen sind Verträge mit mancherlei Modificationen, wie es gerade die Umstände bei einzelnen Fällen rechtfertigten, unter obervormundschaftlicher Autorität stets geschlossen und befestigt worden. Als Beispiel nehmen wir aus den Magistratsacten zu Paderborn vom 24. März 1789 die Auseinandersetzung der Wittve Bracht mit ihrem minderjährigen Sohne, bei der Wiederverheirathung mit dem Bäcker Estinck. Es wurde ein Inventar überreicht und den verpflichteten Vormündern zur Prüfung vorgelegt, auch nachdem sie nichts dagegen erinnerten, von der Wittve eidlich erhärtet. Die massa dividenda betrug hiernach 12289 Rthlr., wonach die dem Sohne zukommende Hälfte auf 6144 Rthlr. festgesetzt, und folgende Vereinbarung getroffen wurde: die Mutter und der künftige Stiefvater übernahmen Erziehung und Verpflegung des Kindes, und behielten dafür die Benutzung des Vermögens. Der Sohn sollte ein Handwerk lernen, und wenn er nach dem 18ten Jahre noch bei den Aeltern im Hause bleibe, sollten die Kosten an den Zinsen des Vermögens, welche zu 3 P. C. vereinbart wurden, abgerechnet werden, die überschießenden Zinsen aber sollten alsdann beim Magistrat, als der Obervormundschaft, alle 3 Jahre angezeigt und sicher angelegt werden. Nach erreichter Großjährigkeit oder erhaltenem Stande wird der Kindesheil verabsfolgt, jedoch nur die Hälfte der im Inventar bemerkten Baarschaft; wegen des übrigen soll der Sohn sich mit den Parzellen, wie sie im Inventar in Anschlag gebracht, abfinden lassen; Wohnung und Scheuer aber sollen die Aeltern allein behalten. Wenn beiderseits Aeltern ohne Leibeserben mit Tode abgehen, soll das älterliche Wohnhaus für die im Inventar angelegte Summe dem Sohne anheim fallen. Das gesammte Vermögen wird für den Kindesheil zum Unterpfind gesetzt.

So wie nun ursprünglich zwar die Idee einer völligen Schichtung und Naturaltheilung in den ältern Statuten obwaltete, so

machte sie auch unverkennbar nach Paderbornischem Particularrecht die Regel, wie aus sämtlichen beigebrachten Urtesten, und auch aus ältern Erkenntnissen hervorgeht. In Sachen Wittwe Ludowici und erster Eheinder Vormünder wegen Theilung der Erbschaft, verfügte die Kanzlei zu Neuhaus im Jahr 1685, und committirte das Stadtgericht zu Brakel: „die specificirte und beigebrachte mobilia und moventia so wie immobilia sämtlich zu ästimiren, in zwei Theile zu setzen, und utriusque parti darab einen per sortem zuzutheilen und zu assigniren.“ — In den meisten Fällen gereichte aber dies Verfahren zum Nachtheil der Familie, sowohl der Kinder, die meist noch minderjährig waren, als des Ueberlebenden, dessen ganze häusliche Einrichtung zerrissen wurde. Es war daher häufig der Fall, daß man die Hälfte den Kindern nach dem Taxwerthe in Geld festsetzte und sicherte, dem überlebenden Ehegatten aber, zur ungestörten Fortsetzung seines bürgerlichen Gewerbes, das ganze Gesamtgut als Eigenthum überließ. Dies hat sich nun nach und nach zu einem vollkommenen Wohnheitsrecht, als Befugniß für den schichtenden Parens, ausgebildet, ohne daß jedoch nicht auch Naturaltheilung eintreten könnte, wenn Jener sie wünschen sollte, denn es zeigte z. B. die obige Auseinandersetzung von 1789, daß oft der Schichtende lieber theilen, als die Hälfte des Capitalwerthes seines gemischten Vermögens zahlen wird, welche aufzubringen ihm sogar oft unmöglich fallen muß. — Das Recht des Schichtenden, die Naturaltheilung zu weigern, wird in der Praxis unbestritten anerkannt; es hat aber auch nicht an Gelegenheit gefehlt, das wirklich Obervanzmäßige dieses Verfahrens, dessen Zweckmäßigkeit in den meisten Fällen nicht wird abzuleugnen seyn, in juristischen Contestationen zu erörtern. Zwar haben in neuerer Zeit oft die Gerichte die Bestimmungen des Allgem. Landrechts zur Norm genommen; wir haben es aber hier nur mit dem reinen Wohnheitsrecht, wie sich dasselbe in der Provinz Paderborn ausgebildet hat, zu thun.

Die Sache kam hauptsächlich beim ehemaligen westphälischen Tribunal zu Paderborn, seit Einführung des französischen Gesetzbuches, zur Sprache, und es wurde von sämtlichen Richtern darüber mit Gründlichkeit votirt. Die Frage war nämlich: ob in allen Fällen, wo eine vor dem Jahr 1808 nach den Grundsätzen der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft contrahirte Ehe durch den Tod getrennt werde, und der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe schreite, die Vermögensabtheilung zwischen ihm und den Kindern in der Art geschehen könne, daß das Vermögen inventarifirt, und dem Ueberlebenden pro taxato gegen Erlegung der Hälfte des Werthes an die Kinder zugeschlagen werde, oder ob

