

men hat, so durften diese, auf Statuten und Local=Observanzen beruhenden Bestimmungen in das Prov. Gesetzbuch nicht hineingehören.

Der §. 116. des Wig. Entw. findet in der Lehre von der Gütergemeinschaft seine Erledigung.

Die §§. 121—137 des Wig. Entw. gehören nur in einen Polizei= und Straf=Codex.

M o t i v e

zum

revidirten Entwurfe

des

Provincial-Rechts

des

Fürstenthums Paderborn

Zweite Abtheilung.

Zweite Abtheilung.

Von der ehelichen Gütergemeinschaft.

Einleitung.

Dem Commissarius, Geh. Justiz-Rath Mart, war zwar auch der Auftrag geworden, den Wigandschen Entwurf des Gütergemeinschafts-Rechts für das Fürstenthum Paderborn mit den ständischen Deputirten durchzugehen, damit derselbe selbstständig und mit selbstständigen Motiven für diese Provinz aufgestellt werden könne. Die Deputirten sind jedoch in der Conferenz vom 23. December 1840 von der Ansicht ausgegangen, daß die im Fürstenthum Paderborn hergebrachte allgemeine Gütergemeinschaft im Wesentlichen mit der in den Provinzen Minden und Ravensberg geltenden übereinstimme, daß daher die sämmtlichen für die letzteren in Antrag gebrachten gesetzlichen Vorschriften, wenn sie die Allerhöchste Genehmigung erhalten sollten, auch für das Fürstenthum Paderborn, unter einigen Modificationen, die sofort namhaft gemacht wurden, Gültigkeit erlangen könnten, und daß mithin die Aufstellung und Motivirung eines besondern Entwurfs für Paderborn nicht erforderlich sei. Sie haben sich hiernach über den Wigandschen Entwurf gar nicht geäußert, sich vielmehr nur auf die Beratungen des Minden-Ravensbergischen Entwurfs bezogen, und mit Berücksichtigung der eben angedeuteten Modificationen lediglich folgenden Entwurf genehmigt:

„In dem Fürstenthum Paderborn gilt eine allgemeine eheliche Gütergemeinschaft, nach den Vorschriften, welche die für das Fürstenthum Minden und der Grafschaft Ravensberg am erlassene Verordnung über diesen Gegenstand enthält, jedoch mit der Maßgabe, daß die Räte der Landes-Collegien und die Juden in der Gütergemeinschaft leben. In dem Dorfe Herlinghausen bei Warburg ist eine allgemeine eheliche Gütergemeinschaft nicht eingeführt.“

Dem Justiz-Ministerium erschien es jedoch nicht angemessen, in dieser Weise den Gegenstand für erledigt anzunehmen. Es würde daraus der Uebelstand erwachsen, daß das Paderborner Prov.-Recht nicht einmal in seiner Sammlung und Codification ein Ganzes bildete, und man, und zwar gerade bei seinen wichtigsten Theile, zu dem Provinzial-Gesetzbuche eines andern Landesheils seine Zuflucht nehmen müßte.

In den Entwurf ist deshalb zuerst der obengenannte, von den Deputirten vorgeschlagene Einleitungs-Paragraph mit einer jetzt nothwendigen Veränderung aufgenommen, und demselben ist sofort, mit fortlaufenden Paragraphen, der gesammte Minden-Ravensberger Entwurf des Gütergemeinschaftsrechts mit Ausnahme der nur speciell für einzelne Städte der Provinz Minden-Ravensberg geltenden Bestimmungen, als ein nunmehr integrierender Theil des Gesetzes-Entwurfs angeschlossen.

Eben so sind sodann vollständig die bezüglichlichen Motive des genannten Minden-Ravensberger Entwurfs mit der eben berührten Ausnahme in dem Folgenden hier mitgetheilt.

Indessen ist nicht zu übersehen, daß der Minden-Ravensberger Entwurf, auch außer den in jenem Einleitungs-Paragraphen aufgeführten Modificationen, einige Bestimmungen enthält, die als wirklich geltendes Prov.-Recht für Paderborn nicht können angesehen werden. Wenn nun gleich nach jenem allgemeinen Antrage der ständischen Deputirten nur angenommen werden kann, daß auch diese Bestimmungen als künftiges Prov.-Recht für Paderborn gewünscht werden, und wenn dies bei der Zweckmäßigkeit der Bestimmungen selbst nur für zweckmäßig erachtet werden kann, so war doch auf die wirklich bestehenden Unterschiede aufmerksam zu machen. Dies ist geschehen in den, hinter den Motiven abgedruckten Zusätzen zu denselben.

Auf diese Weise wird der doppelte Zweck erreicht, daß die, den beiden Ländern gemeinsamen Zweifel über einzelne Bestimmungen des Instituts der Gütergemeinschaft

zugleich ihre Erledigung finden, andrerseits aber auch die obwaltenden Abweichungen hervorgehoben werden, so daß über deren Beibehaltung oder Aufhebung eine speciellere Berathung veranlaßt, und solchergestalt die definitive Beschlusnahme über diesen Theil des Paderborner Provinzial-Rechts genügend vorbereitet wird.

Auszug

aus den

Motiven des Provinzial-Rechts

für

Minden-Ravensberg.

Zu §. 47.

In der Verordnung vom 8. Januar 1816 ist §. 1 bestimmt: „die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft, so wie sie in den Westphälischen Provinzen und im Herzogthum Cleve vor der Einführung des französischen Rechts nach Provinzial-Gesetzen, Statuten und Gewohnheiten bestanden hat, soll mit Vorbehalt derjenigen Modificationen, die bei der Revision der Provinzial-Gesetze angeordnet werden möchten, in den gedachten Provinzen auch noch ferner stattfinden.“

Daß nun insbesondere auch im Fürstenthum Minden und in der Grafschaft Ravensberg von uralten Zeiten her die allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten hergebracht sei, ist eine ausgemachte und überall, namentlich auch von den Staatsbehörden anerkannte Thatsache, die nicht erst bewiesen zu werden braucht. Ueber die dunklen Nachrichten von ihrer Entstehung, über ihre Entwicklung und Ausbreitung von den Städten auf das platte Land, kann auf das im Jahre 1834 in Druck erschienene Werk des Land- und Stadtgerichts-Directors Dr. Paul Wigand

„die Provinzial-Rechte des Fürstenthums Minden etc.“ verwiesen werden. Der zweite Band (S. 44 seq.) enthält namentlich auch das Mindener Stadtrecht vom 8. Ja-

mar 1613, eine geordnete Aufzeichnung der bisher daselbst befolgten Satzungen und Gewohnheiten, außerdem auch manche Rechtsweisungen (Attestata) und (S. 66) die landesherrliche Untergerichts-Instruction vom 23. März 1768.

Unleugbar ist, wie sich späterhin zeigen wird, dies Institut in der Provinz nach Grundsätzen ausgebildet, die von denen des Allg. Landrechts in vielfachen und gewiß sehr wichtigen Beziehungen durchaus verschieden sind. Es schien jedoch unnöthig und beziehungsweise unstatthaft, der Festsetzung in §. 1 des Entw. nach dem Vorschlage des Direktors Wigand in §. 2, dem sich auch der Commissarius angeschlossen hat, hinzuzufügen:

„die Gütergemeinschaft gelte als ein in allen Folgen und Wirkungen zusammenhängendes Institut, weshalb auch diejenigen Vorschriften der allgemeinen Gesetze außer Wirkung blieben, welche Verhältnisse bestimmten, die vermöge des Particular-Rechts als unmittelbare Folge der ehelichen Gütergemeinschaft zu betrachten seien.“

Wo sich aus einem in dem Provinzial-Rechte begründeten allgemeinen Grundsätze die weiteren rechtlichen Folgerungen als bloße Anwendungen des Principis auf die speciellen Fälle herausstellen, da schließen natürlich diese Consequenzen die etwa entgegenstehenden speciellen Festsetzungen des Allg. Landrechts aus. Dies ist aber theils nur ein Princip für die Entwerfung des Provinzialgesetzbuches, theils versteht es sich nach den Gesetzen des Denkens von selbst. Es kam daher auch der Aufnahme einer ausdrücklichen Clausel zur Verhütung einer grundsatzwidrigen Anwendung des Allg. Landrechts auf das provinzialrechtliche Institut nicht bedürfen.

cf. Suarez aml. Vorträge. Jahrb. Bd. 41, S. 115. 125.

Andererseits aber müssen überall da, wo eine Entscheidungsnorm für Fälle gesucht wird, für welche weder eine positive specielle Gewohnheit erweislich ist, noch auch ein bestimmter genereller Grundsatz des ermittelten Provinzial-Rechts sich folgerecht geltend macht, allerdings

die Vorschriften des Allg. Landrechts zur Richtschnur und Ausfülle dienen. Diese Anwendung des Allg. Landrechts wird weder jemals systemwidrig seyn, noch kann es überhaupt geleugnet werden, daß unter jenen Restriktionen nur das Allgemeine Landrecht als die subsidiäre Rechtsquelle anerkannt werden kann. Jener Satz, so fern er dem Allg. Landrecht seine Anwendbarkeit als subsidiarisches Recht zu entziehen bezweckt, muß demnach abgelehnt werden. Die ständischen Deputirten sind hierin zwar der Ausföhrung des Commissarius (f. 52—63) beigetreten; doch hat schon der Commissarius der Königl. Regierung (fol. 64) die Unzulässigkeit dieser Ansicht geltend gemacht.

Zu §. 48.

Die hier festgesetzten Exemtionen unter Nr. 1 bis 3 stehen unbestritten fest. Namentlich hat sich auch in Betreff der Juden, die vor Einführung der fremden Gesetze ganz unzweifelhaft nicht in Gütergemeinschaft lebten, das Geheime Ober-Tribunal damit einverstanden erklärt, daß die Verordnung vom 8. Januar 1816 auf sie keine Anwendung finde, namentlich in den an den Herrn Justiz-Minister Müller erstatteten Berichte vom 20. und 27. April 1839.

(fol. 23. bis 30. der Com. Acten.)

Uebrigens kann es, was die Exemption des Adels betrifft, nur auf den Adel des Mannes ankommen und es muß hier auf die Zeit der Eingehung der Ehe gesehen werden. Wenn ein Bürgerlicher eine Adliche heirathet, so nimmt letztere den Stand des Mannes an. Ueberdem ist ihr früherer Adel alsdann an keinem sichern Zeichen vom Publikum mehr zu erkennen und Jedermann wird daher voraussetzen, daß auch in dieser Ehe Gütergemeinschaft bestehe.

Noch ist hier folgender Vorschläge der ständischen Deputirten zu erwähnen:

1) Sie alle haben darauf angetragen, die Exemption der Königl. Räthe und der Juden fallen zu lassen, weil kein Grund vorhanden sey, wodurch diese Ausnahme von der Regel gerechtfertigt würde.

Com. Act. fol. 65.

2) Der Regierungs Commissarius und der Deputirte der Ritterschaft haben beantragt, zu bestimmen:

daß sämtliche Offiziere bürgerlichen Standes ohne Unterschied ihres Grades, jedoch nur die vom stehenden Heere, der gesellschaftlichen Gütergemeinschaft nicht unterworfen seyen, weil sie häufig von einem Orte zum andern und aus einer Provinz in die andere versetzt würden und nicht wünschenswerth sey, daß in den Corps-Verhältnissen ein solcher Unterschied Statt finde.

Die Deputirten Hintelen und Verleger, so wie der Commissarius Geheime Justizrath Mark haben sich gegen den Antrag ausgesprochen, weil alle Exemtionen verderblich seyen.

Diese Vorschläge bleiben der ferneren Berathung der Landtagsversammlung vorbehalten.

Zu §. 49.

In manchen Gegenden Deutschlands ist durch Gewohnheit oder Statuten ein anderer Anfangstermin eingeführt (Beschlagung der Decke, consensio thori, erster Kirchgang, Geburt von Kindern, beerbte Ehe); daher scheint es rathsam, jene Bestimmung, wiewohl sie auch die gemeinsrechtliche ist (§. 361 Allgem. Landrecht II. 1) mit anzunehmen. Da es übrigens auch nach dem Concilio Trident. bei Katholiken der Einsegnung nicht nothwendig zur Gültigkeit der Ehe an sich bedarf — die oben gewählte allgemeine Fassung jedoch über alle Specialisirung hinweghebt, so ist die Bestimmung darnach abgefaßt worden.

cf. Eichhorn's Deutsches Priv. Recht §. 306.

Code civil art. 1399.

Der Commissarius hat zwar vorgeschlagen, statt jener Bestimmung die folgende aufzunehmen:

Die Gütergemeinschaft ist gesellschaftliche Folge einer Ehe, wenn die Eheleute, nach vollzogener Heirath, ihren ersten Wohnsitz in diesen Provinzen nehmen und vor Vollziehung der Ehe keinen Ehevertrag errichtet haben;

allein die Regel muß zunächst die Fälle umfassen und bezeichnen, die wirklich die Regel ausmachen und ohne Zweifel sind dies die innerhalb der Provinz geschlossenen Ehen. Wie die Vorschrift jetzt gefaßt ist, umschließt sie unbedenklich auch die Ausnahme-Fälle, nämlich die, wo die Eingewesenen sich auswärts trauen lassen. Daß übrigens die Gütergemeinschaft mit allen Wirkungen bei Personen aus andern Provinzen nur alsdann eintrete, wenn sie gleich nach der Trauung ihren ersten Wohnsitz in dieser Provinz nehmen, geht schon aus dem Allg. Landrecht im §. 350 hervor. Es ist daher keine Veranlassung vorhanden, hierüber eine besondere Bestimmung aufzunehmen. Eben so bedarf es dessen auch im Betreff der Wirkungen des Domicil-Wechsels nicht. — Von keiner Seite ist behauptet, daß in dieser Beziehung wirklich etwas Anderes hergebracht sey, als in §. 351 sq. II. 1. Allg. Landrecht festgesetzt ist und gleichwenig ist anzunehmen, daß diese landrechtlichen Bestimmungen irgend einem eigenthümlichen Grundsatz der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft widerstreiten.

Rathsam scheint es dagegen, eine Hinweisung auf die Vorschriften des Allg. Landrechts in Betreff der Suspension der Gütergemeinschaft bei Minorennen aufzunehmen.

(cf. Wigand Bd. I. S. 6.)

Früher fand die Anwendbarkeit derselben Bezweiflung. Durch die Allerh. Kabinetts-Ordre vom 5. August 1833 (Jahrb. Bd. 42. S. 124.)

ist dieselbe aber entschieden und drei von den ständischen Deputirten haben gebeten, diese Allerhöchste Bestimmung mit aufzunehmen.

Der Director Wigand (Bd. I. S. 9 u. 47) und der Commissarius (Com. Act. fol. 2) sind der Meinung, daß die Vorschriften im §. 780 sq. Tit. 18 Th. II. des Allg. Landrechts als provincialgesetzliche Bestimmungen auch auf die Fälle auszudehnen seyen, wo die Mutter mit ihren Kindern in prorogirter Gütergemeinschaft lebe.

Jene Gesetze bestimmen, daß diejenigen Pflegebefohlenen (Minderjährigen), welche sich bei der Lebenszeit des Vaters verheirathen, allerdings sofort in die provinzielle Güter-Gemeinschaft eintreten, wenn kein Ausschließungs-Vertrag errichtet sey; nur soll ihnen späterhin gestattet seyn, ex justa causa die Aufhebung zu verlangen.

