

Lehnhofe ist dieser uralte Zustand sehr wohl bekannt; er hat die Lehnqualität der einzelnen Parzellen gegen die verschiedenen Besitzer zum Hypothekenbuche anmelden lassen, nachdem sich dieselben nur theilweise zu der angebotenen Allodification willig gezeigt hatten; der Lehnhof aber nur dann die Allodification zugeben wollte, wenn sämmtliche Spließbesitzer dazu geneigt seyen. ⁹⁾)

b) Die Paderbergischen Lehne zu Brilon, sind ebenfalls unter viele Besitzer vertheilt, während der eigentliche Lehenträger nur wenige, bisweilen gar keine Stücke mehr davon im Besitze hat. Demungeachtet macht der Lehnhof das Belehnungs-Geschäft mit diesem allein ab, leistet ihm jedoch bei Heranziehung der Spließbesitzer zur Entrichtung der Lehnwaaren, alle Assistenz, wie aus der Bescheinigung des Lehnrichters Petrasch ¹⁰⁾) veranlaßt durch den letzten Lehntag von 1834, deutlich hervorgeht.

c) In ähnlicher Art verhält es sich mit allen übrigen Lehnen in der Briloner Feldmark, deren daher einzelne, auf dem vorhin zu §. 3. angegebenen Wege, ganz untergegangen sind z. B. die des Hauses Bruchhausen. Namentlich verhält es sich so mit den Desenbergern Lehnen; wiewohl der Lehnhof das Recht des Vasallen, zur unbedingten Veräußerung seiner Lehnstücke, nicht anerkennen will und namentlich zu diesem Zwecke einem Vasallen, dem verstorbenen Vikar Bröckeler, der es angemessen fand, mehre an einen Bürger Ludwig Wischarz veräußerte, zu seinem des Vasallen nutzbarem Eigenthume mitgehörige Parzellen, zu vindiziren, Assistenz leistete; weshalb dann auch der Inhaber, welcher sich nach Lage der Prozeß-Acten, nicht mit Erfolge zu vertheidigen wußte, verurtheilt wurde, die Stücke wieder abzutreten.

Außer diesem ist aber kein Fall bekannt, wo der Vasall oder

⁹⁾) Beilage 3.

¹⁰⁾) Beilage 4.

der Lehnhof, gegen das unzweifelhafte, uralte Herbringen und gegen den bestehenden Besißstand unbillig genug gewesen wäre, die Reconsolidirung der Lehnparzellen erzwingen zu wollen. Es scheint hieraus hervorzugehen, daß wenigstens gegen den Willen des Vasallen, der Lehnherr nicht befugt sey, das Herbringen, worauf unzählige Privatrechts-Verhältnisse fest basirt sind, zu erschüttern.

Z u s a ß I I I.

Zu Thl. II. Tit. 1. Abschnitt 6. §. 345. fgg.

Von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten.

§. 1.

Die Stadt Rüden gehörte zu den sogenannten vier Hauptstädten des Herzogthums Westfalen, unter denen sie den zweiten Rang einnahm. Sie war von jeher der Sitz eines Obergerichts, wozu auffer der Stadt, die Kirchspiele: Altenrüden, Misse, Langenstraße, Hönkhausen, Effeln und Suttrop gehörten. Mehr aber als durch diese Vorzüge, zeichnete sie sich durch ihr Statutarrecht aus, welches im Anfange des 14. Jahrhunderts, in einem Codex gesammelt wurde, dessen Einleitung versichert, das Recht sey der Stadt von Erzbischof Philipp von Köln, im Jahre 1178 gegeben worden. Es mag hier auf sich beruhen bleiben, welchen Glauben diese Versicherung verdient. Urkundlich gewiß ist nur, daß sich Erzbischof Philipp oft zu Rüden und in der Gegend aufhielt, namentlich 1191 und in den folgenden Jahren. ¹¹⁾) ferner daß sein Nachfolger Adolph I. im Jahre

¹¹⁾) Seibergs Urkundenbuch B. I. N. 95. 96.

1200 dem Grafen Gottfried II. von Arnberg *mediatatem reddituum — oppidi, quod apud Ruden* (bei der Burg) *pro pace terræ de novo construximus, verlieh und dabei bestimmte: Hoc oppidum eo jure gaudebit et libertate, quæ etiam oppidum Susatum sive aliæ nostræ civitates habent.*¹²⁾ Nach dieser Urkunde wurde also die Stadt Rüdén, als solche erst 1200 neu angelegt und mit den Rechten und Freiheiten der Stadt Soest bewidmet.

Das älteste Rüdener Stadtrecht, so wie es jetzt vorliegt, ist ein Gemenge von Verleihungen und eigenen Willkühren, deren Geltung, bis auf das Institut der Gütergemeinschaft, ganz der Rechts-Geschichte anheim gefallen ist. Das nemliche gilt von den Zusätzen, welche das Stadtrecht von der Mitte des 14. Jahrhunderts, bis zum Schluß des 16ten erhalten hat. Außer dieser Gütergemeinschaft besteht überhaupt kein Statutar- oder Gewohnheitsrecht in der Stadt Rüdén mehr. Eben so wenig in den Landgemeinden des ehemaligen Sogerichts, in welchen jedoch die Gütergemeinschaft gleiche Geltung erlangt hat, wie in der Stadt selbst; ohne daß sich urkundlich nachweisen ließe, wie dieses zugegangen. Wahrscheinlich aber ist die Verbreitung dieses Theils des Stadtrechts auf dem Lande, dadurch bewirkt worden, daß die Dörfer *Altenruden, Miste und Kneblinghausen*, vermöge geschichtlicher Verhältnisse, deren Darstellung wir uns hier verfagen müssen, in einem Communal-Verbande mit der Stadt Rüdén standen, daß sie deswegen als Ruffen- oder Pfahlbürger, auch an den Erb- und Sterbgerichtsfakungen der Stadt Antheil nahmen und daß die landesherrlichen Richter, welche dem alten Stadtrechte zufolge, Rüdener Bürger seyn mußten, also mit den Rechtsverhältnissen der Gütergemeinschaft tagtäglich verkehrten, diese allmählig auch im ganzen Bereiche ihres Jurisdictionbezirks zur Anwendung brachten. Es steht jetzt durch unzählige Präjudicate fest, daß

¹²⁾ Seibergs Urkundenbuch B. 1. N. 113.

die Rüdener Gütergemeinschaft auch in allen Landgemeinden des ehemaligen Sogerichts gilt.

Das Rüdener Stadtrecht ist zweimal abgedruckt worden. Zuerst 1789 in Cosmanns Materialien und Beiträgen (B. 1. S. 1.) dann 1831 in Wigands Archiv für Geschichte und Alterthumkunde Westfalens (B. 5. S. 55.) Der Verfasser dieses hat schon an einem anderen Orte bemerkt¹³⁾, daß keiner dieser Abdrücke von dem klassischen Texte genommen, daß keiner vollständig ist. Der achte Text wird im zweiten Bande des Urkundenbuchs zur Westfälischen Landes- und Rechtsgeschichte abgedruckt. In den Beilagen zu dieser Darstellung¹⁴⁾ geben wir nur die auf die Gütergemeinschaft Bezug habenden Stellen aus dem alten Stadtrecht und dessen Nachträgen, vollständig und richtig; wobei nur noch bemerkt wird, daß alle Stellen weggelassen sind, welche auf das völlig antiquirte Institut von Heergewette und Gerade Bezug haben, welche aber beide schon in dem ältesten Rechte mit genauer Bestimmung darüber: wann? von wem? und wie? sie gefordert werden sollen, vorkommen. Dagegen schien es zur Erläuterung der sonst unverständlichen Worte des ältesten Rechts erforderlich, alle Bestimmungen über die Sonderung des Erb-gutes von dem übrigen Vermögen mit aufzunehmen; obgleich dieser Unterschied später, durch die Willkühr von 1559, welche den Schlußstein in der Lehre von der Rüdener ehelichen Gütergemeinschaft bildet, eben so unpractisch geworden ist, als Heergewette und Gerade. Dabei erlauben wir uns nur noch die Bemerkung, daß die in der Beilage ausgezogenen gesetzlichen Bestimmungen, so wie sie der Reihe nach in dem Rechtsbuche, von vielen anderen Bestimmungen unterbrochen, aufeinanderfolgen, hier wiedergegeben und mit Zahlen bezeichnet sind, um das Allegiren derselben zu erleichtern.

¹³⁾ In Wigands Archiv B. 5. S. 106.

¹⁴⁾ Beilage 5.

Die Literatur des Rübener Rechts ist dürftig, wie der Verfasser ebenfalls schon früher nachgewiesen hat.¹⁵⁾ Es ist folgende: 1) die Anmerkungen Bodmanns zu dem von Cosmann besorgten Abdrucke des Textes; Sie sind gut, aber sparsam. 2) Eine Dissertation von Caspar Johann Anton Tyrell, *de connubiali bonorum communione Werlensi et portione, quæ ea finita, superstiti ex statuto debeatur. Duisburg. Sas. 1730. 4.* Es wird darin die Werler und somit auch die Rübener Gütergemeinschaft abgehandelt, weil Werl Rübener Recht hat. Wenn auch nicht soviel Nützliches in der Schrift stünde, so würde ihr Raum doch kaum hinreichen, die Entwicklung der ganzen Lehre zu fassen. 3) Noch eine andere Dissertation von: Joh. Friedr. Ernst Ludwig Bodskopff *de sucesione ab intestato et hereditatis divisione, soluto matrimonio, statutaria Arnbergensi et Rudensi. Harderov. Moojen. 1747. 4.* Diese handelt nur einen Theil der ehelichen Gütergemeinschaft, nemlich die Intestaterbfolge nach Arnberger und Rübener Rechte ab; allein obgleich ihr Umfang dem der vorigen beiläufig gleich ist, so hat der Verfasser doch sein Thema nicht erschöpft, weil er den Raum zu sehr mit Darlegung fremder, zur Sache nicht gehöriger Erudition füllt.

Die allgemein beklagte Dürftigkeit der ältesten Statuten, in ihren Bestimmungen über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten,¹⁶⁾ findet auch im Rübener Rechte ihre Bestätigung. Der Grund davon liegt sehr nahe, wenn man bedenkt, daß das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft nicht durch positive Satzungen geschaffen ist, sondern sich aus dem practischen Lebensverkehr des Volkes von selbst herausgebildet hat. Die darauf Bezug habenden älteren Statuten, hatten daher gar nicht den Zweck, die Lehre von vorn

¹⁵⁾ von Kampß Jahrbücher. B. 35. S. 222.

¹⁶⁾ Wiganb über die eheliche Gütergemeinschaft in von Kampß Jahrbücher B. 36. S. 41.

herein aus einem gegebenen Hauptbegriffe nach allen Theilen hin systematisch zu entwickeln, sondern sie griffen das Institut auf, wie es war, hielten das, was in aller Munde, im Gedanken der Gegenwart lebte, einer Festung durch todte Worte weder fähig noch bedürftig; sie überließen es vielmehr seiner eigenen freien Entwicklung und zeichneten höchstens nachrichtlich, in sehr allgemeinen Worten auf, was als Recht bei ihnen galt, ließen sich aber erst dann auf nähere dispositive Bestimmungen ein, als die fortschreitende Complication des städtischen Verkehrs, immer neue Rechtsfragen in rascherem Wechsel zur Entscheidung stellte, als langsame Sitte und Gewohnheit letztere zu geben vermögten.

So wie das alte römische Eherecht sich erst durch eine mehrhundertjährige Entwicklung zu dem späteren Dotalsysteme ausbildete,¹⁷⁾ so ist auch die heutige eheliche Gütergemeinschaft nur sehr allmählig aus den früheren Elementen des deutschen Eherechts, wie uns solche in verschiedenen Zeitperioden, von Tacitus, den darauf folgenden deutschen Volksrechten, den Capitularien der fränkischen Könige und den Formelsammlungen, in Verbindung mit den Rechtsquellen des späteren Mittelalters überliefert werden, entstanden und unseren älteren Vorfahren war sie eben so unbekannt, als das römische Dotalsystem. Trotz der großen persönlichen Achtung, welche der Deutsche seinem Weibe bezeugte, hielt er es keiner politischen Selbständigkeit fähig oder pflichtig. Die damit verbundenen Rechte und Lasten nahm er allein auf sich, es für männliche Pflicht achtend, das Weib überall schützend zu vertreten. Dieses Verhältniß nennen die alten Volksrechte in barbarischem Latein **Mundium**. Die Spiegel und andere spätere Rechtsquellen des Mittelalters, nennen es mit deutschen Worten: **Mundtschaft**, **Vormundtschaft**, **Wogtschaft**. Vermöge dieses Verhältnisses war das Weib,

¹⁷⁾ Verrät das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 81. wo sich eine anziehende Vergleichung des römischen Eherechts mit dem Deutschen, der manus und des mundli mit ihren Folgen findet.

wie andere Unmündige, immer unter Vormundschaft, es trat aus einem *Mundium* ins andere, aus dem des Vaters in das der nächsten Verwandten von der Schwertsseite oder das ihres Mannes, welcher eben daher in den ältesten Zeiten die Frau aus dem natürlichen *Mundium* ihrer Blutverwandten in das Seine Kaufen mußte und dadurch dann auch die Rechtsgenossenschaft für sie begründete. Die Frau verkaufte den Geburtstand, den sie vom Vater hatte, ohne Rücksicht auf Ebenbürtigkeit, mit dem des Mannes. ¹⁹⁾

Der Mann war also des Weibes rechter Vormund, ihr Vogt und Meister. ²⁰⁾ Als solcher schützte er ihre Person und Habe, namentlich auch vor Gerichte. Indes wurde dadurch ihr beiderseitiges Vermögen noch keinesweges zu einer Masse consolidirt, welche dem Manne als ausschließlichem Disponenten und beiden zugleich als gemeinschaftliches Sammeigenthum gehöret hätte. Das Vermögen der Frau blieb vielmehr noch lange getrennt für sich und sie erwarb kein Mit-Eigenthum an dem des Mannes. Dieses war auch sehr natürlich; denn in der frühesten Zeit brachte sie dem Manne nur wenig oder nichts ins Haus; er mußte sie ja sogar kaufen. Usser dem Grund-Eigenthume, dem eigentlichen Erbe, Erb gute, gab es damals nicht viel anderes Vermögen, als Vieh, Waffen und Kleidungsstücke. An dem Erbe hatten aber die Weiber so beschränkte Successionrechte, daß man sie wohl als ganz ausgeschlossen davon betrachten konnte und daß ihr Vermögen eigentlich nur in fahrender Habe bestand.

In diese erste Periode fällt die Entstehung der Morgengabe, der Leibzucht und des Wittthums, alle darauf berechnet, der Frau für ihr eingebrachtes Vermögen, wel-

¹⁹⁾ Sachsenspiegel l. 45. §. 1. Ausgabe von G i g a s fol. 50. Aus dieser Stelle und III. 45. §. 3. folgert B e r c Güterrecht der Bremischen Eheleute S. 16, daß die Genossenschaft erst durch Beschreitung des Ehebetts begründet worden sey.

²⁰⁾ Sachsenspiegel l. c. Schwabenspiegel in Senkeberg corp. Jur. germ. T. II. C. 263. §. 2. C. 328. §. 2.

ches seiner Natur nach verzehrbar war, auf den Todesfall des Mannes, eine angemessene Entschädigung oder doch einen anständigen Unterhalt zu sichern. Auch die Gerade entwickelte sich aus jenem Verhältniß, welche als Gegensatz des Heergewettes, den Ehrenpuß der Frau, wie letzteres das Waffengeräth des Mannes besaß. Was zu ihrer Bekleidung gebietet hatte, das durfte die Frau nach des Mannes Tode für sich behalten, es mochte genommen seyn, woher es wollte.

Indes bildete sich aus der gedachten Geschlechtvormundschaft und der dadurch bedingten Innigkeit der Ehegatten im Leben, so wie aus der geachteten Stellung, welche die Frau, nach Tacitus anziehender Schilderung, schon seit den ältesten Zeiten, im Inneren des Familienlebens einnahm, allmählig eine sich so wechselseitig durchbringende Einheit aller Vermögensverhältnisse, daß dieselbe in ihren Folgen über die Dauer der Ehe hinausreichen mußte. Jene Einheit während der Ehe sprechen alle unsere Rechtsquellen, von den ältesten Volksrechten an, sehr bestimmt aus. So sagt das Burgundische Recht: *Quaecunque mulier Burgundia vel Romana, voluntate sua ad maritum ambulaverit, jubemus ut maritus ipse facultate ipsius mulieris; sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat* ²⁰⁾ und das alte Freiburger Stadtrecht von 1120 sagt noch einfacher: *Omnis mulier est genoz viri sui in hac civitate et vir mulieris similiter.* ²¹⁾ Der Sachsenspiegel weist: Mann und Weib haben kein gezeitet Gut bei ihrem Leben. Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er all ihr Gut in seine Gewahr zu rechter Vormundschaft; ²²⁾ ferner der Schwabenspiegel: Mann und Weib, die recht und redlich zur Ehe gekommen, da ist nicht Zwiung, denn es ist nichts als ein Leib.

²⁰⁾ *Lex Burgundionum* addit. I. Tit. 13. in Helneccii corp. jur. germ. p. 402.

²¹⁾ G a u p p über deutsche Städtegründung. S. 393..

²²⁾ Sachsenspiegel l. 31.

Mann und Weib mögen kein gezeiet Gut haben. ²³⁾ Dann das Kaiserrecht: In des Reiches Recht steht geschrieben, daß an des Weibes Glied kein Recht sey — alle Dinge sollen in des Mannes Gewalt seyn. ²⁴⁾ Auch unser Statutarrecht drückt sich in gleicher Art darüber aus; denn der Zusatz 90. sagt: Eyn Man is synes wyues vormunde ind mach sey in dem rechten vorhalben war er des behoff vs.

Der Uebergang dieser äusseren Einheit des Vermögens während der Ehe, zu einer eigentlichen ehelichen Gütergemeinschaft, wurde zunächst durch die Entstehung der Städte bewirkt. Letztere wurden in der Regel, namentlich im Herzogthum Westfalen, auf Herzoglichem Grunde errichtet und waren daher mit ihrem Reichthum, aus den Marken, welche das Familien-Erbgut der Privaten enthielten, geschieden. All solches Reichthum war rein städtischer Natur; es wurde vertheilt wie fahrende Habe, die Weiber erben darin wie die Männer. Gleichzeitig hatten aber auch die Grundsätze des römischen und canonischen Rechts und die von dem christlichen Clerus beförderten Verfügungen auf den Todesfall, das Ihrige dazu beigetragen, den alten festen Innungsgeist der Familien, in Vererbung des übrigen Grundeigenthums aufzulockern, so daß die Töchter, wenn sie allein waren, die entfernteren Agnaten auszuschließen und die Familien-Erbrechte auch auf ihre Kinder zu überliefern anfangen. Sie brachten also nun auch unbewegliches Familien-Gut, eigentliches Erbe in die Ehe und dieser Zustand ist allen unseren Statutarrechten schon bekannt. So z. B. dem Briloner von 1290, welches sagt: *Statuimus quod quicumque vir aut uxor de nostris burgensibus heredes habuerit, vno illorum defuncto, alter eorum potest et debet, ex jure ac approbata consuetudine nostre civitatis, relinquere suis heredibus illo tempore*

²³⁾ Schwabenspiegel C. 256 §. 2. und C. 277.

²⁴⁾ Kaiserrecht II. 100. bei Senkenberg I. c. T. I. p. 68.

viuentibus medietatem omnium bonorum suorum mobiliu vbiunque fuerint ac etiam immobilium que infra oppidum brylon sunt sita, tam in domibus quam in areis que Wigbelde vulgariter nuncupantur. Reliquam vero medietatem poterit vir alteri vxori vel vxor alteri marito et eorum heredibus de se procreandis, sine alicujus calumpnia plenius assignare, tradere ac donare. Agros autem camporum, nemo debet vel poterit a primis heredibus alienare, sine consensu eorundem heredum et libera voluntate. Si vero secundus vel tertius aut forte quartus contractus matrimonii caruerit heredibus, omnia bona conjugatorum debent ad priores heredes plenarie reuenire. ²⁵⁾ — Auch das Rüdener Statutarrecht in dem Absatz 41. kennt schon Erbe, welches die Frau zur Ehe eingebracht, wie wir weiter unten näher erläutern werden.

Es blieb also auch in dieser zweiten Periode alles unbewegliche Familiengut, was Eheleute zusammenbrachten, ihren natürlichen Erben vorbehalten; alles andere Vermögen aber, es mochte in unbeweglichem Reichthum oder in fahrender Habe bestehen, wuchs zu einer unzertrennlichen, gemeinsamen Masse zusammen, welche die Grundlage der späteren allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft bildete. Erst im ferneren Verlaufe der Zeit, erlitt die alte strenge Ansicht vom Familiengute, einen noch wesentlicheren Eintrag. Während auf der einen Seite Lehn- und Gutsherrschaft das Eigenthum in Fesseln hielt, suchte sich auf der anderen der freie Stadtbewohner alles Gebundenseyns immer mehr zu entledigen. Während sich aus Heergewette und Gerade, aus der einfachen Waffe des Mannes und dem Ehrenputze der Frau, welche den nächsten Schwerdt- und Spilmagen aus der Erbschaft vorab gereicht wurden, allmählig ein *complexus* bildete, der fast alles, was zum Gewerbe des Mannes, so wie zum unmittel-

²⁵⁾ Urkundenbuch B. I. No. 433.

baren Gebrauche oder zur Hauswirtschaft der Frau gehörte, umfaßte und dadurch die theilbare Erbschaft um manches bedeutende Stück minderte, suchte man diesen Abgang durch andere Zuwüchse an unbeweglichem Gute zu decken; ²⁶⁾ welches dann auch bis gegen die Mitte des 16ten Jahrhunderts so vollkommen gelang, daß alles Grundeigenthum, was nicht durch oberherrlichen Nerus, durch Lehn- und Gutsherrschaft für immer gefestet war, zur freien Waare und eben deshalb auch Heergewette und Gerade, als bloße Reminiscenz an die verschwundene Qualität des Familienguts, ganz antiquirt wurden. Die Städte lebten von Handel und Gewerbe; alles Vermögen wurde dazu verwendet. Erwerb war das Ziel des bürgerlichen Strebens, im Gegensatz des stabileren Prinzips der Erhaltung auf dem Lande. Er wurde durch gemeinsame Thätigkeit gewonnen und so entwickelte sich von selbst der Begriff eines durch beiderseitige Fonds, durch beiderseitige Geschäftigkeit entstandenen *Gesammtgutes*, welches sich in seine einzelnen Bestandtheile nicht wieder auflösen ließ und welches daher die Inhaber, die Eheleute, auch ausschließend und gemeinschaftlich für sich behielten und nachher zu gleicher Berechtigung unter sich vererbten. Die alte enge Idee von fahrender Habe löste sich in ihm von selbst auf und von Witthum und Leibzucht der Frau, konnte nicht wohl die Rede seyn, da die Rechte, welche ihr durch diese Institute gesichert werden sollten, durch jenen Antheil am Erwerbe, von selbst schon erweitert waren. In Westfalen fanden diese Ansichten um so leichter Beifall, weil hier die Anerkennung des Verdienstes der sparsamen Hausfrau um den Erwerb des Mannes, uralt ist. *De eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam portionem accipiat. Hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et Agrarios nihil accipiat sed contenta sit dote sua,* sagen schon die alten Volks-Rechte. ²⁷⁾ Auf dem Lande

²⁶⁾ Medebach z. B. suchte durch eine Willkühr von 1314 den immer größer werdenden Umfang von Heergewette und Gerade zu beschränken.

²⁷⁾ *Lex Saxonum Tit. 9. bei Heineccius p. 461.*

dagegen, wo Handel und Gewerbe ohne Bedeutung, der Reichtum geringe und die Gegenstände, zu deren Erwerb er verwendet werden konnte, Grund-Eigenthum und Wirthschaft-Inventar, ganz anderer Natur waren, als das bewegsame städtische Vermögen, fanden diese Ideen viel langsamer und zum Theile gar keinen Eingang.

Nur das eheliche *mundium* des Mannes, erhielt sich überall in seiner alten Würde und wenn hienach der Mann, über das so gebildete eheliche *Gesammtgut* freie Disposition übte, so lag darin gar nichts Besonderes, zumal weil in jener Zeit und noch lange nachher das eigentliche Familien-Eigenthum, das Erbe, von dem Weichbildgute strenge geschieden blieb. Daß aber über solches Familiengut dem Manne kein freies Dispositionrecht zustand, ergeben folgende Stellen in den Zusätzen des Rüdener Statuts ganz deutlich: *Zuf. 101. „Dar cyn man ind wyff de elike tosamende komet er eyn to dem anderen erue bringet des en mach er eyn nicht vorsetten vorgheuen effte vorkopen he endo dat myt willen synes ghaben.“ (Zuf. 112) „Vader noch moder de elike kindere hebt, en moghen neyn erflich gud vorgheuen eder vorkopen, sey endoin dat myt willen vnd mit vulbart der Kinder erer rechten lyff eruen.“* — Darum findet man auch in allen Urkunden jener Zeit, welche über Erbe ausgestellt sind, den Mann, die Frau und ihre Kinder als Disponenten genannt.

Je gemäßer aber die Idee des *Gesammtgutes* dem Prinzip des städtischen Lebens war, desto natürlicher war auch das Streben der Bürger, das unbewegliche Vermögen dem beweglichen gleich zu stellen und je größer der Geldreichtum einer Stadt war, je mehr er das Grundeigenthum an Bedeutung überwog, desto glücklicher mußte dieses Streben in seinem Erfolge seyn. Kam es dabei nur auf Familien-Eigenthum der Bürger selbst an, so war die Sache leichter gemacht; weil gleiches Interesse alle Bürger leicht bewog, die jeden drückende Fessel zu sprengen. Kam aber das Interesse auswärtiger Familien oder Marken- und Gutsherren-Verband hinzu, so war der Kampf oft schwierig, wenn es nicht der

einzelnen Stadt durch innere Kraft und äußere Gunst gelang, alle Anmaßung der Gutsherren zurückzuweisen. Von diesem Falle liefert die Stadt Brilon ein glückliches Beispiel, von jenem Kampfe finden sich Spuren im Rüdener Rechte. Der Zusatz 108. sagt nemlich: „we er ue lant eder weddeschat wil vorstain vor syn, de schal dat bewysen myt leuendigen luden eder myt litgenden orkunden“ — und der Zusatz 133. „Nemant en sal dem anderen vore enthalben syn vederlike moderlike er ue, he enlone dat bybringen myt vromen leuendigen luden, effte rechten lyggenden orkunden dat he dat in deme rechten eghe.“ — In Gesecke hat der gutsherrliche Nexus nie ganz geldset werden können.