Naturaltheilung, Versteigerung u. s. w. nach den generellen Vorschriften des französischen Gesetzbuchs eintreten müsse? Einige Mitglieder bezogen sich auf eine von Altersher im Paderbornschen bestehende Observanz, nach welcher der Ueberlebende nur schuldig gewesen, ein Inventar zu errichten, und die Kinder mit der Hälfte des Werthes abzufinden, sämtliche Vermögenstheile aber ohne Naturaltheilung und Verkauf zu behalten. Einzelne Fälle, in denen auf Naturaltheilung sey erkannt worden, könnten die Observanz nicht zweifelhaft machen, und die Vorschriften des französischen Gesetzbuchs dürften auf die vor dem 1. Januar 1808 verheiratheten Eheleute nicht angewendet werden. — Hiergegen traten Einige der jüngeren Richter auf, und entschieden sich für die zweite Alternative aus folgenden Gründen: 1) Es sey durchaus keine gleichförmige Observanz anzunehmen, ein Gewohnheitsrecht erfordere aber gleichförmige, nicht unterbrochene Actus. Ein Erkenntniß in Sachen Hording zu Willebadessen gegen dessen Vorkinder, die Geschwister Linnenberg, vom 28. Novbr. 1787 spreche einer Vortochter des Klägers die Hälfte eines zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Hauses zu, und es werde, um die Theilung abschließen zu können, der Verkauf des Hauses vorgeschlagen. In Sachen Böger und Ehefrau Rütther zu Driburg gegen Wittwe Böger werde unterm 14. Novbr. 1792 erkannt, daß Kläger statt des ihnen angewiesenen Geldquantis auf Naturaltheilung zu bestehen berechtigt seye. — Eben so sey von der ehemaligen Preussisch-Paderbornschen Regierung unterm 3. Juli 1805 in Sachen Elies. Menke gegen Johann Finke erkannt worden. — Bei mehreren Untergerichten seyen die Schichtungen regulirt, und den Kindern bestimmte Geldsummen als Abfindung ausgeworfen, aber immer ausdrücklich reservirt worden, gleich nach erlangter Großjährigkeit statt des Geldquantis einen Theil der Grundstücke pro taxato anzunehmen. — 2) Daß die allegirten Erkenntnisse nicht in letzter Instanz ergangen seyen, könne nichts Wesentliches ändern, sie ergäben wenigstens, daß bei den hiesigen Gerichtshöfen keine uniforme Grundsätze befolgt worden seyen, sich folglich keine Observanz gebildet habe. — 3) Da nun auch die Meinungen der Rechtslehrer über diesen Gegenstand getheilt seyen, so müsse man auf allgemeine gesetzliche Principien recurriren, und da hier die behauptete Observanz den Grundsätzen des condominii geradezu widerstreite, so competire auch jedem Theil die Hälfte, und nicht ein willkürlich angenommener Werth. — 4) Die Vorschriften des französischen Gesetzbuchs lägen in der Natur der Sache, und bezweckten nichts anders, als unter gleich berechtigten Personen eine möglichst gleiche Theilung zu bewirken, und denjenigen, welche

sich nicht selbst vertreten dürften; ihre Rechte ungekränkt zu erhalten. Dies werde durch gewisse vorgeschriebene Formen erreicht, die von dem Zeitpunkte der Promulgation des Gesetzes an verbindliche Kraft haben müßten.

Gegen diese Ansichten opponirten die damaligen Tribunalrichter Bachmann und Holtgreve, gestützt auf ihre langjährige Erfahrung und genaue Kenntniß der Landesrechte. Der Erstere motivirte zuvörderst aufs umständlichste Sinn und Absicht des behaupteten Gewohnheitsrechts: Möglichste Schonung für den Ueberlebenden sey immer bei der Schichtung Zweck gewesen, wahrscheinlich aus dem Grunde, weil unter dem Schutze eines leiblichen Vaters oder einer Mutter die Kinder ihrer künftigen Versorgung am ruhigsten entgegenharren könnten, die Sicherheit, der Bestand und die Festigkeit des väterlichen Hauses aber zerstört werden würde, wenn Aeltern wegen der Geringfügigkeit ihres Antheils einen Dritten nicht überbieten könnten, und so vielleicht das Haus des Kaufmanns, der Acker des Landmanns mit allen Erwerbsmitteln in fremder Aufbieter Hände gerathe, ein Nachtheil, den selbst für die Kinder ein Stück Geld keineswegs zu ersetzen vermöge. Auch habe man nicht außer Acht gelassen, wie nachtheilig für viele Familien die Aufdeckung des gemeinen Vermögens werden, und wie der Credit des Hauses sinken könne. Es sey daher die gelindeste, für Aeltern und Kinder minder gefährliche Absichtungsweise beliebt worden, dergestalt, daß der zur zweiten Ehe Schreitende entweder ein eidlches Inventar den Vormündern vorlegte, oder dasselbe mit den Vormündern und großjährigen Kindern gemeinschaftlich errichte, daß das Inventar von unparteiischen Sachverständigen veranschlagt, und die Balance gezogen, endlich daß diese ganze Verhandlung mit allen Belegen dem Magistrat zur Prüfung vorgelegt werden sollte. — Hierdurch sey der Vortheil erreicht worden, daß dem Ueberlebenden das Wohnhaus und andere Grundstücke geblieben, auch Waarenlager und alle dem Fallen und Steigen des Preises unterworfenen Stücke ihm pro taxato, sammt allen Lasten und Schulden aufgebürdet, die Kinder aber durch die bereitesten Activ-Forderungen gedeckt worden seyen. — Siebzehn Rechtsfachen werden hierauf einzeln aufgezählt, in welchen die Schichtung also geschehen, mit dem Bemerken, daß es so immer sey gehalten, und im entgegengesetzten Fall der Wohlstand vieler Häuser wäre zerrüttet worden. In Fällen, wo die Observanz im ganzen Umfang richtig sey beobachtet worden, wäre auch nie Streit entstanden, und kein zweifelhaftes Erkenntniß gefällt worden; nur Abweichungen von der Observanz hätten Streit erregt. Da nun das neue Gesetz nicht bloß eine allgemein gültige Form

vorschreibe, sondern hier das Recht selbst angreife, so könne den Ehegatten ihr jus quaesitum auf die alte Abschichtungsform nicht entrißen werden.

Diesem Voto trat der Tribunalrichter, ehemalige Regierungsrath, Holtgreve, mit der Behauptung bei, es sey unter der vorigen Regierung Keinem eingefallen, die Observanz, „wornach die abzutheilenden Kinder mit der Hälfte des Werthes des taxirten Vermögens sich begnügen mußten, dagegen auf eine Naturaltheilung zu bestehen nicht befugt waren,“ in Zweifel zu ziehen. Fälle der Ausnahme habe es gegeben, wobei aber immer ein besonderer Vertrag mit den Vorkindern zum Grunde gelegen habe, wodurch die Observanz nicht untergraben worden sey. Was die *contra uniformitatem actuum* angezogenen Erkenntnisse betreffe, so sey theils die Observanz darin nicht zur Discussion gekommen, theils redeten sie von ganz andern Fällen, wie z. B. in Sachen Menke gegen Fincken, wo der *casus intestati* eintrat, und die Naturaltheilung des Vermögens unter zwei gleichen Geschwistern habe erkannt werden müssen. Ueberdies sey in allen jenen Sachen nicht appellirt worden, und bleibe es zweifelhaft, ob die Erkenntnisse wären reformirt worden. Solle ein Gewohnheitsrecht durch ein *in contradictorio* ergangenes Erkenntniß unterbrochen werden, so müsse durch drei in jener Zeit übliche Instanzen abgeurtheilt und rechtskräftig entschieden seyn, denn man könne sich bei einem Erkenntniß beruhigen, so wie man die Sache durch Vergleich abmache:

§. 59. Bei den mit dem Gesamtgut zugleich zu theilenden, nicht erbfreien, Grundstücken, treten diejenigen Modificationen ein, die die besonderen, die Untheilbarkeit und Successionsrechte dieser Güter betreffenden Gesetze und Rechte, der Natur der Sache nach, erheischen. (S. oben §. 15.)