Es sind jedoch für jene Ansicht gar keine haltbare Gründe vorgebracht. Das Allg. Landrecht selbst kann offenbar nicht als Grund für, sondern nur gegen dieselbe angeführt werden. Eben so wenig ist eine wohlhergebrachte spezielle Gewohnheit dafür aufzuweisen gewesen und keinesweges läßt sich etwa behaupten, daß die Mutter im Falle der s. g. prorogirten Gütergemeinschaft in jeder Beziehung die Rechte des Vaters ausübe. Allerdings hat dieselbe nach dem Provinzial-Recht weit ausgedehntere Rechte über das Gemein-Gut als nach dem Allg. Landrecht; allein diese Rechte beschränken sich nur auf das Vermögen und selbst von diesem fällt dasjenige, was die Kinder nach gesondertem Haushalte, wenn gleich vor der Abgüterung erwerben, nicht einmal unter den Nießbrauch der Mutter. Auf die Rechte der eigentlichen väterlichen Gewalt hat sie aber gar keinen Anspruch und bloß aus dieser ist es ein Ausfluß, wenn das Gesetz im §. 780 l. c. die unter der Autorität des Vaters ohne Ausschließungs-Vertrag sich verheirathenden Kinder sofort in die Gütergemeinschaft treten läßt. Die Ansicht, daß den mit der Mutter in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden minorennen Kindern überhaupt kein Vormund zu bestellen sey, kann nicht als richtig anerkannt werden.

Zu §. 50. 51. 52.

Schon das Allg. Landrecht bestimmt in §. 413 Tit. I. Th. II, daß da, wo die eheliche Güter-Gemeinschaft sich auf Provinzialrecht oder Statuten gründe, eine Aufhebung derselben stante thoro in der Regel nicht zulässig sey. Dies ist auch in Minden und Ravensberg unzweifelhaften Rechts.

Das Allgemeine Landrecht gestattet jedoch:

1. nach §. 392 innerhalb 2 Jahren die Absonderung zu fordern, wenn der andre Ehegatte bei Eingehung der Ehe mehr Schulden als Vermögen hatte,

2. nach §. 421 die Aufhebung der Gemeinschaft für die Zukunft, wenn der andre Ehegatte in Concurs verfällt.

Das Oeherme Ober-Tribunal hat auch in Sachen der Ehefrau Belhagen wieder ihren Ehegatten und den Curator der Warburger Deposital-Interessenten bei seiner unter dem 1. Februar 1839 erlassenen Entscheidung angenommen,

daß die Vorschrift im §. 392 Allg. Landrechts II. 1. in Paderborn ebenfalls Anwendung finde, da kein provinzielles ausdrückliches Statut oder Gesetz das beneficium ausschliesse, §. 360 Allg. Landrechts II. 1. Com. Act. f. 43—51.

Nun gilt zwar in Minden und Ravensberg im Wesentlichen dasselbe Gütergemeinschafts-Recht, wie im Paderbornischen, allein das Provinzial-Recht läßt in der That die Aufhebung der einmal eingegangenen Gütergemeinschaft überall nicht zu.

In dem Entwurfe des Mindenschen Regierungs-Präsidenten von Arnim finden sich zwar in §§. 20 sq. mehrere Bestimmungen aufgenommen, wornach die Aufhebung gestattet werden sollte, jedoch auch nur für die Zukunft und überdem ohne alle Unterstützung der Vorschläge durch Thatfachen, woraus die Gültigkeit derselben als wirkliche Satzungen des Wohnheitsrechts hervorginge. Ganz bestimmt ist dagegen in dem ältern Entwurfe de 1781 §. 4 u. 13 die Aufhebung der Communio honorum ex capite laesionis als unstatthaft bezeichnet, und wenn jetzt sowohl in dem Wigandschen Werke als vom Commissarius unter ausdrücklicher Bestimmung aller ständischen Deputirten

(Com. Act. fol. 65. ad §. 18.)

das bestehende Recht dahin angegeben ist, daß die Ausschließung oder Aufhebung der Gütergemeinschaft durante

matrim. unzulässig sey, so hat hieran nicht gezweifelt werden können. An sich folgt die Bestimmung auch schon aus dem Grundsätze, daß überhaupt die Ausschließung der Gütergemeinschaft vor der Ehe erfolgen müsse, was ohne Bedeutung wäre, wenn dieselbe auch noch ex post zulässig seyn sollte. Wo dieser Grundsatz herrscht, da müssen Ausnahmen besonders begründet seyn; es ist aber nirgends zur Sprache gebracht, daß in der Provinz je eine Aufhebung der Gütergemeinschaft wegen übermäßiger Verschuldung des einen Ehegatten Statt gefunden und noch weniger, daß dies ein allgemeines förmliches Herkommen geworden sey.

Ein wahres jus novum würde es daher seyn, wenn jetzt das Absonderungs-Recht eingeführt würde. Der Idee des Instituts, wie sie bis jetzt in der Provinz herrschend gewesen ist, die auch dem Wesen der Ehe (omnis vitae consortium) entsprechend ist, und sich als volksthümlich in den früher allgemein gangbaren Parömien: „Hut bei Schleier und Schleier bei Hut“, „die dem Manne traut, traut auch den Schulden“, „Leib an Leib, Gut an Gut“ ausdrückt, dieser Idee von der Verbindung der Eheleute zu einer Einheit nach Person und Vermögen war es sicherlich zuwider, die Gemeinsamkeit vor Auflösung der Ehe selbst in Betreff des Vermögens wieder brechen zu lassen.

cf. Eichhorn S. 308, Nr. IV.

Die Vorschriften des Allg. Landrechts in §. 392 und 421 sind daher als wahre Singularitäten dem Provinzialrechte als ganz fremd zu betrachten. Daß ein positives Statut sie ausdrücklich, d. h. wörtlich ausschliesse, wie aus §. 360 Allg. Landrecht II. 1. hergeleitet werden, kann nicht verlangt werden. In Westphalen, wo die Hauptgrundsätze des Instituts eben in Gewohnheiten beruhen, wo es also, mit wenigen Ausnahmen, die sich in den Stadtrechten von Minden und Bielefeld finden, keine authentisch ausgesprochenen, und also auch keine ausdrücklichen Bestimmungen giebt, würde wenig von den wesentlichen

Grundsätzen der Gütergemeinschaft übrig bleiben, wenn nur die ausdrücklichen Satzungen vor den Bestimmungen des Allg. Landrechts Gültigkeit (auctoritatem legis) hätten. Das Gesetz vom 8. Januar 1816 hat aber mit bestimmten Worten bei der Gütergemeinschaft auch die Gewohnheiten, mithin auch die tacite befolgten Regeln wiederhergestellt und diese Gewohnheiten sind auch nicht etwa in Folge der Bestimmung unter Nr. VII. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 außer Kraft getreten, da diese Bestimmung in Verbindung mit der unter Nr. IV. steht und darnach in der Voraussetzung erlassen ist, daß bis zum 1. Juni 1796 das Provinzial-Gesetzbuch vollendet seyn und die Gewohnheiten der Provinzen in sich aufgenommen haben würde — eine Voraussetzung, die bekanntlich nicht eingetreten ist.

Daß übrigens die Güter-Gemeinschaft durch pacta antenuptialia ausgeschlossen werden könne, bedarf keiner besondern Rechtfertigung. In Betreff der Art und Weise, wie dies zu bewirken, war auf die landrechtlichen Bestimmungen zu verweisen, zu denen seitdem auch das besondere Gesetz vom 20. März 1837 (Ges. Samml. S. 63) hinzuge treten ist.

2. In Beziehung auf solche Eheleute, welche ihren frühern Wohnsitz, wo keine Gütergemeinschaft, oder eine andere als in Minden und Ravensberg gilt, ex post verlassen und sich hier niederlassen, ist, obwohl sie keine pacta antenuptialia mehr schließen können, die Ausschließung der Gütergemeinschaft ebenfalls statthafte — und sie werden die desfallsige Vereinbarung vor der definitiven domicilerrichtung in dieser Provinz treffen und bekannt machen lassen.

Im Wesentlichen bestimmen dies indessen schon die §§. 352 und 416 Allg. Landrecht II. 1.

nur daß jener Zeitpunkt der Ausschließung nicht ausdrücklich angegeben worden ist.

Auch bestimmt der §. 332, daß bei diesen Eheleuten im

Fall der Nichtausschließung nur respectu dritter Personen eine Gütergemeinschaft angenommen werde.

Es scheint nicht nöthig zu seyn, hierüber im Texte des Gesetzbuchs etwas zu sagen, da die darin wirklich aufgenommenen Sätze nichts enthalten, wodurch die Bestimmungen des Allg. Landrechts ausgeschlossen würden.

3. Nach den Vorschlägen des Commissarius im §. 4 sollen die Eheleute durch pacta subsequencia an den Bestimmungen (Folgen) der Gütergemeinschaft nichts mehr ändern können. Zu diesen Folgen gehören aber auch die Erbrechte der Ehegatten, resp. die Befugnisse des Ueberlebenden an dem gesammten Ehegute; und in dieser Beziehung ihnen eine spätere Aufhebung des Verhältnisses zu verschränken, ist gar kein Grund vorhanden. Niemandem steht ein Grund zum Widerspruche dagegen zu und es ist kein entgegenstehendes, diese Art der Ausschließung unterlegendes Herkommen dargethan.

cf. §. 418. Allg. Landrecht II. 1.

Entwurf für die Grafschaft Mark §. 16.

Eichhorn Deutsches Privat-Recht §. 305.

Zu §. 53. 54.

Der §. 53 schließt alles Wesentliche in sich, was in dem Wigandschen Entwurf §§. 12, 13, 15, 16 und 19, und in dem des Commissarii §. 6, 7, 8 gesagt worden ist. Er entspricht auch den Bestimmungen des Allg. Landrechts in §. 363, 370 u. 371. Thl. II. Tit. 1 und dem §. 11 des Provinzialrechts-Entwurfs für die Grafschaft Mark.

Es bedarf in der That bei der jetzt gewählten Fassung der betreffenden Vorschrift keiner näheren Specification, weder der Sachen selbst, die in die Gemeinschaft fallen, noch der Titel, aus denen sie erworben werden. Was insbesondere die feuda alienabilia et mere hereditaria betrifft, so ist nicht etwa dargethan, daß sie grade zufolge einer in der Provinz besonders begründeten Observanz in die Gütergemeinschaft fallen. Die darüber vorgeschlagene Bestimmung ist vielmehr wesentlich nur ein

theoretischer, aus allgemeinen Grundsätzen abgeleiteter Satz und dann ist derselbe nur richtig, soweit er unter die in dem jetzigen Entwurfe aufgenommene Regel paßt. Der Deputirte Mintelen hat sich daher auch gegen die Aufnahme des §. 15 des Wigandschen Werks erklärt.

cf. Eichhorn §. 306. Nr. 1.

Der §. 54 ist aus dem Entwurfe des Direktors Wigand (§. 17), womit der des Commissarius übereinstimmt, übernommen. Er stimmt im Wesentlichen mit dem §. 375 des Allg. Landrechts II. 1. überein und giebt zu keinen Erinnerungen Anlaß.

Zu §. 55.

Diese Bestimmung findet sich im Wesentlichen schon im Allg. Landrechte §. 373—376 II. 1., war aber auch hier aufzunehmen, weil sonst aus der allgemeinen Bestimmung im §. 53 geschlossen werden möchte, diese Ausnahme finde nach Provinzial-Recht nicht statt. Daß sie aber wirklich Statt finde, darüber stimmen beide Entwürfe überein und auch schon der zweite von den ältern Entwürfen im §. 13 enthält sie. In diesem ist dieselbe, dem Allg. Landrechte conform, auf Uebertragungen aus Freigebigkeit beschränkt und allem Anschein nach ist mit dem Ausdrucke „Zuwendungen“ auch nur dieser Sinn von dem Commissarius verbunden worden. Bei andern Erwerbungsgründen (z. B. durch Kauf) würde die Ausnahme sich nicht rechtfertigen lassen.

Uebrigens verordnet das Allg. Landrecht ausdrücklich, daß dem Schuldner des, solchergestalt nur einem der Ehegatten zugewendeten Capitals die Bekanntmachung gerichtlich insinuirt werden solle, — und hiebei muß es, zumal eine entgegenstehende provinzielle Gewohnheit nicht darge stellt ist, sein Bemenden haben. Außerdem kann die Nothwendigkeit der Bekanntmachung nicht bloß auf den Fall beschränkt werden, wo das Capital der Frau zugewendet worden ist, — sie ist vielmehr auch bei Zuwendungen an den Mann erforderlich, da sonst die Frau nach dem Tode

des Mannes, wo ihr in Betreff alles von der Gütergemeinschaft nicht ausgeschlossenen Vermögens die freie Disposition zufällt, auch jenes Capital einziehen könnte.

Sodann ist noch zu erwägen, ob der Ausdruck „Grundstück“ in dem §. 373 des Allg. Landrechts und in den Projecten des Commissarius nicht zu eng sey. Es giebt Gerechtigkeiten, die den Grundstücken in rechtlicher Beziehung gleich stehen und auch in das Hypothekenbuch eingetragen werden, z. B. Jagdgerechtigkeiten u. s. w. Ohne Zweifel können auch diese mit Ausschließung der Gütergemeinschaft übertragen werden, und nicht minder Grundrenten. Es schien angemessen, diese Gegenstände in die Vorschrift mit aufzunehmen, da sonst z. B. der Verpflichtete die der Frau ausschließlich zugewendete Rente durch einen Ablösungsvertrag mit dem Manne aufheben könnte.

Zu §. 56.

Die Vorschrift bedarf keiner besondern Rechtfertigung, darf aber gleichwohl nicht fehlen, ungeachtet sie auch schon im §. 391. Allg. Landrecht II. 1. enthalten ist. Die bestimmte Beschreibung dessen, was den Gegenstand der Gütergemeinschaft ausmacht, würde unvollständig bleiben, wenn bloß der Aktivbestand besonders hervorgehoben würde.

Das Allg. Landrecht sagt zwar nur, „in der Regel“ würden auch die Schulden gemeinschaftlich. Der einzige Vorbehalt aber, den es wegen der vorehelichen Schulden macht, nemlich die Befugniß, in den Fällen des §. 392 auf Absonderung anzutragen, findet in der Provinz nicht Statt und daher waren jene Worte wegzulassen.

Schließlich ist hier noch einer Controverse zu erwähnen, die der Commissarius ad §. 12 des Wigandschen Entwurfs (sol. 34 act. com.) anregt. Es fragt sich hier, ob eine letztwillige Disposition dadurch ungültig werde, daß der Testator späterhin zur Ehe schreitet und in die allgemeine Gütergemeinschaft tritt, — ob dadurch namentlich auch bloße Vermächtnisse über den Haufen fallen oder als Schulden der spätern Gemeinschaft anzusehen sind.

In einem im Jahre 1838 anhängig gewordenen Prozesse hat das Gericht zu Bielefeld zu Gunsten des Legatars entschieden, der II. Senat des Ober-Landes-Gerichts zu Paderborn aber hat die Disposition für wirkungslos erklärt. Dies letztere scheint allerdings richtig zu seyn, da der Testator sein gesamtes Vermögen noch inter vivos in ein Rechtsverhältniß zu einer dritten Person gebracht hat, dem zufolge alle einseitige Dispositionen auf den Todesfall wirkungslos sind. Ueberdies werden nur die schon vor der Ehe begründeten Verbindlichkeiten und Schulden der Eheleute gemeinschaftlich — ein erst auf den künftigen Todesfall ausgesetztes Legat ist aber keine obligatio, kein debitum. Doch ist die Frage nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden und im Entwürfe um so mehr zu übergehen, da keine besonders begründete specielle Observanz behauptet worden ist.