In den ausgehobenen beiden Stellen des Rüdener Statuts, wird dem Erbe noch sein volles Recht vindiziert; die Vermuthung streitet noch dafür, jedoch wird schon der Beweis zugelassen, daß das Grundstück — ohne Rücksicht darauf, ob es im Weichbilde lag oder nicht — kein Familien-Erbe, sondern freies fliegendes Gut sey. In folgender, viel späterer Stelle aber, Zusatz 130. „Neymand en mach deme anderen syn vederlike moderlike er ue des he breyue heuet in d were heuet, vopenden edder vorsetten he endo dat myt synen willen ind vulbart,“ — stellt sich die Rechtsvermuthung schon umgekehrt. Nur dann soll das Gut als unantastbares Erbe betrachtet werden, wenn diese Qualität durch Besitz (Were) und urkundliches Recht nachgewiesen ist. Am Ende geht aber auch dieser Vorbehalt im Umsichgreifen des städtischen Prinzips, welches alles nur als Geld und Waare achtet, unter; so daß sich die Willkühr von 1559, Zusatz 140. genöthigt sieht, allen Unterschied zwischen Erbe und Weichbildgut, zwischen Heergewett, Gerade und anderem beweglichem Gute, welcher letzte im Verlaufe der Zeit eben so spurlos verwischt war, gänzlich aufzugeben. Hiedurch wurde das Institut der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, in der dritten Periode vollständig ausgebildet.

Erst durch diese rechtsgeschichtliche Darstellung, wird der Sinn des ältesten Statuts deutlich, wenn es im Art. 41.

sagt: „Is dat also dat eyn vrowe esthe eyn man in der stat to Ruden synt vnd Kindere hebbet steruet der eyn so sulen de Kindere den haluen deyl des gudes behalben unde den anderen haluen deyl sal de vader esthe de moder wylich er leuendich blyuet behalben; vort me were dat also dat de man esthe de vrowe de leuendich blyuet sych voranderesbede esthe also blyuen so sal he dat erflicke gut tho syme lyue behalben den helsten deyl also of de vrowe so wan he dan steruet so sulen de vrsten Kyndere den seluen haluen deyl tho sich nemen“ — Dieses heißt nemlich so viel: In Rüdén besteht eheliche Güter-Gemeinschaft und wenn einer der Eheleute stirbt, so fällt die Hälfte des ehelichen Gesamtgutes auf den überlebenden Gatten. Ist aber Erbgut von dem Verstorbenen vorhanden, so fällt dies allein auf die Kinder, als die eigentlichen Bluterben und kann der überlebende Gatte von der Hälfte dieses Erbgutes, er mag ledig bleiben oder sich wieder verheirathen, nur den lebenslänglichen Nießbrauch verlangen. — Wie sehr leicht das Statut, ohne die gegebene rechtsgeschichtliche Erläuterung, mißverstanden werden kann, davon geben Bodmann in den Anmerkungen zum Rüdener Rechte (bei Cosmann S. 40.) und Bock's Kopf in seiner angeführten Dissertation, (M. 1. §. 2.) redende Beweise. — Mit dem Aufheben des Unterschiedes zwischen Weichbild und Erbe, ist übrigens auch die Bestimmung des bloßen Nießbrauchs an Letzterem, aufgehoben. Es gehört jetzt alles Vermögen zum Gesamtgute und besteht sonach seit 1559 in Rüdén allgemeine eheliche Gütergemeinschaft.

§. 2.

Die Stellen des Allgemeinen Landrechts, welche die eheliche Gütergemeinschaft betreffen, sind folgende: Thl. II. Tit. 1. Abschnitt 6. §. 346. 360. und 361. 363—368. 370—395. 412. 413. 414. 418. 420. 421. 427. 428. Abschnitt 7. §. 634. 635. 637 — 661. Tit. II. Abschnitt 5. §. 366. 367 — 377. Tit. 18. Abschnitt 7. §. 410 — 416.

Abchnitt 8. §. 781. Von diesen Stellen sind bei uns keine recipirt, als die wenigen, welche im Vormundschaftrechte des 18ten Titels vorkommen. Statt der suspenbirten Titel 1. und 2. sind daher die Bestimmungen des gemeinen deutschen Privatrechts, als diejenigen allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu betrachten, denen nach dem §. des Entwurfs derogirt wird²⁹⁾ und die suspenbirten Vorschriften des Allg. Landrechts kommen als derogirte allgemeine, nur in so fern zur Sprache, als die Bestimmungen des gemeinen deutschen Privatrechts so dunkel und zweifelhaft sind, daß nach §. 15. des Publicationpatents, auf eine Meinung zurückgegangen werden müßte, welche mit den Vorschriften des Allg. Landrechts übereinstimmt oder ihr am nächsten kömmt.

Bei dieser Zerissenheit der subsidiären Rechts-Quellen für die Rübener Gütergemeinschaft, muß diese um so mehr als ein in seinem Wesen und dessen nothwendigen Folgen abgeschlossenes Institut geachtet und entwickelt werden, da es dem Landrechte, wie schon von anderen bemerkt worden³⁰⁾ in dieser Lehre an einem strengen Rechtsbegriffe fehlt; weshalb dann auch an eine consequente Entwicklung aller einzelnen Bestimmungen, nicht gedacht werden darf. Wir werden diese Bemerkung im Einzelnen nur zu oft bestätigt finden. Das Landrecht hat nur eine speziele Modification des Instituts der Gütergemeinschaft aufgefaßt, ohne es in seiner übrigen großen Mannigfaltigkeit zu berücksichtigen. Insbesondere sind ihm unsere, in ihren Grundprincipien häufig sehr abweichenden, Statutarrechte ganz unbekannt geblieben. Das Landrecht würde daher, selbst wenn es unbedingt als subsidiäres Recht aufgenommen wäre, in der Regel nur einen geringen doctrinellen Werth für uns haben können. Die Bestimmung des §. im Entwurfe, wird hiedurch gerechtfertigt erscheinen.

Die Modification desselben, daß gesetzliche Vorschriften welche das Wesen der Gütergemeinschaft in ihren unmittelbaren, also nothwendigen Folgen nicht berühren, durch dieselben nicht ausgeschlossen werden, bezieht sich zunächst auf die Vorschriften der Pupillen-Ordnung im 18ten Titel des 2ten Theils §. 782 und fgg., welche insofern allerdings Anwendung finden müssen, als sie sich nicht sowohl auf das Wesen der Güter-Gemeinschaft selbst, als auf die Bedingungen für ihren Eintritt beziehen; welche ohnehin sogar der Autonomie der Privaten unterworfen sind. Wir werden unten hierauf wieder zurück kommen.

§. 3.

Der in diesem §. gegebene Begriff der Rübener Güter-Gemeinschaft ist mehr beschreibend als definierend (bestimmend). Dieses ist aber unvermeidlich bei dem schon herausgehobenen Umstande (§. 1. der Motive), daß unsere Gütergemeinschaft nicht als consequente Entwicklung eines zu analysirenden Rechts-Begriffs erscheint, sondern sich nach ihrem Umfange und dessen Folgen, dem Bedarf des Lebens und der Zeit gemäß, zu dem eigenthümlichen Institute ausgebildet hat, als welches wir sie nun einmal haben und auch auffassen müssen. Es ist wie ein altes, festes Gebäude, welches, zu ehrwürdig um es niederzureißen und mit einem größeren, regelmäßig bequemeren zu vertauschen, man lieber durch zeitgemäße Zusätze und Veränderungen, jedem Erforderniß der Wohnlichkeit anpaßt und welches daher nicht sowohl durch eine Bezeichnung nach Stil und Größe, als durch eine Beschreibung seiner Eigenthümlichkeit, richtig aufgefaßt werden kann.

Insbefondere ist es unmöglich, an die Spitze unserer Güter-Gemeinschaftslehre irgend einen Begriff von germanischem *condominio pro indiviso* oder gar von einer römischen *communio* zu stellen, ohne einzelnen Parthien derselben, bei der Subsumtion unter jenen Begriff, Zwang anzuthun oder sie in ihren Folgen zu verdrehen. Die Rübener Güter-Gemeinschaft hat sich in ihrem Umfange und

²⁹⁾ Vergl. §. 4 des Publicationpatents vom 21. Juni 1825.

³⁰⁾ Wigand Provinzialrecht von Paderborn B. 1. S. 10.

dessen Wirkungen, eben so frei von einem entschiedenen Einflusse romanisirender Gelehrten, als von dem einer verkehrten Gesetzgebung erhalten. Das Statut selbst hat sich gegen jenen meist verderblichen Einfluß, durch sehr entschiedene Satzungen in Schutz genommen. Denn in dem Zusatz 122. sagt es ausdrücklich: „Duer sterff gut en gheit neyn gerichte dan allene des rades gerichte“ — und in dem späteren Zusatz 127. weist es noch energischer jede Einmischung lateinischer Richter durch die Erklärung zurück, es sey alle andere Weisheit, in so rein deutschen Sachen, gegen die des Rübener Stadtraths nichtig. „So als de raif hie to Rübden richtet ouer sterfflick gud ind anders neman, weret dat da neman Kore ghifte, eber sathe ynne eber ouer dede, ane alleyne vor deme borgemeester ind rade hie to ruden den dar ouer boret to richtende, de Kore, ghifte, eber sathe en ys nicht ind enbyndet nicht.“ — Wir dürfen und müssen daher das Institut in seiner vollen historischen Eigenthümlichkeit auffassen und die Consequenz desselben mehr in seiner zeitgemäßen Gestaltung, als in der wissenschaftlichen Analyse eines abgeschlossenen Grundbegriffes suchen.

Aus dieser Rücksicht mußten dann auch in den Hauptbegriff sogleich die Kriterien der fortgesetzten Güter-Gemeinschaft mit ihren Folgen aufgenommen werden, wenn er umfassend in seiner beschreibenden Bezeichnung werden sollte, obgleich die geschichtliche und rechtliche Begründung dieses Theils der Lehre, erst in dem weiteren Verfolge der Motive gegeben werden kann.

Wie schwierig es überhaupt ist, einen genügenden Begriff der deutschen ehelichen Gütergemeinschaft zu geben, bewähren die vielen Modificationen desselben, welche man bei den älteren Lehrern des deutschen Privatrechts findet²⁰⁾ ob-

²⁰⁾ Danz Commentar zu Runde's deutschem Privatrecht B. 6. S. 382.

gleich man ihn damals fast allgemein noch auf einem *dominio pro indiviso* basirte und es auf einigen Zwang in der nachherigen Subsumtion unter diesen Begriff nicht ansah.²¹⁾

§. 4.

Die Rübener Gütergemeinschaft ist nach den zum §. 1. in den Motiven gegebenen Erläuterungen eine allgemeine, *communio honorum universalis*, welche sich als solche wesentlich von einer Particular-Gütergemeinschaft, *communio honorum particularis* unterscheidet, als worin nur ein gewisser Theil der Güter, z. B. die Errungenschaft gemein ist. Die Fassung des Statuts beweiset dieses und die entschiedenste, noch neuerer Zeit durch Erkenntnisse in *contradictorio* befestigte Praxis ist dafür.

§. 5.

Die in diesem §. gedachten Vermögenstücke, fallen ihrer Natur nach geschlechtlich aus dem Bereiche der Güter-Gemeinschaft, sofern sie mit den Bestimmungen der Letzten unverträglich sind. Insbesondere 1) die Lehne; mit Ausnahme jedoch solcher Erb- und Pfandlehne, *feuda mere hereditaria seu pignoratitia* worüber der Vasall, ohne Vorwissen des Lehnherrn und ohne Zustimmung der Agnaten willkürlich disponiren kann wie z. B. die in den Feldmarken der Städte Mebebach und Brilon gelegenen Lehne. (Zusatz II.)²²⁾

2) Stamm- und Familienfideicommiss-Güter. Bei diesen finden, gleichwie bei den Lehnen, besondere Successions-

²¹⁾ Ueber die historische Entwicklung der Gütergemeinschaft, mit Andeutungen über die bisherigen Definitionen derselben, vergleiche man Eichhorn Einleitung in das deutsche Privat- und Lehnrecht, §. 206.

²²⁾ Danz Commentar zu Runde B. 6. S. 373. Scherer die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. B. 1 S. 117 und 119.

Ordnungen statt, welche mit der Erbfolge der Gütergemeinschaft, in der Regel nicht vereinbar sind. Sofern dieses jedoch etwa der Fall seyn mögte, wie z. B. mit den Nutzungen solcher Güter, so weit gehören sie auch zur Gütergemeinschaft.

3) Untheilbare Bauerngüter. Auch diese gehören nicht unbedingt in den Bereich der Güter-Gemeinschaft, aber eben so wenig sind sie unbedingt davon ausgeschlossen. Es ist nemlich der gewöhnliche Satz, daß nur frei veräußerliche und unbeschränkt theilbare Güter in die Güter-Gemeinschaft fallen, unrichtig.²³⁾ Nicht sowohl die Untheilbarkeit, als die beschränkte oder besondere Succession-Ordnung, welche bei einzelnen Arten von Gütern statt findet, erimirt diese von der ehelichen Communio. Bauerngüter können auch auf Frauen übergehen und der gutsherrliche nexus der Colonate, welcher ihre Theilbarkeit hinderte, war deshalb noch kein Hinderniß gegen Aufnahme derselben in der Güter-Gemeinschaft, denn diese Untheilbarkeit konnte sowohl während der Ehe, als nach Aufhebung derselben, aufrecht erhalten werden. So ist es auch namentlich im Amte Rüden mit den Colonat- und übrigen Bauerngütern gehalten worden, bis die Verordnung vom 5. November 1809²⁴⁾ den Colonat-Verband aufhob, alles Gut theilbar wurde und der Colonat das Eigenthum seines Colonats erhielt. Weil nemlich solche Güter auf die Frauen so gut übergehen konnten als auf Männer, so wurden sie zwar mit zur Güter-Gemeinschaft gezogen, aber nur zum Zwecke der Benutzung; der Bestand selbst wurde gegen die davon zu entrichtenden Abgaben veranschlagt und daher bei der Theilung nicht weiter aufgerechnet, als das Inventar darauf reichte. Das Areal des Colonats wurde entweder vom überlebenden Gatten als rechtmäßigem Besitzer, aus einer Ehe in die andere gebracht oder einem der Kinder eben so ungetheilt übertragen; während die

übrigen zur Masse Berechtigten, welche nicht zur Succession im Colonat gelangten, nur eine herkömmliche Abfindung daraus, als Andenken erhielten. So ist auch durch Erkenntniß des königlichen Hofgerichts vom 22. Januar 1823 in Sachen Hanshermen und Grobe gegen Belete zu Desterreiden entschieden worden.²⁵⁾ Seit der gedachten Verordnung von 1809 sind die Fälle dieser Art zwar meist unpractisch geworden; indeß kommen sie dann und wann noch immer vor; auch ist durch das Gesetz vom 13. Juli 1836 über die bauerliche Erbfolge, an die Stelle der alten Colonate, eine neue Art untheilbaren bauerlichen Besitzthums getreten, worauf die im §. des Entwurfs gedachte Ausnahme Anwendung findet.

§. 6.

Die Befugnis eines Dritten, einem der Ehegatten unter der Bedingung etwas zuzuwenden, daß es nicht in die Güter-Gemeinschaft falle, läßt sich eben so wenig bestreiten, als das Autonomierecht der Eheleute selbst, die Güter-Gemeinschaft unter sich auszuschließen. Es muß aber diese spezielle Ausnahme von der allgemeinen Regel, gehörig zur Kenntniß der dritten Personen gebracht werden, welche davon betroffen werden sollen, indem sie sich sonst füglich mit Unwissenheit entschuldigen können. Diese Notification geschieht bei Immobilien im Hypothekenbuche, wenn der Besitztitel davon berichtet wird; bei Forderungen muß sie nach gesetzlicher Vorschrift: durch Bekanntmachung an den debitor cessus geschehen²⁶⁾ und wenn der Cessionar eine in Güter-Gemeinschaft lebende Frau ist, so muß ausdrücklich hinzugefügt werden, daß hinsichtlich dieser einzelnen Forderung, die Güter-Gemeinschaft ausgeschlossen worden, weil sonst der debitor cessus nach den allgemeinen Grundsätzen

²³⁾ C. d. Bellage 6.

²⁴⁾ Allgemeines Landrecht Zbl. I. Tit. II. §. 413. 414. vrgl. mit Zbl. II. Tit. I. §. 373. 374.

²³⁾ Eichhorn Privatrecht §. 306.

²⁴⁾ Scotti Sammlung, II. I. No. 360.

zen über Güter-Gemeinschaft, die Zahlung *cum effectu liberationis* auch an den Mann würde leisten können, wie sich weiter unten bei Darstellung der Dispositionsbefugnisse des Mannes ergeben wird. Hinsichtlich der übrigen Verlautbarungen sind die gewöhnlichen, unten ebenfalls näher zu erwägenden Promulgationwege einzuschlagen. (§. 13.)

§. 7.

Solche Rechte, deren Anfall die Eheleute nicht erleben, sind eigentlich unrealisirte Hoffnungen und daher für die Güter-Gemeinschaft ohne Werth. Werden dergleichen Hoffnungen später realisirt, so gelangen die dadurch entstandenen Rechte, an diejenigen Erben des verstorbenen Ehegatten, welche den Anfall derselben erleben. Es kann dieses im Falle der prorogirten Güter-Gemeinschaft sehr wichtig werden, wie sich ebenfalls unten näher ergeben wird. ²⁷⁾

§. 8.

Die hier verordnete Eintragung und Bekanntmachung des Eintretens der Gütergemeinschaft, ist eine eben so nothwendige Folge unserer bestehenden Gerichts-Verfassung, als die im §. 6. gedachte Verlautbarung des Ausschließens. Eine jede solche Ausnahme von der bestehenden gesetzlichen Regel, muß zur Kenntniß der Betheiligten gebracht werden, wenn diese nicht mit Erfolge, nach sonst geltenden allgemeinen Gesetzen, über dergleichen Vermögensstücke sollen contrahiren können. ²⁸⁾

§. 9.

Eine alte Rechts-Parodie sagt: „Wer dem Manne traut, der traut auch seinen Schulden.“ — Die unbedingte

²⁷⁾ Danz Commentar zu Runde B. 6. S. 402. Scherer B. 1. S. 123.

²⁸⁾ Danz zu Runde B. 6. S. 381. Wigand Prov. Recht von Paderborn B. 1. S. 16.

Anwendung dieses Satzes in der Güter-Gemeinschaft, kann ohne Inconsequenz gegen den Grundgedanken derselben, nicht bestritten werden. ²⁹⁾ Es stimmt hiermit auch das Allgemeine Landrecht (II. 1. §. 391 und 392.) wiewohl es alsdann, wenn ein Ehegatte mehr Schulden als Vermögen in die Ehe bringt, dem Anderen gestattet, innerhalb zwei Jahren nach vollzogener Ehe, die Aufhebung der Güter-Gemeinschaft zu verlangen. Diese singuläre Bestimmung ist aber dem Rüdener Statutar-Rechte völlig unbekannt; sie liegt keinesweges in der Natur der Sache, widerspricht allen anderen Instituten dieser Art und mußte daher im Entwurfe ausdrücklich zurückgewiesen werden. Daß übrigens nach vollzogener Ehe, nicht auch alle Schulden welche jeder Ehegatte contrahirt, so gemeinschaftlich werden können, wie alle Güter, welche er erwirbt, liegt schon in der ausschließlichen Disposition-Befugniß des Mannes über das Gesamtgut ausgesprochen. Auf das Einzelne hievon werden wir unten, bei Erwägung der Wirkungen der Güter-Gemeinschaft während der Ehe, zurückkommen.

§. 10.

Die Gütergemeinschaft ist gesetzliche Folge einer gültig geschlossenen Ehe. Deshalb bedarf es keiner weiteren Bedingung für ihren Eintritt. Eine Heimführung der Braut, eine Beschreitung des Ehebetts, welche einzelne Statutarrechte besonders erfordern, ³⁰⁾ ist dem unserigen unbekannt und darum unnöthig. Hieraus folgt, daß der eine Ehegatte alle Rechte welche die Rüdener Gütergemeinschaft dem Ueberlebenden an dem Gesamtgute einräumt, erwirbt, wenn auch der Andere sofort

²⁹⁾ Danz Commentar zu Runde B. 6. S. 403 und 413. macht viele Modifikationen, hinsichtlich der Schulden vor der Ehe, wofür sich aber höchstens eine übel verstandene Billigkeit anführen läßt, deren Folgen mit den Grundsätzen einer regulären Gütergemeinschaft nicht zu vereinigen sind.

³⁰⁾ Danz zu Runde B. 6. S. 380. Berck a. a. D. S. 212.

nach der Trauung stirbt.⁴¹⁾ Jedoch muß die Ehe eine nach bürgerlichen und kirchlichen Gesetzen gültige, ein *matrimonium legitimum et ratum* seyn, woraus dann im Einverständnis mit den Grundsätzen des canonischen Rechts über putative Ehen d. h. solche, denen zwar ein vernichtendes Ehehinderniß im Wege steht, welches aber wenigstens einem der Ehegatten, bei Schließung der Ehe unbekannt war, ferner folgt, daß einer solchen Ehe die Wirkungen einer gültigen, auch in Hinsicht der Gütergemeinschaft, so lange beigelegt werden müssen, bis sie durch rechtlichen Spruch als ungültig aufgeloßt ist. Das Landrecht kennt zwar diese Modification nicht, weil nach ihm (II. 1. §. 11 und 12.) nur die bürgerliche Gültigkeit der Ehe für das Eintreten aller rechtlichen Folgen derselben erforderlich ist. Allein da das Landrecht an der bezogenen Stelle für uns nicht gilt, so entscheiden die gemeinrechtlichen Grundsätze, auf welche hier deshalb ausdrücklich aufmerksam zu machen war.⁴²⁾

§. 11.

Was die Frage betrifft, welchen Einfluß der Ort, wo die Ehe vollzogen worden, auf das Eintreten der Gütergemeinschaft unter den Eheleuten hat? so kann diese nur mit Rücksicht auf das Domizil des Mannes entschieden werden; ⁴³⁾ denn die Frau erwirbt des Mannes Stand und mit diesem auch sein Domizil, seinen Gerichtsstand, sofort durch vollzogene Heirath.⁴⁴⁾ Behält also der Mann nach der Heirath sein bisheriges Domizil und es gilt in diesem die Rübener Gütergemeinschaft, so tritt dieselbe mit allen Folgen ein, ohne daß es vorher eines factischen Anlangens der Frau in dem Domizil des Mannes bedürfte. Will aber der Mann

mit der Heirath sein Domizil ändern und das mit seiner Frau gemeinschaftliche neue, an einem Orte nehmen, wo Rübener Gütergemeinschaft gilt, während sie an seinem bisherigen Wohn-Orte nicht galt, so kann dieselbe nur dann mit allen Folgen durch die Ehe von selbst eintreten, wenn er das neue Domizil auch wirklich in rechtbeständiger Art genommen hat.⁴⁵⁾ Uebrigens versteht sich hiebei von selbst, daß Soldaten und sonstige Personen, welche gesetzlicher Bestimmung zufolge, dadurch, daß sie sich nach ihrer Heirath an ihrem angewiesenen Bestimmung-Orte mit ihrer Familie niederlassen, daselbst noch kein Domizil erwerben, wie z. B. Gesandte, durch Eingehung der Ehe noch nicht in Gütergemeinschaft treten, wenn solche nicht da gilt, wo sie gesetzlich ihr erstes Domizil haben.⁴⁶⁾

§. 12.

Eheleute, unter denen die Rübener Gütergemeinschaft in angegebener Art (§.10.) nicht schon durch das Gesetz eingeführt ist, können solche durch Vertrag unter sich festsetzen. Diese Befugniß gehört zur Privat-Autonomie rechtsfähiger Subjecte und ist noch von Niemand bestritten worden. Nur über die Art und Weise wie die Einführung geschehen muß, ist in den folgenden §§. noch etwas Näheres zu bemerken.

§. 13.

Der Vertrag muß vorab gerichtlich abgeschlossen werden. Es ist dieses zu Rübener nicht allein immer so gehalten worden, sondern auch nach der jetzt bestehenden Gesetzgebung über die legale Form der Handlungen erforderlich.⁴⁷⁾ Wenn durch einen solchen Vertrag eine spezielle Ausnahme von der bestehenden Regel gebildet d. h. wenn dadurch an

⁴¹⁾ Hiermit stimmt auch das Allg. Landrecht II. 1. §. 361.

⁴²⁾ Danz zu Rube B. 6. S. 379. Scherer Gütergemeinschaft. B. 1. S. 76. Wie se Kirchenrecht §. 289 und 290.

⁴³⁾ Danz zu Rube B. 6. S. 381 und 389.

⁴⁴⁾ Allg. Landrecht Einleitung §. 23 und 24. II. 1. §. 192, 193 und 353. Allg. Ger. Ord. 1. 2. §. 87.

⁴⁵⁾ Vergl. Allg. Landrecht II. 1. §. 350.

⁴⁶⁾ Scherer Gütergemeinschaft. B. 1. S. 81. fgg.