§. 60. Durch die auf gültige Weise vollzogene Schichtung und Theilung sind der überlebende Ehegatte und seine Kinder für alle Ansprüche in Betreff des Gesamtgutes, so wie für die Erbrechte in Beziehung auf den Verstorbenen, und gegen einander wechselseitig, völlig abgefunden.

§. 61. Der Schichtende und Wiederheirathende kann daher über seine Hälfte völlig frei und nach Willkür disponiren. Er bringe sie in die zweite Ehe, zum Vortheil

des Ehegatten oder der in zweiter Ehe erzeugten Kinder, ohne daß die Vorkinder in Zukunft noch irgend einen Anspruch machen könnten.

Deutlich sprechen dies die Belege 5. 6. 11. u. 12. Auch hat die Praxis immer an diesen Grundsätzen festgehalten, und die in viele Particularrechte eingedrungene falsche Doctrin, daß die Vorkinder noch einmal miterben müßten, zurückgewiesen.

§. 62. Derselbe kann auch, so lange sein zweiter Ehegatte lebt, oder Kinder aus zweiter Ehe vorhanden sind, zum Vortheil seiner Vorkinder über keine Quote des Gesamtvermögens disponiren, und ihnen keinen Erbtheil mehr zuwenden.

Demn abgesehen von dem Recht der Kinder zweiter Ehe, hat auch der Ehegatte unbestritten ein Recht auf das Ganze. S. Beleg 11. — Zwar hat man, gestützt auf von Cramer's Autorität (Wehl. Nebenst. 56. Nr. 8. S. 86), häufig dem schichtenden Ehegatten während zweiter Ehe noch das Recht einräumen wollen, den Vorkindern durch letztwillige Disposition etwas zuzulegen. Aber man hatte zuvor dem Reichsgericht die Ueberzeugung beigebracht, daß im Fürstenthum Paderborn Lübisches Recht zur Anwendung komme, und so war es leicht, mit Mevius jenen Satz zu folgern, der aber zugleich mit der zurückgewiesenen Meinung, daß überhaupt während der Ehe einseitig disponirt werden könne, zerfallen muß (§. 30.)*). Daß die abgeschichteten Vorkinder keinen Erbanspruch mehr machen können, und die Kinder zweiter Ehe, wenn der parens ohne Testament stirbt, mit völliger Ausschließung Jener succediren, darüber war man einig.

Um jedem Mißverständnis, zu dem der vorstehende § Anlaß geben könnte, vorzubeugen, und einen scheinbaren Widerspruch mit dem §. 47. und 49., in Betreff des Verhältnisses des überlebenden Ehegatten und der Kinder zweiter Ehe, abzulehnen, bemerken wir noch, daß 1) bei einer dispositio inter liberos, hinsichtlich des gesammten Vermögens, die Vorkinder nicht können mit gezogen, und ihnen noch ein Erbtheil darf zugewendet werden; daß aber 2) der Ueberlebende, wenn er geschichtet hat, die Wahl be-

*) In Runde's Beiträgen II. S. 420, findet sich auch ein Rechtsgutachten: „Die unter Ehegatten statt findende allgemeine Gütergemeinschaft schließt der Regel nach auch die Befugniß aus, über Güter zum Besten der Kinder einer vorhergehenden Ehe ohne Einwilligung des andern Ehegatten zu disponiren.“ Der Fall wird hier hauptsächlich auf den Grund der Pippstädter Statuten von 1575 erörtert. —

hält, wem er seinen Theil zuwenden will; daß er auch 3) eine solche Befugniß behält, wenn er, der durchgesetzten Observanz gemäß, über die Hälfte des Vermögens durch ein Testament disponirt (§. 49.), ein Fall, wo auch die Idee einer Schichtung in zwei Quoten zum Grunde liegt, weil die Hälfte, als die aus der prorogirten Gütergemeinschaft den Kindern zweiter Ehe kompetirende Quote, in salvo bleiben muß. — Durch diese errungene Befugniß kann also der Ueberlebende zwar nach gelöster Ehe zum Vortheil seiner Vorkinder handeln; es bleibt aber immer noch ein dem System angemessener Satz, daß er diese Kinder einer früheren Ehe nicht als solche in seine testamentarische Disposition hineinziehen, sondern nur in so weit ihnen etwas zuwenden kann, als er nach gesetzlicher Abfindung der Kinder zweiter Ehe, mit denen er in fortgesetzter Gütergemeinschaft gelebt (reelle oder ideelle Schichtung), über seinen Antheil auch zu Gunsten jedes Dritten disponiren kann.

§. 63. Wenn aber bei seinem Ableben bereits der zweite Ehegatte verstorben ist, auch keine Kinder oder deren Leibeserben aus dieser Ehe vorhanden sind, und nachher keine gültige Disposition vom Ueberlebenden ist errichtet worden, so tritt wieder die gesetzliche Erbfolge zum Vortheil der Vorkinder ein.

Eine ganz natürliche Folge. Die Schichtung, als völlige Aufhebung aller wechselseitigen Erb- und Abfindungsansprüche, hat die Absicht, den Ueberlebenden in den Stand zu setzen, ein neues eheliches und Familienverhältniß gleich dem, welches der Tod getrennt hat, abzuschließen. Sind die, deren Ansprüche sich auf dies neue Verhältniß gründen, nicht mehr am Leben, so erwachen die natürlichen und gesetzlichen Rechte der ersten Kinder, jedoch ohne die freie Dispositions-Befugniß dessen, der einmal geschichtet hat, aufzuheben. Es ist daher ein falscher Satz (der sich auch in dem Mindenschen Entwurf findet), daß die Kinder im Fall einer letztwilligen Disposition den Pflichttheil fordern könnten.

§. 64. Die abgetheilten Kinder können je einzeln auch über ihren Antheil vom Gesamtgute nach freier Willfür disponiren, und bringen ihn, wenn sie sich verheirathen, ihren Ehegatten nach den Regeln der ehelichen Gütergemeinschaft zu.

§. 65. Stirbt ein geschichtetes Kind ohne Ehegatten und ohne Leibeserben, so wächst sein Antheil den Geschwi-

stern wieder zu, und der noch lebende Vater oder die Mutter können kein Erbrecht in Anspruch nehmen.

Unsere Praxis ist hierüber einig. Ob auch die Geschwisterkinder die Aeltern ausschließen, darüber liegt kein Fall vor: die Theorie hat dies meist angenommen, und positive Gesetze, z. B. die Lippstädter Statuten, die Lippesche Landes-Ordnung, sind dieser Ansicht gefolgt. Das obige Princip spricht ein zu Büren (Landrichter Rinteln) am 26. Mai 1820 ergangenes Erkenntniß in Sachen Wagener zu Fürstenberg gegen Kleinschnitger zu Leiberg aus, worin auf das Erbrecht der Geschwister mit Ausschluß der Mutter erkannt wurde.