Zu §. 57.

Die hier sanctionirte Gewalt des Mannes über das Gemeingut ist ein bekanntes und unzweifelhaftes Herkommen in der Provinz. Wo einmal volle Gütergemeinschaft unter den Eheleuten eintrat, und das alt Germanische Mundium mit der ehelichen Vormundschaft (Vogtschaft) des Mannes vorwaltete,

cf. Eichhorns Deutsche Rechtsgeschichte §. 52.

da mußte sich jene Dispositionsbefugniß des Mannes von selbst geltend machen und zur Nothwendigkeit werden. Das Mundium allein berechnete den Mann zwar nicht zur Veräußerung der von der Frau eingebrachten Immobilien, außer im Falle echter Noth — sobald aber (zuerst in den Städten) die allgemeine Gütergemeinschaft entstand und nun beider Eheleute Güter nur eine universitas bildeten, konnte der Gedanke, der diesem Institute zum Grunde lag, nur dadurch vollendet werden, daß dem Manne auch das Verfügungsrecht beigelegt wurde. Eben des freiern Verkehrs und größern Credits wegen wurde die Gütergemeinschaft eingeführt, und wie früher

schon in „echter Noth“, mußte er nun auch des Nutzens, des leichtern Gewinns wegen zur Disposition berechtigt seyn, und darin freie Hand haben. Ein Widerspruchsrecht der Frau war bei dem bereits bestehenden Mundium des Mannes nicht denkbar. Nichts anders als die Stimme des Mannes konnte daher bei Verhandlungen über das Gemeingut ohne intellectuelle Theile den Ausschlag geben. Eine Stimmenmehrheit war ja nicht zu erlangen und die Sache vor das Gericht zu bringen, wäre theils auf eine Vereitlung der oft nur durch schleunigen Beschluß zu bewirkenden vortheilhaften Geschäfte hinausgelaufen, theils vertrat ja eben nur der Mann selbst, zufolge des Mundii und der Ehevogtschaft seine Frau vor Gericht. Auch hatte die Frau während der Ehe überhaupt kein Recht zu Veräußerungen. Daher gilt denn auch nach dem gemeinen deutschen Recht bei bestehender Gütergemeinschaft das Veräußerungs-Recht des Mannes als die Regel.

cf. Eichhorn deutsches Priv.-Recht §. 306.

Um so weniger Bedenken kann es daher haben, den über die wirkliche Befolgung dieser Regel in der Provinz beigebrachten Beweisen

cf. Wigand §. 21.

und Com. Act. f. 67—69.

Entwurf des Magistrats zu Bielefeld, f. 141—art. vol. II.

I Entwurf der Regierung zu Minden de 1794. §. 5. vollen Glauben zu schenken. Auch haben sämtliche Deputirte und der Regierungs-Commissarius auf die Aufnahme des Grundsatzes angetragen.

Acta com. fol. 77.

Die vom Commissarius vorgeschlagene Fassung des §. 11 lautet zwar anders, als der hier aufgenommene, nämlich:

„Der Mann übt alle Rechte des Eigenthümers, ohne Mitwirkung der Frau, an dem Gemeingute aus.“

Doch drückt die gewählte Fassung auf direkte Weise

die wahre Befugniß des Mannes aus, und beachtet zugleich, daß mit dem Manne doch immer auch die Frau an der Proprietät Theil nimmt.

Sehr zweifelhaft ist dagegen das bestehende Provinzial-Recht, in Betreff der Schenkungsbefugniß des Mannes.

Der Scheime Justiz-Rath Mark hat sich der Ausführung Wigand's ad §. 25 angeschlossen.

act. com. fol. 72.

Freilich aber folgern beide die uneingeschränkte Befugniß des Mannes zu Schenkungen nur theoretisch aus seinem Rechte zu Veräußerungen überhaupt, ohne gerade eine positiv begründete Gewohnheit oder Praxis dafür behaupten zu können

Die Praxis würde vielmehr umgekehrt gegen die Schenkungsbefugniß des Mannes sprechen, soweit eine Praxis durch nur in einer Sache ergangene Erkenntnisse begründet werden kann, welche in dem Wigand'schen Werke l. c. mitgetheilt sind. Auch spricht gegen das unbeschränkte Schenkungsrecht des Mannes jedenfalls schon das bestätigte Gutachten der Gesetz-Commission vom 22. Juli 1790. Rabe Bd. 13. S. 202.

cf. concl. der Gesetz-Commission de 25. October 1788.

Rabe I. S. 742,

welches in der dort allegirten Prozeß-Sache ergangen ist. Durch dieses sind „alle in fraudem uxoris“ gemachten Schenkungen für ungültig erklärt, und diese Einschränkung würde also jedenfalls als bestehendes Provinzial-Recht anzuerkennen seyn. Indessen ist freilich nicht mit Klarheit zu ersehen, wann eine fraudulose Benachtheiligung der Frau vorhanden ist, und daher ist es vorgezogen, vorher die Meinung der Landtags-Versammlung über diese Frage zu vernehmen.

Eine Bestimmung wird indessen jedenfalls darüber in das Gesetzbuch aufzunehmen seyn, da die Sache sehr bestritten ist.

Der Deputirte Mintelen hat es in seinen schriftlichen Bemerkungen fol. 8 seq. überhaupt bestritten, daß dem Manne die unbeschränkte Schenkungsbefugniß zustehe. Was von ihm dagegen ausgeführt worden ist und sich überhaupt dagegen anführen läßt, ist im Wesentlichen Folgendes:

Dem Manne gebühre zwar allerdings die ausgedehnteste Verwaltungsbefugniß und insbesondere auch das Recht zur Contrahirung von Verbindlichkeiten aller Art, das Recht zur Verpfändung und zum Verkaufe, Vertauschen u. s. w.; allein aus dem bloßen Mundio sey das Recht zur Verschenkung noch weniger als das zum Verkaufe der Immobilien, die doch einmal der Frau mit gehören, nicht herzuleiten, eben so wenig aus der ehelichen Vormundschaft insbesondere, da auch ein Tutor nicht verschenken darf, endlich aber auch nicht aus dem Zwecke der Güter-Gemeinschaft selbst.

Bei Einführung dieses Instituts sei dem Manne seine große Gewalt beigelegt, um ihm bei dem Betriebe der Geschäfte im bürgerlichen und mercantilschen Verkehr möglichst freie Hand zu geben, aber in der augenscheinlichen Voraussetzung, daß eben dadurch das Interesse beider Ehegatten, welches ja unzertrennlich sei, nur gefördert werde, daß er nur den Vortheil des Gemeinguts im Auge haben werde, und daher dürfe er lästige, zweiseitige Geschäfte aller Art eingehen, weil hiebei immer auch eine Gegenleistung zum Vortheil des Gemeinguts vorkommt. Daher sprächen auch das Mindener Stadtrecht und überhaupt die älteren Urteste und Rechtsweisungen immer nur von Verkäufen und Verpfändungen und andern lästigen Geschäften. Jene Präsuntion oder Supposition würde aber bei Schenkungen, bei der Weggebung von Sachen oder Summen ohne alle Gegenleistung direct vernichtet, die rechtliche Natur dieser Geschäfte selbst zeige, daß sie an sich wider die Aufgabe und Autorisation des Mannes seien.

Wollte man ihm das unbedingte Recht zu Schenkungen bloß deshalb vindiciren, weil er das Recht zur freien Veräußerung im Allgemeinen habe, so würde man hieraus auch das Recht zu einseitigen letztwilligen Dispositionen deduciren können. Ein solches stehe ihm aber ebenfalls nicht zu, und überhaupt sei nicht zu übersehen, daß der Mann keineswegs der Eigenthümer, der Allein-Eigenthümer des Ehevermögens sei, daß also seine Gewalt über dasselbe immer nur eine exceptionelle und anomalsche sei, daher aber auch nicht weiter reiche, als die Gesetze sie mit Bestimmtheit ihm einräumten, und diese hätten ihm nirgend die Schenkungsbefugniß speciellement zugetheilt. Wenn nur der vollständige Eigenthümer zur Verschenkung befugt sei, jeder Andere aber nur, soweit ein ausdrückliches Gesetz oder ein specielles Titel ihn dazu ermächtige, so hätte allerdings auch ein besonderes, in der Provinz positiv begründetes Herkommen für die Schenkungsbefugniß des Ehemannes dargethan werden müssen. Der Schluß: der Mann könne einseitig verkaufen und überhaupt veräußern, folglich könne er auch verschenken, sei hier unstatthaft; er würde nur richtig sein, sofern aus der Veräußerungsbefugniß überall auch auf das Eigenthum geschlossen werden könne, hier stehe aber fest, daß der Mann nicht Eigenthümer, d. h. nicht Allein-Eigenthümer sei. Der Fälle, wo Jedem das Veräußerungsrecht im Allgemeinen, dennoch aber das Recht zu Verschenkungen nicht zustehe, gebe es mehrere, sowohl nach Österreichischem als nach Preussischem Rechte.

Es könne z. B. ein Procurator generalis (omnium bonorum) cum libera, womit der in Gütergemeinschaft lebende Ehegatte am treffendsten zu vergleichen, Veräußerungen und Verpfändung vornehmen, Schenkungen aber nicht ohne ausdrückliche Ermächtigung, außer in besondern Umständen. 1. 9. §. 4. D. 41. 1. 1. 10. C. 4 26. 1. 28. §. 2. D. 2. 14. 1. 7. §. 1—8. D. 20. 6. Ein

General-Handlungsdisponent dürfe nur solche Arten von Geschäften vornehmen, welche bei der ihm übertragenen Handlung vorkämen. §. 501 Allg. Landrecht II. 8. Nach Errichtung eines Erbvertrags sei der Promittent zwar zu Veräußerungen inter vivos im Allgemeinen, zu Verschenkungen aber nur beschränkt befugt. §. 624. Allg. Landrecht I. 12. Bei einem fideicommisso de residuo dürfe der Fiduciar zwar inter vivos disponiren, nicht aber durch Schenkungen das Recht des Fideicommissars vereiteln. §. 469 Allg. Landrecht I. 12.

Hiernach scheine es am angemessensten, dem Manne nur insofern eine Befugniß zu reinen Schenkungen einzuräumen, als sie überhaupt ein bonus pater familias vornehmen würde.

Hiezu ist noch zu bemerken, daß es auch Eichhorn in §. 306 Einl. zum Deutschen Privat-Recht als einen allgemeinen Grundsatz annimmt, daß der Ehemann, ungeachtet seiner Veräußerungsbefugniß, keine Schenkungen vornehmen dürfe und allerdings stimmen auch alle älteren Entwürfe darin überein, daß der Mann nicht zu willkürlichen Schenkungen ermächtigt sei:

- a) der Bielefelder Entwurf §. 16—18,
- b) der Entw. de 1781 §. 5 — der den Mann nur zu Kauf-, Pacht- und anderen Schulb-Contracten ermächtigt,
- c) der v. Arnim'sche Entwurf §. 36, wonach der Mann keine Grundstücke, Gerechtigkeiten und Aktiv-Capitalien verschenken soll.

Andererseits aber ist daran zu erinnern, daß in den Entwürfen für die meisten übrigen Ländertheile Westphalens die Schenkungsbefugniß des Mannes bei bestehender Gütergemeinschaft als begründet angenommen ist, und freilich wird es kaum vorkommen, daß er dieselbe mißbraucht, seines eigenen Interesses wegen.

Die Deputirten Rintelen und Berleger, so wie der

Regierungs-Commissarius, haben übrigens vorgeschlagen, zu bestimmen:

daß der Mann ohne Einwilligung der Frau zu Verschenkungen von Immobilien und Capitalien nicht berechtigt sei.

Com. Act. Fol. 77.

Sie erkennen auch die unbeschränkte Schenkungsbefugniß des Mannes keinesweges als herkömmliches Recht an. Ihr Vorschlag wird der ferneren Erwägung anheimgestellt.

(cf. Art. 1422 des Code civil.)

Zu §. 59. 60.

Bei der allgemeinen Verwaltungs- und Dispositionsbefugniß des Mannes in Betreff des ganzen Gemeinguts bedarf die Bestimmung im §. 59 ad pos. 1 keiner besonderen Rechtfertigung. Die Festsetzung in Betreff der Geldstrafen und Untersuchungskosten ist nach der Versicherung von Wigand ad §. 26 der Observanz gemäß, und dem ist von keiner Seite widersprochen.

In Beziehung auf die Schulden der Frau enthalten die Vorschläge von Wigand im Wesentlichen die nämlichen Bestimmungen wie das Allg. Landrecht. Der §. 30 entspricht dem §. 321; der §. 31 dem §. 325. Auch wird hier ad §. 31 von Wigand selbst auf die allgemeinen Vorschriften in §§. 326 und 327 Allg. Landrecht II. 1. Bezug genommen. Daher war im Allgemeinen, wie dies auch im §. 14 des Entwurfs für die Grafschaft Mark geschehen, auf die desfallsige Bestimmung des Allg. Landrechts zu verweisen. Doch weicht der zweite Satz in §. 14 von der Bestimmung des Allg. Landrechts in §. 325 ab, indem er in dem gefetzten Falle nicht bloß die in Abwesenheit des Mannes und mit dessen besonderer Einwilligung gemachten Schulden (cf. §. 329 des Allg. Landrechts) für verpflichtend erklärt. Nach der von den ständischen Deputirten stillschweigend als richtig anerkannten Versicherung Wigands beruht diese Bestimmung in der

Praxis und da auch der Geheime Justizrath Mark dieselbe aufgenommen hat, so mußte sie hier ebenfalls aufgenommen werden.

Nicht ganz so verhält es sich mit den durch unerlaubte Handlungen der Frau begründeten Verbindlichkeiten und Geldstrafen. Wigand bemerkt ad §. 32, es fehle darüber an besonderen Bestimmungen und Präjudicien; nur aus der besonderen rechtlichen Natur der provinziellen Gütergemeinschaft leitet er ab, daß alle obligationes ex delicto und auch die Geldstrafen der Frau das gemeinschaftliche Vermögen treffen müßten. Diesem stimmt auch der Geheime Justizrath Mark bei, und da einmal durch die Praxis festgestellt ist, daß die Geldstrafen des Mannes das gemeinschaftliche Vermögen treffen, ohne bei künftigen Auseinandersetzungen ihm allein angerechnet werden zu dürfen, so erfordert es allerdings die Reciprocität, dies auch bei der Frau eintreten zu lassen, da sich in Beziehung auf widerrechtliche Handlungen aus der rechtlichen Stellung des Mannes kein Vorrecht für ihn herleiten läßt.

Die ständischen Deputirten haben sich damit ausdrücklich einverstanden erklärt.

Act. comm. f. 79.

Unnötig ist es übrigens, hier zu wiederholen, daß die vor der Ehe contrahirten Verbindlichkeiten gemeinschaftlich würden, und wie weit die Dispositionsbefugniß der überlebenden Ehegatten nach Auflösung des Verhältnisses gehe, ist erst späterhin zu sagen.