⁴⁷⁾ Allg. Gerichts-Ordn. Thl. 2. Tit. 3. §. 19. mit Bezug auf Allg. Landrecht II. 1. §. 356.

einem Orte die Gütergemeinschaft eingeführt wird, wo sie *de regula* nicht gilt, so muß er öffentlich verlaublich werden, wie dies schon früher (§. 6.) von der Ausschließung einzelner Vermögenstücke aus der Gütergemeinschaft, angemerkt worden. Die Form worin diese Verlautbarung geschieht, muß sich nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften richten; denn dergleichen Formen sind dem Wechsel der Gerichtsverfassungen unterworfen, welche selbst nach der durch den Wechsel der Verhältnisse bedingten Zweckmäßigkeit geändert werden, ohne daß dadurch das Wesen der Sache berührt oder geändert würde. Nach dem ältesten germanischen Rechte wurden Eheverträge, wie andere wichtige Handlungen dieser Art, feierlich vor den Genossen errichtet. Sie gelangten dadurch zur Kenntniß Aller, die davon unterrichtet werden mußten. Schriftliche protocollarische Abfassung war nicht nothwendig. Nur zur Erleichterung des Beweises von Verhandlungen, deren Dauer in ihren Folgen weit über alles menschliche Denken hinausreichen mußte, wurden Urkunden aufgenommen, welche aber selbst deutlich sagen, daß sie nur zum Gedächtniß des vor Zeugen und Genossen gültig vorgenommenen Actes, nicht zur Gültigkeit selbst aufgenommen worden, Unnützlich stellte sich dieses umgekehrt und sind in unsern jetzigen Verhältnissen ganz andere Publicationwege und Formen nöthig geworden. Es sind diese in der *U. G. D.* II. 3, §. 19, mit Bezug auf *U. L. R.* II. 1. §. 422. — 426 angegeben, wonach die öffentliche Bekanntmachung in den Zeitungen oder Intelligenzblättern der Provinz, zu drei verschiedenen Malen innerhalb vier Wochen geschehen muß; ungerechnet die besonderen Notifikationen, welche bei Kaufleuten, Grundstücken u. s. w. erfolgen sollen. Die Publication-Arten nach unserer früheren Gerichtsverfassung, stimmen hiemit wenigstens insofern überein, daß sie auch durch öffentliche Blätter geschehen mußten.

Das *U. L. R.* (II. 1. §. 351 und 352.) erfordert außerdem noch, daß Eheleute, unter denen keine Gütergemeinschaft besteht, wenn sie an einen Ort verziehen, wo sie als Regel

gilt, in Beziehung auf Dritte, welche jenes specielle Verhältniß nicht kennen, angesehen werden sollen, als ob sie in Gütergemeinschaft lebten und verordnet deshalb §. 426. die wiederholte Bekanntmachung des geschehenen Ausschließens der Gütergemeinschaft; wenn Eheleute, welche sie ausgeschlossen haben, an einen anderen Ort ziehen, wo sie gilt.

Das Gesetz v. 20. März 1837. macht hierin im Wesentlichen keinen Unterschied, weil es sich in der Einleitung selbst nur als Deklaration solcher gesetzlichen Bestimmungen ⁴⁰⁾ ankündigt, welche im hiesigen Departement nicht gelten und welche einen, hier unpractischen, Unterschied zwischen Verträgen, die nur vor der Ehe abgeschlossen werden können und zwischen anderen machen, wobei das nicht erforderlich ist. Deshalb wird dann auch der, wiewohl sehr allgemein gefaßte §. 5. des gedachten Gesetzes, daß Verträge über Einführung der Gütergemeinschaft keiner Bekanntmachung bedürfen, hier außer Anwendung bleiben. Dagegen ist die Abänderung der für uns geltenden Bestimmung der *U. G. D.* (II. 1. §. 6. Pro. 1. Anh. §. 416.) daß die Einführung und Ausschließung der Gütergemeinschaft nur vor dem persönlichen Richter des Bräutigams geschehen könne; allerdings practisch. Das Nähere darüber ist weiter unten im §. 26. angegeben.

§. 14.

Hinsichtlich der Zeit, wann die Einführung der Gütergemeinschaft durch Vertrag geschehen könne, sind die Eheleute an keine besondere Bestimmung gebunden. Das Rübener Statut enthält in solcher Beziehung keine Beschränkung und in gemeinrechtlichen Vorschriften ist eine solche auch nicht zu finden. ⁴⁰⁾ Eine Ausnahme macht hier das *U. L. R.* II. 1. §. 354 und 355, indem es verordnet, daß ein solcher Vertrag, wenn er nicht unter Eheleuten erfolgt, welche an einen Ort

⁴⁰⁾ *U. L. R.* II. 1. §. 354. und 356, 412 und 422. II. 17. §. 57, 59 und § 76. des Anhanges.

⁴⁰⁾ Darg zu Runde *B. G. C.* 376. Eichhorn *Privatrecht* §. 305. a. C.

verziehen, wo Gütergemeinschaft überhaupt besteht, nur vor der Heirath soll abgeschlossen werden können. Allein da der angezogene Titel hier nicht gilt, so kommt auch die fragliche Vorschrift bei uns nicht zur Anwendung. Dasselbe gilt von der Vorschrift des U. L. R. II. 1. §. 357. daß zu solchem Vertrage die Zuziehung des Vaters der Frau erforderlich sey. Ueberhaupt kann zur Gültigkeit eines solchen Vertrages nichts Anderes verlangt werden, als was nach dem Gesetze zur Gültigkeit der Verträge und zur Dispositionsfähigkeit der Contrahenten überhaupt erforderlich ist. Es steht daher die Regel fest, daß, sobald ein solcher Vertrag rite abgeschlossen und beziehungsweise verlautbart worden ist, auch die Güter-Gemeinschaft mit allen rechtlichen Folgen unter den Eheleuten eintritt.

§. 15.

Bei landsäßigem Adel tritt Gütergemeinschaft nicht ein, wenn gleich ein Mitglied desselben sein persönliches Domizil an einem Orte hat, wo sie gilt — in der Stadt oder im Amte Rüdten —; denn der §. 8. der Erblandevereinigung v. 6. Juli 1590, ⁵⁰⁾ ordnet die Successionverhältnisse der Ritterschaft in anderer Art, als sie die Grundsätze der ehelichen Gütergemeinschaft mit sich bringen. Hierbei fragt sich jedoch, ob die angezogenen Vorschriften der Erblandevereinigung nicht zunächst, mehr auf die Untheilbarkeit adeliger Güter als auf adelige Personen zu beziehen sind? das dem ehemaligen vollbürtigen Adel gegebene *privilegium successionis ad morganicam* vom 29. April 1597, ⁵¹⁾ scheint dies zu bestätigen, weil es gegeben wurde, um die Successionsrechte in adeligen Gütern, durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung auch an die persönliche Qualifikation, an sogenannte Vollbürtigkeit zu knüpfen. Bedenkt man nun, daß diese Bedingung

⁵⁰⁾ Scotti Sammlung Churchensischer Verordnungen B. N. 33.

⁵¹⁾ Scotti B. I. N. 39.

der Successionsfähigkeit, durch das Großherzoglich Hessische Gesetz vom 28. April 1809, ⁵²⁾ wieder aufgehoben ist, so erhebt sich jene Frage von Neuem und zwar um so prägnanter, weil nach der älteren Rüdener Praxis, der dortige zahlreiche Adel, sich der Gütergemeinschaft eben sowohl bequeimte, als die übrigen Bürger. Der Verfasser hat sich hierüber in einer eigenen Abhandlung ausgesprochen ⁵³⁾ worauf wir hier verweisen und nur noch bemerken, daß die Exemption, der Erblandevereinigung und den übrigen angezogenen Gesetzen zufolge, auf anderen als landsäßigen Adel, nicht wird bezogen werden können; daß aber hinsichtlich des letzten, die Praxis dem Entwurfe ganz entschieden conform ist.

Was die Juden betrifft, so sind diese im Amte Rüdten hinsichtlich ihrer ehelichen Güterverhältnisse immer nach den besonderen Bestimmungen ihrer Ceremonialgesetze beurtheilt worden. Deshalb bleiben sie von der statutarischen Gütergemeinschaft ausgeschlossen und dieses müssen sie auch ferner bleiben. Das Edict v. 11. März 1812, die bürgerlichen Verhältnisse der Juden betreffend, insbesondere der §. 20. desselben, welcher die Sache anders entscheiden würde, ist nach einem an das K. Hofgericht zu Arnsherg erlassenen Ministerialrescripte v. 21. Aug. 1828, ⁵⁴⁾ in Gemäßheit des Publicationpatents v. 21. Juni 1825, als hier nicht recipirt zu betrachten, weil die Naturalisation und Verfassung der Juden im Allg. Landrechte nicht berührt wird und darum jenes Edict nicht zu den das Allg. Landrecht abändernden, ergänzenden oder erläuternden Gesetzen, welche mit recipirt sind, gehört.

§. 16.

Bei Minderjährigen tritt die Gütergemeinschaft nur Bedingungsweise ein. Das Rüdener Statutarrecht enthält zwar

⁵²⁾ Scotti B. 3. N. 335.

⁵³⁾ Ueber die Successions-Ordnung in den adeligen Familien des Herzogthums Westfalen und über die Untheilbarkeit ihrer Güter; in Ulrich's u. neuem Archiv. B. 3. S. 89.

⁵⁴⁾ Beilage 7.

von solchen Bedingungen nichts, weshalb dann auch früher immer angenommen wurde, daß sie unbedingt eintrete; die Eheleute mochten großjährig seyn oder nicht. War jedoch insbesondere der Mann minderjährig, so mußte er, um die freie Dispositionsbefugniß über das Gesamtgut zu erhalten, entweder *veniam ætatis* nachsuchen, wie z. B. der verstorbene Hofrath Floret zu Werl, wo Rüdener Recht gilt, welcher vor erlangter Großjährigkeit Beamter wurde und heirathete, oder er mußte die Administration unter Aufsicht der Vormundschaft führen. Seit aber das Allg. Landrecht eingeführt und namentlich die Vormundschafts-Ordnung im 18ten Titel des 2ten Theils ohne Einschränkung recipirt ist, müssen die darin gedachten Modificationen allerdings beachtet werden, weil sie nicht sowohl das Wesen des Instituts selbst, als nur die Bedingungen enthalten, unter denen dasselbe in seinen rechtlichen Wirkungen bei Minorennen eintreten soll. (§. 2) Diese Bedingungen für die noch nicht vollwilligen Minderjährigen festzustellen, liegt aber eben so unwidersprechlich in dem oberauffehenden Rechte und Interesse des Staats, als es auch sonst jedem Privaten der *sui juris* ist, frei steht, das Eintreten der Gütergemeinschaft zu fördern oder zu hemmen, je nachdem er es seinen Zwecken angemessen findet. Nach einer Angabe in der unten **) angeführten Schrift ist im Münsterlande durch ein am 25. Mai 1828 an das Königl. Oberlandesgericht zu Münster erlassenes und am 14. Juli desselben Jahres in N. 30. S. 224 des dortigen Amtsblatts bekannt gemachtes Rescript des Justizministeriums entschieden worden, daß, weil das Statutarrecht hinsichtlich des Eintritts der Gütergemeinschaft keinen Unterschied zwischen Großjährigen und Minderjährigen mache, dieser auch nach Einführung des Landrechts nicht zu machen sey. Wäre aus gleichem Grunde eben so auch bei unserem Statutarrechte zu entscheiden, so würden die §§. 16—23. des Entwurfs wegfallen und damit ein Theil der Verantwortlichkeit des Königl. Oberlan-

**) Welker Münstersche Gütergemeinschaft S. 38. Not. *

desgerichts sowohl, als der betreffenden Untergerichte. Mein ein späteres Justiz-Ministerialrescript vom 1. März 1833 (Juristische Zeitung S. 1155.) spricht eine ganz entgegengesetzte Ansicht aus und diese ist, gegen die der Oberlandesgerichte zu Hamm und Münster, durch eine allerhöchste Kabinettsorder v. 5. August 1833 (Jurist. Zeitung pro 1834. S. 148.) genehmigt worden. **)

Die Bestimmungen der Vormundschafts-Ordnung, welche hienach zur Anwendung kommen und in den folgenden Paragraphen aufgenommen sind, finden sich im A. L. R. Thl. II. Tit. 18. §. 782—799. Vom §. 758. ab, ist durchgängig nur von einer Pflegebefohlenen (von einer Frau) die Rede. Das Nämliche wird aber nach der Generalbestimmung im §. 780. auch auf den minderjährigen Mann Anwendung finden. Dieser Ansicht widerspricht zwar ein Ministerialrescript vom 14. Aug. 1820 *) allein für die Meinung, daß die im §. 791. der Vormundschafts-Ordnung, der weiblichen Pflegebefohlenen gestellte Frist, auch dem männlichen zu Statten komme, hat sich das Oberlandesgericht von Ostpreussen **) ausgesprochen, welches den Unterschied zwischen beiden Geschlechtern nur darin stellt, daß das männliche — wie bei Bürgschaften — nicht gleich dem weiblichen, nach §. 786. *ibid.* vom Richter belehrt zu werden braucht.

§. 17.

Worin die Restitution-Gründe bestehen, sagt die Vormundschafts-Ordnung nicht; sondern sie verweist zurück auf die Vorschriften des 1ten Titels im 2ten Theile. **) Da aber jener Titel durch das Publicationpatent v. 21. Juni 1825, §. 4. für das Herzogthum Westfalen außer Anwen-

*) Man vergleiche auch noch Philip's Gütergemeinschaft S. 100. das Buch erschien vor dem zuletzt angeführten Rescripte und der Kabinettsorder.

*) v. Kamptz Jahrbücher B. 16. S. 32—42.

**) Simon u. v. Strampff Rechtsprüche B. 2. S. 319. fgg.

**) Allg. Landrecht II. 18. §. 780 und 781.

zung gestellt ist, so können die Restitutionsgründe für uns keine andere seyn, als die des gemeinen Rechts. ⁹⁰⁾ Hierauf laufen auch die im Allg. Landrechte ⁹¹⁾ angegebenen Gründe hinaus, jedoch nicht ohne singuläre Bestimmungen. Die hier ausgedrückte Ansicht scheint übrigens darum die richtigste, weil eine Gesetzstelle, welcher vorweg alle Geltung abgesprochen ist, dadurch daß eine andere auf sie verweist, keine Gültigkeit erhält. Diese hat in der That auf nichts verwiesen. Es müssen vielmehr diejenigen gemeinrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen, welche nach §. 4. des Publicationpatents, den außer Anwendung gestellten Titeln substituiert sind.

§. 18 — 23.

Zu den hier ausgehobenen Bestimmungen, bedarf es weiter keiner erläuternden Motive; sie sind ganz aus den im §. 16. gedachten Paragraphen, der hier zu Anwendung kommenden Vormundschafts-Ordnung entnommen.

§. 24.

Die statutarische Gütergemeinschaft ist, wie die gesetzliche Intestat-Erbfolge, ihrer Natur nach nur subsidiäres Recht; deshalb tritt sie nach der alten Parodie „Willkühr bricht Stadtrecht“ nur dann ein, wenn nicht ein besonderer Ehecontract die Güterverhältnisse anders regulirt.

§. 25.

Ueber die Zeit, wann die Ausschließung der Gütergemeinschaft durch Vertrag erfolgen könne, sind die Meinungen der Privatrechtslehrer getheilt, weil die Statutarrechte den Punkt unbestimmt lassen. Es fiel sonst wohl nicht leicht Jemand ein, eine solche Ausschließung zu ambitioniren, da es vielmehr allgemeines, zeitgemäßes Streben war, die Güterge-

⁹⁰⁾ Danz zu Runde B. 6. S. 376.

⁹¹⁾ H. & R. II. 1. §. 392. 410. 420 und 421.

meinschaft einzuführen. Indesß andere Zeiten, andere Sitten. Nach Wigands Versicherung ⁹²⁾ giebt es im Paderborn'schen kein Beispiel, daß eine durch das Gesetz begründete Gütergemeinschaft, während der Ehe, mit beiderseitigem Einverständnis der Eheleute, wieder aufgelöst worden wäre. Er stellt daher den Grundsatz fest, daß eine durch das Gesetz begründete Gütergemeinschaft, durch Vertrag nicht wieder aufgelöst werden könne, weil dieses auch dem altem Begriffe des Instituts am Angemessensten sey. Allein der rechtlichen Natur der Sache nach, muß dennoch zum Vortheil der Dispositionsfähigkeit der Contrahenten behauptet werden, daß auch nach Eingehung der Ehe, jede Güter-Gemeinschaft durch Vertrag ausgeschlossen werden könne, sofern dieses nur ohne Nachtheil wohlerworbener Rechte Dritter geschieht; womit dann auch die angesehensten Lehrer des deutschen Privatrechts übereinstimmen. ⁹³⁾ Zweifelhaft erscheint die Sache Phillips, ⁹⁴⁾ wiewohl er zugiebt, daß die neuere Theorie allgemein eine Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft durch Vertrag, unbedingt für zulässig erachte. ⁹⁵⁾

Das Rüdener Statutarrecht spricht sich über diesen Punkt nicht aus. Indesß enthält es wenigstens keine Beschränkung gegen die entwickelte gemeinrechtliche Ansicht und so wird es dabei um so mehr sein Bewenden zu behalten haben, da aus der Rüdener Praxis wenigstens ein Fall der fraglichen Art vorliegt, welcher sich im Jahre 1829 zwischen dem Rentanten Kloidt und seiner Frau Theresia Canisius ereignete. ⁹⁶⁾

⁹²⁾ Wigand Provinzialrecht von Paderborn B. 1. S. 13

⁹³⁾ Pufendorf Observationes T. 1. Obs. 56. §. 1. Westphal Privatrecht Thl. 2. Abthl. 44. §. 22. Runde Privatrecht §. 609. Danz zu Runde B. 6. S. 443. Scherer Gütergemeinschaft B. 2. S. 299.

⁹⁴⁾ Phillips Güter-Gemeinschaft S. 180 und 182.

⁹⁵⁾ Eichhorn Privatrecht §. 310. III. Wittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 356.

⁹⁶⁾ Daß ähnliche Fälle auch an anderen Orten, namentlich zu Medebach, vorgekommen sind, wird weiter unten nachgewiesen werden:

In ähnlicher Art verhält es sich hinsichtlich des Orts, wo die Eheleute bei Ausschließung der Gütergemeinschaft leben und ihren Wohnsitz haben. Das Allgemeine Landrecht⁹⁷⁾ enthält zwar einige Beschränkungen der fraglichen Art, indem es verfügt, daß die Ausschließung der Gütergemeinschaft vor der Heirath geschehen müsse, wenn nicht die Einführung derselben durch Vertrag in dem Falle nach der Heirath geschah, wo zwei Eheleute, welche bis dahin in keiner Gütergemeinschaft lebten, an einen Ort verziehen, an welchem dieselbe gilt. (§. 12.) Nur in Bezug auf die Eheleute selbst, soll die Ausschließung immer mit Erfolge geschehen können, nicht in Bezug auf Dritte. Alle diese singulären Bestimmungen haben aber für uns keinen Werth, weil der bezogene Titel nicht gilt. Eben deßhalb kann auch der §. 416. des Anhangs zur Allg. Gerichts-Ordnung, welcher festsetzt, daß die Bestätigung der Verträge, wodurch die Gütergemeinschaft unter Eheleuten eingeführt oder ausgeschlossen werden soll, vor den Richter des Orts wo die Verlobten, nach geschlossener Ehe ihren Wohnsitz nahmen und im Zweifel vor den persönlichen Richter des Bräutigams gehört, keine unbedingte Anwendung finden. Denn er ist offenbar in Voraussetzung der für uns suspendirten Bestimmungen des Landrechts geschrieben, welche verordnen, daß solche Verträge in der Regel nur vor Eingehung der Ehe, von Brautleuten geschlossen werden sollen. Durch diese Bemerkung rechtfertigt sich die bedingte Fassung des

§. 26.

zu dessen weiterer Motivirung nur noch auf dasjenige Bezug genommen zu werden braucht, was in den Motiven zu §. 13. über die Formen der Verträge fraglicher Art, gesagt worden ist. Die Stellen, woraus die Bestimmungen des Entwurfs geschlossen, sind unten angegeben.⁹⁸⁾ Deffentliche Bekannt-

⁹⁷⁾ Allg. Landrecht II. 1 §. 412. 413. 414 und 419.

⁹⁸⁾ Allg. Ger. Ordn. II. 1. §. 6. und Anh. §. 416. II. 3. §. 19.

machungen sind auch früher immer geschehen, wiewohl nur nach den Formen, welche der damaligen Gerichtsverfassung zufolge nöthig waren. Sollte eine solche Bekanntmachung unterbleiben, so versteht sich von selbst, daß Dritte von dem betreffenden Acte keine Notiz zu nehmen brauchen, sich vielmehr wegen ihrer Forderungen nach wie vor, am beiderseitigen Vermögen der Eheleute, als an einem in Güter-Gemeinschaft stehenden Gesamt-Gute halten können. Nur wenn Jemand überführt werden könnte, auf anderem offiziellem Wege, glaubhafte Notiz von der geschehenen Ausschließung erhalten zu haben, würde nach Analogie des Allgemeinen Landrechts II. 1. §. 427 und 428; ferner §. 422. 423 und 431. angenommen werden dürfen, daß er auch seiner Seite sich nach der Ausschließung zu bemessen verbunden sey. Ein solcher würde sonst durch dolus gewinnen können.

Uebrigens ist die hier abgehandelte Lehre von der Ausschließung der Güter-Gemeinschaft nach der Ehe, genau genommen eine Anticipation; sie gehört zu den Arten, wie die Gütergemeinschaft wieder aufgehoben wird. Wir werden am Schlusse der Lehre, wo diese Arten vorkommen, auf das hier Gesagte, kurzer Hand verweisen können.

§. 27.

Es ist im §. 1. der Motive entwickelt worden, wie sich der Begriff und Umfang der jetzt in Rügen bestehenden allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft allmählig ausgebildet hat. In eben so einfacher Weise ergeben sich die Folgen jener geschichtlichen Elemente, welche wir nun darzustellen haben. Dem Gesagten zufolge, blieb der Mann alleiniger Herr des zusammen gebrachten Vermögens. Seine Rechte am Eingebrachten der Frau, erweiterten sich dadurch, daß das Erbgut dem Weichbildgute gleichgestellt wurde. Aber so wie auf diese Weise die Masse des Gesamtvermögens, durch Ausdehnung ihres Inbegriffs sowohl, als durch den damit

verbunden mit dem Gesetze vom 20. März 1837. Man vergleiche übrigens die Motive zu §. 13.

gemachten Erwerb stieg, so vermehrten sich auch die Vortheile, welche der Frau daraus erwuchsen. Freilich litten gleichzeitig die Ansprüche der Blutverwandten Eintrag, allein was diese im fremden Hause durch Gütergemeinschaft verloren, das gewannen sie eben dadurch im eigenen wieder. Die Ansprüche der Kinder aber ruheten nur, so lange die Ehe bestand. Nach Auflösung derselben, nach Absterben des Vaters oder der Mutter, lebten sie wieder auf und wenn keine Kinder vorhanden waren, so wurden die übrigen Blutverwandten, durch Zuwendung eines aliquoten Theils der Masse, nach Rüdener Rechte eines Viertheils des Gesamtvermögens, abgefunden.

Aus dieser Gestaltung des Instituts, ergab sich dann ganz von selber, nicht bloß die Haftbarkeit des gemeinschaftlichen Vermögens für alle Schulden des Mannes, sondern auch für die der Frau, sofern es ihr überhaupt zustand, Schulden zu machen. Es ergab sich ferner daraus, daß der Mann, so wie er, vermöge seines ursprünglichen Privat-Eigentums und seines *mundii*, das Gesamtgut mit unbeschränkter Dispositionsbefugniß verwaltete, dies doch nur zu den Zwecken des Gesamt-Gutes, d. h. zur Beförderung und Vermehrung desselben thun konnte; also nicht direct zu seiner Verminderung. Daher so mannigfaltige Einschränkungen seiner Liberalität; zumal wenn sie gradezu in Verschwendung ausartete.

Das Verhältniß der Kinder gestaltete sich unter diesen Voraussetzungen in ähnlicher Weise. So wie das Prinzip des städtischen Lebens, die Erbrechte der Blutverwandten allmählig absorbirte, indem es alle äußere Fesseln des Besitzes sprengte, so schlang es dagegen die Bande um die Mitglieder des einzelnen Hauses desto fester; indem diese sämmtlich in der Idee der Were identifizirt wurden. Nicht Individuen und Familien, sondern Häuser, gute Häuser, wie man noch jetzt ansehnliche Weren nennt, machten den Stolz der Stadt, deren Glanz hinwieder dem Bürger mehr galt, als eigene persönliche Bequemlichkeit. Daher im Mi-

telalter so prachtvolle, colossale öffentliche Gebäude und so unscheinbare Privatwohnungen, während man heutzutage, im engen Kreise der Selbstsucht befangen, für das, was außer demselben liegt, wenig Sinn hat. So lange die Kinder in der Were blieben, lebten sie nur für diese, welche ihnen alles gab, was sie bedurften. Sie konnten aber nicht immer darin bleiben. Wenn die Töchter heiratheten, so mußten sie einen Brautschlag haben; wenn die Söhne nicht durch Heirath in eine andere Were übertraten, so bedurften sie zur eigenen Einrichtung eines Vorschusses; beides wurde ihnen aus dem Gesamtgute gegeben und war dies um so billiger, weil sie von der Zeit ihres Heranwachsens an, solches ja auch durch Fleiß und Betriebsamkeit hatten vermehren helfen.