§. 66. Erst wenn alle Kinder ohne Leibeserben und ohne Ehegatten verstorben sind, auch nicht durch eine letztwillige Disposition über ihren Nachlaß disponirt haben, treten, nach dem Abgang des letzten, die Rechte der Ascendenten nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge wieder ins Leben.

Die Reciprocität rechtfertigt dies, und die Praxis ist stets damit einverstanden gewesen. Der Ueberlebende erhält immer die volle Hälfte des Gesamtgutes; die am Leben befindlichen Kinder, es mögen viele oder wenige seyn, erhalten die andere Hälfte. Diese sind für immer abgefunden; eben so soll es auch der schichtende Ehegatte seyn. Die Hälfte der Kinder bildet Quoten, die durch die Zahl der Geschwister bedingt sind, und wieder zusammenfließen können, in so fern die Kinder nicht heirathen, oder disponiren. Die Billigkeit rechtfertigt dies. Ohne uns nun ein fortdauerndes, aus der Gütergemeinschaft folgendes Verhältniß zwischen den Kindern zu denken, dürfen wir doch auch kein besonderes System der Erbfolge annehmen, weil sonst die Anwendung des gemeinen Erbrechts könnte erheischt werden, da das Particularrecht nur das Institut der Gütergemeinschaft umfaßt. Wir müssen daher jene Bestimmung immer als strenge Folge der Schichtung und der bestandenen fortgesetzten Gütergemeinschaft ansehen, indem dadurch die wechselseitigen Erbrechte so lange suspendirt werden, bis die gesetzlich eingeräumten näheren Ansprüche auf die getheilten Hälften nicht mehr eintreten. So nimmt auch das Allg. Landrecht, II. Tit. 2, §. 519. die Sache, indem es die gesetzliche Erbfolge suspendirt, wenn da, wo eheliche Gütergemeinschaft obwaltet, die Provinzialgesetze wegen der Erbfolge der Kinder etwas Anderes vorschreiben. — Uebrigens versteht es sich, daß im Fall

einer letztwilligen Disposition auch hier von keinem Pflichttheil die Rede seyn kann.

§. 67. Der Schichtende hat kein aus dem Verhältniß der Gütergemeinschaft fließendes Nutzungsrecht an den Kindern zugeworbenen Hälfte. In so fern ihm während ihrer Minderjährigkeit der Besiß gelassen wird, muß er vollständige Sicherheit leisten. Die nach der Schichtung eintretenden Rechte und Pflichten zwischen dem Schichtenden und seinen Kindern richten sich nach den allgemeinen Gesetzen, oder nach dem bei der Schichtung abgeschlossenen Vertrage.

Sicherheitsleistung ist immer erfordert worden. Weiter erstrecken sich die rechtlichen Folgen des particularrechtlichen Instituts nicht. Mit der Ernennung eines Vormundes treten die allgemeinen Vorschriften der Pupillen-Ordnung ein, und die allgemeinen Rechte und Pflichten der Aeltern werden durch den Act der Schichtung nicht berührt. Der Fall ist neuerlich zu gerichtlicher Contestation gekommen in der Rechtsache Josephe Allard, verwittwete Brede, verhehelichte von Kleist, gegen Procurator Stridder als Vormund des J. B. Brede. Der erste Mann der Klägerin war 1803 gestorben, und sie war im J. 1805 zur zweiten Ehe geschritten. Das abgetheilte Vermögen des Sohnes erster Ehe befand sich unter vormundschaftlicher Verwaltung, und die Mutter forderte nun den Nießbrauch von diesem Vermögen bis zur Majorennität ihres Sohnes, und zwar vermöge der ehelichen Gütergemeinschaft, in der sie mit dem Vater gelebt habe. Dieser Anspruch wurde auch sofort eingeräumt, und es blieb nur streitig: a) ob auch ein Fideicommiß, welches durch den Tod des Vaters auf den Sohn devolvirt war; b) ob eine Erbschaft, welche nach dem Tode des Vaters von einem Onkel ihm zugeworben war, mit zum Vermögen zu rechnen sey, wovon der Mutter der Nießbrauch competire? Von dieser Erbschaft war zwar anfangs auch der Nießbrauch eingeräumt worden, wurde aber in zweiter Instanz widerrufen, und kam dann ebenfalls zur gerichtlichen Entscheidung. Ueber diese so einfachen Fragen ist ein sehr weitschichtiger Proceß geführt worden. — 1) Klägerin hat zuvörderst aus Principien des deutschen Rechts herzuleiten gesucht, daß beiden Aeltern der Nießbrauch vom Vermögen der Kinder kraft der älterlichen Gewalt zustehet, eine Befugniß, die da, wo Gütergemeinschaft existire, nur noch mehr befestigt werde. Zur Gütergemeinschaft gehöre nämlich alles Vermögen, und jede Ausnahme müsse bewiesen werden. Das

Fideicommiß sey freilich seiner Substanz nach kein Gegenstand dieses Rechtsverhältnisses, wohl aber in Betreff der Nutzungen. Wenn das Fideicommiß dem Sohne zufalle, so sey kein Grund abzusehen, warum dessen Nutzungen von den Wirkungen und Folgen der Gütergemeinschaft sollten ausgeschlossen werden, da zum Nießbrauch auch solche Gegenstände gehörten, welche nicht in der Gütergemeinschaft gewesen seyen. — 2) Der Beklagte lehnte es ab, daß nach deutschen Rechten der Mutter ein Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder competire, gab aber zu, daß die eheliche Gütergemeinschaft hier in so weit eine Aenderung eintreten lasse, als jener Nießbrauch ihr von demjenigen Vermögen zustehet, welches sie mit dem Ehemanne in der Communion besessen habe; daß sie auf das Uebrige kein Recht habe, darüber seyen alle Juristen einig. Und da die Nutznießung des Fideicommisses dem Beklagten nicht als Erben oder Miterben seines Vaters, sondern ex pacto et provid. majorum anheimgefallen sey, so könne dasselbe kein Gegenstand der Communion gewesen seyn; die Erbschaft wäre aber erst nach dem Tode des Vaters angefallen, und gelte hier dasselbe Princip. — 3) Das Erkenntniß des Königl. Oberlandesgerichts vom 13. Decbr. 1819, welches nach dem oben Bemerkten nur das Fideicommiß als Streitfrage im Auge hatte, erkannte der Klägerin den Nießbrauch wirklich zu, weil sie vermöge der allgem. statut. Gütergemeinschaft, in welcher sie mit ihrem ersten Manne gelebt, nach dessen Tode alleinige Eigenthümerin des sämtlichen gemeinschaftlich besessenen Vermögens, zu welchem auch das Fideicommiß gehört habe, geworden sey, und nach der statut. Gütergemeinschaft Vater und Mutter gleiche Rechte in Ansehung des älterlichen Nießbrauchs hatten. — 4) Dies Erkenntniß wurde in zweiter Instanz vom zweiten Senat des Königl. Oberlandesgerichts unterm 29. Aug. 1821 reformirt, und Klägerin mit dem präterdirten Nießbrauch sowohl in Betreff des Fideicommisses als der Erbschaft zurückgewiesen, indem ihr Anspruch sowohl nach Principien des gemeinen deutschen Rechts, als der ehelichen Gütergemeinschaft unbegründet erscheine. So richtig die Entscheidung war, so lernen wir doch aus dem Erkenntniß nichts für unser Institut, denn seine Motive liegen außer dem Bereich unsers particularrechtlichen Systemes. Es wird nämlich das Allgem. Landrecht II. 1. §. 658., und das Gutachten der Gesetzcommission vom 17. April 1805 (s. oben §. 4.) zum Grunde gelegt, wornach bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft dasjenige, was den Aeltern oder Kindern nach getrennter Ehe durch Erbschaften u. s. w. zufällt, ausgenommen ist. Um das Fideicommiß unter diesen Satz subsumiren zu können, wird bemerkt, daß es erst da angefallen