In dem Entwurfe des Geheimen Justizrath Mark ist übrigens im §. 13 noch gesagt:

„die Frau ist für die Verpflichtung des Mannes mit ihrer Person nicht haftbar.“

Indessen findet sich nirgends behauptet, daß dies in Minden und Ravensberg positiv begründeten Rechtens sei. Auch dürfte die Bestimmung überflüssig sein, sofern sie sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst versteht, indem der Mann nicht als Mandatar der Frau anzusehen ist

und überdies in den betreffenden Paragraphen überall nur die Verpflichtung des Ehevermögens ausgesprochen ist. Nach allgemeinen Grundsätzen wird daher auch zu beurtheilen sein, inwiefern wegen der Schulden der Frau Personal-Arrest gegen den Mann zulässig sei, namentlich wegen der aus unerlaubten Handlungen entspringenden Verbindlichkeiten.

Zu §. 61.

Wigand im §. 28 und 29 und der Commissarius in §. 14 nehmen an,

die Verwaltungs- und Dispositions-Befugniß des Mannes höre in den hier gesetzten Fällen auf und die ganze Gewalt desselben gehe auf die Frau über.

Zunächst scheint es jedoch nicht zulässig, anzunehmen, daß das maritalische Recht gänzlich aufhöre, so lange der Mann noch lebt. Es ruht nur und tritt wieder in seine Wirksamkeit, sobald seine Handlungs- (Rechts-) Fähigkeit wieder hergestellt wird. Nach dem desfallsigen Antrage des Deputirten Rintelen, welchem der Regierungs-Commissarius beigetreten, ist daher die Fassung des Vorschlags geändert worden.

Ein großer Meinungs-Zwiespalt ist bei der Verhandlung mit den ständischen Deputirten über die Frage entstanden:

ob auch das Veräußerungs-Recht des Mannes auf die Frau übergehe.

Wigand führt ad §. 29 an, dies sei Herkommen und beruft sich dafür auf Restner und auf die in Betreff des Paderbornschen Provinzial-Rechts beigebrachten Beweise. Ein großes Gewicht legt er aber auch auf die eigenthümliche Natur dieser provinziellen Gütergemeinschaft.

Der Geheime Justizrath Mark gründet seinen Vorschlag bloß auf dieses Argument ohne die historische Begründung desselben zu behaupten.

Der Deputirte Rintelen und mit ihm der Regierungs-Commissarius bestreiten es, daß sich ein besonderes Ge-

wohnheitsrecht in dieser Beziehung gebildet habe und wenn dasselbe nicht noch näher dargethan wird, so kann hier auch in der That um so weniger von einem solchen bestehenden Rechte ausgegangen werden, als die älteren Entwürfe desselben theils gar nicht erwähnen, theils dagegen zeugen. Namentlich ist im §. 43 des von Arnim'schen Entwurfs de 1802 sogar angenommen:

daß erst die vormundschaftliche Behörde zu beurtheilen habe, ob der Frau überhaupt die Verwaltung zu überlassen sei.

Hiernach wird die Bestimmung zunächst nach der Natur des Rechtsverhältnisses und nach allgemeinen Grundsätzen zu normiren sein. Gegen die Uebertragung der Verwaltung an einen Dritten als Curator spricht es nun ganz entschieden, daß die Gütergemeinschaft selbst nicht aufgelöst wird, daß also auch das Vermögen der Frau in der Vermögensmasse bleibt, dieser aber nicht zugemuthet werden kann, sich ebenfalls, da sie doch ganz dispositionsfähig ist, einer Curatel zu unterwerfen.

Daher scheint es allerdings dem Wesen des Instituts vollkommen entsprechend, daß die Administration stets auf die Frau übergeht,

und darin sind auch alle ständische Deputirte einverstanden. Sodann läßt sich für die Uebertragung auch der Veräußerungs-Befugniß auf die Frau ferner anführen, daß sie ja nach dem Tode des Mannes diese Gewalt ebenfalls bekomme, und wenn sie dieselbe ihren Kindern gegenüber ausüben könne, auch wenn Minderjährige darunter seien, so sei nicht wohl einzusehen, weshalb der unter Curatel gesetzte Mann mehr den Schutz der Geseze verdiene, als die Kinder.

Dies Argument hat vielen Schein für sich; aber gleichwohl müssen folgende Betrachtungen bestimmen, der entgegengesetzten Meinung den Vorzug zu geben.

Es handelt sich bloß um eine vorübergehende Maaßregel, die wesentlich auch im Interesse des Mannes

selbst getroffen werden soll. In Fällen der vorliegenden Art kann überhaupt nicht so entscheidend eingegriffen werden, wie da, wo nach Jemandes Tode ein Anderer definitiv an seine Stelle tritt. Daher kann auch in Fällen, wo der eigentliche Erbe noch nicht völlig ermittelt ist, der anwesende eventuelle Erbe zwar ebenfalls die Curatel und Verwaltung über den Nachlaß veranlagen; er muß aber, bis er definitiv Erbe wird, die Substanz möglichst conserviren und darf ohne obrigkeitliches Decret keine Grundstücke veräußern und keine Kapitalien einziehen.

§. 474. sqq. und §. 490. Allg. Landrecht. I. 9.

Der Mann darf nicht der Gefahr ausgesetzt werden, nach der Widererlangung seiner Geistesfreiheit oder nach seiner moralischen Besserung von seiner Verschwendungssucht, vielleicht Haus und Hof verkauft und eine ganz andere Art seiner Vermögensanlage vorzuführen, die ihm durchaus nicht zusagt.

Uebrigens kann bei so wichtigen Fragen, ob z. B. ein Grundstück zu verkaufen sei, die Nothwendigkeit der vormundschaftlichen Prüfung und Genehmigung theils überhaupt nicht gerade für ein Uebel angesehen werden, theils würde namentlich in den Fällen, wo dem Manne die Disposition wegen Verschwendungssucht entzogen ist, die Frau häufig, wo nicht meistens in ein sehr schwieriges und schiefes Verhältniß zu dem Manne kommen. Hat sie die volle Gewalt über die Substanz des Vermögens, die er früher hatte, hängt es jetzt von ihrem Willen allein ab, durch Veräußerungen und Kapital-Einziehungen oder Verpfändungen Geld herbei zu schaffen, so wird sie eine seltene Festigkeit besitzen müssen, um den unaufhörlichen Andringungen und Belästigungen ihres Mannes Widerstand zu leisten.

Diese Gründe werden genügen, den §. 61. zu rechtfertigen.

Außerdem ist noch zu erwähnen, daß der Deputirte Hinteln darauf angetragen hat,

die Verwaltung des Vermögens gleich bei Einleitung des Verfahrens auf Prodigalitäts- oder Wüßthümlichkeits-Erklärung gegen den Mann auf die Frau übergehen zu lassen.

Die anderen ständischen Deputirten haben sich jedoch dagegen erklärt und in der That scheint es auch theils nicht zulässig, dies als eine gesetzliche Nothwendigkeit für alle Fälle festzusetzen, theils wird es das Gericht in den geeigneten Fällen von selbst schon thun.

Com. Act. fol. 78.

Zu §. 62.

Diese Bestimmungen enthalten ihrem Wesen nach schon die älteren Entwürfe,

der älteste de 1781 in §. 9.

der Bielefelder in §. 27.

der von Arnimsche in §. 46.

Sie ist — nach Runde (Beitr. II. Abth. 9.) und Eichhorn §. 306 — auch gemeinen Rechts und für die Provinz von allen ständischen Deputirten anerkannt.

In Wigands Vorschlägen fehlt, daß die Verfügung beider Ehegatten in demselben Instrumente gemacht werden müsse. Nach dem Verlangen der Deputirten ist die Ergänzung vom Geh. Justizrath Mark geschehen und beibehalten, da das Allg. Landrecht in §. 483. Th. II. Tit. 1. dasselbe bestimmt.

Daß übrigens beide Eheleute auch unter ihren Kindern legrwillig disponiren und eine ungleiche Vertheilung verordnen können, braucht nicht besonders bestimmt zu werden. Es versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, sobald ihnen dieserhalb nicht eine ausdrückliche Beschränkung gesetzt wird und diese besteht nur darin, daß sie den Descendenten den Pflichttheil nicht entziehen dürfen.

Keiner besondern Rechtfertigung bedarf es auch, daß der einzelne Ehegatte die Disposition weder abändern noch

insbesondere zurücknehmen könne. Denn dieselbe enthält zugleich die Willenserklärung des Andern und diese zu vernichten, darf nicht in seinem einseitigen Belieben stehen.

Von dem Rechte des einzelnen Ehegatten zum Widerruf des Testaments schweigt der Entwurf. Es dürfte aber nöthig sein, darüber eine Bestimmung zu treffen, weil es nicht an Rechtslehrern fehlt, welche den einseitigen Widerruf bei bestehender Gütergemeinschaft für unstatthaft halten, — das Allg. Landrecht ihn aber nicht verbietet.

Nach allgemeinen Grundsätzen sind nur Erbverträge unwiderruflich — und diesen sind testamenta simultanea gleich zu achten, wenn sich die Testatoren des Rechts zum Widerruf ausdrücklich begeben haben.

§. 494. Allg. Landrecht. II. 1.

Wo dies aber nicht geschehen ist, scheint die Widerruflichkeit, die bei allen Verfügungen auf den Todesfall gilt, auch bei gemeinschaftlichen Testamenten eintreten zu müssen und dabei könnte dann nur in Frage kommen, welche Wirkung der Widerruf für die Disposition des andern Testators hat. Nach §. 485. Allg. Landrecht II. 1. besteht diese im Allgemeinen darin, daß alsdann die ganze Disposition zerfällt.

Näher betrachtet, dürfte es jedoch allerdings mit dem Wesen der hier vorliegenden Gütergemeinschaft unverträglich sein, daß zwei verschiedene Successions-Normen zur Anwendung gebracht werden.

Das Allg. Landrecht kennt nur eine Gütergemeinschaft mit bestimmten, wenn gleich nur ideellen Antheilen eines jeden der Ehegatten und dabei mag es dem Einzelnen gestattet sein, bei seiner Hälfte die gesetzliche oder testamentarische Erbfolge gelten zu lassen. Wo aber, wie hier, das gesammte Ehevermögen nur eine Einheit bildet, da kann auch nur nach einer Norm succedirt werden, entweder nach dem Gesetz oder nach einem Testamente. Wird hier das von beiden Ehegatten einmal gemachte Testament

blos von einem derselben widerrufen — so kann dies gar keine Wirkung haben. Denn es ist schon oben anerkannt, daß der Einzelne das Testament weder abändern noch zurücknehmen kann. Er kann aber auch durch seinen Widerruf nicht etwa die gesetzliche Erbfolge über seinen Antheil eintreten lassen — da er gar keinen privativen auch nur ideellen Antheil besitzt.

Er ist nicht im Stande, durch seinen Willen zugleich auch den Willen des Andern zu vernichten; dieser bleibt also bestehen und in Gültigkeit — alsdann aber auch in Gültigkeit für das Gesamt-Vermögen, da es kein getheiltes Vermögen giebt. Niemals kann in einem solchen Testamente vorkommen, daß ein Ehegatte für seine Person allein das Wort nimmt, um einem Dritten eine Sache oder Summe als Erbtheil oder Legat aus dem Gesamt-Vermögen auszubehenden. Dazu ist die Willensvereinigung beider Ehegatten nöthig — und daraus folgt von selbst, daß auch nur ein gemeinschaftlicher Widerruf statthaft ist. Ein einzelner Ehegatte hat gar keinen gültigen Willen bei der Successions-Frage. Hiernach ist denn auch der einseitige Widerruf als unzulässig zu bezeichnen.

Besitzt vielleicht einer der Ehegatten ein Separat-Vermögen (Einhandsgut) -- nach §. 55. oben — so verbleibt ihm in dieser Beziehung, sollte er darüber in dem wechselseitigen Testamente gleichzeitig mit verfügt haben, freie Hand. Der §. 62. bezieht sich nur auf das eheliche Gesamtgut.

Zu §. 63.

Das Provinzial-Recht enthält für diesen Fall keine besondere Bestimmungen. Es müssen daher die gemeinrechtlichen Vorschriften (§. 755—758, §. 811—820. Allg. Landrecht. II. 1.) zur Anwendung kommen. Daß unter denselben sich solche befänden, die mit dem Wesen der provinziellen Gütergemeinschaft in Widerspruch ständen, ist von keiner Seite bemerkt worden und scheint auch in der

That nicht der Fall zu seyn. Namentlich läßt sich nichts dagegen erinnern, daß der unschuldige Ehegatte zwischen der Hälfte des Gesamtvermögens und der Absonderung die Wahl hat.

cf. Eichhorn d. Priv. Recht §. 308.

Zu §§. 64. 65.

Daß der Conjug superstes, wenn keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind, das Allein-Eigenthum des gesamten gemeinschaftlich besessenen Vermögens hat, spricht sich als gemeine Regel in der früher gangbaren Parömie „längst Leib = längst Gut“ aus, und ist insbesondere auch ein allgemein anerkannter Grundsatz des gegenwärtigen Provinzial-Rechts. Er kommt in allen ältern Entwürfen vor:

v. Arnim'sche Entw. §. 48.

Bielefelder Entw. §. 36. 37.

Entw. v. 1781. §. 6.

und ist in praxi stets befolgt, wie der Director Wigand und der Geh. Justiz-Rath Mark bezeugen. Die ständischen Deputirten haben ihn daher auch genehmigt.

Uebrigens ergiebt er sich in der That auch aus der Natur des Condominii pro indiviso von selbst, da sich das Recht des Ueberlebenden schon während der Ehe auf das Vermögen in totum erstreckte und in diesem Umfange nur bestehen bleibt, wenn sein Ehegenosse aufhört, sein Concurrent zu seyn. Es ist ganz dasselbe Verhältniß, wie mit dem Vermögen einer mystischen Person und z. B. bei dem Socius largitatis principis.

Nur daher läßt es sich erklären, daß von einer legitima der Ascendenten, von einer Erbschafts-Antretung oder Ausschlagung, vom beneficio inventarii etc. nirgend die Rede ist. Ganz richtig vermeidet daher der Geh. Justiz-Rath Mark in seinem Entwurfe die Bezeichnung des Ueberlebenden als Erben.

cf. Com. Act. f. 80. und das Botum des Ober-Landes-Ger.-Raths Bachmann II. f. 88.

Unnötig jedoch und zum Theil auch unrichtig würde es seyn, wenn noch, wie vorgeschlagen worden ist, hinzugefügt würde: „daß künftige Rechte, namentlich Erbrechte des Verstorbenen, die bei seinem Leben noch keine Wirksamkeit erlangt hätten, nicht zu der, dem Ueberlebenden verbleibenden Universitas gehörten.“

Auf alle künftige Rechte — z. B. auf Forderungen sub die certo §. 165 Allg. Landrecht I. 4. würde die Ausschließung nicht ausgedehnt werden können. Ueberhaupt bedarf es bei der Fassung des §. 53 dieses Entwurfs der ganzen Bestimmung — namentlich auch hinsichtlich der künftigen Erbrechte nicht. Nach ihr gehören nur die bereits erworbenen, in das Eigenthum schon übergegangenen Rechte zur Gütergemeinschaft — die s. g. höchst persönlichen Rechte des praedefunctus (cf. §. 102 der Eink. und §. 360 Zbl. I. Tit. 9 des Allg. Landrechts) sind daher schon dadurch ausgeschlossen. Es genügt demnach eine Verweisung auf den gedachten §. 53 um so mehr, als wie schon bemerkt ist, der überlebende Ehegatte in Beziehung auf das Ehegut nicht Erbe ist.