So entwickelte sich allmählig die Ausberadung der erwachsenen Kinder, woran letztere hie und da die Idee einer Berechtigung auf ihrer Seite knüpften; welche jedoch, strenge genommen, nicht geltend gemacht werden konnte. Wo aber factisch oder von nachgegebenen Rechts wegen, eine solche Aussteuerung der Kinder statt fand, da mußte nothwendig die Were zum Nachtheil der jüngeren Kinder geschwächt werden, weshalb dann bei der nachherigen Auseinandersetzung die älteren Kinder die Ausstattung, womit sie unterdeß für sich erworben hatten, nicht nur conferiren mußten, sondern sich auch häufig die örtliche Gewohnheit bildete, daß das jüngste Kind, welches auf diese Weise die wenigste Gelegenheit gehabt hatte, für sich zu sorgen, das nächste Recht zur elterlichen Were erhielt. Bei dieser Ausstattung concurrirte übrigens hauptsächlich auch die mütterliche Fürsorge der Hausfrau und wenn auf solchem Wege Eltern alle ihre Kinder versorgt hatten, so hatten diese vor der Hand nichts weiter zu fordern. Erst nach dem Tode der Eltern traten sie durch Erbrecht an deren Stelle, entweder zur Hälfte, wenn nur Einer der Ehegatten starb und der Ueberlebende durch Wiederverheirathung ein neues Gütergemeinschaftsverhältniß eingieng, oder zum Ganzen, wenn der Ueberlebende nicht wieder heirathete,

sondern allein in der Were blieb, bis er sie durch seinen Tod auf die Kinder vererbte.

Wenn wir diese eben so einfachen als natürlichen geschichtlichen Data festhalten, so wird es sehr leicht seyn, alle Folgen der Gütergemeinschaft aus dem Statut und respect. dem aus diesem abgezogenen Begriffe derselben, zu erklären. Wenn wir dagegen alle einzelne Eigenthümlichkeiten jenes Instituts, ohne Rücksicht auf ihren geschichtlichen Zusammenhang, der sich ja nicht aus römischen Rechtsbegriffen, sondern aus dem ungezwungenen Leben unserer städtischen Communen entwickelt hat, unter solche fremde Begriffe zwingen und dann nach dem, was in diesen liegt, beurtheilen wollen, so ist ganz unausbleiblich, daß wir die heterogensten Erscheinungen zu Tage fördern müssen, die dann freilich die ganze, an sich einfache Lehre, zu einer so verworrenen machen, wie das breite Werk, worin sie Scherer mit einem großen Aufwande von Gelehrsamkeit abgehandelt hat.

Dem im §. 3. angegebenen Begriffe der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft zufolge, bildet das sämtliche Vermögen der Eheleute, während der Ehe ein Gesamtgut, welches in seine früheren Bestandtheile nicht wieder aufgeldet werden kann, sondern vom Manne, gleich einem Eigenthümer beherrscht, jedoch zu beiderseitigem Vortheil verwaltet wird. Demzufolge hat der Mann während der Ehe, über das Gesamtgut die alleinige Verwaltung als Eigenthümer und wird darin nur durch die Rücksicht beschränkt, daß sie ihrem Zwecke nach zu beiderseitigem Vortheil geführt werden muß. Hiermit stimmt auch die uniformste Praxis, nicht bloß von Römern, sondern von allen anderen Orten, wo unsere Gütergemeinschaft gilt, überein; wiewohl diejenigen Germanisten und spätere Statutarrechte, welche ein römisches **condominium pro indiviso** unter den Eheleuten voraussetzen, einer solchen Praxis, nicht ohne Inconsequenz gegen jene Voraussetzung, die Ehre geben können. Sie fingiren aus Mann und Frau eine moralische Person deren Thätigkeit der Mann, als das Haupt derselben, dirigirt, damit Einheit hineinge-

bracht und der Möglichkeit unaufsöthlicher practischer Verwirrungen begegnet wird. Je schneidender aber diese Ansicht, in jeder näheren Bestimmung derselben, auf die einmal anerkannten Condominialrechte der Frau einwirken muß, desto willkürlicher pflegen dann auch wieder diese Bestimmungen zu seyn, um den Rechtsbegriff des vollen **condominii** der Frau zu schonen. So unbestritten daher das durch Nothwendigkeit gegebene Administrationrecht des Mannes im Allgemeinen ist, so zweifelhaft sind unter den älteren Germanisten die Grenzen desselben.

Auch das Allg. Landrecht (II. 1. §. 377.) erkennt es an. Dasjenige, was Tyrrell im §. 9. seiner Dissertation über die Folgen der Römischen Gütergemeinschaft während der Ehe sagt, ist so dürftig, daß es keine besondere Anführung verdient. Dagegen verdienen die Aeußerungen eines anderen geachteten Germanisten ^{oo)} volle Rücksicht, wenn sie einräumen, daß sich für alle Modificationen, welche einzelne Rechtslehrer an dem Administrationrechte des Mannes zu machen pflegen, kein befriedigender Grund anführen lasse und daß dieselben nur dazu dienen, die rechtliche Natur der Gütergemeinschaft zu verwirren; den zum Wohle der bürgerlichen und häuslichen Gesellschaft so nothwendigen Credit des Mannes zu untergraben und verwickelte kostspielige Prozesse herbeizuführen; daß daher die Frage, ob das Recht der Allein-Administration des Mannes so weit gehe, um auch ohne Einwilligung der Frau gültige Veräußerungen vornehmen zu können, überall zum Vortheile des Mannes zu beantworten sey, wenn nicht besondere Statuten das Gegentheil verordnen. — Allein so richtig diese Aeußerungen an sich sind, so wenig folgen sie aus dem Grundsätze, den Danz und seine Zeitgenossen an die Spitze der Lehre von der Gütergemeinschaft stellen; sie ist weniger durch consequente Entwicklung jenes Grundsatzes, als durch Rücksichten practischer Zweckmäßigkeit motivirt und daher auch nie mit dem Vertrauen gehalten worden, welches

^{oo)} Danz zu Runder B. 6. S. 407.

sie verdient. Wir verweisen daher auf die Aeußerungen Wiganb's ⁷⁰⁾ welcher für Paderborn in der fraglichen Beziehung, die Uebereinstimmung zwischen Theorie und Praxis bekundet und Phillips ⁷¹⁾, welcher wenigstens die theoretische Richtigkeit der hier gehaltenen Ansicht einräumt. Daß die Müdener Praxis damit ebenfalls übereinstimmt, werden die Motive zu den folgenden Paragraphen des Entwurfs ergeben.

§. 28.

Dieser §. ist nur eine consequente Entwicklung des vorigen und es liegt darin eigentlich auch die Folge ausgesprochen, daß die Eintragung der zur Gütergemeinschaft gehörenden Realitäten, bloß auf den Namen des Mannes zu geschehen braucht. ⁷²⁾

In mehren Provinzen und Orten hat man hieran auch festgehalten z. B. in Paderborn ⁷³⁾ allein die preussische Hypothekens-Ordnung, in durchgreifender Verfolgung ihres Grundsatzes der Publizität und Spezialität verlangt, daß bei jedem einzelnen Grundstücke, alle und jede Rechte vermerkt werden, welche entweder Eigenthümern oder anderen Personen daran zustehen; weshalb dann auch die Berichtigung des Besitztittels auf den Namen beider in Gütergemeinschaft lebender Eheleute erfolgt.

Was das Veräußerungsrecht des Mannes betrifft, so ist vorhin gesagt worden, die Administration-Befugniß desselben werde nur durch die einzige Rücksicht beschränkt, daß sie zu beiderseitigem Vortheil ausgeübt werden müsse. Hieraus hat man gefolgert, daß der Mann wenigstens nicht zu solchen Veräußerungen befugt sey, welche nicht in unmittelbarer Absicht auf die Verwaltung des Vermögens, sondern zu anderen Zwecken z. B. zur Bezeugung einer Liberalität, durch Schen-

⁷⁰⁾ Wiganb Provinzialrecht von Paderborn B. 1. S. 17.

⁷¹⁾ Phillips Gütergemeinschaft S. 153.

⁷²⁾ Man vergleiche die Motive zu §. 6.

⁷³⁾ Wiganb Prov. Recht B. 1. S. 19.

fungen, Bürgschaften u. dgl. gemacht werden. Darum verlangen viele zu allen Veräußerungen dieser Art, insbesondere auch zu Bürgschaften, die Einwilligung der Frau.

So ist namentlich von einigen Zeugen in Sachen Kellerhof gegen Kroll zu Belecke, bekundet worden. ⁷⁴⁾ Allein die Fälle welche die Zeugen anführen, beweisen nur die unbeschränkte Dispositionsbefugniß des Mannes. Dafür, daß sie wegen einer Liberalität durch gemachte Schenkungen oder Bürgschaften, je wirklich eingeschränkt worden sey, ist auch nicht eine einzige Thatfache angeführt. In Sachen Epping zu Lippstadt gegen Canisius zu Müden, wo das Justizamt Müden eine einseitige Bürgschaft des Mannes für gültig angenommen hatte, erkannte das Königl. Hofgericht zwar Anfangs **Processus**; allein die Streitfrage ist in **appellatorio** nicht entschieden worden, indem die Appellation später, ob **defectum formalium** zurückgewiesen wurde.

Deshalb hat dann auch das Königl. Hofgericht in Sachen Kellerhof gegen Kroll durch das Erkenntniß v. 10. April 1834 und die demselben nachgesetzten Entscheidungsgründe ⁷⁵⁾ dem Manne, trotz den abweichenden Aussagen einzelner Zeugen, ein so unbedingtes einseitiges Dispositionsrecht attribuiert, daß dagegen nicht einmal ein ausdrücklicher Widerspruch der Frau zur Beachtung kömmt.

Auch das Justizamt Müden hat in Sachen Budde gegen Müller durch ein Erkenntniß v. 15. Mai 1834 ⁷⁶⁾ den Widerspruch einer Frau gegen die Dispositionsbefugniß des Mannes zurückgewiesen, obgleich es letztere mit Rücksicht auf die unmotivirten Zeugendepositionen in Sachen Kellerhof gegen Kroll auf diejenigen Fälle beschränkt, welche keine Liberalität des Mannes unterstellen. Eine solche Beschränkung ist aber durchaus irrig und würde die angegebene Regel in der Anwendung fast überall wieder aufheben, würde der Willkühr und Chicane

⁷⁴⁾ Beilage 8. Not. *

⁷⁵⁾ Beilage 8.

⁷⁶⁾ Beilage 9.

Thür und Thor öffnen. Sie stimmt daher auch keinesweges mit der Praxis. Daß der Mann die Administration zum gemeinsamen Besten führe, ist freilich Zweck derselben; aber nicht in jedem einzelnen Falle nachzuweisende Bedingung für die Rechtsbeständigkeit seiner Handlungen. Er hat die Vermuthung der Fähigkeit in seinen Dispositionen, zu erspriesslichen Zwecken, ein für allemal für sich und diese Vermuthung schützt den Rechtsbestand aller seiner Dispositionen so lange, als seine Unfähigkeit nicht eben so unzweideutig durch eine Prodigalität- oder Blödsinnigkeit-Erklärung ausgesprochen ist. Bis dahin, daß solches geschieht, daß die Unfähigkeit des Mannes zur Verwaltung, durch rechtskräftiges Erkenntniß gegen ihn ausgesprochen ist, kann seine Dispositionsbefugniß in keinem einzelnen Falle beschränkt werden; er mag sie zu scheinbar bloß liberalen oder zu remuneratorischen Schenkungen, zu Bürgschaften oder sonstigen Speculationen gebrauchen. 77) Mit dieser consequenten Ansicht stimmt das Allg. Landrecht nur in einzelnen Bestimmungen überein. 78) Die einseitige Veräußerung oder Verpfändung der Grundstücke und Gerechtigkeiten, so wie der gemeinschaftlichen Kapitalien, wird dem Manne §. 378 und 379. unbedingt untersagt. Einseitige Schenkungen von ihm soll dagegen die Frau nach §. 381. nur dann anfechten können, wenn sie solche auch als von ihr selbst gemachte, nach dem Gesetze 79) hätte widerrufen können. Inzwischen gilt der angezogene Titel des 2ten Theils, worin diese Bestimmungen enthalten sind, im hiesigen Departement nicht.

Wollte man übrigens die Einwilligung der Frau zu Bürgschaften für nothwendig erachten, so würde mit Rücksicht auf die singuläre Vorschrift des Allg. Landrechts, 80) wonach in dem Falle, wenn sich die Frau mit dem Manne zugleich als Mit- oder Selbstschuldner verpflichtet, der Mann

77) Wiganb Prov. Recht v. Paderborn B. 1 S. 19.

78) Allg. Landrecht Thl. 2. Tit. 1. §. 377. und fgg.

79) Allg. Landrecht Thl. 1. Tit. 11. §. 1089. und fgg.

80) Allg. Landrecht. Thl. 1. Tit. 14. §. 232 und 233.

als Hauptschuldner und die Frau nur als Bürge oder hier als Rückbürge betrachtet wird, eine solche Bürgschaft den ausdrücklichen Verzicht auf diese gesetzliche Vermuthung enthalten müssen; denn der allegirte Titel des Landrechts gehört zu den recipirten und die Vorschrift steht dann auch nicht im Conflict mit dem Statutarrechte. Dagegen würde selbst in solchem Falle, die ebenfalls sehr singuläre und recipirte Vorschrift des Allg. Landrechts, 81) daß die bloße Mitunterschrift der Frau unter einem Mieth-Contracte, dieselbe noch nicht verpflichtet, die Mieth nach dem Tode des Mannes fortzusetzen, darum keine Anwendung finden, weil nach den Grundsätzen unserer Gütergemeinschaft der Mann, auch ohne allen Hinzutritt der Frau, einen solchen Mieth-Contract rechtsverbindlicher Weise für sie mitvollzieht.

§. 29.

Wechselseitige Schenkungen der Eheleute unter sich, sind in der Gütergemeinschaft ganz undenkbar. Die Eheleute können sich nichts schenken, was sie nicht schon hätten. Was die Frau dem Manne schenkt, das hat er schon vermöge des *mundii*; was er ihr schenkt, das fällt ihm vermöge desselben wieder zu. So haben beide, was sie von einander haben können, wenn man nicht die, der Natur der Gütergemeinschaft eben so sehr widerstreitende, Unterstellung machen will, daß dergleichen Geschenke aus dem Sammtvermögen ausgeschlossen werden sollen. Der sicherste Beleg für die Richtigkeit dieser Ansicht ist der Umstand, daß es der Rübener Praxis ganz an einem Beispiele zu solchen Schenkungen fehlt. Jeder war so vernünftig, ihre Zwecklosigkeit einzusehen; obgleich es Theoretiker gegeben hat, welche ihre rechtliche Unmöglichkeit nicht eben so leicht zu fassen wußten. Ihre Ansichten sind jedoch in neuerer Zeit gebührend zurückgewiesen worden. 82)

81) Allg. Landrecht Thl. 1. Tit. 21. §. 372.

82) Wiganb B. 1. S. 25. Phillips Gütergemeinschaft. S. 170.

§. 30.

Das über die Verwaltung- und Verdufferungsbefugniß des Mannes überhaupt Gesagte, findet insbesondere auch Anwendung, auf die von ihm contrahirten Schulden und Verpfändungen. Die uniformste Praxis ist darüber einverstanden, daß der Mann unbedingt und allein das Recht hat, auf das Sammtvermögen einseitig und mit Erfolge Schulden zu contrahiren. Es bekunden dies nicht allein die in der Beil. S. namhaft gemachten Fälle, sondern alle Lehrer des deutschen Privatrechts sind auch darüber einverstanden.⁸⁰⁾ Allein je folgerechter diese Praxis ist, desto unbegreiflicher bleibt es, wie man die Gültigkeit der in den beiden vorigen Paragraphen näher bezeichneten Acte der Liberalität des Mannes, von der hinzutretenden Einwilligung der Frau will abhängig machen können. Die einfache Form einer Schuld- und Pfandverschreibung reicht hin, die Nichtigkeit all dieser Ausnahmen von der wohlbegründeten Regel aufzudecken. Sogar das Allg. Landrecht⁸¹⁾ erkennt dieses an; denn obgleich es erst die einseitige Verpfändung des Sammtgutes durch den Mann verbietet, so spricht es doch gleich nachher die Haftbarkeit des Sammtvermögens für die von dem Manne einseitig contrahirten Schulden wieder aus.

§. 31.

Eben so wie die freien vertragmäßigen Handlungen des Mannes, so verpflichten auch die nicht vertragmäßigen, namentlich die unerlaubten Handlungen desselben, in ihren Folgen das Sammtgut. Hierüber sind Theorie und Praxis überall einverstanden und auch das Allg. Landrecht⁸²⁾ stimmt damit vollkommen überein.

⁸⁰⁾ Danz zu Rande, B. 6. C. 375. Wigand Prov. Recht. B. 1. §. 21.

⁸¹⁾ Allg. Landrecht II. 1. §. 378. 379 und 380.

⁸²⁾ Allg. Landrecht Thl. 2. Tit. 1. §. 384.

§. 32.

Daß bei ausbrechendem Concurse das gesammte, in der Gütergemeinschaft befindliche Vermögen zur Masse gehöre, liegt schon in dem Begriffe der Gütergemeinschaft, welche eben darin besteht, daß sie das getrennte Vermögen der Eheleute zu einem einzigen Gesamtvermögen consolidirt, worin jegliches Sondergut seinem Begriffe nach absorbiert wird. Es stimmt aber auch damit die Praxis aufs Unbedingteste überein, so daß es zu Rügen ganz an einem Beispiele fehlt, wo bei ausbrechendem Concurse über den Mann, eine Frau ihr eingebrachtes Vermögen reclamirt hätte.

§. 33.

Die Vorschriften des §. ergeben sich aus dem früher Gesagten, ganz von selbst. Wird der in Gütergemeinschaft stehende Mann zur Vermögenverwaltung unfähig, so kann er solche so wenig führen, als im ähnlichen Falle ein Anderer, der nicht in Gütergemeinschaft lebt. Diese Unfähigkeit muß aber durch ein zu Recht bestehendes Erkenntniß ausgesprochen werden. Ist dieses da, so erscheint der Mann hinsichtlich der Verwaltung als bürgerlich todt und dieselbe geht, grade als wenn er natürlichen Todes verfahren wäre, auf die Frau über; wie solches für den letzten Fall unten noch weiter entwickelt werden wird. Daß die Gerichte einem solchen, der Verwaltung unfähigen Manne, einen Curator anordnen können, versteht sich von selbst, daß aber ein solcher Curator dadurch nicht das *mundium* über die mit dem Curanden in Gütergemeinschaft lebende Frau erwirbt, ist eben so klar, weil sie durch die eingeleitete Curatel nicht die Frau des Curators wird, sondern die ihres Mannes bleibt. Die Praxis ist über dieses Verhältniß auch nicht im Geringsten im Zweifel.⁸³⁾

⁸³⁾ Wigand Prov. R. B. 1. C. 21.

§. 54.

Die Führung des Haushalts, fällt der Frau schon vermöge ihrer Stellung zu. Sie handelt im vermutheten Auftrage des Mannes, vertritt seine Stelle und ist daher zu solchem Zwecke befugt, bewegliches Vermögen zu veräußern weibliches Gesinde zu miethen, Hausgeräthe, Kleidungsstücke und das was zum Essen und Trinken erforderlich anzuschaffen, das in der Haushaltung Ueberflüssige und Entbehrliche zu verkaufen und in wirthschaftlichen Angelegenheiten, die sich nicht allgemein, sondern nur nach Beschaffenheit jeder Familie und ihrer Haushaltung bestimmen lassen, gültig zu contrahiren. Alle diese Befugnisse werden ihr daher z. B. in der Pippeschen Verordnung über die Gütergemeinschaft v. 1786. §. 11. auch ausdrücklich beigelegt. ⁸⁷⁾

Hat der Mann seiner Frau die Führung eines besondern Handels oder die Theilnahme an einem solchen Geschäfte gestattet, so handelt sie im ausdrücklichen Auftrage des Mannes und dieser muß ihre Handlungen vertreten. Dieses versteht sich der Natur der Sache nach von selbst; ist aber auch in verschiedenen westfälischen Statuten ausdrücklich anerkannt. So z. B. sagen die Soester im Art. 51. „Welik Man eyn echte wyf hebbet, dey kopet ande verkopet, weyrt dey Man beclaghet omme dey Schult, dey sey ghemaket heuet, dey scal dey Man helpen ghelben van er beyder Gude.“ ⁸⁸⁾

§. 55.

Wenn die Frau, hinsichtlich der im vorigen §. gedachten Dispositionen, die Grenzen ihres Wirkungskreises überschreitet, so verpflichtet sie dadurch den Mann nicht und steht

⁸⁷⁾ Scherer Gütergemeinschaft B. I. S. 143. das Preussische Recht ist hiemit einverstanden Allg. Landrecht Thl. 2. Tit. 1. §. 321.

⁸⁸⁾ Emminghaus memorabil. Susatens. p. 155. Die angeführte Pippesche Verordnung, bestimmet ein Aehnliches. Phillips Gütergemeinschaft S. 166. Not. 41.

es ganz in der Gewalt des Letzten, solchen Ueberschreitungen dadurch ein Ziel zu setzen, daß er den ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrag zurücknimmt; z. B. der Frau öffentlich den Borg kündigt.

§. 56.

Da die Frau überhaupt keine Dispositionsbefugnisse über das Sammtgut hat, so kann sie solches durch einseitige Dispositionen auch nicht mit Schulden beschweren. Die von dieser Regel im §. gemachten Ausnahmen, verstehen sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst. Hat die Frau durch contrahirte Schuld das Sammtgut verbessert, so kann der Mann davon mit fremdem Schaden nicht reicher werden. Er ist *ex capite versionis* zum Erfasse verpflichtet und ist er durch factische Hindernisse außer Stand gesetzt, von der ihm sonst allerdings zustehenden Administrationbefugniß Gebrauch zu machen, so geht diese *ipso facto* ebensowohl auf die Frau über, als bei der rechtlichen Unfähigkeit des Mannes *ipso jure*. Es spricht sich hierüber das Allg. Landrecht ⁸⁹⁾ sehr umständlich aus und obgleich diese Bestimmungen für uns keine formale Gesetzeskraft haben, so entsprechen sie doch ganz der Natur der Sache und den Lehren des gemeinen deutschen Privatrechts; sind also insofern als subsidiäre Gesetzquellen wohl in Anspruch zu nehmen. Das Rüdener Statut spricht sich über solche täglich vorkommende und in ihrer Erscheinung durch Nothwendigkeit der Umstände von selbst gegebene Verhältnisse nicht weiter aus; was genau genommen auch kaum nöthig ist; eben weil es nicht wohl anders seyn kann. Das Landrecht erkennt nemlich alle Schulden als verbindlich an, welche eine Frau, der ihr Mann während seiner Abwesenheit den Betrieb eines Gewerbes übertragen hatte, zu diesem Zwecke machte, wenn gleich weder die Verwendung wirklich geschehen, noch der gehoffte Nutzen daraus erfolgt ist. Eben so muß der Mann auch sol-

⁸⁹⁾ Allg. Landrecht. Thl. 2. Tit. 1. §. 325 — 326.

che Schulden anerkennen, welche die Frau gemacht hat, wenn er sich, ohne wegen des Unterhalts seiner Familie oder des Betriebes seines Gewerbes Vorsorge getroffen zu haben, entfernte oder wenn er durch anhaltende Krankheit ausser Stand gesetzt wurde, zu jenen Zwecken die nöthigen Anordnungen zu machen. Es liegt in diesen Bestimmungen überhaupt der Grundsatz ausgesprochen, daß in allen Fällen, wo der Mann nicht im Stande ist, die Verwaltung des Vermögens zu führen, die Frau an seine Stelle trete und dadurch seine Rechte erlange. Dieser Grundsatz ist, den bisherigen Entwicklungen zufolge, der Natur der Gütergemeinschaft auch ganz angemessen¹⁰⁾. Jedenfalls würden solche Geschäfte, welche die Frau in Vertretung ihres Mannes vornimmt, nicht von dem Mit-Contrahenten derselben, sondern nur von dem Manne, insofern nemlich die Befugnisse der Frau dadurch überschritten wären, angefochten werden können.¹¹⁾

§. 37.

Der in diesem §. ausgesprochene Grundsatz, erleidet von den Theoretikern mancherlei Anfechtung. Einige sind der Meinung, daß für Obligationen der Frau *ex delicto*, der Mann nicht weiter zu haften brauche, als das eingebrachte Vermögen der Frau reiche.¹²⁾ Diese Ansicht ist aber mit der Grundidee der Gütergemeinschaft unvereinbar, wonach das Vermögen beider Ehegatten zu einer so untrennbaren einigen Masse verschmilzt, daß der Begriff eines Eingebrachten dadurch ganz aufgelöst wird. Andere glauben, der unschuldige Gatte könne wenigstens, wenn die *obligatio ex delicto* so groß, daß sie mehr als die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens absorbiren würde, auf Separation der Gütergemeinschaft antragen¹³⁾. Allein diese Ansicht ist ebenfalls nur billig, nicht consequent. Noch Andere geben zu, daß der Mann für den

¹⁰⁾ Phillips Gütergemeinschaft. S. 186.

¹¹⁾ Pufendorf Observ. T. 4. Obs. 31.

¹²⁾ Eichhorn Privatrecht. §. 306.

¹³⁾ Dantz zu Runde B. 6. S. 402.

Schaden-Ersatz zwar hafte, weil anzunehmen, daß er vermöge seines ehelichen *mundii* dem Schaden vorbeugen oder selbst dafür einstehen müsse; gleichwie er aber vermöge seiner Gewalt und Rechte über das Gesamtgut, nicht angehalten werden könne, eine Schuld zu bezahlen, welche die Frau unbefugter Weise contrahirte, so könne er auch nicht für schuldig erachtet werden; Kosten und Geldstrafen zu erlegen, die gegen sie erkannt worden, weil derjenige nicht um Geld gestraft werden könne, der kein disponibles Vermögen habe; weshalb dann auch das ältere Recht keine Geldstrafen für die Weiber gekannt habe und nur erst neuere Statuten ein wechselseitiges Verhältniß der Ehegatten, in Betreff der Geldstrafen eintreten lassen, welches aus dem übertriebenen Begriffe von dem beiderseitigen Rechte am Sammtvermögen herrühre.¹⁴⁾ Allein auch diese Ansicht ist, genau genommen, nicht durchhaltig. Delictschulden der Frau, stehen den Verbindlichkeiten nicht gleich, welche durch einseitige und darum ungültige Verträge derselben entstanden sind. Diese Verträge sind ohne alle rechtliche Folgen, weil sie nur auf das Vermögen Bezug haben und dieses, wegen ermangelnder Rechtsbeständigkeit, nicht affiziren können. Sene stehen aber auch zu der Person der Frau in engster Beziehung und die Wirkungen ihrer unerlaubten Handlungen sind keine ungültige, für nicht bestehend zu achtende, vielmehr durch das Gesetz ausdrücklich daran geknüpft. So wie das Recht der genossenschaftlichen Gewere des unschuldigen Mannes nicht stärker ist, als das des Verletzten auf Schaden-Ersatz, so kann es auch die Rechte des Staats, auf Garantie für das gesetzliche Betragen der Bürger, nicht elidiren. Daß derjenige, der kein disponibles Vermögen hat, nicht um Geld gestraft werden könne und daß das ältere germanische Recht keine Geldstrafen für Weiber gekannt habe, kann hiergegen nicht angeführt werden; indem nach der germanischen Gesamtbürgschaft, der

¹⁴⁾ Wigand Prov. Recht von Paderborn B. 1. S. 22.