sey, als der erste Ehemann schon wirklich verstorben, die erste Ehe also schon getrennt gewesen sey; folglich sey es von der comm. prorog. ausgeschlossen gewesen, und deshalb also auch kein Nießbrauch zulässig. Wir gestehen, daß wir diesen Satz nicht verstehen, da uns das Fideicommiss nur deshalb von der prorogirten Gütergemeinschaft ausgeschlossen ist, weil es auch kein Gegenstand der Gütergemeinschaft selbst ist (§. 15.), weil die Succession vom ersten Stifter ist bestimmt worden, und mit dieser vorgeschriebenen Succession sich die Wirkungen der Gütergemeinschaft nicht übertragen. — 5) Das Erkenntniß wurde in der Revisionsinstanz vom Geh. Ober-Tribunal durch Erk. de publ. den 21. Juni 1823 pure bestätigt. Die Entscheidungsgründe sind uns nicht bekannt geworden.

Dieser Rechtshandel giebt nun 1) den Beweis, wie sehr es an der Zeit ist, unser entschlummertes Particularrecht wieder zu erwecken und in die Erinnerung zu rufen, ja seine Existenz zu vindiciren, da selbst so tüchtige Juristen, die in dieser Sache arbeiteten, das Bekenntniß ablegen, daß ihnen das particularrechtliche Institut fremd sey. Klägerischer Anwalt hält die Lippesche Landes-Ordnung über eheliche Gütergemeinschaft für ein vollendetes Gesetz, und glaubt dessen singuläre, positive Bestimmungen über den vorliegenden Fall, als die auf allgemeinem, der Natur des Instituts angemessenem Gewohnheitsrecht gegründete Normen, zur Anwendung bringen zu können, da es für Paderborn an Gesetzen über die Gütergemeinschaft fehle. — Beklagter lehnt dies mit allem Fug ab, gesteht aber gern, daß es an geschriebenen Gesetzen sowohl, als an Observanzen, in diesem Fürstenthum fehle. Er sucht Autoritäten bei älteren Germanisten, und findet endlich beim Landrecht allein Hülfe, um den Controversen zu entgehen. — Der Richter erster Instanz bekennt gleichfalls, daß es in hiesiger Provinz an ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen fehle, sie folgten aber aus der Natur der Sache, und stimmten so auch mit den Normen benachbarter Rechte, als Lippe und Osnabrück, überein. — Der Richter in appellatorio ist allein beim Landrecht und dem Gutachten der Gesetzcommission geblieben. — 2) Die in den ganzen Verhandlungen tacite als richtig angenommene Behauptung, daß der Mutter der Nießbrauch an dem Vermögen des Kindes erster Ehe, nach der Schichtung, und zwar als Folge der Gütergemeinschaft competire, muß als Princip, welches aus der Natur unseres Instituts resultiren soll, durchaus verworfen werden, was auch Particularrechte oder Landesgesetze hier Abweichendes verordnen mögen. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft hört mit der Schichtung auf. Den Kindern werden Vormünder ernannt. Vor

dieser Ernennung, und vor der Schichtung hatte die Mutter, als Wittwe, die Rechte des Vaters und Mannes; mit der Schichtung ist das bestandene Verhältniß zu Ende. Die Rechte der Ueberlebenden, sowohl wenn es der Vater, als wenn es die Mutter ist, werden nun nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt, und die Rechte des Vaters, da ihm die väterliche Gewalt nicht konnte genommen werden, überwogen hier wieder die der Mutter, die daher bei förmlicher Schichtung, in Folge allgemeiner ehelicher Gütergemeinschaft, keinen Nießbrauch am Vermögen, ihrer sonstigen mütterlichen Rechte vorbehalten, verlangen kann, wohl aber oft nach Statuten ihn da als einen Vortheil zugewiesen erhält, wo sie auf die portio statut. gesetzt ist. — 3) Was die wirklich in contradictorio entschiedenen Punkte dieses Rechtsstreits betrifft, so hätte es fürwahr eines so großen Apparats, als wir hier zusammengestellt gefunden haben, nicht bedurft. Die Frage: was für Vermögen gehört in die eheliche Gütergemeinschaft, und was für ein Verhältniß hat in Betreff dessen, was die Kinder durch Erbschaft in der fortgesetzten Gütergemeinschaft erworben, statt, ist hier mit dem Nießbrauch der Mutter an dem Vermögen der Kinder nach nicht mehr existirendem Verhältniß der Gütergemeinschaft confundirt worden. Daß das Fideicommiß als solches nicht in die Gütergemeinschaft fiel, und folglich auch kein Gegenstand der fortgesetzten Gütergemeinschaft war, ist eben so klar, als daß die Zinsen oder Nutzungen dem Gesamtgut als ein gewöhnlicher Erwerb accrescirten, welches natürlich aufhörte, seitdem durch die zweite Heirath und Schichtung weder ein Gesamtgut noch eine fortgesetzte Gütergemeinschaft mehr existirte. — Daß die dem Sohn erster Ehe angefallene Erbschaft ein gesondertes Gut blieb, ist nicht minder ohne Zweifel. Wohl hätte aber, wovon im Rechtsstreit keine Rede ist, ermittelt werden sollen, ob die Erbschaft während der Dauer der comm. prorog. oder nach geschlossener zweiter Heirath anfiel; denn während der fortgesetzten Gütergemeinschaft hatte die Mutter den vollen Nießbrauch des Vermögens ihres Kindes als directe Folge der ehelichen Gütergemeinschaft, die ihr nach dem Ableben ihres Ehegatten die Rechte des Mannes und Vaters überträgt. (S. oben §. 44.) Erst mit der zweiten Ehe hört dies auf.