Zu §§. 66. 67.

Der §. 66 entspricht im Wesentlichen den §§. 42—45 in Wigands Werke und den §§. 18 und 19 des Entwurfs des Commissarius — insbesondere aber dem Vorschlage der ständischen Deputirten.

Com. Act. fol. 142.

Daß dem lebenden Ehegatten, selbst wenn es die Frau ist, das freie Verwaltungs Recht und auch die Befugniß zu allen Rechtsgeschäften unter Lebendigen, selbst zur Veräußerung von Immobilien zusteht, ist nicht zweifelhaft. Außer dem, was Wigand darüber beigebracht hat, enthält auch die Ausführung des Geh. Justiz-Rath Carl L. 85. 109—111 eine Menge von Belegen dafür und es kann wohl anerkannt werden, daß der Grundsatz notorischen Provinzial-Rechtens sey.

Sehr bestritten ist es aber, ob dem überlebenden

Ehegatten das Allein-Eigenthum des gesammten Ehevermögens, oder ob den Kindern ein Miteigenthum daran zuzuschreiben sey, mit andern Worten, ob und in wiefern eine fortgesetzte Gütergemeinschaft (communio bon. prorogata) eintrete. Die Entscheidung hierüber ist für sehr wichtige Fragen erheblich. Es ist hier aber der von dem Commissarius vertheidigten und von den ständischen Deputirten bestätigten Ansicht gefolgt, wenn gleich die nähere Begründung derselben, da sie zum Theil aus den erst noch fernerhin darzustellenden, nach entschiedener Gemohnheit, dem überlebenden Ehegatten zustehenden einzelnen Rechten zu schöpfen ist, bis dahin ausgesetzt werden mag.

Uebrigens schließt allerdings das Allein-Eigenthum des überlebenden Ehegatten an dem Ehevermögen jede Concurrenz der Vormundschaft, welche über die etwa minderjährigen oder blödsinnigen oder sonst handlungsunfähigen Kinder angeordnet ist, aus. Dies folgt so offenbar aus dem Begriffe des Eigenthums, daß es völlig überflüssig ist, darüber eine eigene Bestimmung aufzunehmen. Ueberdem ist auch der Schluß des §. 66 so gefaßt, daß dadurch jedes in dieser Beziehung etwa noch mögliche Bedenken entfernt wird. Uebrigens geht Wigand darin offenbar zu weit, daß er überhaupt die Anstellung von Vormündern für unstatthaft hält. Tutor personae datur — dieser Grund tritt hiere benfalls ein, wenn der Vater todt und die Kinder minorenn oder sonst eines Vormundes bedürftig sind. Auch hat der Vormund allerdings die Pflicht einzuschreiten, wenn sich die Mutter einem unordentlichen, verschwenderischen Leben hingiebt.

Schließlich wird in Betreff der Einschränkung des überlebenden Ehegatten in der Befugniß zu Schenkungen auf die Bemerkungen zu §. 58 verwiesen. Das Verhältniß ist hier zwar nicht ganz so, wie dort — es fehlt an einem Miteigenthümer — doch sind freilich die Kinder in der Wirklichkeit immer sehr wesentlich bei dem s. g.

Gesammtgute theilhaftig, mag man dem Verhältnisse zwischen ihnen und dem parens superstes den Namen einer *communio honor. prorogata* beilegen oder nicht. Auch hier ist zu bemerken, daß in den älteren Entwürfen dem überlebenden Ehegatten die Schenkungsbefugniß nicht beilegt ist, und daß sie ihm speciell durch Gewohnheit beilegt worden, ist hier ebenfalls nicht dargethan.

Zu §. 68.

In dem §. 45 bei Wigand ist zwar auch von einem Rechte der Kinder zur „Mitbenutzung des Gemeinguts“ die Rede. Allein diesem Ausdrucke fehlt es bei der ausschließlichen Verwaltungs- und Dispositions-Befugniß des Vaters oder der Mutter an einem rechtlichen Inhalte. Die ständischen Deputirten haben die Normirung des Grundsatzes, wie er in dem gegenwärtigen Entwurfe aufgenommen ist, vorgeschlagen und der Geh. Justiz-Rath Mark ist dem beigetreten.

Com. Act. fol. 142.

Zu §§. 69. 70.

Zur Begründung dieser Bestimmung, die übrigens auch gemeinen Rechts ist (cf. Eichhorn §. 307), kann im Allgemeinen auf das verwiesen werden, was darüber in dem Werke von Wigand angeführt worden ist. Der Commissarius und die ständischen Deputirten haben die Grundsätze als richtig angenommen und nur eine andere Fassung in Antrag gebracht. Ihre Vorschläge stimmen im Wesentlichen mit den aufgenommenen §§. überein.

Com. Act. f. 144. 145.

Nicht aufgenommen ist jedoch außerdem noch die von Wigand in §. 45 vorgeschlagene Bestimmung:

daß die Kinder über keinen Theil des Gesamtguts disponiren und dasselbe durch ihre Schulden nicht verpflichtet könnten.

Die Deputirten haben den Grundsatz an sich als richtig anerkannt. Er folgt aber von selbst aus den Bestimmungen in §§. 66 und 67 dieses Entwurfs und daher hat

ihn auch der Geh. Justiz-Rath Mark aus seinem Entwurfe weggelassen. — Sollte seine Aufnahme beschlossen werden, so würde noch eine Klausel hinzuzufügen seyn, woraus hervorginge, daß die Schulden der Kinder bloß so lange nicht aus dem s. g. Gesamtgute beigetrieben werden könnten, als es im Besitze der Mutter und noch nicht in dem ihrigen sey.

Endlich scheint es unstatthaft und beziehungsweise unnöthig zu seyn, folgende übrigens auch Seitens des Commissarius in §. 24 (cf. Wigand §. 50) vorgeschlagene Bestimmung aufzunehmen:

„dem Ueberlebenden gebührt an diesem Vermögen (nemlich an dem, was die Kinder durch Erbrecht u. erwerben) die Nutznießung.“

Die ständischen Deputirten haben gegen diesen Satz nichts erinnert

Com. Act. f. 143.

Es ist aber zu erwägen, daß dieses in Art. 13 und 22 Tit. II. Lit. 2. des Mindner Stadtrechts allerdings festgesetzte älterliche Nutznießungsrecht, keine rechtliche Folge der ehelichen Gütergemeinschaft seyn kann. Denn nach §. 70 des gegenwärtigen Entwurfs ist diese Art des Vermögens der Kinder ausdrücklich von der Gemeinschaft oder von dem Gesamtgute ausgeschlossen. Dieses Nutznießungsrecht steht den Eltern demnach nur als solchen zu — beruht also auf einem andern Rechtsgrunde als auf der Gütergemeinschaft (*tutela fructuaria*, *usufructus juris germanici*, *usufructus maternus*,) und ist daher nicht zu den wiederhergestellten provincial-rechtlichen Bestimmungen zu zählen. Soweit es übrigens auf den Nießbrauch des Vaters ankommt, würde es ohnehin keiner speciellen Bestimmung hier bedürfen.

Event. würde übrigens — dem Statute zufolge — die einschränkende Klausel einzuschalten sein:

„so lange sie in der Eltern Brode sind.“

Motive. Badenborn.

Zu §. 71.

Der Grundsatz ist schon gemeinen Rechtsens und als in der Provinz herrschend namentlich auch von den ständischen Deputirten anerkannt.

Com. Act. f. 145.

Auch nach Allg. Landrecht II. 2. §. 232 ist der Anspruch der Kinder auf eine Aussteuer begründet — jedoch darf dieselbe hiernach zunächst aus ihrem poculio genommen werden. Daher dürfen die Worte „aus dem Gemeingute,“ welche sich übrigens auch in dem von den Deputirten genehmigten Entwürfe des Director Wigand finden, nicht weggelassen werden.

Wigand erfordert außerdem die Großjährigkeit der Kinder zur Begründung jenes Anspruches — doch erwähnen dieses Requisites weder das Minder Stadtrecht noch die ältern Entwürfe, und in der That kann es nach dem augenscheinlichen Zwecke der Aussteuer auf die Großjährigkeit auch nicht ankommen, sobald nur überhaupt das Alter und die übrigen Umstände der Kinder zu dem Beschlusse ihrer Verheirathung und eignen Einrichtung geführt haben.

Der Schluß des §. 49 in Wigands Werke kann hier wegbleiben — da der Grundsatz späterhin in §. 76 wieder vorkommt und auch hier erst an seiner Stelle ist.

Hiernächst folgt in §. 53 des Wigandschen Werkes die Bestimmung, daß die Ausstattung eines Kindes auch zur vertragmäßigen Absonderung werden könne, wodurch denn das abgeforderte Kind von dem Gesamtvermögen völlig abgefunden werde. — Es kann jedoch einer besondern Bestimmung, daß solche Verträge zulässig seyen, nicht bedürfen. — Ihre Form richtet sich nach den allgemeinen Gesetzen; in dieser Beziehung sind auch keine besondere provincialgesetzliche Normen behauptet. Ihre Wirkung richtet sich theils nach ihrem Inhalte, theils ebenfalls nach den allgemeinen Gesetzen. Sofern sich aber diese Wirkung bei der Schlichtung oder bei dem künftigen Erb-falle äußert, kann derselben erst dort gedacht werden.

Zu §. 72.

An sich ist es nicht bestritten, daß der parens superstes testiren kann. Ist er Eigenthümer des Vermögens, so folgt schon daraus seine Befugniß dazu. Sie steht aber auch usuell fest, wie nicht nur Wigand, sondern auch der Geh. Justiz-Rath Mark

Com. Act. f. 137. 116.

und der Ober-Land.-Ger.-Rath Bachmann II. in seiner Beleuchtung

f. 90. 94.

versichern.

Zweifelhaft ist es jedoch, ob der leßtlebende Ehegatte nur über die Hälfte des Vermögens disponiren kann — die andere Hälfte also ganz unberührt und dann außerdem den Kindern von seiner Hälfte noch die legitima frei lassen muß.

In einer bei der Mindenschen Regierung verhandelten Proceß-Sache hat sich die Gesetz-Commission unter dem 4. April 1789 für diese Ansicht ausgesprochen, und dasselbe hat auch im Jahre 1824 das Geheime Ober-Tribunal in der Paderbornschen Sache (Dohmann ca. Rehermann) angenommen.

cf. Jahrb. Bd. 35 S. 36.

Selbst aber im Mindenschen und Ravensbergischen soll nach

Fol. 94 der Com. Act.

bei allen Untergerichten, in neuerer Zeit wenigstens, und namentlich auch noch seit der Bekanntmachung der Entscheidung des Geheimen Ober-Tribunals der Grundsatz herrschend gewesen und geblieben sein, daß der parens superstes den Kindern nur die Hälfte des ganzen Vermögens zu belassen brauche. Freilich versichert der Deputirte Verleger

Com. Act. f. 144,

daß im Ravensbergischen hin und wieder die entgegengesetzte Praxis bestehe. Doch hat auch er sich der Mei-

nung aller übrigen Deputirten und des Abgeordneten der Regierung angeschlossen, daß der Grundsatz als allgemein gültig aufzunehmen sei.

Dies entspricht in der That auch dem Wesen des Verhältnisses. Es besteht keine *Communio pro diviso*, sondern von Anfang an war das ganze Vermögen nur ein Gut; ungetheilt ging es auf den überlebenden Ehegatten über, ohne daß etwa die Kinder *jure hereditario* einen Antheil daran erlangt hätten, also auf die Hälfte bereits ein *jus quaesitum* besäßen und dadurch die Dispositionsbefugniß des *parens superstes* ausschließen.

Der *parens superstes* hat das unzweifelhafte Recht, schon *inter vivos* mit den Kindern zu sichten und durch Abtretung der Hälfte des Vermögens die andre Hälfte von allen Erbansprüchen der Kinder zu befreien. Kein anderer Grund ist hiefür denkbar, als der ganz zunächst liegende, daß das ganze Vermögen als sein Eigenthum angesehen wird, das Anrecht der Kinder aber nur als der Anspruch auf eine *legitima*. Grundsatzmäßig muß also der überlebende Ehegatte auch für berechtigt angesehen werden; dasselbe Resultat durch eine letztwillige Verfügung herbeizuführen — nämlich auch *mortis causa* über das ganze Vermögen mit Vorbehalt des den Kindern zustehenden Anspruchs auf die Hälfte zu disponiren.

Zu §. 73. Nr. 1.

Diese Bestimmung ist unbestrittenen Rechts und kommt im Wesentlichen schon in den ältern Entwürfen von 1781 §. 10 und 1802 (§. 59) vor. Die ständischen Deputirten haben dabei nur, wie überall in ähnlichen Fällen, darauf angetragen, die bei Wigand vorkommenden Ausdrücke „fortgesetzte Gütergemeinschaft“ wegzulassen.

Zu §. 73. Nr. 2.

Diese Regel entspricht zwar nicht dem angenommenen Grundsatz, daß der Ueberlebende Eigenthümer des Vermögens sei. Streng genommen müßte vielmehr in diesen Fällen eine vormundschaftliche Verwaltung des ganzen Ver-

mögens für alleinige Rechnung des *prodigi* (*furiosi etc.*) eingeleitet und bis an seinen Tod fortgesetzt werden. Hierfür spricht sich auch der Oberlandesgerichts-Rath Bachmann II. in seinem abschriftlich zu den Akten gebrachten Votum Fol. 140. aus, und in der That streiten alle die Gründe und Betrachtungen, die oben angeführt sind, um zu widerlegen, daß in stehender Ehe dem Manne nicht gleich definitiv sein ganzes Recht entzogen werden könne, wenn er nur vorübergehend unfähig wird, auch gegen diese Vorschrift.

Für jetzt indessen ist dieselbe nach den gesammelten Materialien und nach dem Anerkenntniß der ständischen Deputirten als bestehendes Recht anzuerkennen und hier mit aufzunehmen gewesen.

Uebrigens ist es zu weit gegangen, wenn der Commissarius die Vorschrift dahin vorschlägt,

„das Gesamtgut werde unter den Descendenten vertheilt.“

Wigand führt in seinen Motiven die Observanz nur dahin an, daß die Schichtung eintrete, und diese kann auch höchstens nur von den Kindern verlangt werden.

Die ständischen Deputirten haben den Zusatz vorgeschlagen,

daß die Theilungsgrundsätze hier dieselben seien, wie bei Eingehung der zweiten Ehe

Com. Act. Fol. 144.

Eine weitere Aeußerung hat darüber nicht stattgefunden, — man sieht auch nicht, auf welche Weise es bisher damit gehalten ist. Es können aber schwerlich alle Bestimmungen, wie sie bei der Schichtung im Fall der zweiten Ehe gleich näher vorkommen werden, eintreten, namentlich nicht das persönliche Wahlrecht des überlebenden Ehegatten. Freilich aber wird es einer näheren Normirung dieses Punkts bedürfen und allenfalls noch näher festzustellen sein, wie es in der Praxis damit gehalten ist.

Zu §. 73. Nr. 3.