Deutsche sogar für den von ihm beherbergten Fremden und der Vormund für seinen Schützling haften mußte. ⁹⁹⁾

Die von Tacitus — Germ. Cap. 21. — so gerühmte Gastfreundschaft der alten Germanen, findet hierin ihren sehr natürlichen, wiewohl wenig idyllischen Erklärungsgrund. Wenn der Wirth seinen Gast lange genug beherbergt zu haben glaubte, dann wurde er ihm *monstrator* eines anderen *hospitis et comes*; *proximam domum non invitati adeunt*. Einer brachte dem Anderen den Gast zu, um nicht länger als nöthig, für ihn haften zu brauchen. *Si quis hospitaverit privatum, poterit eum habere duabus noctibus tanquam hospitem, quem si tertia nocte hospitatus fuerit, habeat eum ad rectum tanquam de propria familia*, sagen die *Leges Edwardi. C. 27.* Daher das alte Sprüchwort: „Ein dreitägiger Gast, ist Seidem eine Last.“ ¹⁰⁰⁾

Hiermit stimmt dann auch die Rübener Praxis; denn obgleich das Statut, wie fast alle ältere, sich über den fraglichen Gegenstand nicht weiter ausspricht, so ist doch noch kein Fall vorgekommen, wo der Mann sich geweigert hätte, Kosten und Geldstrafen, worin seine Frau verurtheilt worden, zu bezahlen. Sollte jedoch die Frau ein eigenes, von der Communion abgeonderetes, Vermögen für sich haben, so versteht sich von selbst, daß dieses zunächst für solche Delictschulden in Anspruch genommen werden darf und daß das Gesamtgut nur in *subsidium* haftet. Uebereinstimmend mit den hier entwickelten Ansichten, ist im Ganzen auch das Allg. Landrecht. ¹⁰¹⁾

§. 38.

Die Dispositionsbefugnisse der Eheleute auf den Todesfall, sind von denen unter den Lebendigen wesentlich verschied-

⁹⁹⁾ Phillips Gütergemeinschaft S. 150 und 169. Verä. Güterrecht der Bremerischen Eheleute S. 254.

¹⁰⁰⁾ Wolfers oösnabrückische Geschichte Bb. 1. S. 29.

¹⁰¹⁾ Allg. Landrecht Th. 2. Tit. 1. §. 322. 328. 389 und 390.

den und bei der Rübener Gütergemeinschaft anders als bei vielen anderen Instituten dieser Art. Daß zuvörderst die Eheleute gemeinschaftlich über ihren ganzen Nachlaß disponiren können, unterliegt gar keinem Zweifel; denn sie sind die einzigen in der Communion lebenden Eigenthümer des Gesamtgutes und dürfen, mit beiderseitiger Einwilligung, darüber nach Gefallen disponiren. ¹⁰²⁾ Ein solches Testament ist häufig ein *reciprocum*; wenn nemlich ein Ehegatte den anderen, in Rücksicht der von diesem geschenehen Erbeneinsetzung, zu seinem Erben ernannt, oder ein *correspectivum*, insofern bei der gegenseitigen Einsetzung die Gültigkeit der einen von der Gültigkeit der anderen abhängig gemacht wird. Es ist dieses aber gerade nicht nothwendig. ¹⁰³⁾

Nach dem Allgem. Landrechte ¹⁰⁴⁾ können wechselseitige Testamente nur von Eheleuten gemacht werden und nach einer weiteren Bestimmung desselben ¹⁰⁵⁾ sollen dergleichen wechselseitige Einsetzungen der Eheleute nur bestehen, wenn sie in einem Testamente errichtet worden. Die hierauf bezügliche Gesetzstelle hat indeß im hiesigen Departement keine Geltung.

Solche gemeinschaftliche Testamente, behalten übrigens so lange Kraft, bis sie mit beiderseitiger Einwilligung wieder aufgehoben werden. ¹⁰⁶⁾ Die Bestimmung des Allg. Landrechts, ¹⁰⁷⁾ daß wechselseitige Testamente, worin beide Theile sich des Widerrufs ausdrücklich begeben haben, immer als Erbverträge angesehen werden sollen, ist zwar hier nicht recipirt; Allein aus dem Gesagten folgt dies gewissermaßen von selbst. Die fernere Bestimmung, ¹⁰⁸⁾ daß wech-

⁹⁹⁾ Runde Beiträge B. 2. Abh. 9. §. 6. Eichhorn Privatrecht §. 306. a. C.

¹⁰⁰⁾ Phillips Gütergemeinschaft S. 170.

¹⁰¹⁾ Allg. Landrecht Th. 1. Tit. 12. §. 614.

¹⁰²⁾ Allg. Landrecht Th. 2. Tit. 1. §. 483.

¹⁰³⁾ Wigand Prov. Recht v. Paderborn B. 1. §. 31. Phillips Gütergemeinschaft S. 151.

¹⁰⁴⁾ Allg. Landrecht Th. 2. Tit. 1. §. 494.

¹⁰⁵⁾ Allg. Landrecht Th. 2. Tit. 1. §. 485.

felseitige Testamente, welche nicht als Erbverträge zu betrachten, schon durch den Widerruf eines der Ehegatten vernichtet werden, hat hier ebenfalls keine Geltung.

§. 39.

Die Befugniß der Eheleute, bei kinderloser Ehe, auch einseitig von Todes wegen disponiren zu dürfen, ist nicht so allgemein anerkannt. Allein so richtig man diese Befugniß bezweifelt, wenn die Gütergemeinschaft eine solche allgemeine ist, daß der überlebende Gatte den Verstorbenen immer unbedingt und ausschließlich beerbt wie z. B. im Fürstenthum Paderborn ¹⁰⁰⁾ so wenig kann sie bei der Rüdener Gütergemeinschaft irgend einem begründeten Bedenken unterliegen, weil bei dieser der überlebende kinderlose Gatte, nicht das ganze Gesamtgut, sondern nur $\frac{2}{3}$ desselben erbt, also $\frac{1}{3}$ welches sonst auf die gesetzlichen Intestat-Erben fallen würde, zur freien Verfügung des Disponenten bleibt und letzter die Rechte seines überlebenden Mitgatten auf keine Weise kränkt, wenn er von jener ihm zukommenden Verfügung Gebrauch macht. Das Rüdener Recht, welches nach seiner Verleihung ursprünglich mit dem Soester und Lübecker Rechte zusammenhängt, ¹⁰¹⁾ hat auch dieses mit ihnen gemein. ¹⁰²⁾ Es versteht sich jedoch von selbst, daß die einseitige Disposition des testirenden Gatten, nicht über das gedachte Viertel des ganzen Sammtvermögens hinausgehen darf, weil sonst die eventuellen Rechte des überlebenden Gatten, eben sowohl gekränkt werden würden, als im Falle des allgemeinen, unbedingten Erbrechts. Es fragt sich hierbei, ob aus dem nemlichen Grunde nicht auch solche Dispositionen oder Verträge des Mannes als ungültig zu betrachten, welche jene Rechte des überlebenden in direct aufheben, z. B. wenn er das Gesamtgut gegen Stipulation einer Leibrente weggiebt? Einzelne

¹⁰⁰⁾ Wigand Prob. Recht. B. 1. S. 23.

¹⁰¹⁾ Vergleiche Motive zu §. 1.

¹⁰²⁾ Wigand a. a. O. S. 24.

sind dieser Meinung ¹⁰³⁾ aus dem Grunde, weil aus solchen Verfügungen die Absicht unverkennbar hervorgehe, einem Dritte, auf Kosten des Mitgatten, auf den Todesfall unerlaubte Vortheile zuzuwenden.

Daß übrigens solche einseitige Dispositionen auch dann zulässig sind, wenn ein Sondergut vorhanden, welches ausser dem Bereiche der Gütergemeinschaft geblieben ist, (S. 5. 6.) versteht sich so sehr von selbst, daß es kaum bemerkt zu werden verdient.

§. 40.

Ist die Ehe nicht kinderlos, so stellen sich die Dispositionsbefugnisse der Eheleute auf den Todesfall, ganz anders heraus. Sie können zwar auch hier gemeinschaftlich über ihr Gesamtvermögen disponiren, denn sie sind die einzigen Eigenthümer desselben und können als solche nach Willkühr darüber verfügen, wenn sie nur die gesetzlichen Pflichttheil-Ansprüche ihrer Kinder achten. ¹⁰⁴⁾ Auch hat eine solche gemeinschaftliche Disposition, wie im Falle des §. 38. so lange Kraft, bis sie von beiden Ehegatten gemeinschaftlich wieder aufgehoben wird. Ist also dieselbe ein *testamentum reciprocum* oder *correspectiveum* und der überlebende Ehegatte nimmt die ihm geschehene Einsetzung an, so ist er auch verbunden, die ihm auferlegten Verbindlichkeiten zu erfüllen. Schlägt er sie aber aus, so werden, bei dem Mangel aller statutarischen Bestimmungen, die des Allgemeinen Landrechts über Entfagung der Erbschaften eintreten müssen, wonach weiter zu beurtheilen ist, inwiefern die gemeinschaftliche Disposition ausserdem noch als gültig betrachtet werden kann. ¹⁰⁵⁾

¹⁰³⁾ Wigand am angef. Orte S. 25.

¹⁰⁴⁾ Westphal Handbuch des Privatrechts Th. 2. Abh. 44. §. 11.

¹⁰⁵⁾ Allg. Landrecht Th. 1. Tit. 9. §. 398—412.

Dagegen ist der Fall, daß in einer mit Kindern geseegneten Ehe, ein Gatte von Todeswegen einseitig disponiren will, nur insofern denkbar, als ihm dazu ein abgesonderetes, nicht in den Bereich der Gütergemeinschaft fallendes Vermögen zu Gebote steht. Denn da bei der ungetheilten Gemeinschaft, keiner der Ehegatten einen besonderen Theil hat, so kann er auch über seinen Antheil nicht testiren, ohne zugleich über den Antheil des anderen Gatten mit zu disponiren, also die künftigen Rechte des in der Gemeinschaft mit ihm Lebenden zu kränken. ¹¹¹⁾)

Daher kann dann auch nicht angenommen werden, daß der eine Gatte, weil jeder zum Ganzen gleich also zur Hälfte berechtigt ist, wenigstens über die Hälfte, mit Vorbehalt der Pflichttheile seiner Noth-Erben gültig testiren könne; denn dieses würde nicht allein, dem Gesagten zufolge, den Rechtsbegriff der ungetheilten Gemeinschaft verletzen, sondern practisch auch oft eine ganz illusorische Annahme seyn. Da nemlich der überlebende Ehegatte, wie unten noch näher entwickelt werden wird, die Hälfte des Gesamtgutes so unbedingt in Anspruch nehmen kann, daß er vermittelst Abschichtung nach diesem Verhältniß, die Kinder von der ganzen Masse völlig abfindet und namentlich das Recht erwirbt, diese Hälfte, mit Ausschluß der Kinder dieser Ehe, ganz in das Sammtgut einer folgenden Ehe zu übertragen, so würde angenommen werden müssen, daß nach den Grundsätzen der statutarischen Gütergemeinschaft, das Recht der Kinder auf den Pflichttheil, auch nicht bloß einen idealen Theil des Sammtvermögens d. h. die Hälfte des einseitig disponirenden Gatten, sondern die ganze Masse affiziert und daß der Disponent die Kinder nicht bloß von seiner idealen Hälfte, sondern vom ganzen Vermögen abzufinden habe. Dieser Pflichttheil beträgt aber, weil die betreffenden Bestimmungen des Landesrechts im 2ten Titel des 2ten Theils, bei uns nicht recipirt sind, nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts, wenn 5 oder

mehr Kinder vorhanden sind, die Hälfte, wenn 4 oder weniger, ein Drittel der Intestatportion. Beträge nun z. B. das Gesamtvermögen 6000 Thaler, und es wären 5 Kinder vorhanden, so erhielten diese, nach Abfindung des überlebenden Gatten mit der einen Hälfte, die andere als Pflichttheil mit 3000 Thalern und es bliebe für eine testamentarische Disposition kein Gegenstand übrig. Nur also wenn 4 Kinder vorhanden wären, würde für eine solche einseitige Disposition, weil jene nur $\frac{1}{3}$ ihrer Intestatportion als Pflichttheil in Anspruch nehmen können, ein Object übrig bleibt. Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß solche, ganz von Zufälligkeiten abhängige Mißverhältnisse, eben so sehr gegen römische Grundbegriffe vom Pflichttheile, als gegen deutsche von Gütergemeinschaft anstoßen.

Wenn beide Eheleute gemeinschaftlich, als einzige befugte Eigenthümer und Disponenten über das Gesamtvermögen, nicht eine gültige letztwillige Verordnung darüber treffen, so fällt den Kindern, nach dem Tode des einen Gatten, das halbe Vermögen *ipso jure* zu, weil sie an die Stelle des Verstorbenen treten. Dieses Recht kann ihnen durch einseitige Verfügung, von nur einem Gatten, nicht genommen werden. Eine einseitige Abfindung der Kinder durch Pflichttheil, setzt den in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten gar nicht in den gleichen Fall, als wenn er, in kinderloser Ehe lebend, seinen überlebenden Mitgatten durch Belassung von drei Vierteln des Vermögens abfindet. Denn in diesem Falle bleibt ein reines durch das Gesetz von der Gemeinschaft ausgesondertes Viertel für die Intestat-Erben übrig, worauf sich die testamentarische Disposition, mit Vorbehalt der Rechte der Noth-Erben, erstrecken kann; in jenem Falle aber bleibt alles Vermögen ohne gesetzliche Aussonderung in der Communion und für eine einseitige testamentarische Disposition ist gar kein Gegenstand vorhanden.

Was hier übrigens von letztwilligen Dispositionen überhaupt gesagt ist, das gilt auch insbesondere von Erbverträ-

¹¹¹⁾ Westphal am angef. Orte §. 6.

gen; weil nach den Vorschriften des preussischen Rechts ¹¹²⁾ Jemand nur solche Sachen und Rechte, worüber er durch einen letzten Willen zu verfügen berechtigt ist, Anderen durch Erbverträge zuwenden kann. Dagegen können die *pacta hereditaria conservativa*, wodurch Jemand ein Erbrecht sofort erwirbt, welches ihm erst nach dem Tode des Mitpactiscenten zusteht, nicht unbedingt mehr hieher gerechnet werden, weil nach einer ferneren gesetzlichen Vorschrift ¹¹³⁾ Verträge, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten an ihre Kinder abtreten, bloß als Verträge unter den Lebendigen anzusehen sind. Deshalb hat dann auch das Justiz-Amt Rügen durch ein in Rechtskraft übergegangenes Erkenntniß v. 15. Mai 1834 in Sachen Budde gegen Müller ¹¹⁴⁾ die Klägerin Wittwe Budde, deren Ehemann das von ihm und seiner Frau in Gütergemeinschaft besessene Vermögen an ihre beiderseitige Tochter, die verklagte Ehefrau Müller und deren Mann gegen Uebernahme der Schulden, Abfindung der übrigen Kinder u. s. w. trotz dem ausdrücklichen Widerspruche der Klägerin übertragen hatte, mit ihren Reclamationen gegen diesen Uebertrag abgewiesen.

Außerdem bietet die Rübener Praxis noch andere Fälle einseitiger eigentlicher testamentarischer Dispositionen dar, wodurch Ehemänner, während des Lebens ihrer Frauen, über das gemeinschaftliche Vermögen unter den Kindern Unordnung getroffen haben. Dergleichen Dispositionen sind aus Pietät niemals bestritten worden, die Frauen haben sich dem Willen des Mannes als administrirenden *capitis familiae* gefügt, haben die Dispositionen desselben als für sie und von ihnen mitvollzogen anerkannt und so sind diese actus als gemeinschaftliche bestehen geblieben; sie sind nicht angefochten und somit ist die Rechtsbeständigkeit derselben in *contradictorio* weder festgestellt noch widerlegt worden.

¹¹²⁾ Allg. Landrecht Th. 1. Tit. 12. §. 620.

¹¹³⁾ Allg. Landrecht, Thl. 1. Tit. 12. §. 656

¹¹⁴⁾ Beilage 9.

§. 41.

Wenn die Ehe durch den Tod des einen Gatten aufgelöst wird und in derselben gar keine Kinder erzeugt oder die erzeugten während der Ehe wieder verstorben sind, ohne selbst Kinder nachgelassen zu haben, so ist sehr natürlich die bestandene Gütergemeinschaft beendet, indem niemand mehr vorhanden ist, womit sie der überlebende Gatte fortsetzen könnte. Die Folge davon würde eigentlich seyn, daß der Letzte als Universal-Erbe des Verstorbenen das Gesamtgut nun für sich allein behielte, so zwar, daß er den Intestat-Erben seines Mitgatten nicht einmal einen Pflichttheil schuldig wäre. ¹¹⁵⁾ Allein das Rübener Statut macht hier eine besondere Bestimmung, welche im folgenden §. weiter entwickelt ist.

§. 42.

Der überlebende Gatte behält nämlich zwar das Gesamtgut als ausschließlicher Eigenthümer und Universal-Erbe des verstorbenen Gatten; allein er ist zugleich verbunden, zur Abfindung der Ansprüche der Intestat-Erben, diesen die sogenannte statutarische Quart d. h. ein Viertel vom Werth des Gesamtvermögens herauszuzahlen. Bei dem Erbrechte des überlebenden Ehegatten denken sich die meisten, zumal die älteren Germanisten, das zwischen beiden Ehegatten bestandene Güterverhältniß als ein *condominium*; so daß eine eigentliche Beerbung gar nicht statt finde; daß vielmehr durch das Befallen des einen *condomini*, das bisher durch Concurrenz beschränkt gewesene *condominium* des Anderen, zu einem *dominium solitarium* werde. Deshalb stehe dann auch Ascendenten oder abgefundenen Kindern kein Recht auf einen Pflichttheil, noch viel weniger aber sonstigen Verwandten irgend ein Intestat-Erbtheil zu. Der Ueberlebende habe die Verbindlichkeiten des Verstorbenen nicht als dessen Erbe, sondern nur insofern zu prästiren, als sie die Masse, wie jede

¹¹⁵⁾ Wigand a. a. O. §. 34.

andere Schuld affiziren. Hierauf deuteten die alten Paradien: Hut bei Schleier und Schleier bei Hut; Leib an Leib und Gut an Gut; längst Leib, längst Gut; der Letzte macht die Thüre zu u. s. w. ¹¹⁰⁾

Allein verfolgen wir hier, wie früher, die Sache bis zu ihren geschichtlichen Anfängen, so finden wir bald, daß diese Ansicht nur scheinbar, daß sie in das Verhältniß der Eheleute durch Unterstellungen der Gelehrten hineingetragen ist und sich namentlich gegen die statutarische Quart des Rübener Rechts, gar nicht durchhalten läßt. Die alten Grundlagen der deutschen Güterverhältnisse wie wir solche (§. 1. der Motive) angegeben, waren nemlich zur Zeit, als die Statutarrechte sich ausbildeten, nicht aufgehoben; sie blieben neben den neuen Verhältnissen, welche in den Städten entstanden, bestehen. Letztere kündigten sich nicht als reformatorische Eingriffe in das bestehende an und stellten eben daher kein allgemeines Prinzip an ihre Spitze, woraus sich ein neues, strenge abgeschlossenes System hätte herausbilden mögen, sondern man bestrebte sich nur, Einzelnes nach den Erfordernissen zu ändern, welche durch das städtische Leben bedingt waren. Dieses beschränkte sich aber im Ganzen auf Lösung der Fesseln, welche die Grundsätze über Vererbung des Familienguts, dem freien bürgerlichen Verkehr anlegten; folgeweise auf Erweiterung der Dispositionrechte des Mannes und auf Sicherstellung der Existenz der Frau, nach des Mannes Tode. In dieser Hinsicht schlossen sich allerdings, wie wir oben gesehen haben, die neuen städtischen Corporationen um so schärfer gegen das Land ab, als sie zur Zeit ihres Entstehens, einen unaufhörlichen Kampf mit der monarchischen Gewalt, durch deren Bedürfnisse sie grade ins Leben gerufen wurden, zu bestehen hatten. Allein weiter als es die Noth erforderte, gingen ihre Ausnahme-Gesetze nicht und eben darum findet man in keinem Theile der Gütergemeinschaftlehre mehr partikular-

¹¹⁰⁾ Danz zu Kunde B. 6. S. 423 und besonders Scherer Gütergemeinschaft B. 1. S. 226.

rechtliche Mannigfaltigkeit als in den Bestimmungen darüber, wie nach Auflösung der Gütergemeinschaft durch den Tod des einen Ehegatten, die Rechte des anderen an dem Gesamtgute und die der Erben des Verstorbenen, an den, in jenes Gesamtgut übergegangenen Erbgütern der Familie, versöhnt werden sollen.

Es würde uns hier zu weit führen, darzustellen, wie sich daraus so mannigfaltige Modificationen des Hauptinstituts, durch Beistz, Fall- und Verfangenschaftrecht, durch Beschränkung der Communion auf die Errungenschaft u. s. w. entwickelten. Wir begnügen uns deswegen, mit Bezug auf die Rübener Gütergemeinschaft zu bemerken, daß sie die großen Schwierigkeiten, welche die Wiederaufhebung eines so unzertrennlich zusammengewachsenen Vermögens auf der einen und die Realisirung der Ansprüche des überlebenden Ehegatten an dem, durch das zusammengebrachte Vermögen Errungene auf der anderen, so wie die Nothwendigkeit des überlebenden Ehegatten, als Vere fortbestehenden Familienverhältnisses, auf der dritten Seite darbot, dadurch lösete, daß sie dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht an dem Nachlaß des Verstorbenen, mit den Erben desselben einräumte und dieses nach der damaligen Annahme, daß die bürgerlichen Bräutleute in der Regel mit gleichen Vermögenkräften und Ausstattungen zusammenkamen, daß folglich die dem Ueberlebenden zu stipulirenden Vortheile wechselseitig und gleich seyn mußten, sowohl in dem zusammengebrachten Vermögen als an der Errungenschaft dahin feststellte, daß der Ueberlebende, ausser der ihm zukommenden Hälfte vom Ganzen, noch die Hälfte der auf den Verstorbenen fallenden anderen Hälfte erbte und also nur ein Viertel des ganzen Vermögens, den Erben des Verstorbenen herauszugeben hatte. Dieses Viertel, was die Erben erhalten, ist die sogenannte quarta statutaria; das andere Viertel, was der überlebende Gatte erbt, ist seine portio statutaria und die Hälfte des Ganzen, welche ihm vorab zukommt, sein Antheil an der sich auflösenden Communion.

Das älteste Rüdener Recht ¹¹⁷⁾ drückt sich darüber folgendermaßen aus: „Is dat also dat eyn man esthe eyn vrowe in der stat tho ruden wonet vnd neyne kindere en hebbet, steruet der eyn, so sal deghene welic er leuendig blyuet, den verden del alsynes gudes, de nesten rechten eruen gheuen de deme tho horet de da storuen ys“ — Es findet also ein eigentliches rechtes Erbrecht für den überlebenden Gatten, auf den Nachlaß des Verstorbenen statt und zwar auf die vorhin näher bezeichnete *portio statutaria*. Mehrere Statuten erkennen ein solches Erbrecht auch ausdrücklich an, z. B. die Pippstädter von 1575 §. 3. ¹¹⁸⁾

Das Preussische Recht verordnet über den Nachlaß kinderloser Ehegatten etwas Ähnliches, wie das Rüdener Recht. ¹¹⁹⁾ Eine eben so unrichtige als ungegründete Interpretation des Statuts aber giebt Tyrell; ¹²⁰⁾ denn er deutet die Worte: den verden del alsynes gudes u. dahin, dieses Gut bezeichne die Hälfte des Sammtgutes und davon müsse ein Viertel also ein Achttheil des Ganzen gegeben werden. Hiergegen bemerkt Bodskopff zwar, ¹²¹⁾ die Quart sey der Praxis zufolge, von der ganzen Masse zu berechnen; aber das ist auch fast alles, was er über diesen wichtigen Theil der Lehre differirt; den Grund der Praxis untersucht er nicht.

§. 43.

Was die Grundsätze betrifft, welche bei dieser Erbfolge zu beobachten sind, so spricht sich das Statut nicht weiter darüber aus. Hinsichtlich der *portio statutaria* des überlebenden Gatten, bedarf es auch keiner näheren Bestimmung; es ist ohne Weiteres klar, wem sie zukommt. Hinsichtlich der

¹¹⁷⁾ Abs. 42. Bell. 5.

¹¹⁸⁾ Runde Beiträge B. 2. S. 399. Phillips Gütergemeinschaft S. 188. Wigand am angef. Orte B. 2. S. 36 u. 51.

¹¹⁹⁾ Allg. Landrecht Thl. 2. Tit. 1. §. 637. u. folg.

¹²⁰⁾ Tyrell diss. sect. 2. §. 1.