§. 68. Alles, was nach vollzogener Schichtung vom Einen oder andern Theil erworben wird, oder seiner Person durch Erbrecht oder Testament zufällt, bleibt sein völliges Eigenthum, und es sind aus der Schichtung darauf keine Rechte zu gründen. Der Schichtende behält

Daher das, was ihm nach der Schichtung etwa noch von seinen Aeltern oder Großältern zufällt, und die Kinder acquiriren eben so dasjenige, was von Großältern und Ascendenten nach dem Ableben ihres Vaters oder ihrer Mutter an sie erwächst, mit Vorbehalt der gleichen Rechte ihrer etwa in zweiter Ehe erzeugten Halbgeschwister.

Dies folgt aus der Natur der Schichtung und dem System des ganzen Rechtsverhältnisses. In einzelnen Fällen, wo daraus eine unbillige Härte für die Vorkinder entstehen könnte, ist immer leicht durch Vertrag oder Disposition vorzubeugen. Jüngere Statuten und Gesetze, z. B. die Lippesche Landesordnung (§. 23.) haben durch positive Bestimmungen alle Fälle vorsichtig regulirt (die Scherer, I. S. 454 nicht verfehlt hat, gleich als allgemeine Sätze seinem System einzuschalten). Ältere Statuten und Gewohnheitsrechte, z. B. das Lippstädter, bleiben bei den strengen Grundsätzen der Schichtung; auch das Mindensche Particularrecht stimmt mit unserm §. völlig überein. Als älteren Beleg für Paderborn geben wir noch folgenden Auszug aus einem Gerichtsbuch, aus der Mitte des 17. Jahrhunderts, welcher zugleich den §. 65. belegt: „Wenn Kindern, so abgetheilet oder vermundschet, eine Erbschaft vauß neue anfiel, und darauf der Kinder Einer verstürbe, fällt dessen Theil nicht auf die Eltern weder in usufructu, weder in proprietate, sondern auf die überlebende Schwester und Bruder, wie solches Stadt Paderborn ad requis. Conradi Bessen attestiret.“ Val. auch die Bemerkungen zu vorstehendem 68. §.

§. 69. Sollte ohngeachtet der gesetzlichen Nothwendigkeit dennoch die vorgeschriebene Schichtung und Theilung bei der anderweiten Verheirathung des Ueberlebenden versäumt, und nicht zur gehörigen Vollziehung gekommen seyn, so kann dieselbe zu jedem Zeitpunkt noch gefordert, und es muß alsdann nicht nur das zur Zeit der Verheirathung vorhanden gewesene Vermögen ermittelt, sondern auch der gezogene Nutzen berechnet und vergütet werden.

Bei den strengsten gesetzlichen Bestimmungen (Beleg 23.) blieb es doch immer ein praktisch wichtiger Fall, wie es zu halten sey, wenn das Gesetz dennoch übertreten worden war, woran es nicht an Beispielen gebrach. Daß die Schichtung mußte nachgeholt, und das zur Zeit der Verheirathung vorhandene Vermögen ermittelt werden, war das, was am nächsten lag, und so bestimmen

auch die Mindener Statuten (Crusius S. 238). Rechtsansichten brachten bald die Nutzungen und den entzogenen Gewinn hinzu. Es konnte aber die Ermittlung des vorhinnigen Zustandes des Vermögens, und jene Berechnung schwierig, und bei lieblosen Gesinnungen der Aeltern die verspätete Schichtung nachtheilig werden. Da nun in der Regel auch in zweiter Ehe die Vermuthung dafür tritt, daß die Ehegatten Fleiß angestrengt hatten, das Vermögen zu erhalten und zu verbessern, so nahm man hier und da zum Vortheil der Kinder dafür an, daß die Quote derselben zum gemeinsamen Nutzen im Gesamtgut geblieben, und die fortgesetzte Gütergemeinschaft noch ferner prorogirt worden sey. Manche Particularrechte (namentlich das Mindensche) acceptirten den Satz, und ließen den Kindern die Wahl, ohne an die daraus entstehenden Collisionen zu denken, welchen die Lippe'sche Landes-Ordnung §. 31. wenigstens dadurch vorbeugt, daß sie nur annehmen läßt, es sey stillschweigend Einkindschaft errichtet worden, aber den Kindern und ihren Vormündern die Wahl giebt, Nachholung der Schichtung zu verlangen. — Das Paderborn'sche Provinzialrecht hat, neben den Bestimmungen der Polizeiordnung, auch eine andere Observanz auszubilden gesucht, wie die Sache Göbel gegen Kaufmann Natorp, nachher Cur. Conc. beweist. Eine Wittwe Giese hatte sich im Jahr 1742 mit dem Kaufmann Natorp verehlicht, und keineswegs mit ihrem Sohne der Polizeiordnung gemäß getheilt, aber durch ein Instrument vom Jahr 1767 demselben die Hälfte des bei der zweiten Heirath vorhanden gewesenen Vermögens zugesichert. Der Sohn war gestorben, und dessen Wittwe, nachher verehlichte Göbel, klagte als Erbin ihres Mannes auf jene Hälfte, die gar nicht zu des Natorp Hinterlassenschaft gehört habe, und liquidirte zugleich den entbehrten Gemuß. Es zeigte sich, wie schwierig es war, nach zwanzig Jahren noch ein richtiges Inventar aufzustellen. Und wenn gleich der Beklagte erwiederte, daß der verstorbene Giese mehr erhalten habe, als seine legitima betrage, so leugnete dies doch die Klägerin und behauptete, bis zur förmlichen Abtheilung *condomina omnium bonorum tam mo- quam immobilium* geblieben zu seyn. Der Curator des Concurfes erkannte, nach der Urkunde von 1749, und dem darin enthaltenen Eingeständniß der Wittwe Giese, die Forderung an die Halbschied des Gieseschen Vermögens für liquid an, und das Gericht warf die Streitfrage auf: worin zu der Zeit, als die Wittwe Giese mit dem Natorp zur anderweiten Ehe geschritten, das ganze Giesesche Vermögen bestanden habe; indem es anerkannte, daß den Eheleuten Göbel die Hälfte davon zustehet, und das, was nicht mehr vorhanden, so wie Nutzung oder Interesse,