Diese Bestimmung bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Zu bemerken ist nur, daß hier zum erstenmale Erben auftreten. Bei dem Tode des ersten Ehegatten war davon nirgend die Rede, die Kinder hatten dabei gar keinen Willen, sie hatten weder ein Antrretungs- noch ein Ausschlagungsrecht, sie wurden für keinerlei Verbindlichkeiten des defuncti verhaftet. Jetzt aber wird ihnen wirklich eine hereditas deferirt, sie haben die Befugniß, sie anzunehmen oder auszuschlagen, und sie haften für die Schulden wie Erben überhaupt.

Um dies anzudeuten, sind in die Vorschrift die Worte eingeschaltet:

„als Erben.“

Daß sie als solche zu betrachten sind, ist eben so unzweifelhaft, als sich ein andres Rechtsverhältniß gar nicht denken läßt. In der Darstellung des Oberlandesgerichtes Rath Bachmann II.

Fol. 98 v. Com. Act.

wird es ausdrücklich anerkannt und dagegen hat der Commissarius nichts bemerkt. Anders verhält es sich mit dem Abdicat, welches einem einzelnen Kinde bei der Ausstattung zur Abgüterung ausgekehrt worden.

Schließlich ist noch wegen des §. 60 im Wigandschen Entwurfe (in dem Entwurfe des Commissarius §. 28 Nr. 4) zu bemerken, daß es sich vollkommen von selbst versteht, daß das Verhältniß zwischen dem letzten der Aeltern und den Kindern gänzlich aufhört, wenn alle Kinder und resp. Descendenten sterben. Alsdann steht der Superstes mit seinem Vermögen lediglich unter dem gemeinen Rechte, ganz so, wie in dem Falle, wo von Anfang an keine Kinder da waren. Die Deputirten haben daher einstimmig darauf angetragen, den §. 60 wegzulassen.

Fol. 144 v. Com. Act.

Eine des Hervorhebens werthe Wirkung des Todes der Kinder wäre vielleicht die:

daß die verwittweten Ehegatten derselben nicht etwa intuitu des s. g. Gesamtguts in ihre Stelle treten. Denn das aus der Kindenschaft fließende Anrecht auf das sogenannte Gesamtvormögen, sofern es seinem Wesen nach in einem Erbanspruche, in einer gleich mit seiner Geburt durch das Gesetz begründeten spes certa succedendi besteht, ist nur ein, höchst persönliches, und höchst persönliche Rechte werden nach §. 53 oben nicht mit in die eheliche Gütergemeinschaft übertragen. Heirathet daher ein solches Kind, so wird zwar sein Anspruch auf eine Aussteuer, als ein jus praesens (quaesitum) in die Gütergemeinschaft zwischen ihm und dem andern Ehegatten übergehen, aber das Hauptrecht, welches erst nach dem Tode seiner Eltern aus dem Keime tritt, ist ein unübertragbares, unveräußerliches Recht, worüber daher auch nicht durch Testament verfügt werden kann. In einigen Fällen gelangt jenes Anrecht zwar schon früher zur Geltendmachung, z. B. wenn der parens superstes freiwillig scheidet oder prodigus wird, dies sind aber nur Nachbildungen des wirklichen Erbrechts und daher können nur Abdicat, die bereits auf rechtsgültige Weise constituirte sind, in die Gütergemeinschaft gebracht werden.

Alles dies ergibt sich aber aus allgemeinen Grundsätzen und insbesondere aus dem §. 53 dieses Entwurfs, weshalb denn auch der Geh. Justizrath Mark keine specielle Bestimmung darüber zum Texte, in Vorschlag gebracht hat.

(cf. Bachmann's Votum f. 106.)

Zu §. 74. 75.

Bei diesen Bestimmungen findet nicht der geringste Zweifel statt. Namentlich ist es unbestrittenes Rechtens, daß kein Stück des Vermögens, selbst nicht die Kleidung in dem Inventario fehlen darf.

Auch kommt es, wie ganz richtig in dem Gutachten des Oberlandesgerichtes-Rathes Bachmann II. (act. com. Fol. 91) hervorgehoben wird, nicht auf den Umfang, auf

den Zustand des Vermögens zur Zeit des Todes des zuerst gestorbenen Ehegatten, sondern auf den gegenwärtigen an. Dies ist der größern Bestimmtheit wegen ausdrücklich bemerkt worden.

Daß die etwa vertragsmäßig bereits abgetheilten unter den Kindern bei dieser Theilung nicht wieder concurriren, versteht sich von selbst.

Zu §. 76.

Auch dieser Grundsatz steht unbestritten fest. Schon der Art. 5 Lit. II. des Mindener Stadtrechts schrieb vor, daß die ausgesteuerten Kinder ihre Ausstattungen conferiren müßten, damit die unausgesteuerten eben so viel vorausnähmen, als jene empfangen hätten.

In dem Gutachten des Oberlandesgerichts Rath's Bachmann

Com. Act. Fol. 91 v.

ist als conferendum auch das bezeichnet,

„was den Kindern unter dem Vorbehalte der Anrechnung auf den Kindesheil vorgeschossen worden.“

Es dürfte sich dies aber freilich ganz von selbst verstehen, und ist daher auch vom Commissarius nicht speciell exprimirt worden.

Zu §. 77.

Den ehelichen Kindern ist zwar das Recht, die Auseinandersetzung und die Ausantwortung des halben Vermögens zu verlangen, beigelegt, wenn der überlebende von ihren Aeltern zu einer fernern Ehe schreiten will, und dies ist, da doch der parens superstes auch ihnen gegenüber für den Allein-Eigenthümer des Vermögens gilt, allerdings eine Anomalie; allein diese anomalische Vorschrift beruht auf Rücksichten, die bei dem unehelichen Kinde nicht stattfinden. Das uneheliche Kind kann sich nicht, wie das eheliche nach dem Tode eines seiner Aeltern, darauf berufen, daß in dem Vermögen seiner Mutter irgend ein Theil begriffen sei, worauf ihm bereits irgend ein Unrecht zugefallen sei, und wenn es daher in der vom Com-

missarius in dieser Beziehung vorgeschlagenen Vorschrift §. 33 heißt:

„Ein unehelich gebornes Kind kann, wenn seine Mutter einen andern, als seinen Erzeuger heirathet, bei Eingehung dieser Ehe keine Ansprüche machen, die denjenigen, welche den ehelichen Kindern bei Eingehung einer zweiten Ehe gebühren, gleich kommen. Dagegen bleibt dem Kinde sein gesetzliches Erbrecht auf den Nachlaß der Mutter vorbehalten und sie ist verbunden, denjenigen Theil ihres Vermögens als Abfindung sicher zu stellen, welcher dem gesetzlichen Pflichttheile des Kindes zur Zeit der Verheirathung der Mutter gleichkommt.“

cf. Wigand §. 65.

Com. Act. §. 181.

so ist der erste Satz in diesem Vorschlage ganz unstreitig richtig.

In dem Bielefelder Entwurf §. 92 ist zwar dem unehelichen Kinde das Recht, die Schickung zu verlangen, beigelegt und dabei bemerkt, dies sei Observanz. Auch erwähnt der Deputirte Verleger,

Com. Act. Fol. 181 v.

in seiner Gegend komme es noch jetzt häufig vor, daß das uneheliche Kind, wenn seine Mutter einen Andern, als dessen Vater heirathe, vollständig vom Vermögen abgefunden werde.

Allein schon früher fand die Annahme in dem Bielefelder Entwurfe Widerspruch und in dem Mindner Haupt-Entwurfe

§. 89. 90.

wurde der Grundsatz nur dahin adoptirt:

daß das uneheliche Kind in jenem Falle auf die Ausmittelung und Sicherstellung des Pflichttheils von dem Vermögen der Mutter antragen könne, daß aber auch dies nicht Statt finde, wenn die Mutter die Güter-Gemeinschaft mit ihrem Manne ausschliesse.

Was eigentlich wahres Gewohnheitsrecht in diesem Punkte sei, ist demnach nicht klar zu erkennen. Es scheint vielmehr, daß sich keine bestimmte Ansicht entschieden als die überall gültige Regel geltend gemacht und als Praxis der Gerichte oder Volksgewohnheit fixirt habe — und in dieser Voraussetzung kam es nicht bedenklich sein, der Vorschrift im §. 99 des Anhangs zu §. 656 Allg. Landrechts II. 2 auch in Westphalen Anwendbarkeit zuzusprechen. .

Es heißt hier:

Heirathet Jemand eine Frauensperson, welche uneheliche Kinder hat, ohne vor der Hand auf Abfindung und Abgüterung des unehelichen Kindes zu bestehen, so erbt im Falle der Güter-Gemeinschaft das uneheliche Kind die der Mutter zustehende Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens, mit den ehelichen Kindern zu gleichen Theilen.

Das Wesentliche, was hier verordnet worden, ist: daß da, wo Jemand die Mutter eines unehelichen Kindes heirathet, ohne zuvor dessen Abgüterung zu veranlassen, diesem Kinde auf das Gesammt alle Anrechte eines in der eingegangenen Ehe gebornen Kindes zur Hälfte gebühren.

Das in Minden und Ravensberg bestehende Gütergemeinschafts-System enthält keinen einzigen Grundsatz, der jener Bestimmung widerspricht. Ob die Kinder gleich bei dem Tode des ersten Ehegatten oder erst nach dem Tode beider Eheleute Erbrechte haben, ist in Beziehung auf den Hauptgrundsatz gleichgültig. Der Zweck des Gesetzes ist:

„Gleichstellung der Anrechte des unehelichen Kindes mit denen der künftigen ehelichen Kinder in Beziehung auf die Hälfte des Gemeinguts.

Daß übrigens dem unehelichen Kinde während der Ehe seine allgemeinen gesetzlichen Ansprüche gegen die Mutter auf Alimentation u. s. w. dadurch, daß die Mutter die Güter-Gemeinschaft mit ihrem Manne einging und ihr

Vermögen in dessen Gewalt brachte, nicht verschränkt worden, ist gar nicht zu bestreiten. Mit ihrem Vermögen brachte die Mutter auch alle Verbindlichkeiten in die Güter-Gemeinschaft, und dahin gehören in erster Reihe auch alle aus dem Gesetze hervorgegangenen Verbindlichkeiten. Der Geh. Justizrath Mark führt

Fol. 181 der Com. Act.

einen Rechtsfall an (Ummelmann contra Korte) wo der II. Senat des Oberlandesgerichts zu Paderborn angenommen hat,

dadurch, daß die Mutter eines unehelichen Kindes in die eheliche Güter-Gemeinschaft mit einem Andern als dem natürlichen Vater trete, disponire sie inter vivos über ihr ganzes Vermögen; sterbe sie vor ihrem Manne, so werde dieser der Allein-Eigenthümer jure consolidationis und erst, wenn dieser sterbe, sei ein Nachlaß da, aber der Nachlaß einer Person, gegen welche das uneheliche Kind gar keine Erbrechte habe.

Diese Ansicht bekämpft der Commissarius mit Recht, — die Mutter wurde ihres Vermögens, als sie in die Güter-Gemeinschaft trat, nicht verlustig — dies Vermögen verschmolz sich nur mit dem ihres Mannes, befindet sich aber fortwährend in der Masse, auch noch bei dem Tode ihres Mannes.

Dieses Beispiel zeigt, wie zweckmäßig es ist, die Vorschrift im §. 99 des Anhangs zum Allg. Landrechte mit der aus dem Wesen der provinziellen Güter-Gemeinschaft sich ergebenden Modification ausdrücklich für gültig zu erklären.

Zu §. 78. 79.

Der Grundsatz im §. 78 ist völlig unzweifelhaft.

Was aber die Rechte der Gläubiger betrifft, so hat das Oberlandesgericht zu Paderborn in der von Wigand ad §. 67 in der Note allegirten Sache, und ebenso in dem in Sommer's Archiv Bd. I. S. 44 abgedruckten Rechtsfalle den Grundsatz aufgestellt, daß die Gläubiger gar keine

Ansprüche gegen die abgeschicketen Kinder hätten — und dieser Ansicht scheinen auch der Commissarius und die Deputirten zu sein, indem sie

fol. 182. Com. Act.

den von Wigand im §. 67 aufgestellten Grundsatz schlechweg für falsch erklären und die Vorschrift dahin aufstellen:

„die Rechte der Gläubiger werden durch die Schichtung nicht verändert.“

Freilich ist diese Fassung so allgemein, daß nach ihr die Gläubiger sich ebenfalls an die abgetheilten Kinder halten könnten — sie sagt nicht das contrarium von dem, was Wigand angenommen hat und also anscheinend auch nicht das, was damit hat ausgedrückt werden sollen.

Eben deshalb aber, und weil die Praxis des Oberlandesgerichts in Paderborn bei diesem Punkte nicht für richtig angesehen werden kann, wird es nöthig sein, eine bestimmte Vorschrift aufzustellen, wodurch jeder Zweifel beseitigt wird.

Wigand führt für die Haftung der abgetheilten Kinder der schlagende Gründe, namentlich auch geschichtlicher Art an. Auf sie (Bd. I. S. 67 und Bd. II. S. 35.) und auf die sehr gründliche Ausführung in dem Revisions-Erkenntnisse des Oberlandesgerichts zu Halberstadt in Sachen Schreiber ca. Trettner (Sommer's Neues Archiv. Bd. I. S. 522. seq.) kann im Allgemeinen Bezug genommen werden. Hervorzuheben bleibt hier nur, daß die Schichtung in der That doch einmal nichts anders als eine Theilung ist, — eine Theilung aber setzt nothwendig 1, eine Sache oder einen Inbegriff von Sachen, und 2, eine Mehrheit von berechtigten Personen — von Theilnehmern — voraus. Wie sich diese Rechte gebildet haben, ob sie bisher geschlummert haben, ist völlig gleichgültig. Es ist namentlich auch unerheblich, ob die Rechte der Kinder eines in Gütergemeinschaft gestorbenen Ehegatten auf dem gemeinschaftlichen Vermögen der Regel nach so lange ruhen, bis der zweite Ehegatte ebenfalls

stirbt; genug, daß das Gesetz diese Rechte ausnahmsweise auch alsdann schon zur Geltendmachung und Realisirung hervorruft, sie also für ein jus praesens erklärt, wenn der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe schreitet, und nun jetzt schon in Ausführung kommen läßt, was im gewöhnlichen Laufe der Natur erst später nach seinem Tode geschehen wäre. In der That steht bei der Schichtung die Sache ganz so, als wenn der überlebende Ehegatte ein Testament gemacht und den Kindern grade ihre Hälfte an dem Vermögen zugewiesen hätte; die Schichtung ist eine anticipirte Succession oder Erbtheilung, wie sie dem überlebenden Ehegatten auch ohne anderweite Verheirathung freisteht. Keine Analogie liegt daher auch näher, als in Betreff der Gläubiger diejenigen Vorschriften gelten zu lassen, welche da eintreten, wo grade der Tod die Veranlassung zu der Theilung gab, also die Vorschriften von Erbtheilungen. Die occasio divisionis kann von keinem Einflusse auf die Rechte der Gläubiger sein.

Auf keinen Fall aber ist es ein titulus singularis, woraus die Kinder ihre Antheile bekommen, sie gelten vielmehr in dem Augenblicke, wo die Theilung wirklich vorgenommen wird, für vollständige Miteigenthümer der universitas, sie bekommen Quoten aus dem nun als gemeinschaftlich vorliegenden Vermögen und daher, nach dem allgemeinen Grundsatz: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, müssen sie nothwendig auch quotenmäßig die Schulden tragen.