¹²¹⁾ Bodskopff diss. pag. 40.

quarta statutaria aber, worin die gesetzlichen Intestat-Erben succediren, bedarf es, mit Rücksicht auf die Verhältnisse der ehelichen Gütergemeinschaft, allerdings einiger näheren Bestimmung, worüber hier folgendes zu bemerken: 1) Ueber die Ordnung nach welcher die Erben zur Perzeption gelangen, finden die gemeinrechtlichen Vorschriften der *successio ab intestato* vollständig Anwendung. 2) Wie jede andere Intestat-Erbfolge, so ist auch diese nur subsidiär; sie tritt nur ein, wenn über die Erbschaft nicht auf eine zu Recht bestehende Weise, gültig disponirt worden ist. 3) Eine solche Disposition ist hinsichtlich ihrer inneren Gültigkeit, an die Vorschriften des gemeinen Rechts, unter Berücksichtigung der im Entwurfe angegebenen Modificationen der Gütergemeinschaft, hinsichtlich ihrer Form aber an die Vorschriften des Allg. Landrechts gebunden. Die drei ersten Titel des zweiten Theils, welche die Familien-Erbrechte enthalten, sind nämlich im Departement des Königl. Oberlandesgerichts zu Arnberg nicht recipirt, wohl aber ist dieses mit dem zwölften Titel des ersten Theils der Fall, welcher die Formen für die Einrichtung legwilliger Verfügungen vorschreibt. In erster Beziehung bedarf jedoch die Lehre vom Pflichttheile einer besonderen und zwar um so sorgfältigeren Erörterung, weil dieselbe trotz der vielfältigen Modificationen, welche das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft für sie herbeiführt, in dem Statut nirgend eine Bestimmung und in der Praxis kaum ein Präjudiz findet.

§. 44.

Die Anwendung der Vorschriften des gemeinen Rechts ¹²²⁾ auf unseren gegebenen Fall, ist nicht ohne Schwierigkeiten. Es wird sich dieses durch eine etwas genauere Betrachtung des Verhältnisses jeder einzelnen Klasse der Notherben ergeben.

1) Descendenten. Indem wir hier einige nähere Bestimmungen über die Erbfähigkeit der Descendenten in der ersten Klasse übergehen, weil sie durchaus gemeinrechtlichen ¹²³⁾

¹²²⁾ Thibaut System des Pandectenrechts §. 810.

¹²³⁾ Thibaut a. a. D. §. 682.

Inhalts sind, bemerken wir vorab, daß hier, wo von Auslösung einer kinderlosen Ehe die Rede, auch nicht von Descendenten aus dieser Ehe gesprochen wird. Es können aber andere Kinder des verstorbenen Gatten vorhanden seyn, welche ein Recht auf einen Pflichttheil aus seinem Nachlaß haben. Nämlich a) solche, die aus einer früheren Ehe desselben stammen, worin keine Gütergemeinschaft bestand. Diese brauchte er während seines Lebens nicht abzufinden; sie erhielten erst nach seinem Tode Ansprüche auf seinen Nachlaß. Wenn er also mit seinem Vermögen in zweiter Ehe Gütergemeinschaft einging, ohne sich vorher mit den Kindern erster Ehe vertragmäßig abgefunden zu haben, so bleiben diesen, trotz den Erbrechten, welche er seinem Mitgatten durch Eingehung der Gütergemeinschaft bewilligte, die Ansprüche auf einen Pflichttheil aus seinem Nachlaß, zur Zeit seines Ablebens vorbehalten. Diese Ansprüche sind älter als die Communio und affirmiren daher das von dem verstorbenen Gatten zur Ehe gebrachte Vermögen als eine Schuld, welche vorab getilgt werden muß. Die statutarische Quart wird zunächst dazu verwendet; b) unabhgefundenene uneheliche Vorkinder der Frau, welche sich zu dem Vermögen ihrer, nachher in Gütergemeinschaft getretenen Mutter im nämlichen Falle befinden, wie die sub a. gedachten ehelichen. Ihnen bleibt ebenfalls die Legitima unter allen Umständen, als eine auf der Communio haftende Schuld vorbehalten; ¹²⁴⁾ c) solche Kinder aus einer früheren Ehe, worin zwar auch Gütergemeinschaft bestand, welche aber vor Eingehung der zweiten Ehe nicht abgeschichtet worden sind, obgleich dieses das Gesetz forderte. Diese Kinder sind in Bezug auf die zweite Ehe, als Miteigentümer anzusehen, nämlich nicht bloß hinsichtlich eines ihnen nach Intestat-Erbrechten zukommenden Pflichttheils, sondern es muß ihnen die volle Hälfte des Sammtvermögens aus der *communio bonorum prorogata* derjenigen Ehe, worin sie geboren sind, zu Theil werden. Dieser Fall wird unten (Motive zu §. 100.)

¹²⁴⁾ Wigand Prov. Recht B. I. §. 55. in den Motiven.

noch eine nähere Erwägung finden; d) wenn dagegen Kinder aus einer früheren Ehe vorhanden, welche in Bezug auf diese abgeschichtet und eben deshalb — wie gleichfalls unten näher nachzuweisen — an der jetzigen Gütergemeinschaftsmasse, als Interessenten nicht mehr theilhaft sind, so können solche als Nocherben weiter gar nicht in Betracht kommen. Sie kommen gleich den vorhin sub c. gedachten Kindern, nur dann bei der statutarischen Quart zur Verzeption, wenn der verstorbene Ehegatte darüber nicht weiter disponirt hat und zwar bloß als natürliche Intestat-Erben, nicht als gesetzliche Nocherben.

2) Ascendenten sind nach gemeinem Rechte Nocherben, wenn sie in der zweiten Klasse, also mit vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen oder vollbürtigen Geschwister-Kindern desselben, oder ohne beide, allein erben; jedoch nur insofern, als sie von dem Verstorbenen in der ersten Klasse würden beerbt worden seyn. Ausgenommen hiervon sind a) der *minus plene* adoptirende Mann und die adoptirende Frau, welche beide das adoptirende Kind nicht beerben b) der Ascendent, welcher bei einer, nur von einer Seite putativen Ehe (§. 10. Motive) in bösem Glauben ist. Außerdem nennt Thibaut ¹²⁵⁾ noch einen dritten Fall, wonach der *plene* adoptirende und resp. arrogirende Vater bisweilen ausgeschlossen seyn soll; dieser Fall ist aber unrichtig. Justinian sagt in der Präfation zur Nov. 118, daß er alle frühere Gesetze über die Intestat-Erbfolge aufheben wolle und daß alle Verwandte in einer neuen Ordnung nach 4 Klassen succediren sollen. Da er nun Agnaten und Cognaten völlig gleiche Rechte giebt, so kann auch nur angenommen werden, daß dem adoptato in der 2ten Klasse vereint und zu gleichen Theilen succediren: der *pater naturalis*, die *mater naturalis* und der *pater adoptans*.

Das Rüdener Statutarrecht verordnet ¹²⁶⁾ daß wenn von Kindern aus einer früheren Ehe, eins ohne Descendenz

¹²⁵⁾ Thibaut Pandecten §. 685.

¹²⁶⁾ Weil. 5. Absatz 43.

stirbt, der Nachlaß desselben, mit Ausschluß der Ascendenten, auf seine Geschwister fallen soll; es ist folglich ein Ascendent, wenn er zu dem Nachlasse seiner Kinder mit Geschwistern derselben concurrirt, in der zweiten Klasse nicht erbfähig und eben deshalb kein Noth-Erbe. Ist dagegen ein Ascendent ohne Concurrenz von Geschwistern vorhanden, so muß ferner unterschieden werden, ob der Verstorbene diesen in der ersten Klasse beerbt haben würde oder nicht. Das Letzte ist z. B. der Fall, wenn der Ascendent aus einer zweiten Ehe Kinder hat, die ihn mit Ausschluß der Vorkinder beerben; Alsdann ist er wiederum kein Noth-Erbe. Im ersten Falle dagegen, wenn z. B. der Ascendent in keiner ferneren oder doch in einer kinderlosen Ehe lebt, worin er wenigstens die statutarische Quart seinen ersten Kindern als Intestat-Erben hinterläßt, würde er allerdings in tantum als Notherbe zu betrachten seyn. Das Nämliche würde alsdann eintreten, wenn der Ascendent in der Ehe, woraus der Verstorbene originirt, nicht in Gütergemeinschaft gelebt und folgeweise keine Veranlassung gehabt hätte, letztere durch Abschichtung abzufinden; denn in einem solchen Falle würde die vorhin ausgehobene Vorschrift des Statutarrechts nicht eintreten, daß Eltern eines in der prorogirten Gütergemeinschaft verstorbenen Kindes, mit dessen Geschwistern nicht erben sollen. Vater und Sohn z. B. würden sich hier wechselseitig in erster und zweiter Klasse beerbt haben. Wäre es aber der Fall, daß in der Ehe, woraus der Verstorbene originirt, allerdings Gütergemeinschaft bestanden hätte und es wäre nur keine Abschichtung erfolgt, so muß unterschieden werden, ob sie nothwendig war oder nicht. War sie nicht nothwendig, weil entweder die Gütergemeinschaft als solche oder als prorogata noch bestand, so ist von keiner Beerbung die Rede, es kommen dann die, unten noch näher zu entwickelnden Grundsätze über dieses Verhältniß zur Anwendung. War die Abschichtung aber nothwendig, so muß in der Art verfahren werden, wie bei den Descendenten sub c. angegeben worden; wodurch dann der Fall wieder eintreten kann, daß der Ascendent, nachdem seine ersten Kinder abgeschichtet worden, diesen aus der zweiten

kinderlosen Ehe, die Nachfolge in der statutarischen Quart hinterläßt und also ein wechselseitiges Erbrecht statt findet. Es lassen sich dieser Complicationen noch andere denken, aber auch sämmtlich auf die Kriterien der wechselseitigen Beerbung zurückführen.

3) Geschwister. Die gemeinrechtlichen Bedingungen, unter denen diese zu den Noth-Erben gehören, leiden durch das Statutarrecht keinen Eintrag; es bedarf daher hierüber keiner weiteren Bemerkungen, so wie es sich der Natur der Sache nach von selbst versteht, daß ein Fall, wo auch die Frau nach gemeinrechtlichen Grundsätzen als Notherbe zu betrachten ist, bei der Gütergemeinschaft gar nicht vorkommen kann. Hinsichtlich des in der Communion befindlichen Vermögens, sind die Rechte der Frauen in einem so ausgedehnten Maaße gesichert, daß es gar keine arme Frau eines reichen Mannes geben kann. Sollte aber etwa die Communion ohne Vermögen, der Mann hingegen durch anderes, nicht dazu gehöriges Sondergut reich seyn, so bleiben natürlich der armen Frau die gemeinrechtlich zu begründenden Erb-Ansprüche darauf vorbehalten, ohne daß diese jedoch hier weiter in Betrachtung kommen könnten.

§. 45.

Die hier gemachten Bestimmungen sind ganz die zur Anwendung kommenden des gemeinen Rechts und bedürfen daher keiner weiteren Motivirung. Die Bestimmung, daß der Pflichttheil der armen Ehefrau immer ein Kopftheil oder ein Viertel betragen soll, gehört dem früher Bemerkten zufolge, weiter nicht hieher. Eben so kann hinsichtlich der Computation der Erben, nach Köpfen, Stämmen und Linien, so wie der Hinzurechnung solcher Intestat-Erben, welche wegen Entfugung oder Enterbung keinen Anspruch mehr auf Pflichttheile haben u. s. w. lediglich auf das gemeine Recht Bezug genommen werden; ¹²⁷⁾ weil alle diese Lehren von dem Statutarrechte nicht modificirt werden.

¹²⁷⁾ Man vergl. darüber Zhibaut, Pandekten §. 811 u. folg.

Da übrigens der Pflichttheil ein Theil der Intestatportion, *portio portionis ab intestato debitæ* ist, so bedarf es noch einer näheren Erörterung der Frage: Was ist hier als die Intestatportion anzusehen? — Muß der Pflichttheil bloß von der statutarischen Quart gegeben werden, so ist das Object bestimmt genug und die Berechnung des Pflichttheils leicht. Die Gütergemeinschaft löst sich dann, weil die Ehe kinderlos, mit dem Tode auf. Hastet er aber auf der ganzen Masse, wie §. 44. bei den Descendenten sub a. und b. angegeben worden, so müssen folgende Rücksichten entscheiden. So lange der Erblasser lebt, von dessen Vermögen der Pflichttheil verlangt wird, giebt es keinen Nachlaß desselben; dieser entsteht erst durch seinen Tod und die Größe des Vermögens zur Todeszeit bestimmt den Pflichttheil.

Dieses Vermögen befindet sich nun zwar in der Gütergemeinschaft und es kann eben deshalb, wenn Kinder vorhanden, nicht einseitig von Todeswegen, auch nur über einen Theil desselben verfügt werden, indem die Kinder mit dem überlebenden Gatten die Gütergemeinschaft fortsetzen, ihre Ansprüche also die ganze Masse eben so affizieren, wie die des überlebenden Gatten; allein da im fraglichen Falle von Ansprüchen die Rede, welche an und für sich früher begründet waren, als die Communion, so bleibt, wenn solche Noth-Erben nicht mittelbar durch die Folgen der Gütergemeinschaft rechtswidrig enterbt werden sollen, nur übrig, sie von demjenigen abzufinden, worauf ihre Ansprüche ursprünglich haften, nemlich vom dem Vermögen des Gatten, der ihnen den Pflichttheil schuldig ist und da dieses, allen Analogien des Rüdener Statutarrechts zufolge, in einer idealen, wiewohl unabgetheilten Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens besteht, von dieser Hälfte. Hiervon muß der Pflichttheil berechnet und dem Ganzen abgesetzt werden, so daß nur das Uebrige in die prorogirte Gütergemeinschaft übergeht und eventuell zur Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern oder den sonstigen Intestat-Erben kömmt. Diese Auseinandersetzung muß übrigens zu gleichen Berechtigungs-

Antheilen beider Gatten, unter den Interessenten erfolgen, weil jener Pflichttheil, in Bezug auf die Gütergemeinschaft, als eine vom Ganzen abzufindende Schuld zu betrachten ist und daher in der idealen Berechtigung der Gatten zu einander, keine Ungleichheit hervorbringen kann. (§. 9. und 46.) ¹²⁰⁾

§. 46. 47.

Es ist ein sehr bekannter Grundsatz *quod bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Ihm zufolge kann auch das in der Gütergemeinschaft gestandene Vermögen nicht vertheilt werden, bevor die darauf haftenden Schulden bezahlt sind. Dieses ist schon am Schlusse des vorigen Paragraphen gesagt worden. Allein es fragt sich, wie weit geht die Verbindlichkeit des überlebenden Gatten zur Schuldzahlung? Wenn man consequent entscheiden will, so geht diese Verbindlichkeit — wenn die Schuld überhaupt anerkannt werden muß — nicht bloß das in der Communion befindliche Vermögen, sondern auch dasjenige an, was der Ueberlebende außer der Communion als Sondergut besitzt. Da nemlich der überlebende Gatte Erbe des Verstorbenen wird, (§. 42.) so muß er als solcher auch dessen *facta præstare*, so lange er kann. Nur versteht sich von selbst, daß hierzu auch die zur *quarta statutaria* gerufenen Erben verbunden sind, sofern sie diese Erbschaft antreten. ¹²⁰⁾ Von den mannigfaltigen Abdicationsrechten, welche in solchen Fällen andere Statutarrechte der Witwe beilegen, z. B. das Bremensche ¹²⁰⁾ ist dem Rüdener nichts bekannt.

Unter allen Bedingungen versteht sich aber von selbst, daß das *in subsidium* in Anspruch zu nehmende Sondergut, freies Vermögen desselben seyn muß, indem z. B. Lehns-, Stamm- und Familien-Fideicommissgüter, ihrer Natur wegen, welche sie von der Communion ausschließt, nicht un-

¹²⁰⁾ Eichhorn Privatrecht. §. 307.

¹²⁰⁾ Phillips Gütergemeinschaft S. 191.

¹²⁰⁾ Derd Güterrecht Abschn. 3. u. 4.

bedingt für die Schulden ihres Besitzers angesprochen werden dürfen.

§. 48.

In der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der Gütergemeinschaft (§. 1.) ist gezeigt worden, wie sich aus der Verschmelzung des Eingebachten der Frau, mit dem Vermögen des Mannes, das Gesamtgut beider Ehegatten bildete und wie sich in diesem Begriffe allmählig auch alle Arten des beigebrachten Vermögens, Erbe, Weichbildgut, Heergewette und Gerade auflöseten. Es entstand hieraus eine Wechselseitigkeit des Verhältnisses beider Ehegatten zu diesem Gesamtgute, welche von selbst auch eine Gleichheit der Rechte bedingte, die nur durch die unverfügbaren Folgen des uralten *mundii* des Mannes beschränkt wurde. An eine Aufhebung desselben war nicht zu denken; wozu hätte sie auch führen sollen? Allein eine Uebertragung desselben an die Frau, nach des Mannes Tode, war dem städtischen Lebensprinzip, welches den Grundsatz möglichster Einheit und Gleichheit in den Güterverhältnissen der Eheleute erzeugte, zu analog, als daß sie nicht durch allmähliges Herbringen hätte functionirt werden sollen.

Dieser Umstand ist für die Beurtheilung des Verhältnisses der überlebenden Ehegatten zu ihren Kindern so wichtig, daß wir uns nicht versagen können, ihn vorher geschichtlich möglichst scharf aufzufassen, ehe wir zur Entwicklung seiner rechtlichen Folgen schreiten.

Es ist schon bemerkt worden (§. 27.) wie im städtischen Leben nicht sowohl Individuen und Familien, als die einzelnen Weren, welche sie repräsentirten, gute Häuser, wie man noch jetzt zu sagen pflegt, als Bierden desselben betrachtet wurden. Alle Ansprüche der Familienglieder eines Hauses, wurden nach und nach mit solchen Maaßnahmen abgefunden, welche die beständige Rücksicht auf möglichste Erhaltung des Hauses in seiner standesmäßigen Ordnung gebot. Wieder-
verheirathung mochte in alten Zeiten seltener seyn; gewiß

wurde sie bei Witwen ungerne gesehen, weil sie der Einheit des Hauswesens widerstrebte. Indes gebot die Rücksicht auf Erhaltung des Letzteren, nicht selten die Wiederverheirathung des überlebenden Gatten. Es war daher nicht bloß erforderlich, das Güterverhältniß der Eheleute zu einander, während und nach der Ehe, sondern auch mit Rücksicht auf die Kinder, besonders für einen solchen Fall der Wiederverheirathung zu bestimmen.

Das zunächstliegende, einfachste und dem Wesen der Gütergemeinschaft entsprechendste Mittel dazu, war eine Schicht- und Theilung für alle künftige Zeiten. Der überlebende Gatte mußte die Kinder ein für allemal abfinden und sich dadurch in den Stand setzen, ein neues eheliches Gütergemeinschafts-Verhältniß eben so rein und unabhängig wieder zu begründen, als das frühere gewesen war. Eben so nahe lag der Gedanke, diese Schichtung zu gleichen Theilen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern geschehen zu lassen. Beide Ehegatten schienen gleichermaßen und daher zu zwei gleichen Theilen berechtigt zu seyn. Eine Hälfte des bisher gemeinschaftlichen Vermögens, schien der Ueberlebende für seinen Antheil fordern zu können, die andere fiel von selbst den Kindern zu. Zwar wurde durch eine solche Schicht- und Theilung weniger gut für die Erhaltung des bestandenenen Hauswesens gesorgt, als durch allmähliges Ausberadung und Abfindung der einzelnen Kinder, allein der überlebende Gatte mußte auch darauf rechnen, durch Wiedererheirathung anderen Vermögens, den Abgang des abgetretenen zu ersetzen. Bei allem dem blieb diese Maaßregel des Schichtens und Theilens eine unangenehme, nur durch das Gesetz der Nothwendigkeit gebotene und so lange die Wiederverheirathung nicht eintrat, wurde von der wirklichen Schichtung kein Gebrauch gemacht. Dieses hatte am wenigsten Schwierigkeit, wenn der Mann der überlebende Theil war. So wie aus dem Verschmelzen des eingebrachten Gutes der Frau, mit dem des Mannes, sich zunächst die Idee gebildet hatte, daß dieser kraft des alten *mundii* der alleinige Disponent über das Sammtvermögen

während der Ehe sey, so ergab sich auch ganz von selbst die fernere Folge, daß dieses Verhältniß nach dem Tode der Frau fortbauere; es war durch diesen nur eine, die ausschließliche Dispositionsbefugniß des Mannes während der Ehe, hemmende Schranke — das Miteigenthum der Frau — gefallen; er erschien gewissermaßen von selbst als alleiniger Eigenthümer.

War die Frau der überlebende Theil, so stellte sich zwar ursprünglich alles anders; da sie nicht *absque mundiburdio* handeln konnte, vielmehr mit ihrer Person eben sowohl, als mit ihrem Vermögen dem *mundio* des Mannes anheimfiel, so schien es, den älteren Rechtsbegriffen zufolge, nur noch um so unmöglicher, daß nach dem Tode des Mannes, die exorbitanten Rechte des Letzten, auf sie übergehen sollten. Indes machte auch hier die Zeit und der Umschwung, den der städtische Verkehr in alle Verhältnisse des Lebens brachte, das unmöglich scheinende möglich und den Uebergang dazu sogar leicht.

Zunächst war es der Gedanke der Leibzucht, der hier vermittelnd einschritt. Sie stand dem überlebenden Gatten schon von alten Zeiten her an den Erbgütern des Verstorbenen, welche nicht ins Gesamtgut fallen konnten, zu.¹²¹⁾ Was war natürlicher, als sie auf das Gesamtgut zu erstrecken? Es wäre nicht allein hart für die Witwe, sondern auch nachtheilig für den Zweck des bürgerlichen Lebens gewesen, wenn eine solche, durch den Tod des Vaters ohnehin stark erschütterte Haushaltung, in ihrer ruhigen Einrichtung noch mehr gestört, das mit wechselseitiger Anstrengung zusammengebrachte Vermögen zerrissen und um eine, eigentlich obsolet gewordene, darum an sich auch unfruchtbare, Rechtsidee aufrecht zu erhalten, der Wohlstand einer Familie untergraben worden wäre. Man unterließ daher die Theilung ebensowohl wenn die Mutter, als wenn der Vater der überlebende Gatte war.

Inzwischen konnte sich der Begriff einer Leibzucht am

¹²¹⁾ Verg. die oben S. 90. ausgehobene Stelle des Briloner Stadtrechts.

Gesamtgute des Reichbildrechts, practisch nicht gut halten. Dieses mußte vielmehr, wie es entstanden war, so auch erhalten werden. Freier Verkehr im Handel und Wandel war sein Leben-Element, dieses durfte ihm nicht entzogen werden; die Witwe mußte das Gewerbe des Mannes mit den Kindern fortsetzen und wie konnte sie das anders, als mit freier Dispositionsbefugniß? Die Idee einer Leibzüchterin im strengen Sinne, war damit unverträglich.

Es blieb daher nichts übrig, als noch einen Schritt weiter zu gehen und der Witwe alle Rechte, welche der Mann im Leben über das Haus ausgeübt hatte, zu überlassen. Allerdings war es nun sehr auffallend, daß eine Frau, die ihrer unsprünglichen Stellung nach, selbst immer unter Vormundschaft war und aus einem *mundium* nur in das andere übergehen konnte (§. 1.) die Vormundschaft über Andere, nemlich über ihre Kinder und das gemeinschaftliche Vermögen führen sollte; allein das Gesetz der Zweckmäßigkeit fürs Leben, siegte über das der Tradition; die stehenden Worte: *mundium mundiburdium*, Mundschaft, Vormundschaft wurden umgangen und der Begriff der Vereichte hin, alle scheinbare Rechtswiderrsprüche aufzulösen. Vielleicht trugen aber auch die eindringenden römischen Rechtsbegriffe, denen eine Tutel der Mutter sehr bekannt war, dazu bei, den hier beschriebenen Uebergang zu erleichtern. Fürstliche Frauen der Deutschen, führten schon zur Zeit der Ottonen, die Vormundschaft über ihre Kinder.¹²²⁾ Sey dem aber wie ihm wolle, genug die Kinder blieben mit dem überlebenden Gatten in der Vere. Die Vere oder Gewere ist aber nicht sowohl das bloße Haus oder der Haushalt der Familie, als vielmehr der eigentliche Besitz des Gesamtgutes. Das Vermögen geht aus der Vere des Einen in die des Anderen. Mit anderen Worten, die Mutter setzte den Besitz des Vaters fort; sie übte die Rechte desselben, gewissermaßen Namens und im Auftrage

¹²²⁾ Pufendorff observations T. 2. obs. 11.

desselben aus, die Kinder blieben in dieser Were bei ihr und so bildete sich dasjenige Verhältniß aus, was wir fortgesetzte Gütergemeinschaft, *communio honorum prorogata* nennen, und welches dann auch, der überall hervortretenden Gleichheit der Rechte beider Ehegatten gemäß, eben so genannt wurde wenn der überlebende Vater mit den Kindern in der Were blieb; die Sache selbst war im einen wie im anderen Falle die nemliche. So lange also der Vater lebt, ist er die prouirende Eigenthümer über das Sammtgut; nach seinem Tode ist es die Mutter. Wer von ihnen den anderen überlebt, der setzt dieses Verhältniß mit den Kindern fort und letztere stehen zu dem überlebenden *parens* in einem ganz analogen Verhältniß, als worin die Frau zu dem Manne steht.

In ganz anderer Art denkt sich Scherer ¹³³⁾ die prorogirte Gütergemeinschaft. Er entwickelt die Thorheit der Anwendung des römischen Repräsentationsrechts auf die deutsche Gütergemeinschaft und deduzirt daraus die prorogirte Communio als eine Irregularität und als ein Unding; indem eheliche Gütergemeinschaft ohne Ehe unmöglich sey. In erster Beziehung hat er sehr recht, denn das römische Repräsentationsrecht paßt zur deutschen Gütergemeinschaft nicht; aber das von ihm als Grundlage der Gütergemeinschaft vertheidigte *condominium pro indiviso*, eben so wenig und eben darum hat er in der zweiten Beziehung unrecht, weil die fortgesetzte Gütergemeinschaft keine eheliche, sondern nur eine daraus entstandene ähnliche, zwischen Eltern und Kindern ist, zu deren richtiger Auffassung es weder eines römischen Repräsentationsrechts noch eines *condominii pro indiviso* sondern bloß ungetrübter germanischer Rechtsgeschichte bedarf. Das preussische Recht kennt keine fortgesetzte Gütergemeinschaft. ¹³⁴⁾

Diese Bemerkungen werden hinreichen, die Auslegung der Bestimmungen des Rübener Statuts, über die fortgesetzte

¹³³⁾ Scherer Gütergemeinschaft, Th. I. S. 332.