von der Zeit der Wiederheirath an den Natorp erstattet werden müsse. Es heißt aber in der schriftlichen Relation zugleich, daß, wenn die Theilung, die Errichtung des Inventars und Ernennung der Vormünder, unterblieben sey, *communio honorum, uti praejudicio in causa Geitmann c. Kallen in tribus instantiis, nimirum in iudicio officialatus, Regimine et Aug. Camera Imperiali ventilata, stabilitur, inter liberos prioris matrimonii et vitricum vel novercam prorogata censeatur, liberi minores tamen huic prorogatae societati ita adstricti haud sint, ut eidem renunciare nequeant, sed si communionem sibi damnosam sentiant, ex obitu parentis dimidiata bona cum usuris et fructibus juxta Inventarium conficiendum a die secundi matrimonii postulare et dividere, iis omnino integrum sit.* — Die Relation schließt aber mit einem Voto zum Vorbescheid, und das Definitiv-Erkenntniß so wie die Acten sind nicht mehr aufzufinden gewesen. Die Grundsätze, die hier, gestützt auf eine in drei Instanzen entschiedene Rechtsfache, ausgesprochen werden, haben wir weiter verfolgt, und sie aus der bei der ehemaligen Fürstlichen Regierung gehaltenen Relation kennen gelernt. Dieses auf 108 eng geschriebenen Folioseiten, mit Citaten der bewährtesten Schriftsteller überfüllte, und die Controverse nach allen Seiten prüfende Actenstück beweist uns aber keineswegs ein gültiges und begründetes Gewohnheitsrecht, denn der Referent sagt selbst, daß die Provinzial-Verordnungen und Landesgewohnheiten über diesen Fall nicht disponirten, und keine Beispiele einer ferneren Continuation vorhanden seyen; vielmehr enthält es bloß in einem speciellen Falle die Resultate juristischer Abstractionen, die sich auf die Lehre vom Societätscontract gründen, und, bei der ausgesprochenen Notorietät einer im Fürstenthum Paderborn geltenden prorogirten Gütergemeinschaft, wobei die Kinder den Verstorbenen repräsentiren, dafür annehmen, daß die Societät ferner durch stillschweigenden Consens mit dem neuen Ehegatten fortgesetzt werde, bis die Kinder mit der *actio pro socio* die Theilung wirklich verlangen. Der Fall war folgender: Ein Bürgermeister Elsing schritt im Jahr 1751 mit der Jungfrau Daltorp zur zweiten Ehe, ohne mit seiner minderjährigen Tochter erster Ehe geschicket zu haben. Im Jahr 1771 starb Elsing, ohne Kinder aus zweiter Ehe zu hinterlassen, die Wittwe heirathete den Chirurg Kallen, und die Vortochter, verhehelichte Gethmann, forderte nun das vorhandene halbe Vermögen, wogegen die Stiefmutter nur dasjenige mit ihr theilen wollte, was bei Eingehung ihrer ersten Ehe im Jahr 1751 vorhanden gewesen war. Abgesehen von einer an Nichtigkeit laborirenden Einkind-

schaft, sprach das Gericht erster Instanz am 9. Octbr. 1772 der Klägerin die Hälfte des Vermögens zu, welches die Stiefmutter zur Zeit ihrer anderweiten Verhehlung besaß, weil die Klägerin bis dahin die zwischen ihr und ihrem Vater bestandene Gütergemeinschaft noch immer fortgesetzt habe. Die Beklagte bestritt diesen Satz in zweiter Instanz mit allen nur möglichen Gründen. Die Fürstliche Regierung entschied sich aber 1) dafür, daß die *societas*, wenn der *parens superstes* zur zweiten Ehe schreite, ohne die Güter mit seinen Vorkindern zu theilen, sich auch in die zweite Ehe mit erstrecke, und *per solum transitum parentis ad secunda vota* nicht aufgehoben werde. Dies lehre schon die *Verzunft*; denn wenn die Gütergemeinschaft mit dem Ueberlebenden fortgesetzt werde, so müsse man sie auch in der zweiten Ehe *pro continuata* halten, sobald die Theilung unterbleibe, und nicht dargethan werde, daß der Act der zweiten Ehe, nach Gesetz und Gewohnheit von selbst und nothwendig die bestandene Gemeinschaft endige; auf die Einwilligung der Stiefmutter komme es aber nicht an, da sie sich das gefallen lassen müsse, was aus der zwischen ihrem verstorbenen Manne und der Klägerin vorgewesenen Verbindlichkeit rechtmäßig entspringe. Daraus, daß die Statuten den Vorkindern bei der zweiten Heirath die *act. pro socio* gäben, oder beföhlen, daß die Aeltern mit ihren Kindern theilen sollten, folge keineswegs die wirkliche *dissolutio societatis*, sondern es entstehe nur eine Verbindlichkeit, weil die Kinder durch die zweite Heirath nicht verkürzt werden sollten; würde diese Schuldigkeit veräußert, so brauche deswegen *societas* nicht in *praejudicium liberorum pro dissoluta* gehalten zu werden, und eben so brauchten die Kinder ihren anderweiten Erwerb nicht in die *Communio* zu inferiren, weil sie nur die alte *Societät* continuirten. 2) Der Gerichtshof war jedoch der Meinung, daß zwischen den Kindern und dem Stiefvater oder der Stiefmutter zwar eine *Communio* entstehe, aber keine wahre *Societät*, weil diese *de novo contracta* werden müsse. Da solche aber bloß *inter parentem binubum et liberos* existire, so müsse hiernach auch die Theilung regulirt werden. Es folge 3) sehr natürlich, daß die Kinder *una cum suo parente* nur *semissem* fordern, auch keine *separatio et divisio honorum et aquaestuum hujus vel alterius matrimonii* statt finden könne; es würde daher die Klägerin, *ex jure societatis cum defuncto parente continuatae*, eigentlich nicht mehr als die Hälfte *medietatis paternae*, oder den vierten Theil *totius massae* prärendiren können; 4) da aber die Kinder erster Ehe nur durch die legale Theilung von allen weiteren Erbtheilen ausgeschlossen würden, so daß sie auch keine *legitima* fordern

könnten, diese Statutar-Bestimmung aber nicht den gemeinen Rechten zuwider auf den Fall extendirt werden dürfe, wo die Schichtung, wie hier, unterblieben sey, folglich die unabgetheilten Kinder erster Ehe den zweiten Ehegatten a jure succedendi ab intestato in bona defuncti parentis binubi ausschließen, so erweitere sich hierdurch der Anspruch der Klägerin. — Demzufolge wurde erkannt: „daß der Appellatin (Klägerin) die Hälfte alles zur Zeit des Absterbens ihres abgelebten Vaters vorhanden gewesen gemeinschaftlichen Vermögens, und zwar pro una parte jure societatis cum illo continuatae, pro altera vero jure successionis ab intestato in hereditatem paternam una cum fructibus inde ex post perceptis zuzusprechen sey.“ — Der Referent war der Meinung, daß, wenn die Appellatin sich nicht auf die Continuation der Societät mit ihrem Vater während zweiter Ehe gegründet, sondern die mütterliche Hälfte von Zeit der zweiten Heirath gefordert, und dann den väterlichen Antheil aus den Gütern zweiter Ehe jure successionis in Anspruch genommen hätte, sie, statt der Hälfte des Ganzen, erst die Hälfte aus erster Ehe, und dann die Hälfte aus zweiter Ehe würde bekommen haben.