Der aufgenommene Grundsatz ist daher nach allen Seiten hin rechtlich vollkommen begründet — und es braucht nicht erst noch darauf hingewiesen zu werden, welche Gefahr den Gläubigern bereitet würde, wenn es in dem Belieben des überlebenden Ehegatten und seiner Kinder stände, hinter ihrem Rücken das Vermögen so zu theilen, daß vielleicht auf der einen Seite (der Kinder) ganz allein das Activ-Vermögen und auf der andern (des Ehegatten) nur die Schulden liegen würden.

Den allgemeinen Rechtsprincipien vollkommen entsprechend ist daher schon in dem Entwurfe des 1781 gesagt worden, §. 7:

Obwohl die schichtenden Eltern die Bezahlung der Schulden übernehmen, so präjudicirt doch dieses pactum nicht dem Creditor, sondern dieser behält pro rata seine Klage auch gegen die abgetheilten Kinder, und diesen kann nur der Regreß gegen die Eltern vorbehalten werden.

Zu §. 80.

Zuvörderst ist hier zu bemerken, daß der §. 68 und der zweite Satz in §. 70 des Wigandschen Entwurfs, als sich von selbst verstehend übergangen sind, nach dem Vorschlage des Geh. Justiz-Rath Mark, dem die ständischen Deputirten beigetreten sind.

Com. Act. fol. 148. 149.

Die oben aus §. 70 aufgenommene Bestimmung versteht sich im Ganzen zwar ebenfalls von selbst — denn *lex specialis derogat generali*. Doch ist die Aufnahme beantragt, und eine Hinweisung läßt sich hier wohl rechtfertigen. Namentlich berührt sie die nach dem Westphälischen Erbfolge-Gesetz vom 13. Juli 1836 zu beurtheilenden Güter.

Zu §. 81.

Diese Bestimmung ist aus dem vierten Artikel der Untergerichts-Instruction, de dato Berlin, d. 25. März 1768, übernommen. Sie findet sich in allen ältern Entwürfen, und auch jetzt haben alle ständischen Deputirten und der Abgeordnete der Regierung mit dem Commissarius darauf angetragen, sie beizubehalten.

Wigand führt freilich nach seinem §. 78. gegen die Aufnahme derselben in das Provinzial-Gesetzbuch, Gründe an, welche vielen Schein für sich haben. Er sucht anzuführen, daß jene Regel nicht ein Ausfluß, eine Eigenthümlichkeit der ehelichen Güter-Gemeinschaft sein könne, da ja die Güter-Gemeinschaft durch die Schichtung völlig aufgelöst worden. Es sei aber Praxis geworden, den El-

tern überhaupt den Nießbrauch des Vermögens der Kinder zu lassen, so lange diese in ihrem Brode gewesen.

Wäre es nun richtig, daß die vorliegende Bestimmung nicht mit dem Gütergemeinschafts-Verhältnisse in Verbindung stände, so würde sie allerdings nicht mehr von Giltigkeit sein, es würde dann das gemeine Recht eintreten. Allein die Stelle derselben in der Untergerichts-Instruction mitten unter Vorschriften über die Güter-Gemeinschaft giebt schon einen äußern Grund für das Gegentheil ab. Außerdem aber bilden die Vorschriften über die Art und Weise (Modalitäten) der Bezahlung der Abdicate, über die Fälligkeits-Termine immer einen Theil des Schichtungs-geschäfts. Der überlebende Ehegatte hat einmal kraft des Gesetzes das Recht, bei der Schichtung über das Elterngut zu erwarten und zu verlangen, daß ihm der Nießbrauch der Kindesheile noch bis dahin verbleibe, wo die Kinder sich selbst etabliren oder großjährig werden. Dem Nießbrauche nach dauert ihr früheres Recht also noch fort und dieses ist demnach der letzte Ueberrest ihres ganzen Rechts.

Somit erscheint die Beibehaltung der Bestimmungen gerechtfertigt.

Zu §. 82.

Auch diese Bestimmungen finden sich im Wesentlichen schon in der Untergerichts-Instruction des 1768 Art. 3 u. 5, und die ständischen Deputirten haben mit dem Commissarius gegen die Ansicht Wigands im §. 79 auf die Aufnahme derselben in das Provinzial-Gesetzbuch angetragen.

Com. Act. fol. 185.

Der Grund, welchen Wigand dagegen anführt, besteht darin, daß auch hier kein Zusammenhang zwischen der Güter-Gemeinschaft und der Verpflichtung zur Sicherstellung der Kindesheile mehr vorwalte; denn der ganze Nexus zwischen dem *parens superstes* und den Kindern sei mit der Schichtung vollständig aufgelöst. Allein die Sicherstellung gehört mit zu den gesetzlichen Modalitäten,

unter denen die Auflösung des Verhältnissen erfolgen soll, und diese Modalitäten sind allerdings noch als ein letzter Ausfluß des zwischen den Interessenten bestandenen Rechts-Verhältnisses zu betrachten.

Zu §. 83.

Im Art. 7 der Untergerichts-Instruction de 1768 heißt es:

„Wenn die *dissortio tempore transitus ad secundas nuptias* vernachlässigt, wird die *Communio bonorum* zum Vortheil der Kinder erster Ehe für prorogirt gehalten, dergestalt, daß in deren Wahl und Willführ bleibe, ob sie darnach gehen, oder auf die Ausantwortung ihres *abdicati* nach Beschaffenheit des väter- und mütterlichen Vermögens, wie es *tempore secundarum nuptiarum* beschaffen gewesen, bestehen wollen, als weshalb sie *ad iuramentum in litem* zu admittiren“.

Ungeachtet den Kindern hier mit bestimmten Worten die Wahl zwischen beiden Verhältnissen gelassen ist, will Wigand ihnen doch nur das Recht gestatten, die Nachholung der Schichtung *ex tunc* zu verlangen. Seine Gründe sind jedoch nur gegen die Zweckmäßigkeit der Vorschrift gerichtet.

Der Geh. Justizrath Mark — der beiläufig in seinen Bemerkungen fol. 173—175 ein ganz richtiges Verhältniß von der Vorschrift der Untergerichts-Ordnung giebt, und das darin zuerst gedachte Verhältniß als eine *unio prolium tacita* bezeichnet — hat im Einverständniß mit den ständischen Deputirten folgende Fassung vorgeschlagen:

Wenn die Schichtung unterblieb, so wird das Gesammtgut erster und zweiter Ehe in Ein Gemeingut vereinigt, woran die Kinder erster Ehe mit den Kindern zweiter Ehe gleiche Rechte haben. Statt dessen sind aber auch die ersteren berechtigt, die Schichtung nach dem Zustande des Vermögens zur Zeit der Eingehung der zweiten Ehe, jeder Zeit zu fordern.

Indessen giebt der §. 83. des gegenwärtigen Entwurfs die Vorschrift der Untergerichts-Ordnung ganz getreu wieder.

Unzulässig erschien es auch, die Worte „zu jeder Zeit“ aus dem vorgeschlagenen Entwurfe aufzunehmen.

In der Untergerichts-Instruction selbst kommen sie nicht vor und nach allgemeinen Grundsätzen wird es den neuen Eheleuten nicht versagt werden können, den Kindern durch den Richter eine bestimmte Frist zur Treffung der entscheidenden Wahl setzen zu lassen.

Ueber die Zweckmäßigkeit der Vorschrift haben sich die Deputirten nicht näher geäußert.

Zu §. 84.

Im Allgemeinen wird zur Begründung dieser Sätze auf das Werk von Wigand ad §. 71. verwiesen, so wie auf die §§. 93—97. des Mindener Entw. de 1802 und §. 3. und 4. des Entw. de 1781.

Der Commissarius hat folgende Sätze vorgeschlagen:

§. 37. Durch die Schichtung werden der überlebende Ehegatte und die Kinder wechselseitig wegen aller Ansprüche, so wie wegen der gegenseitigen Erbrechte in Beziehung auf das Gemeingut abgefunden.

§. 38. Beide Theile können über das ihnen zugewandte Vermögen frei verfügen.

Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob insbesondere auch der schichtende oder abfindende *parens* sein Erbrecht auf den künftigen Nachlaß seines abgeüterten Kindes verliert. Eins der wichtigsten Argumente für die Verneinung derselben besteht darin, daß ja nur die Kinder von dem Vermögen des *parens* abgefunden würden — nicht aber umgekehrt der *parens* von dem künftigen Nachlaß des Kindes — denn was das bei der Schichtung getheilte Vermögen — das s. g. Gesammtgut — betreffe, so sei dieses nach dem Tode des zuerst sterbenden Ehegatten das Allein-Eigenthum des *conjux* superstes geworden.

Dem ist allerdings so, und hierüber sollen zuvor jetzt, wo alle rechtliche Folgen des Rechtsverhältnisses der ehelichen Gütergemeinschaft von seiner Entstehung an bis zum Erlöschen desselben zur Anschauung gelangt sind, die oben vorbehaltenen Hauptgründe zusammengestellt werden.

Gleich bei Eingehung der Ehe verschmolz sich das beiderseitige, bisher getrennte Vermögen zu einem Gute. Wie die Eheleute selbst von da an nur als eine Person — mit dem mundio des Mannes — erschienen, so macht auch ihr gesamtes Vermögen nur ein einziges Gut ohne irgend wie gedachte Theile aus. Mit der Idee dieser Vereinigung beider Eheleute zu einer Person und der vollständigen Identificirung ihres beiderseitigen Vermögens ist es unvereinbar, nach dem Tode bloß des Eines von ihnen ein Erbrecht für dritte Personen anzunehmen. Denn der praedefunctus allein besaß gar kein Vermögen — er konnte also auch keines zur Vererbung hinterlassen — weder ganz noch zum Theil und weder durch seinen Tod noch durch ausdrückliche Willenserklärung (testamentarische Verfügung). Selbst der Mann kann nicht einseitig über das Vermögen oder über einen Theil desselben von Todes wegen verfügen, so große Rechte in dem Verkehr unter Lebendigen ihm auch das Mundium und die eheliche Vogtschaft verliehen. Eine letztwillige Verordnung seinerseits, daß seine Frau die Erbin sein solle, würde ohne alle Bedeutung sein.

Ohne Zweifel ist gerade diese Bestimmung, daß nemlich über das gemeinschaftliche Vermögen auch nicht zum Theil von einem einzelnen Ehegatten von Todeswegen verfügt werden könne, eine der sprechendsten unter den positiven, aus dem Grundbegriffe des Instituts hervorgegangenen Festsetzungen. Die Vereinigung zu der Gemeinschaft ist ferner für immer eingegangen und der Einzelne hat keine Macht, sich oder irgend einen Theil d. h. eine Quote des Vermögens ihr zu entziehen. In dieser Beziehung gilt der Wille des Einzelnen gar nichts — und daher war

es auch nur consequent, die einseitigen Testamente gänzlich auszuschließen. Dem zufolge kann der einzelne Ehegatte den Andern weder zum Erben einsetzen noch ihn exherediten — auch nicht pro parte. Er kann auch keinen Dritten zum Erben einsetzen — selbst nicht seine Kinder — und zwar ebenfalls nicht einmal pro parte — denn er darf gar nicht testiren. Was er aber nicht einmal durch ausdrückliche Willenserklärung vermag, kann auch nicht Folge seines Todes sein, nicht Wirkung seines präsumtiven Willens — wofür doch die gesetzliche Erbfolgeordnung gilt — folglich kann auch durch seinen Tod keine Succession für seine Kinder eröffnet werden.

Neben diesem Verbote der einseitigen Testaments-Errichtung spricht überdem auch ein positiver Grundsatz des gemeinen deutschen Rechts gegen die Annahme:

daß durch den Tod des einen Ehegatten eine Succession eröffnet werde.

Dieser Grundsatz ist in der Parodie „längst Leib längst Gut“ enthalten, der überall gelten muß, wo eheliche Gütergemeinschaft ohne ideelle Theile besteht, es sey denn, daß einzelne Partikular-Gesetze so inconsequent waren, ausdrücklich ein anderes zu bestimmen. Eine successio in universum jus praedefuncti ist hier gar nicht möglich, da ja der überlebende Ehegatte dies universum jus schon besaß — in ihm dauert das ganze Verhältniß, welches durch die Ehe einmal für „beider Leben lang“ begründet worden ist, fort bis auch sein Tod eintritt oder bis die Ehe durch Richterspruch geschieden oder der Wittwenstuhl verrückt wird — denn dies letztere bricht ebenfalls das Verhältniß und vernichtet den Grund, auf welchem das ganze rechtliche Gebäude des Rechts-Verhältnisses beruhte, und daher muß auch in diesem Falle die Schichtung mit den Kindern aus der Ehe eintreten.

Dies ist indes schon oben näher entwickelt worden — und dort ist auch bemerkt gemacht, daß keine einzige von

den Erscheinungen, die sonst jeden wirklichen Successions-Fall begleiten, bei dem stillschweigenden Uebergange des Rechts des conjux superstes in das Allein-Eigenthum vorkommt — weder eine Deliberations-Frist — noch eine Erbschafts-Antretung oder Ausschlagung, noch ein beneficium inventarii.

Außerdem spricht auch für das Eigenthum des überlebenden Ehegatten, daß er bei der Schichtung das Vermögen in natura behalten und die Kinder mit Gelde abfinden kann.

Dies sind die Hauptgründe, aus welchen der Ansicht des Commissarius:

daß in der Provinz gar keine Comunio honor. prorogata bestche, daß vielmehr der Conjux superstes Allein-Eigenthümer sey,

beizutreten ist. Ein solches Verhältniß ist nicht selten in Deutschland und namentlich in den Bremischen und Fuld'schen Statuten ausdrücklich functionirt worden. Nach der Versicherung des Commissarius und nach dem oft gedachten Votum des Ober Land. Ger. Rath's Bachmann II.

Com. Act. f. 134.

wird das Allein-Eigenthumsrecht des Ueberlebenden auch in der ganzen Provinz in seiner vollsten Ausdehnung von allen Untergerichten sowohl wie vom Oberlandesgericht zu Paderborn, in judicando sowohl wie in Vormundschafts- und Hypotheken-Angelegenheiten anerkannt — und namentlich wird in den Hypotheken Büchern der Besitztitel von allen Grundstücken allein für die überlebenden Ehegatten eingetragen. Es hat ferner auch, wie unter andern aus dem f. 132 in Abschrift beigebrachten in Sachen Korbe ca. Wielsfeld ergangenen Erkenntniße vom 17. März 1840 hervorgeht, das Geheimne Ober-Tribunal angenommen, daß in Paderborn den Kindern kein Miteigenthum neben dem parens superstes zustehet. Entscheidendes Gewicht für das Bestehen dieses Grundsatzes als wirkliches Gewohnheitsrecht ist endlich auf die Einstimmigkeit zu legen, womit die ständi-

schen Deputirten und der Abgeordnete der Königlichen Regierung zu Minden sich dafür erklärt haben.

Nicht in Betracht kann es gegen diese nun vollkommen befestigte Regel kommen, daß die Kinder bis zu ihrer entsprechenden physischen und geistigen Reife in dem elterlichen Hause Unterhalt und Erziehung bekommen — daß sie demnächst eine Ausstattung verlangen können und endlich, daß sie, wenn der Vater resp. die Mutter sich der Verschwendung hingiebt u. s. w., bei dem Richter auf die Ausführung der gesetzlichen Schutzmaßregeln antragen dürfen. Alle diese Befugnisse haben einen sehr natürlichen Erklärungsgrund — nemlich zunächst die Verwandtschaft und außerdem freilich auch ein Vermögens-Interesse — aber um auf Prodigalitäts-Erklärung antragen zu dürfen, braucht man nicht gerade Miteigenthümer zu seyn.