¹³⁴⁾ Allg. Landrecht Th. 2. Tit. 1. §. 634. 656. folg. Dazu zu Rube B. 6. S. 431, ist sie eigentlich auch unbekannt.

Gütergemeinschaft, in den folgenden Paragraphen vollständig zu motiviren

§. 49.

Das Statut sagt: ¹³⁵⁾ „Es dat also dat eyn vrowe esthe eyn man in der stat to Ruden synt vnd kindere hebbet steruet der eyn so sulen de kindere den haluen deyl des gudes behalben ande den anderen haluen deyl sal de vader esthe de moder wylich er leuendig blyuet behalben, vort me were dat also dat de man esthe de vrowe de leuendig blyuet sych vorandersebbede esthe also blyuen so sal he dat erslickte gut tho syme lyue behalben den helfthen deyl also oð de vrowe so wan he dan steruet so sulen de vrsten kindere den seluen haluen deyl tho sich nemen.“ —

Mit anderen Worten: Haben Eheleute in Ruden Kinder und es stirbt Einer von ihnen, so sollen die Kinder die eine Hälfte des Sammtguts behalten, die andere Hälfte soll der überlebende Gatte haben. Dieser soll auch, er mag sich wieder verheirathen oder nicht, die Hälfte des Erbguts des Verstorbenen lebenslänglich benutzen; nach seinem Tode aber fällt auch diese Hälfte den ersten Kindern zu. — Letztere Bestimmung ist, mit Aufhebung des Unterschiedes zwischen Erb- und Weichbildgute, als antiquirt zu betrachten.

Dem Wortlaute des Statuts zufolge könnte es scheinen, als ob durch den Tod des einen Gatten, das Sammtvermögen *ipso jure* sofort in zwei gleichen Hälften, auf den überlebenden Gatten und die Kinder fiel. ¹³⁶⁾ Allein dieses ist doch nicht so. Das Statut will nur das Verhältniß bezeichnen, nach welchem die künftige Auseinandersetzung erfolgen soll. Diese tritt aber nicht eher ein, als bis sie nothwendig

¹³⁵⁾ Beil. 5. Abschn. 41.

¹³⁶⁾ So haben es z. B. Wigand Provinzialrecht von Paderborn B. 2. S. 70. und Phillips Gütergemeinschaft S. 215. verstanden.

wird und sie wird erst dann nothwendig, wenn der überlebende Gatte in ein solches Verhältniß tritt, womit die durch den Tod des Verstorbenen herbeigeführte fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht bestehen kann; nemlich wenn er wieder heirathet oder wenn die Auseinanderziehung mit den Kindern beliebt wird, wie weiter unten noch ausführlicher entwickelt werden soll. (§. 70.)

§. 50.

Zur näheren Belegung der in diesem und dem vorigen Paragraph dem überlebenden Ehegatten eingeräumten Dispositionsbefugnisse, wird auf den Inhalt der Zeugen-Aussagen in Sachen Kellerhoff gegen Kroll ¹²⁷⁾ und auf die Erkenntnisse I. und II. Instanz in Sachen Gurries gegen Kaiser ¹²⁸⁾ Bezug genommen, welche sich nicht bloß über die unbeschränkten Dispositionrechte des überlebenden Mannes, sondern auch über die der überlebenden Frau befriedigend äußern. Nur muß auch hier wiederholt werden, daß der von einzelnen Zeugen gemachte Zusatz, die Dispositionen dürften keine Liberalität durch Schenkung oder Birgenschaft unterstellen, durch keinen einzigen der gerichtlichen Akte, welche sie als Belege ihrer Aussagen anführen, unterstützt wird. (§. 28. Motive.) ¹²⁹⁾

§. 51.

Die Befugnisse der Kinder, in Bezug auf das Gesamtvermögen während der prorogirten Gütergemeinschaft, sind denen der Frau während der Ehe, analog. Deshalb können sie über die Substanz des Vermögens eben so wenig dispo-

¹²⁷⁾ Weil. 8. Note *

¹²⁸⁾ Weil. 10. und 11.

¹²⁹⁾ Mit dem Rübener Rechte sind fast alle andere Statuten über die gedachte Dispositionsbefugniß des überlebenden Gatten einverstanden. Man findet darüber zahlreiche Nachweisen bei Welter Münster'sche Gütergemeinschaft S. 108. Deiters die eheliche Gütergemeinschaft S. 256. v. Kampfs Jahrbücher B. 28. S. 199. Danz zu Kunde B. 6. S. 436. Scherer Gütergemeinschaft B. 1. S. 352.

niren wie jene, wenn ihnen in solcher Hinsicht von dem überlebenden Gatten nicht besondere Einräumungen gemacht worden z. B. wenn der überlebende Vater, einer Tochter die Führung des Haushalts übertrüge. (§. 34.) Eben deshalb steht den Kindern gegen Veräußerungen und Verpfändungen des Vermögens, kein anderes Widerspruchsrecht zu, als welches die Frau während der Ehe hatte und sie selbst können aus Rücksicht ihrer eventuellen Berechtigung zur Hälfte, auf keine Weise über die Substanz verfügen, insbesondere keine Hypothek constituiren; denn durch die Administration des überlebenden Gatten kann die ganze Masse absorbiert werden. Ihr Recht ist allerdings ein angeerbtes Recht, aber wegen seiner eventuellen Kraft, hinsichtlich der Möglichkeit seiner Realisirung, gewissermaßen auch keines. Hiermit stimmt auch Scherer ¹⁴⁰⁾ überein; obwohl nach seiner Theorie aus dem Grunde, weil der überlebende Gatte eigentlich *dominus solitarius* sey und die Kinder gar keine Rechte an der Masse haben, so lange er lebt. Dieses ist jedoch nach dem früher über diesen Gegenstand Gesagten, eben so unrichtig, als wenn Wigand ¹⁴¹⁾ den Kindern in Beziehung auf den verstorbenen *parens* keine Erbrechte einräumt. So gut wie bei kinderloser Ehe, der überlebende Gatte den Verstorbenen erbt (§. 42.) so gut beerben die Kinder ihren verstorbenen *parens*, denn grade dadurch schließen sie den überlebenden Gatten von der sonst bei kinderloser Ehe auf ihn fallenden Erbschaft aus; statt daß sie durch diesen würden enterbt werden müssen, wenn sie nicht durch Erbrecht an die Stelle des verstorbenen *parens*, in die prorogirte Gütergemeinschaft einträten. Die Ausübung ihrer Erbrechte sind nur beschränkt, durch die Dispositionsbefugnisse des überlebenden Gatten. Für diese Ansicht sprechen die Worte des Rübener Stadtrechts (§. 44.) sehr deutlich. ¹⁴²⁾

¹⁴⁰⁾ Scherer Gütergemeinschaft Th. 1. S. 362.

¹⁴¹⁾ Wigand Prov. Rechte v. Paderborn B. 1. S. 37.

¹⁴²⁾ Es stimmen auch damit überein Phillips Gütergemeinschaft S. 218. Deiters eheliche Gütergemeinschaft Seite 34 und 254.

§. 52.

Das in diesem Paragraphen Gesagte, folgt schon aus dem Vorigen. Es ist kaum nöthig, noch etwas Besonderes für seine Motivirung anzuführen. Wir wollen uns daher nur noch auf die uniformste Praxis berufen, welche bisher nicht einmal Gelegenheit gehabt hat, sich durch eine Entscheidung in *contradictorio* noch mehr zu befestigen, wenn dieses überhaupt möglich wäre.

§. 53.

Daß Nutzen und Schaden während der fortgesetzten Gütergemeinschaft, den Interessenten derselben eben so gemein seyn müssen, als in der Ehe, liegt in der Natur der Sache und in den Dispositionbefugnissen des überlebenden Gatten. Die Gründe dafür sind schon bei den Folgen der Gütergemeinschaft während der Ehe entwickelt worden. Das Königl. Oberlandesgericht zu Arnberg hat aber auch durch ein Erkenntniß v. 16. März 1837 in Sachen Helle gegen Siebekk sich ausdrücklich dafür entschieden, daß zu Räden der überlebende Gatte in fortgesetzter Gütergemeinschaft mit den Kindern auf Gedeih und Verderb s. (s. 143)

§. 54.

Die Stellung des überlebenden Gatten zum Gesamtvermögen, wird durch den Tod des Verstorbenen nur hinsichtlich der Dispositionbefugnisse mehr oder minder geändert, je nachdem der Vater oder die Mutter der überlebende Theil ist. Hinsichtlich der eigentlichen Berechtigung zum Vermögen, bleibt die Stellung dieselbe. Daher wächst alles was er erwirbt, dem gemeinsamen Vermögen nach der Ehe grade so zu, wie in der Ehe. Es ist bisher noch Niemand eingefallen, diese ganz folgerichtige Bestimmung, in praxi zu bezweifeln. Dagegen ist

¹⁴³⁾ Beil. 12.

§. 55.

Die Stellung der Kinder zum Gesamtvermögen eine ganz andere. Sie treten mit dem Beginn der fortgesetzten Gütergemeinschaft in ein neu begründetes Verhältniß zur Vermögenmasse, welches von dem des überlebenden Gatten ganz verschieden ist. Letzter ist nemlich nicht allein ausschließlicher Disponent über diese Masse, sondern die Kinder erlangen an derselben, so lange die fortgesetzte Gütergemeinschaft dauert, auch nur ganz eventuelle Rechte. Sie conferiren nichts zur Masse woraus sie gebildet wird, wie es bei den dieselbe begründenden Eheleuten der Fall ist, sondern sie erwerben nur Rechte daran, deren Realisation bis auf den Zeitpunkt, wo die Gütergemeinschaft aufgelöst wird, verschoben bleibt. Auch diese Ansichten, so wie sie die Bestimmungen des Paragraphen wiedergeben, sind in der Rüdener Praxis niemals bestritten worden und hinsichtlich ihrer folgerichtigen Anwendung, auch von den angesehensten Germanisten verbürgt. ¹⁴⁴⁾

§. 56.

Die Gründe für die Bestimmungen dieses §. sind geschichtlich schon in den Motiven zum §. 27. über die Entstehung der Ausberabung der Kinder während der Ehe entwickelt; wiewohl sich auf diese, zu Gunsten der Kinder nicht ein so bestimmtes Recht ausgebildet hat, als auf die Aussteuer, während der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Dort gebietet der Anstand, hier das den Kindern durch den Tod des einen Ehegatten angeerbte Recht; wofür man allenfalls auch das römische Recht anführen könnte, welches als *jus subsidi-*

¹⁴⁴⁾ Eichhorn Privatrecht. §. 307. II. Wigand Prov. Recht. B. I. S. 35. Scherer Gütergemeinschaft B. I. §. 143. Letzter ist überhaupt mit den in den §§. 49—57 gegebenen Bestimmungen, in seinem Werke B. I. S. 340—364, was ihre praktische Anwendung betrifft, einverstanden; nur sind seine theoretischen Gründe dafür, wegen der Divergenz in den Prinzipien, mitunter ganz eigener Art.

arium die Dotation fordert, welche durch das Statut nicht ausgeschlossen wird. ¹⁴⁰⁾ Mit der Praxis des Rüdener Rechts, stimmt auch das Coester überein. ¹⁴⁰⁾

§. 57.

Diese Bestimmung liegt folgerecht in der Natur der Sache, ist in praxi niemals bezweifelt worden und wird auch in den meisten übrigen Statutarrechten so gehalten z. B. im Lippe'schen ¹⁴⁷⁾

§. 58. 59.

Auch diese Paragraphen sind nur consequente Entwicklung des Grundsatzes, worauf die fortgesetzte Gütergemeinschaft beruht. ¹⁴⁸⁾

§. 60. 61.

So wie die Gütergemeinschaft während der Ehe durch Vertrag wieder aufgelöst werden kann (§. 25.) so kann es auch die fortgesetzte, nach getrennter Ehe und so wie in jenem Falle ein Ehegatte den anderen zu solcher vertragmäßiger Aufhebung nicht zwingen kann, so kann der überlebende Ehegatte von den Kindern auch nicht dazu gezwungen werden, wenn er die Fortsetzung der Gemeinschaft nicht selbst, z. B. durch Wiederverheirathung unmöglich macht. Umgekehrt kann aber wohl der überlebende Gatte die Kinder zur Aufhebung der Gütergemeinschaft zwingen; denn die Dispositionrechte des Verstorbenen sind auf ihn allein übergegangen und es liegt nur in seiner Befugniß die Gütergemeinschaft fortzusetzen, nicht in seiner Verbindlichkeit. Die Kinder haben nach

¹⁴⁰⁾ Danz zu Ründe B. 6. S. 371.

¹⁴⁰⁾ Scherer Gütergemeinschaft, B. 1. S. 349. Man vergleiche auch noch Phillips Gütergemeinschaft, S. 225, und den daselbst allegirten Eichhorn.

¹⁴⁷⁾ Scherer Gütergemeinschaft B. 1. S. 368.

¹⁴⁸⁾ Weitere Ausführungen finden sich bei Rigand Prov. R. v. Paderborn B. 1. §. 41, S. 33.

dem Statut ¹⁴⁹⁾ nur eventuellen Anspruch auf die Hälfte des Vermögens; realisirt er diesen Anspruch durch Abtretung der Hälfte, so müssen sie es sich gefallen lassen. Er hat ihnen genug gethan. Will aber der überlebende Gatte die Gemeinschaft fortsetzen, so macht er von seinem Rechte Gebrauch und die Kinder können nichts dagegen einwenden. Es existirt auch in Rüdener kein Beispiel, wo Kinder den überlebenden, nicht wieder heirathenden Gatten, zur Aufhebung der Gemeinschaft hätten zwingen wollen. Es hat zwar ein Schriftsteller ¹⁵⁰⁾ der Ansicht allgemeine Geltung zu verschaffen gesucht, daß auch der überlebende Gatte die Kinder zur Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht zwingen könne. Allein seine Gründe beruhen bloß auf der Voraussetzung, daß die Rechte der Kinder und des überlebenden Gatten in der fortgesetzten Gütergemeinschaft eben so gleich seyen, als die beider Gatten in der Ehe und diese Voraussetzung ist falsch. Das Preussische Recht ¹⁵¹⁾ gestattet zwar den Kindern oder deren Vormündern, in einzelnen Fällen das Recht, auf Auseinanderlegung anzutragen z. B. wenn die Töchter sich verheirathen oder die Söhne sich besonders etabliren; allein es hat, weil das Statut die Ausnahmefälle, welche nicht bloß die Form sondern auch die Materie der Lehre bestimmen, gar nicht kennt, hier nur doctrinellen Werth; obgleich der bezogene Titel recipirt ist. Die hier festgehaltene Ansicht ist auch durch ein Erkenntniß des Justiz-Amtes Rüdener in Sachen Schütte gegen Birwe v. 12. Nov. 1831 und durch die in zweiter Instanz ferner erhobenen Zeugen-Aussagen, welche den Kläger zum Verzicht auf die dagegen eingewendete Appellation bewogen, als die richtige constatirt worden. ¹⁵²⁾

¹⁴⁹⁾ Beil. 5. Abf. 41.

¹⁵⁰⁾ Gosman Versuch einer Erläuterung der Frage: Kann der lebende Ehegatte aus der mit seinen Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft willkürlich austreten? Lemgo 1792.

¹⁵¹⁾ Allg. Landrecht Thl. 2. Tit. 18. §. 609. fgg.

¹⁵²⁾ Beil. 13.

§. 62.

So wie in der Ehe die Vermögensverwaltung von dem für einen Wahnsinnigen oder Verschwender erklärten Manne auf die Frau übergeht, so muß sie auch dem überlebenden Gatten bei dem Eintreten eines solchen Umstandes genommen werden ¹⁵⁰⁾ und da diese die alleinige Person ist, auf welche die Dispositionsbefugniß übergehen kann, so muß die Gütergemeinschaft aufhören, sobald sie ihm genommen ist. Der verschwenderische oder blödsinnige Gatte, wird dann mit seiner Vermögenshälfte eben so unter Curatel gestellt, als seine minderjährigen Kinder mit der ihrigen.

Der nemliche Fall, d. h. die Auflösung der Gütergemeinschaft, würde während der Ehe eintreten müssen, wenn beide Ehegatten unter Curatel gestellt werden müßten. Die Praxis kennt indeß einen solchen Fall noch nicht und hat sich daher nicht darüber ausgesprochen.

§. 63.

Den bisherigen Entwicklungen zufolge, unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß von Bestellung einer eigentlichen Vormundschaft nicht die Rede seyn kann. Denn alle Rechte des *mundii* sind durch den Tod des Mannes auf die Frau übergegangen und diese Rechte schließen jegliche Beschränkung durch eine Vormundschaft aus; welche, da sie keine Art von Aufsicht zu führen hat, ohne Gegenstand und darum ohne Zweck seyn würde. Aus diesem Hauptsatze folgt dann auch ferner, daß die Mutter, welche den Vormund vollständig vertritt, hinsichtlich ihrer Befugnisse und Pflichten, unter keinen anderen Bedingungen steht als der Vater; daß sie aber deshalb weder selbst als Vormünderin unter obervormundschaftliche Aufsicht gestellt werden kann, noch dergleichen Einschreitungen, vermittels Anordnung einer besonderen Vormundschaft zu dulden braucht. ¹⁵¹⁾ So einfach und folgerichtig dieses Rechtsver-

¹⁵⁰⁾ Eichhorn Privatrecht §. 307. II.

¹⁵¹⁾ Wigand Prov. R. B. I. S. 29.

hältnis ist, so vielfach hat doch die, durch die preussische Puppillen-Ordnung provozirte Regress-Angst der Gerichte daran gedreht und gedeutet; indem man von der Voraussetzung ausging, die Puppillen-Ordnung müsse überall, wenigstens insoweit zur Anwendung kommen, als es unbeschadet der Rechte des überlebenden Gatten, an dem aus der Gütergemeinschaft herrührenden Vermögen geschehen könne. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß durch diese Voraussetzung, wenn der Hauptgrundsatz festgehalten wird, die Sache nicht anders werden kann. Es ist daher auch nicht nöthig, hier auf eine weitere Prüfung der verschiedenen Folgen einzugehen, welche man aus jener Voraussetzung ziehen zu können geglaubt hat. Wir wollen uns vielmehr darauf beschränken, das Sachverhältnis in den folgenden Paragraphen so darzustellen, wie es sich im Departement des Königl. Ober-Landesgerichts zu Arnberg, nach den darüber bestehenden besonderen Verordnungen gestaltet hat. Diese Verordnungen sind hauptsächlich folgende:

1) Bericht des Königl. Hofgerichts vom 3. August 1830.

2) das darauf erlassene Justiz-Ministerial-Rescript vom 17. April 1831; das Verfahren in Vormundschaftsachen, bei prorogirter Gütergemeinschaft betreffend, ¹⁵²⁾

Der am Schlusse des Paragraphen gedachte Fall, daß die überlebende Frau selbst einer Vormundschaft bedürfte, kann sich nur auf ihr minderjähriges Alter beziehen, wie früher ein solcher auch schon bei dem minderjährigen Manne gedacht worden. (§. 16.) Wenn wegen gänzlicher Unfähigkeit des überlebenden Gatten zur Verwaltung, eine beständige Curatel über ihn angeordnet werden muß, so stellt sich die Sache anders. (§. 62.) ¹⁵³⁾

¹⁵⁰⁾ Beide Stücke sind abgedruckt in Essellen Sammlung der Gesetze, Instruktionen und Verfügungen, welche an die Gerichte des Hofgerichts-Departements, seit Einführung der preussischen Gerichts-Verfassung erlassen worden. Th. I. S. 140.

¹⁵¹⁾ Scherer Gütergemeinschaft B. I. S. 355.

§. 64.

Das Ministerial-Rescript vom 14. April 1831 nennt die hier gedachte Curatel eine Vormundschaft; obgleich sich ihre Thätigkeit lediglich auf Gegenstände der Curatel beschränkt.

§. 65.

Darüber, daß die Witwe zur Legung eines Inventars nicht gezwungen werden könne, ist die Praxis mit wohl allen Privatrechtslehrern einig.¹⁵⁷⁾ Daß aber ein solches Inventar nichts desto weniger nützlich, um mit Sicherheit den Fort- oder Rückgang in der Verwaltung der Witwe beurtheilen und eventualiter einen Prodigalität = Antrag gegen sie begründen zu können, (§. 62.) ist eben so klar. Es wird daher immer rätlich bleiben, die Witwe zur Legung eines Inventars aufzufordern, und wenn sie diese Aufforderung ablehnt, den Curator oder Vormund anzuhalten, daß er durch ein anderweites Vermögen = Verzeichniß das Inventar ersetze.¹⁵⁸⁾

§. 66.

Die Vorschriften wegen Prüfung der Activorum, wegen Administration und Erhaltung der Immobilien durch den Vormund, finden sich in der Pupillen = Ordnung.¹⁵⁹⁾ Diese ist im hiesigen Departement zwar unbedingt eingeführt, allein die betreffenden Vorschriften setzen Maaßregeln voraus, deren Anwendung die Verwaltungrechte des überlebenden Gatten aufs Empfindlichste kränken würde; sie können daher mit diesen nicht bestehen und werden somit durch dieselben, als wesentliche Ausflüsse des Instituts der Gütergemeinschaft, ausgeschlossen.¹⁶⁰⁾

¹⁵⁷⁾ Scherer Gütergemeinschaft B. 1. S. 335. Phillips Gütergemeinschaft S. 222.

¹⁵⁸⁾ Man vergleiche hiermit noch die Motive zu §. 115.

¹⁵⁹⁾ Allg. Landrecht Thl. 2. Tit. 18. §. 455. folg. u. 528. folg.

¹⁶⁰⁾ Deiters Gütergemeinschaft S. 334.

Aus dem Gesagten folgt von selbst, daß der Besitztitel von den Immobilien, so lange der überlebende Gatte in pro-rogirter Gütergemeinschaft bleibt, auf den Namen der Kinder wenigstens nicht ausschließlich berichtigt werden kann.

§. 67.

Daß die Mutter nicht zur Rechnungslegung angehalten werden könne, ist nothwendige Folge der bisher entwickelten Grundsätze. Die Praxis ist damit überall einverstanden. Nur dem Vormunde oder Curator wird aufgegeben werden können, alljährlich nachzuweisen, inwiefern die Substanz des Vermögens erhalten worden, um dadurch einige Controle gegen die Verwaltung der Witwe (§. 65.) zu haben.

§. 68.

Dem überlebenden Ehegatten steht es frei, die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch Schichtung mit den Kindern zu beendigen. (§. 61.) Die Kinder sind durch das Statut zur Hälfte des Gesamtgutes gerufen; die Abschichtung erfolgt daher auch nach diesem Verhältnis. Die unmittelbare Folge davon ist, daß der überlebende Gatte über die ihm verbleibende Hälfte grade so disponiren kann, wie jeder Andere, welcher weder in Gütergemeinschaft lebt, noch Kinder hat. Wäre dieses nicht der Fall, so würde er außer Stande seyn, mit der ihm zufallenden Hälfte, eine neue eheliche Gütergemeinschaft, mit eben so vollständiger Wirkung wieder zu beginnen, als die vorige war, welche Befugniß doch weder Theorie noch Praxis jemals bestritten hat. Die Kinder sind durch Abschichtung als so abgefunden zu betrachten, daß sie nur noch als Intestat = Erben, nicht aber als Noth = Erben ferner zur Sprache kommen. Es ergibt sich dieses aus den Erkenntnissen aller Instanzen in Sachen Hiltenkamp gegen Fickermann¹⁶¹⁾ Wir werden auch unten näher darauf zurückkom-

¹⁶¹⁾ Beilage 14. 15. 16.

men. (§. 90.) Aus dem gedachten Sachverhältniß rechtfertigen sich dieser und die folgenden Paragraphen vollkommen.

§. 69.

Ist eine Abschtung der Kinder nicht erfolgt, besteht also die Gütergemeinschaft noch fort; so ist eine einseitige letztwillige Disposition des überlebenden Gatten nur insofern thunlich, als dies auch in der kinderlosen Ehe der Fall war. (§. 39.) So wie nemlich hier der eine Gatte testiren kann, wenn er die eventuellen Mitrechte des anderen, mit ihm in Gütergemeinschaft stehenden Gatten nicht beeinträchtigt, so kann es auch der überlebende Gatte, wenn er den eventuellen Rechten der Kinder, welche die Gütergemeinschaft mit ihm fortsetzen, nicht zu nahe tritt. Diese eventuellen Rechte erstrecken sich aber auf die eine Hälfte des Vermögens, ohne daß dabei eine solche Rücksicht auf Noth-Erben zu nehmen wäre, wie in einer mit Kindern gesegneten Ehe; (§. 40.) es kann also auch keinem Zweifel unterliegen, daß der überlebende Gatte, wenn er die den Kindern durch das Statut einwirkte Nothportion berücksichtigt, über die ihm verbleibende, seinen Kindern eventuell nur als Intestat- nicht als Noth-Erben zufallende Hälfte, *per testamentum* gültig und unabhängig verfügen kann.