Der bestrittene im obigen erörterte Rechtsfall ist bei einer verbesserten Justizverfassung, die den gesetzlichen Vorschriften auch Befolgung zu sichern weiß, zwar nicht leicht mehr praktisch, aber auch die behauptete Lehre ist an sich durchaus falsch.

1) Sie widerspricht dem Landesgesetz, welches unumwunden die Schichtung vor der zweiten Heirath befiehlt, und durch Pönalverfügungen dazu zwingt; auch ist jedes andere Verhältniß dem becheinigten Gewohnheitsrecht durchaus zuwider.

2) Sie hebt den unbestrittenen Satz auf, daß mit der zweiten Heirath die prorogirte Gütergemeinschaft ihr Ende erreicht, und der Ueberlebende nicht mehr über das Ganze disponiren darf, weil die Hälfte ipso jure den Kindern anfällt.

3) Eine ferner fortgesetzte Gütergemeinschaft mit den Stiefältern, oder überhaupt nach vollzogener zweiter Heirath, ist nach den berechtigten Ansichten über das Wesen und den Rechtsbegriff des Instituts ein Unding. Durch die zweite Heirath ist die Were, das Gesamtgut, gelöst, der Ueberlebende tritt, kraft des Gesetzes, mit dem neuen Ehegatten in allgemeine Gütergemeinschaft, und er kann nur die Hälfte des Vermögens, sey es reell, nach der Schichtung, oder ideell, wenn sie gesetzwidrig unterblieben ist, in die Ehe inferiren. Das so zusammengebrachte Vermögen beider Ehegatten macht allein ein neues Gesamtgut aus, das mit dem Anspruch der nicht abgefundenen Kinder belastet ist; aber eine Fortdauer des Rechtsverhältnisses mit denselben anzunehmen, ver-

wickelt in Collisionen, wie wir sie aus obiger Relation erkannt haben, wo das Vermögen in die intellectuellen Theile einer sich wieder lösenden Communion zerlegt, der zweite Ehegatte durch ein gewaltsam eingeschobenes Contractsverhältniß um alle Rechte aus der Gütergemeinschaft gebracht, und Begriff und Natur des Instituts zerstört wird.

§. 70. Die vorgeschriebene Schichtung und Theilung bei der zweiten Heirath des überlebenden Ehegatten kann nur dann erlassen werden, wenn unter den gesetzlichen Bedingungen eine Einkindschaft errichtet wird, und die abzutheilenden Kinder so mit den zu erwartenden Kindern zweiter Ehe gleiche Rechte eingeräumt erhalten.

Polizei-Ordnung Beleg 23. Besondere particularrechtliche Bestimmungen gab es nicht in Betreff dieses Institutes. Ein Erkenntniß in Sachen Menne zu Langeland gegen Wittwe Menne zu Pömbfen vom 4. Mai 1810 sagt: „Die Wirkungen der Einkindschaft weichen nach der Observanz im Fürstenthum Paderborn nicht von den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Privatrechts ab*.“ — Die Gütergemeinschaft erreicht durch die Schichtung ihr Ende, durch Einkindschaft wird diese überflüssig, sie bildet also ein besonderes Institut, dessen particularrechtliche Bestimmungen folglich ohnehin nicht als gültig würden können anerkannt werden, weil nur die Gütergemeinschaft wieder nach den Vorschriften des Gewohnheitsrechts ist eingeführt worden. Einige Gerichte haben über die Anwendung des §. 727. (II. Tit. 2. des Allgem. Landrechts) großes Bedenken erhoben, und gemeint, daß nach den Grundsätzen der Paderbornschen Gütergemeinschaft allerdings ein förmliches Inventar müsse aufgelegt werden. Man sieht aber nicht ein, wie die Bestimmung dieses §. mit den Grundsätzen der particularrechtlichen Gütergemeinschaft sollte in Collision kommen können, da gerade durch die zu schließende Einkindschaft die Schichtung als Folge der fortgesetzten Gütergemeinschaft cessirt, und nun die Gesetze eines andern Instituts eintreten, das ohnehin auf ein liebevolles Verhältniß zu den Kindern basirt ist, und ohne Prüfung und Genehmigung der Vormünder und der Obrigkeit nicht statt finden kann. Daß übrigens in der zweiten Ehe die Regeln der ehelichen Gütergemeinschaft vollständig ins Leben treten,

*) Der Entwurf der verbesserten Land- und Polizei-Ordnung von 1780 hat zwar weitläufige Bestimmungen über die Einkindschaft; er hat aber keine Gesetzeskraft erhalten.

und auch auf das Verhältniß zu den angenommenen Kindern ihre Wirkungen äußern, versteht sich von selbst.

§. 71. Da die Gütergemeinschaft durch eine gesetzliche Ehe bedingt ist, so hört sie mit ihren Folgen und Wirkungen auf, wenn die Ehe durch richterlichen Ausspruch getrennt wird.

Unser Particularrecht hat nichts von den Folgen der Trennung für die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten. Der aufgestellte Satz schließt sich aber noch unmittelbar an das System jenes Particularrechts. Die besonderen Folgen, die die Auflösung der Gütergemeinschaft in diesem Falle für die Ehegatten bei gleicher oder nur einseitiger Schuld hat, hängt von den Ansichten der Gesetzgeber von den Ehescheidungen ab, und es tritt daher das gemeine Recht ein, welches hier das Königl. Preuß. Gesetzbuch ist.

Zweites Buch.

Von dem Meierrecht.

Titel I. Von den Bauerngütern und ihren Rechtsverhältnissen im Allgemeinen. Gutsherrschaft und Eigenschaft des Meierrechtlichen Verhältnisses.

§. 1. Im Fürstenthum Paderborn bestehen die gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse so, wie sie vor Einführung der fremden Verfassung und Gesetzgebung bestanden, in so fern nicht seit der mit dem Decret vom 23. Januar 1808 beginnenden Königlich-Westphälischen Gesetzgebung Abänderungen getroffen sind, welche das Königlich-Preussische Gesetz vom 21. April 1825, und die Ablösungs-Ordnung vom 13. Juli 1829, bestätigen, und in so fern diese Gesetze nicht selbst etwas Anderes be-