Wenn übrigens bei der vorstehenden Beweisführung unter den Gründen für das Eigenthums-Recht des überlebenden Ehegatten nicht auch der aufgeführt worden ist, worauf sonst gewöhnlich gerade soviel Gewicht gelegt wird, nemlich

daß der Conjux superstes das freie uneingeschränkte Verwaltungs- und Dispositions-Recht, sogar über Immobilien habe,

so wird dieserhalb bemerkt, daß es bedenklich scheint, bei der Eigenthümlichkeit des Instituts aus diesem Umstande einen Schluß auf die wahre Natur des Rechtsverhältnisses zu machen. Denn eben so wie während der Ehe der Mann das freie Verfügungsrecht hat, ohne deshalb der Allein-Eigenthümer zu seyn, so möchte auch das Verfügungsrecht des überlebenden Ehegatten nicht gerade der zuverlässigste Grund seyn, aus welchem auf das Dominium solitarium desselben zu schließen wäre; dies Verfügungsrecht ließe sich vielmehr ebenfalls als ein übertragenes quass-vormundschaftliches ansehen. Immer aber bildet allerdings gerade das Veräußerungsrecht den Hauptinhalt des Eigenthumsrechts und in Verbindung

mit dem oben aus dem Grundsatz der Consolidation abgeleiteten wirklichen Alleineigenthume des parens superstes ist es allerdings wichtig, daß dies practische Criterium des Eigenthumsrechts sich auf positivem Wege ebenfalls in dem Inbegriffe der Rechte des parens superstes nachgewiesen findet.

Wenn nun, um jetzt wieder zu dem §. 83 zurückzukehren, der überlebende Ehegatte wirklich der alleinige Eigenthümer des ganzen Vermögens ist, den Kindern aber außer dem Rechte auf Alimente und Ausstattung nur Unrechte erbrechtlicher Natur zustehen, so scheint es allerdings auf den ersten Blick seltsam, daß der überlebende parens sein Erbrecht auf den künftigen Nachlaß des Kindes um deswillen verlieren soll, weil er von dem doch allein ihm gehörigen Vermögen dem Kinde einen Theil abgetreten und dies Vermögen mit ihm getheilt hat. Man könnte sagen, es sey ganz in der Ordnung, daß das Kind den Ascendenten nicht mehr beerbe, da es seinerseits durch das, was es bei der anticipirten Erbtheilung über das elterliche Vermögen erhalte, für sein das Elterngut betreffende Erbrecht im Voraus doch auch wirklich befriedigt sey — wohingegen der parens superstes eine solche Befriedigung wegen seines Erbrechts auf den bereinstigen Nachlaß seines Kindes nicht im Voraus erhalte. Dieser künftige Nachlaß des Kindes sey vielmehr gar nicht Gegenstand der Schichtung über das Elterngut — selbst das, was das Kind seit dem Tode des zuerst verstorbenen parens bis zur Schichtung erworben habe, sey nicht Gegenstand der Theilung — und daher, weil es an allem Causa-Meruo fehle, könne der Verlust des elterlichen Erbrechts gegen den Nachlaß des Kindes nicht als eine Wirkung der bestehenden ehelichen Gütergemeinschaft angesehen werden. Nur dies Rechtsverhältniß werde durch die Schichtung definitiv aufgelöst — nicht aber könne durch jene Schichtung eine Succession über ganz neue

und für sich bestehende Vermögens-Inbegriffe, nemlich über das ganz außerhalb des Kreises der unter den Eltern bestandenen Gütergemeinschaft liegende, eine selbstständige Universitas bildende Vermögen des abgeschichteten Kindes regulirt und ein neues vinculum oder vielmehr eine neue Singularität für ein neues Vermögen begründet werden.

In der That hat auch das Geheimen Ober-Tribunal schon früher in einigen Münsterschen Sachen angenommen, der Grundsatz, daß abgeschichtete Kinder sich unter einander beerbten und den schichtenden parens ausschließen, sey in Folge der fremden Gesetze außer Kraft gesetzt und weder durch das Publ. Patent vom 9. Septbr. 1814 noch durch die Verordnung vom 8. Januar 1816 wiederhergestellt. Auch das Plenum des Geheimen Ober-Tribunals ist — nach dem gutachtlichen Berichte vom 1. Mai 1837 (Com. Act. f. 157) dieser Ansicht beigetreten — und seitdem ist unter andern wieder in der Paderbornschen Sache Lutterlaß ca. Hoeck darnach in dritter Instanz erkannt (19. Januar 1838). Auch ist die Ansicht durch das Rescript des Justiz-Ministers Mähler vom 6. März 1839 approbirt worden.

Gleichwohl war die Bestimmung im §. 83 mit aufzunehmen, da sie einmal unstreitig positiven Rechts ist und sich nicht leugnen läßt, daß sie stets in Begleitung der Schichtung, der s. g. Todtheilung vorkommt — so auch in Dortmund, Soest, Lippstadt. In der That sind doch auch die Kinder keinesweges ohne Rechte an dem Gesamtgute — sie haben vielmehr ein gesetzliches Anrecht auf dasselbe, demzufolge ihnen eben die Hälfte davon überlassen werden muß, wenn der parens superstes stirbt oder zur zweiten Ehe schreitet. Tritt dieser letztere Fall ein, so kommen in demselben Augenblicke, zufolge des Gesetzes, wahre Theilnahmerechte für die Kinder zur Entstehung — zur rechtlichen Entwicklung — und mit diesen stehen sie dem schichtenden parens alsdann, loco

parentis praedefuncti, völlig gleich. Es findet eine Theilung Statt, wobei jeder Theil die Habschied bekümmert und zwar jeder unter dem gleichen Gesetze, daß nun respectu omnium bonorum aller Nexus und alle Verbindung zwischen den Theilenden ein für allemal aufgelöst wird.

Außerdem erklärt auch das Allg. Landrecht im §. 519 Tit. I. Thl. II. die Erbfolge-Grundsätze bei dem Nachlasse abgefunden Kinder ganz entschieden für eigenthümliche Regeln des Gütergemeinschafts-Verhältnisses und wenn die Gesetzgebung in der Verordnung vom 8. Januar 1816 die Regeln der provinziellen Gütergemeinschaft ohne Ausnahme wieder hergestellt hat, so hat sie dabei ohne Zweifel jene Erbfolgegrundsätze ebenfalls im Sinne gehabt, da sie dieselben in ihrem Rechtssysteme ausdrücklich dorthin classificirt hat.

Hiernach ist denn dem einstimmigen Antrage der ständischen Deputirten, den Grundsatz mit aufzunehmen, entsprochen worden.

Was aber ferner die Frage betrifft: wie weit sich der Verlust des Erbrechts erstreckt, so ist darüber unter den ständischen Deputirten eine kleine Meinungsverschiedenheit entstanden.

Com. Act. f 183.
Indem sie, wie schon bemerkt, nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit, davon ausgehen, daß der Verlust der Erbrechte auf beiden Seiten eintrete, wollen 2 von ihnen, die Deputirten v. d. Horst und Berleger, so wie der Regierungs-Abgeordnete diesen Verlust zwar auf dasjenige Vermögen einschränken, was zum f. g. Gesamtvermögen gehöre — und demzufolge

„alles Vermögen, was gesellschaftlich oder vertragsmäßig von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen wäre,“
davon ausnehmen. Denn, sagen sie, die Regeln der Gütergemeinschaft könnten nicht bei Gegenständen angewendet werden, die nicht wirklich zur Gütergemeinschaft gehörten.

Andererseits wollen aber auch sie die Wirkung des in der Schichtung involvirten Verzichts

„auf allen Erwerb in der folgenden Ehe des Ueberlebenden“
ausdehnen.

Der Deputirte Mintelen dagegen legt dem Verzichte (renunciatio tacita) eine ganz allgemeine Wirkung auf alles Vermögen bei, ohne sie auf das Gesamtgut und auf den Erwerb in der folgenden Ehe zu beschränken. So sey es von jeher gehalten. Wie es mit solchen Gegenständen, die von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen worden, gehalten werden solle, müßten die besondern, über die Ausschließung geschlossenen Verträge bestimmen. Im Gesetzbuche könne darüber nichts Besonderes aufgenommen werden.

Hiernach scheint es, daß bloß darüber Streit sey: ob die Worte „in Beziehung auf das Gesamtgut“ mit aufgenommen oder weggelassen werden sollen.

Es könnte nun wohl im Princip kein Bedenken haben, die Wirkungen der Schichtung bei denjenigen Vermögens-Strücken, die nicht zu der Schichtungs-Masse, d. h. zum f. g. Gesamtgute gehören, für ausgeschlossen zu achten.

Mit den Worten „Gesamtgut“ ist aber freilich nach der Schichtung kein klarer Begriff mehr zu verbinden. Bis dahin ist darunter das Ehevermögen, sowohl während der Ehe als während des Wittwenstandes, verstanden. — Nunmehr aber, sobald geschicket und der parens superstes zur andern Ehe geschritten ist, ist das bisherige Gesamtgut durchaus verschwunden — sowohl auf Seiten des Coniux binubus — zumal wenn er mit seinem fernern Ehegatten wiederum in Gütergemeinschaft tritt und dadurch ein ganz neues Gesamtvermögen begründet — als auf Seiten der Kinder, — mit deren Vermögen, welches sie an sich bereits haben, die Abfindungen durchaus amalgamirt werden.

Es würde daher nicht richtig sein, nach der Schichtung noch von einem Erbrechte am Gesamtvermögen zu sprechen — und daher scheint es zweckmäßig, die Vorschrift so zu fassen, wie es geschehen ist.

Uebrigens ist es nicht selten der Fall, daß der schichtende parens zu der Zeit, wo er sich mit seinen eigenen Kindern auseinandersetzt, selbst noch ein unabgeschichtetes Kind ist und mit einem seiner Aeltern noch in demselben Verhältnisse steht, worin er bisher mit seinen Kindern stand. Er hat alsdann ebenfalls nur einen Erbanspruch an seinen Ascendenten, der sich erst nach dessen Tode realisiert.

Dieser bloße Erbanspruch gehört allerdings nicht mit zur Schichtungs-Masse, ist aber vielleicht viel bedeutender, als die ganze jetzige Masse, und gerade er entgeht den Kindern, wenn sie jetzt definitiv abgefunden werden, ohne einen Vorbehalt zu machen und nun jene großälterliche Erbschaft in die neue Ehe ihres parens superstes fällt.

Dieserhalb werden nicht selten besondere Bestimmungen getroffen — und es dürfte vielleicht gerechtfertigt erscheinen, derselben zu erwähnen.

Zu §. 85.

Diese Bestimmung ist in der Praxis völlig unzweifelhaft und auch von den Deutschen Rechtslehrern als allgemein gültig anerkannt. — Von den ständischen Deputirten haben jedoch zwei im Einverständniß mit dem Regierungs-Abgeordneten darauf angetragen, in den §. 74 des Wigandschen Entwurfs noch hinter den Worten „gesetzliche Erbfolge“ die ferneren Worte einzuschalten:

„auch in das gütergemeinschaftliche Vermögen.“

Com. Act. Fol. 182v.

Hiernach wollen also auch sie, daß das gesetzliche Erbrecht der abgeschichteten Kinder ganz allgemein eintrete — und dann ist allerdings, wie der Deputirte Hintelen bemerkt, der vorgeschlagene Zusatz nicht nur entbehrlich, sondern er würde sogar nicht recht mit der Lage der Dinge harmoniren. Das alte gütergemeinschaftliche Vermögen

hat nämlich durchaus sein Dasein verloren — und der wieder verwittwete parens besitzt im Gegensatz zu jenem ein ganz neues anderes Vermögen, worin nicht etwa ein besonderes für sich bestehendes Vermögen als Universum jus zu unterscheiden wäre. Es erscheint daher gerechtfertigt, das Vermögen, worauf die Erbrechte der Kinder gerichtet sein sollen, gar nicht näher zu bezeichnen.

Giebt es darunter Sachen, wobei nach speciellen Gesetzen oder Dispositionen eine besondere Successionsart stattfindet, so versteht es sich von selbst, daß diese eintrete — da immer die speciellere Norm der allgemeineren vorgeht. Dies ist überdem schon oben in §. 80 ausdrücklich bestimmt worden.

Daß übrigens das gesetzliche Successionsrecht der abgeschichteten Kinder auch dann ausgeschlossen bleibt, wenn der wiederverheirathete parens mit dem hiernächst wieder verstorbenen zweiten Ehegatten ein wechselseitiges Testament gemacht hat, ist nicht zweifelhaft und braucht hier nicht speciell erwähnt zu werden, da es schon in §. 84 generaliter festgesetzt ist.

Zu §. 86.

Die hier ausgesprochenen Grundsätze sind unzweifelhaften Rechts in der Provinz. Die ständischen Deputirten haben sich nur nicht darüber vereinigen können, ob die Ausschließung der Erbrechte der Aeltern gegen die abgefundenen Kinder auf das vom Gesamtgut Erhaltene zu beschränken oder allgemein zu fassen sei. In dieser Beziehung wird auf die zum §. 84 gemachten Bemerkungen Bezug genommen, und eben so in Betreff der Frage, ob der Grundsatz noch gegenwärtig in vigore sei oder ob er, als nicht mit der Gütergemeinschaft in Zusammenhang stehend, durch die Zwischengesetzgebung seine Gültigkeit verloren und durch die Verordnung vom 8. Januar 1816 nicht wieder erlangt habe.

Zum Schluß ist zu bemerken, daß zur Aufnahme der Bestimmung in §. 83 des Wigandschen Entwurfs (§. 44

des Entwurfs des Commissarij), wodurch die Schließung eines Einkindschafts-Vertrags für statthaft erklärt werden soll, keine Veranlassung vorliegt. Die Einkindschaft kann nur mit Einwilligung aller Theile, auch der Kinder, eingegangen werden, und wenn darüber ein gültiger Vertrag errichtet wird, so hat es dabei natürlich sein Bewenden.

B u s ä t z e.

Zu den §§. 76. 77. Entw.

(§§. 47. 48. des Entwurfs von Minden-Ravensberg.)

Zu diesen Paragraphen sind die folgenden Besonderheiten des Paderborner Provinzial-Rechts zu bemerken:

- 1) In dem Dorfe Herlinghausen, welches früher zu Thur-Hessen gehört hat, existirt keine eheliche Gütergemeinschaft. Dies ist nachgewiesen durch ein zu den Commissions-Acten gebrachtes Attest des Land- und Stadtgerichts zu Warburg. Der Antrag, diese ganz isolirt dastehende Ausnahme im Fürstenthum Paderborn aufzuheben, miß der weitem Berathung anheim gegeben werden.
- 2) In Minden-Ravensberg leben die Juden nicht in der ehelichen Gütergemeinschaft. Im Fürstenthum Paderborn sind sie ihr dagegen durch ein ausdrückliches Gesetz unterworfen. Die Verordnung vom 12. März 1721 sagt nemlich:

„Demnach unterthänigst referiret worden, was maßen die Juden in Dero Hochstift Paderborn, ob schon dieselben und ihre Weiber in gemeinschaftlicher Handlung stehen, nichts desto weniger hernach, da die Männer Schulden contrahiren, die Weiber das Ihrige absondern, und nicht mit be-