Es ist dieses um so gewisser der Fall, weil, wie schon mehrmal bemerkt worden, die Rechte der Kinder in der fortgesetzten Gütergemeinschaft, denen des Gatten in der Ehe nicht einmal gleich, sondern nur analog sind. In der beerbten Ehe ist die einseitige Testamentifaction eines Gatten undenkbar, weil der Testator nicht disponiren kann, ohne über den Antheil des anderen Gatten mitzudisponiren. Bei der ungetheilten Gemeinschaft hat nemlich keiner der Ehegatten einen besonderen Theil. Nur bei der unbeerbten Gütergemeinschaft stellt sich auf den Todesfall ein disponibler Theil der ganzen Masse, die statutarische Quart als besonderer Theil heraus, worüber dann auch allein disponirt werden kann. In der fortgesetzten Gütergemeinschaft dagegen, welche analog immer als unbeerbte Ehe zu betrachten, hat das Statut den

Kindern gleich einen bestimmten Antheil am Ganzen, nemlich die Hälfte ein für allemal zugewiesen und über diese Hälfte haben sie keine, den Gatten in der Ehe gleiche, sondern hinsichtlich der Berechtigung nur eventuelle und hinsichtlich der Dispositionsbefugnisse gar keine Ansprüche. ¹⁰²⁾

Es steht hiernach wohl fest, daß der überlebende Gatte, auch ohne erfolgte Abschtung über das ganze Vermögen letztwillig disponiren könne, wenn er die Pflichtheil-Ansprüche seiner Kinder nur respectirt. ¹⁰³⁾ Daß die Rüdener Praxis davon niemals abgewichen ist, bekunden die in Sachen Oberstadt gegen Oberstadt namhaft gemachten einzelnen Fälle, ¹⁰⁴⁾ worin der überlebende Gatte ohne den geringsten Zweifel an seiner Befugniß, über das ganze Vermögen disponirt und mitunter sogar von der *cautela Socini* dadurch Gebrauch macht, daß er diejenigen Kinder, welche die Disposition anzufechten versuchen mögten, auf den Pflichtheil beschränkte. Es fragt sich hier nur, worin besteht der Pflichtheil? Wendet man die römische Computation an, so würde er, weil über das ganze Vermögen disponirt wird, auch davon berechnet werden müssen und das würde mitunter einen bedeutenden Unterschied machen. Betrüge z. B. das ganze Vermögen 6000 Thlr. und es wären drei Kinder da, so würden diese, wenn der überlebende Gatte über das Ganze, mit Vorbehalt des römischen Pflichttheils von diesem, disponiren könnte, jeder nur 666⅔ Thlr. als *portio legitima* verlangen können. Muß er ihnen aber die Hälfte des Ganzen frei lassen, so würde jedes Kind 1000 Thlr. in Anspruch nehmen können. Letztere Ansicht ist indeß, den gegebenen früheren Entwicklungen zufolge, offenbar die richtigere und als solche in den Entscheidung-Gründen des Erkenntnisses des Justiz-Amtes Rüdener vom 24. Mai 1835, in Sachen Oberstadt gegen Oberstadt

¹⁰²⁾ Wigand B. I. S. 10.

¹⁰³⁾ Die Angemessenheit dieses Grundsatzes bezeugt auch Phillips Gütergemeinschaft S. 226.

¹⁰⁴⁾ Beilage 14.

auch erkannt. ¹⁰⁰⁾ Noch viel weiter geht ein Erkenntniß des Königl. Hofgerichts v. 6. Juli 1829 in Sachen Hildebrande gegen Keen, bestätigt durch ein Erkenntniß des Königl. Oberlandesgerichts zu Münster vom 28. März 1831 und des Königl. Geheimen Obergerichts vom 3. Octbr. 1832. ¹⁰¹⁾ Hierin wird nemlich zwar auch die Befugniß des überlebenden Gatten, welcher nicht geschicket hat, anerkannt, über die Hälfte des Vermögens, welche bei einer Schichtung auf ihn fallen würde, lehtwillig zu disponiren, jedoch nur mit Vorbehalt des den Kindern von dieser Hälfte zu belassenden Pflichttheils; so daß also die Kinder ausser der Hälfte des Gesamtvermögens, noch ein Drittheil, oder die Hälfte von der auf den überlebenden Gatten fallenden Hälfte desselben, als Pflichttheil erhielten, je nachdem ihrer vier und weniger, oder fünf und mehr sind. Diese Einschränkung der Dispositionsbefugniß des überlebenden Gatten, ist im Entwurfe nicht berücksichtigt worden und zwar, wie uns dünkt, mit Rechte: denn die Disposition befaßt nur eine Schichtung und danach kommt den Vorkindern mehr nicht, als die Hälfte des vorhandenen Vermögens zu, wenn ihnen nicht etwa nachher die andere ab intestato, als nächsten Verwandten, nicht aber als Noth-Erben wieder zufällt. Die Schichtung trennt die Kinder so vollständig von dem überlebenden Gatten, daß dieser seine Hälfte in eine neue Gütergemeinschaft mit vollständiger Wirkung herüber nehmen und mit Ausschluß der abgeschicketen Kinder, uneingeschränkt darüber verfügen, also auch von Todeswegen gültig darüber disponiren kann, wenn den Kindern in der Disposition nur dasjenige hinterlassen wird, was ihnen bei der Abschichtung zukömmt. Des Hofgericht ist der Meinung, bei vorhandener Gütergemeinschaft, als einem rein deutschen Institute, können zwar die erbrechtlichen Bestimmungen des römischen Rechts nicht zur vollen Anwendung kommen, allein die Berechtigung der Kinder zum Pflichttheile, an der dem überlebenden Gatten

¹⁰⁰⁾ Beilage 14.

¹⁰¹⁾ Beilage 15. 16. 17.

zufallenden Hälfte des Vermögens, könne denselben nach der Praxis doch nicht wohl vorenthalten werden. In Rügen war aber diese Praxis bisher unbekannt; sie würde, consequent durchgeführt, den abgeschicketen Kindern erster Ehe auch mit den Kindern der folgenden Ehe, ein Erbrecht an der Gütergemeinschaft-Masse dieser folgenden Ehe einräumen, was doch anerkannt nicht besteht und in Sachen Hiltmann gegen Fiermann durch drei Instanzen zurückgewiesen ist. ¹⁰⁷⁾

§. 70.

Das Verhältniß der Kinder zum überlebenden Gatten, ist in den vorhergehenden Paragraphen hinlänglich auseinandergesetzt. Ueber das der Kinder unter sich, spricht sich der Absatz 43. des Statuts ¹⁰⁸⁾ also aus: „Were dat also dat lude weren de Kindere hedden vnd der eyn vor velle vnd de andere vor andersedde sic vnd de Kindere bleuen semmentliken eynweldig vor velle der Kindere eyn dat andere solde et eruen.“ —

Mit anderen Worten: Stirbt von zwei Ehegatten, welche Kinder haben, der eine, und der andere heirathet wieder, so sollen die Kinder, welche unverheirathet sterben, von den anderen Kindern beerbt werden. — In dieser Bestimmung liegt zuvörderst eine Bestätigung der Ansicht (§. 48. 49.) daß das Statut durch Bestimmung des Antheils der Kinder an dem Sammtvermögen, dieses durch den Tod des einen Gatten nicht sofort in zwei getrennte Hälften habe auflösen, sondern nur einen Auseinandersehungmaassstab für die künftige Auflösung habe angeben wollen und daß folglich die practisch in Rügen bestehende fortgesetzte Gütergemeinschaft, auch dem Statute schon nicht unbekannt gewesen sey. Da nemlich in der ausgehobenen Bestimmung nur für den Fall von dem Erbrechte der Kinder unter sich geredet wird, wenn der überlebende Gatte wieder geheirathet hat, also eine

¹⁰⁷⁾ Bergl. Motive zu §. 91 fgg. und die Beil. 18. 19. 20.

¹⁰⁸⁾ Beil. 6.

Schichtung zwischen ihm und den Kindern nach dem im Absatz 41. des Statuts angegebenen Maaßstabe wirklich erfolgt ist, so geht daraus mittelbar hervor, daß man sich die Nothwendigkeit dieser Schichtung, auch nur in dem Falle der Wiederverheirathung gedacht hat. Aus der gedachten Bestimmung des Statuts ergeben sich übrigens, in Verbindung mit dem über die fortgesetzte Gütergemeinschaft Gesagten, hinsichtlich der Successionrechte der Kinder, ausser der in diesem Paragraphen gemachten Bestimmung, noch die folgenden.

§. 71. 72.

Durch die Erbschichtung zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern, werden alle wechselseitige Noth-Erben-Verhältnisse unter ihnen aufgehoben. (§. 91.) Es hat deshalb der Ueberlebende so wenig Ansprüche am Vermögen der Kinder, als diese an dem Seinigen; die Geschwister sind sich untereinander durch das Statut als nothwendige Intestat-Erben substituirt. Diese Substitution ist jedoch nicht weiter auszudehnen, als sie nach dem Statut wirklich geht; sie spricht selbst nur von einweldigen — unverheiratheten Geschwistern und schließt daher weder die gesetzlichen Leibes-Erben, noch die Befugniß zur Testamentiraction, welcher keine wesentliche Bestimmung der Gütergemeinschaft entgegensteht, aus. Nur so lange die fortgesetzte Gütergemeinschaft dauert, können die Kinder sich keine Testament-Erben ernennen; denn wegen ihrer nur eventuellen Berechtigung, haben sie nicht eher etwas, worüber sie disponiren können, als bis durch Abschichtung ihre Rechte realisirt sind. (§. 51.)

Es ergibt sich hieraus von selbst, wie es zu halten, wenn ein in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebendes Kind, vor Aufhebung derselben durch Abschichtung, mit Hinterlassung eines kinderlosen Gatten stirbt. Der letzte hat in einem solchen Falle auf nichts Anspruch, als was der Verstorbene in die Ehe brachte; entweder nach den Grundsätzen der in dieser Ehe bestandenen Gütergemeinschaft, oder nach denen der gemeinen Erbfolge.

§. 73.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die durch Abschichtung aus der elterlichen Wäre abgefundenen Geschwister, an dem Gesamtvermögen keinen Antheil mehr haben können (§. 38.) also auch von derselben, so lange sie nicht aufgelöst wird, nichts erben können. Dagegen ist das Intestat-Erbrecht der in der Wäre gebliebenen Geschwister, auf den Nachlaß eines aus der Wäre Geschiedenen, mit Ausschluß des *parens superstes*, nicht bloß nach den Worten der ausgehobenen Stelle des Statuts klar, sondern es folgt auch schon daraus, daß durch die Abschichtung nur das wechselseitige Vermögensverhältniß zwischen dem überlebenden Gatten und dem abgeschichteten Kinde, nicht aber zwischen diesem und seinen Geschwistern aufgehoben wird. Findet künftig eine fernere Abschichtung zwischen dem *parens superstes* und den übrigen Kindern statt, so können diese nicht mehr die volle Hälfte des Vermögens verlangen, sondern sie müssen sich dasjenige abziehen lassen, was die abgeschichteten Geschwister bereits erhalten haben, als welche mit ihnen, in Bezug auf die Hälfte des Vermögens, gewissermaßen in einer besonderen Gewere standen. Daß übrigens solches Vermögen, welches den mit dem überlebenden Gatten in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kindern, nicht durch die Bewirthschaftung des dazu gehörigen Sammtvermögens, sondern anders woher, durch Fleiß und Glück, also auch durch Erbschaft und Schenkung zufällt, nicht Theil des Sammtvermögens wird, sondern ihnen *privatim* zugehört, ist schon früher bemerkt worden. (§. 57.)

§. 74.

Wenn der überlebende Gatte, zur anderweiten Ehe schreitet, so kann die fortgesetzte Gütergemeinschaft eben so wenig fort dauern, als nach dem Tode des verstorbenen Gatten die eheliche.

Es kann aber durch Einkindschaft ein neuer Ab-

schnitt begründet, und ihr dadurch Fortdauer gegeben werden. Hinsichtlich der Zeitfristen, während welcher der überlebende Gatte, je nachdem es der Vater oder die Mutter ist, zur andern Ehe schreiten darf, bleiben die bisherigen bekannten Vorschriften in Kraft, weil die darauf Bezug habenden Vorschriften des preussischen Rechts ¹⁶⁹⁾ hier keine Geltung haben.

Im Allgemeinen ist der Einkindschaft-Vertrag sehr zu begünstigen, weil dadurch unter den Geschwistern verschiedener Ehen Liebe und Eintracht befördert, die häuslichen Angelegenheiten im unverletzten Stande erhalten und so manche aus getrennten Vermögensverhältnissen fließende Veranlassungen zu Fäulereien und Prozessen vermieden werden. Allein je wichtiger die Interessen der Kinder sind, für welche auf diese Weise Vorsorge getragen werden soll, desto gewissenhafter müssen dieselben auch berathen werden, ehe ein Vertrag darüber abgeschlossen wird.

Das Rübener Statut spricht sich über die Einkindschaft nicht aus, allein der Rübener Praxis ist sie nicht fremd geblieben. Sie kommt jetzt noch täglich vor. Sie gehört nicht eigentlich zur Gütergemeinschaft selbst, sondern hat sich nur aus Veranlassung derselben ausgebildet und zwar in Rügen unter keinen anderen Bedingungen, als denen des gemeinen deutschen Privatrechts. Die des preussischen Rechts ¹⁷⁰⁾ haben für uns keine Geltung. Es ist daher im

§. 75.

Nur der Begriff der Einkindschaft angegeben und übrigen im

§. 76.

hinsichtlich der Bedingungen, unter denen Einkindschaft geschlossen und wieder aufgehoben werden kann, auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen Bezug genommen. Nur als na-

¹⁶⁹⁾ Akg. Landrecht II. 1. §. 20. und ff.

¹⁷⁰⁾ Akg. Landrecht II. 2. §. 717.

here Andeutungen des Gesagten, mögen hier noch folgende Bemerkungen Platz finden. Nicht blos ein überlebender Gatte mit Kindern, sondern auch zwei überlebende Gatten aus verschiedenen Ehen, mit ihren beiderseitigen Kindern können, wenn sie sich heirathen, mit Bezug auf diese lebenden, und die noch zu erwartenden Kinder, eine Einkindschaft eingehen. Der angegebene Begriff umfaßt beide mögliche Fälle; die Bedingungen und Folgen bleiben dieselben. Es wird nemlich zur Eingehung erfordert 1) auffer der Einwilligung der Eltern, welche die neue Ehe eingehen, auch die der Kinder und wenn letztere noch minderjährig sind, die der anzuordnenden Vormünder und nächsten Verwandten derselben, insbesondere gewöhnlich der Großeltern wenn sie noch leben. 2) Eine genaue Vergleichung des Vermögens, welches den Kindern bei einer Theilung zufallen würde, mit demjenigen, was dagegen die neuen Eheleute zur Gütergemeinschaft conferiren; um beurtheilen zu können, ob nach Gesetzen der Wahrscheinlichkeit, für die Vorkinder wesentliche pecuniäre Vortheile von der Einkindschaft zu erwarten sind. 3) Sorgfältige Erwägung aller persönlichen Verhältnisse, welche auf die Erreichung der allgemeinen wohltätigen Zwecke der Einkindschaft Einfluß haben können. 4) Hierauf erfolgende obrigkeitliche Bestätigung des vormundschaftlichen Gerichts. Ob bei einer sich ergebenden, gar zu bedeutenden Ungleichheit des beiderseitigen Vermögens, Vorkindern ein sogenanntes Voraus oder den Eltern ein Reservat, durch Ausnahme einzelner, zur Gemeinschaft nicht zu ziehender Güter, zu stipuliren seyn mögte, hängt von den Umständen ab und ist an sich eben so aufferwesentlich, als andere einzelne Bestimmungen, welche verschiedene Statutarrechte noch besonders erfordern, von denen aber, wie schon gesagt, in unserem Statut nichts vorkommt. ¹⁷¹⁾

Die Folgen der gültig geschlossenen Einkindschaft, liegen schon in dem angegebenen Begriffe derselben ausgespro-

¹⁷¹⁾ Scherer, Gütergemeinschaft Thl. 1. S. 462.

chen und bedürfen daher keiner weiteren Entwicklung; wie wohl Einige ¹⁷²⁾ die Einkindschaft als einen bloßen Erbvertrag ohne Suitatrechte betrachten und daraus eine Disparität zwischen den Erbrechten unirter und natürlicher Kinder, im Verhältniß zu den Eltern folgern. Die Ansicht ist offenbar ungegründet und hat viele Anomalien gegen den Begriff sowohl als gegen die Praxis zur Folge.

Die Aufhebung der Einkindschaft erfolgt 1) aus allen denjenigen Gründen, welche die Auflösung der Gütergemeinschaft überhaupt zur Folge haben. 2) durch Rescission, wenn die Kinder solche, wegen Verletzung über die Hälfte verlangen können. 3) Außerdem wird von manchen Rechtslehrern ¹⁷³⁾ behauptet, die Einkindschaft sey gefallen, wenn in der zweiten Ehe keine Kinder erfolgen oder zur Zeit des Erbfalls keine solche vorhanden sind, weil alsdann die Hauptabsicht des Vertrages: Einkindschaft nicht erreicht werden könne. Diese Meinung ist jedoch offenbar unrichtig; denn der Vertrag wird nicht geschlossen, damit Kinder in der zweiten Ehe erzeugt werden, sondern der zweite Ehegatte wird in die bestehende Gütergemeinschaft aufgenommen, damit wenn Kinder erzeugt werden, diese und die bereits vorhandenen, sich als rechte Geschwister einander gleich stehen sollen. Werden also keine Kinder erzeugt, so fällt die mögliche Folge nicht die nothwendige Bedingung des Vertrages weg, daß Kinder der neu einzugehenden Ehe, mit den Eltern und Kindern der früheren Ehen unirt werden; keinesweges aber hören die durch den Vertrag begründeten Communion-Verhältnisse beider Gatten zu einander und ihre Suitat-Verhältnisse zu den schon vorhandenen Kindern auf. Ein solches Fallen der Einkindschaft würde auch zu großen, zum Theil unauflöselichen, Verwirrungen führen; denn so lange

¹⁷²⁾ z. B. Runde Privatrecht §. 677 fgg.

¹⁷³⁾ Runde Privatrecht §. 677. Tasinger über die Einkindschaft, Nürnberg 1783. §. 29. v. Bülow und Gagemann practische Erörterungen B. 4. N. 71.

die Ehe dauert, kann man niemals sagen, daß sie kinderlos bleiben werde. (Man denke an Sara.) Der Vertrag würde also gelten müssen, solange die Ehe dauert. Wird sie aber durch den Tod des einen Gatten kinderlos aufgelöst, so wäre bis zu ihrem Anfange zurück, diese Kinderlosigkeit constatirt und man würde zugleich behaupten müssen, der Vertrag sey niemals durch Perfection gültig geworden. Alsdann aber würden alle Vortheile, welche man durch Vermeidung der Schichtung gewinnen wollte, durch die nun hinterher eintretende Nothwendigkeit derselben, nicht allein wieder verloren gehen, sondern dieselbe würde, eben weil sie unterblieben, in den meisten Fällen auch nicht einmal mehr in befriedigender Art zu bewirken seyn. Für diese richtigere Meinung erklären sich daher auch andere sehr angesehene Rechtslehrer. ¹⁷⁴⁾

§. 77. 78.

Verschieden von der Einkindschaft, ist das ähnliche Institut der Adoption. Was diese sey und worin sie sich von der deutschen Einkindschaft unterscheidet, darf aus dem gemeinen Rechte vorausgesetzt werden, und bedarf es insofern hier keiner Entwicklung der Lehre darüber. Allein die Beantwortung der Frage, ob in kinderloser Ehe eine Adoption mit voller Wirkung statt finde? kann bei der Gütergemeinschaft Schwierigkeit in der Erwägung finden, daß durch eine solche Adoption, möglicher Weise die Rechte von Noth-Erben auf den aus kinderloser Ehe sicher zu erwartenden Pflichttheil (§. 43.) verletzt werden können. Diese Schwierigkeit ist in der That nicht ungegründet und muß daher ihre Erörterung finden.

Die Adoption ist ihrem Ursprunge nach dem deutschen Rechte fremd; sie ist in den römischen Staats- und Familien-Verhältnissen geschichtlich begründet und daher als ein

¹⁷⁴⁾ Danz zu Runde B. 8. §. 676. Pufendorff observat. T. 1. obs. 200. §. 20. T. 3. obs. 114. §. 3. Wesphal Privatrecht Thl. 2. S. 81. Phillips deutsches Priv. Recht S. 334.

in Deutschland nur recipirtes Institut, lediglich nach römischen Rechtsgrundsätzen zu betrachten. ¹⁷⁶⁾ Diese entscheiden daher nicht nur hinsichtlich der übrigen Wirkungen derselben, sondern auch namentlich hinsichtlich der zur Frage gestellten Erbrechte und zwar bei uns um so mehr, weil über die gesetzlichen Erbrechte, die Vorschriften des gemeinen Rechts fortwährend zielgebig sind. Da nun die römische Lehre über Adoption, in solcher Beziehung nur die Beschränkung enthält, daß derjenige nicht adoptiren soll, der schon Kinder unter seiner Gewalt hat, ¹⁷⁶⁾ so wird es dabei um so mehr sein Bewenden behalten müssen, weil auch das Rübener Recht nicht weiter geht. Es sagt nemlich im Absatz 123. „Eyn man eber eyn vrouwe de neyne lyff eruen en heuet, mach wol eyns anderen kindere keysen in Kindes stait als recht ys, vnd gheuet' he eber sey dar besegelde breue upp, de beseghelden breue salmen halden men enfone sey ledigen als recht ys.“ ¹⁷⁷⁾

Eine solche Annahme an Kindesstatt ist umständlich beschrieben in einer Rübener Urkunde von 1489, worin Einwald Nevelung vor dem Stadtrath zu Rügen, im Beistande seines Lehnherrn Wolpert von Bruwerdinghausen, mit dessen Wissen und Willen, nach Gewohnheit und Recht der von Rügen erklärt, daß er seine Stieftochter Else, Ehefrau Hermanns von dem Houcle und deren beider Kinder Johann, Einwald und Anne, zu seinen rechten, echten Kindern, als wären sie von seinem eigenen Leibe gezielt und geboren, annehme; so daß sie einer vom anderen Erbe nehmen und geben sollen, nach Fügung Gottes; gleichwie ein Kind von seinem Vater und der Vater von seinem Kinde, nach Gewohnheit und Recht der von Rügen, thun soll und mag. ¹⁷⁸⁾ Es wurden also durch diesen Act volle Suitatrechte für die

¹⁷⁶⁾ Danz zu Munde, B. 7. C. 93.

¹⁷⁶⁾ Fhibaut Pandektensystem §. 489.

¹⁷⁷⁾ Beilage 5.

¹⁷⁸⁾ Beilage 21.

Kinder und weil der Lehnherr einwilligte, sogar die Lehnsuccessionrechte begründet.

§. 79. 80.

Wenn die Nothwendigkeit der Abschichtung der Kinder eintritt, so hören die vormundschaftlichen Rechte des überlebenden Gatten auf, weil sich dieselben bloß als Folgen der fortgesetzten Gütergemeinschaft darstellen, welche nicht über diese hinaus dauern können. Die gesetzliche Thätigkeit des vormundschaftlichen Gerichts, tritt daher in solchem Falle mit voller Wirkung ein; so weit ihr nicht die väterliche Gewalt im Wege steht. Es würde sonst den Kindern an der nöthigen Vertretung fehlen.

§. 81.

Die festgesetzte Gütergemeinschaft hört erst mit dem Augenblicke auf, wo der überlebende Gatte zur ferneren Eheschreitet. Das Vermögen muß also in dem Zustande inventarisiert und getheilt werden, worin es sich zu der angegebenen Zeit befindet. Es versteht sich hienach von selbst, daß auch alle während der fortgesetzten Gütergemeinschaft gemachte oder sonst auf dem Vermögen haftende Schulden, vorher davon abgezogen werden müssen. ¹⁷⁹⁾

Wie es zu halten, wenn die Schichtung unterbleibt, darüber vergleiche man die Motive zu §. 100.

§. 82.

Die entscheidende Stelle für diese Art der Theilung, ist im Absatz 41. des Rübener Statuts enthalten, worin es heißt: „Is dat also dat eyn vrowe efthe eyn man in der stat to Ruden synt vnd kindere hebbet steruet der eyn so sulen de kindere den haluen dey l des gudes behalben ande den anderen haluen dey l sal de vader efthe de moder wylich er leuendich blyuet behalben.“ ¹⁸⁰⁾

¹⁷⁹⁾ Motive zu §. 44. Wigand Proo. Recht B. I. C. 46.

¹⁸⁰⁾ Beilage 5.

Dieser Bestimmung gemäß, ist auch immer in praxi getheilt worden. Sie entspricht ganz der Natur der Gütergemeinschaft und dem Maaße der Berechtigung der einzelnen Interessenten, wie solche früher umständlich entwickelt worden.

§. 83.

Daß Enkel immer an die Stelle der Kinder, also auch Urenkel an die Stelle der Enkel treten, liegt ganz in der Natur der Sache, gleichwie auch die Kinder in die Stelle des verlebten Gatten rücken. Ohnehin ist der Satz in praxi niemals bestritten worden; weshalb es einer weiteren Ausführung desselben nicht bedarf. Es wird überall, wo Gütergemeinschaft gilt, so gehalten. ¹⁸¹⁾

§. 84.

So lange die Kinder mit dem überlebenden Gatten in gemeinschaftlicher Were bleiben, haben sie Anspruch auf Unterhalt und Erziehung aus dem Gesamt-Gute, vermög ihrer Nutzungsrechte an demselben. (§. 52.) Dergleichen für die Kinder gemachte Verwendungen, kommen daher als gemeinschaftliche Schuld in Abrechnung. In diesem Nutzungsrechte liegt aber nicht die Befugnis, eine Aussteuer bei ihrer Verheirathung zu fordern. Diese erscheint vielmehr als ein Vorstoß auf ihre eventuelle Mitberechtigung an der Substanz und muß daher bei Vertheilung der letzten conferirt werden, wenn nicht eine Benachtheiligung der gleich berechtigigten, in der Were gebliebenen Geschwister eintreten soll. (§. 56.)

§. 85.

Die hier gemachte Bestimmung, liegt ebenfalls ganz in der Natur der Sache. Die Ehegatten sind nur berechtigt an dem in der Communion wirklich befindlichen Vermögen; zu diesem Vermögen gehören aber nicht solche Rechte, deren Anfall die Gatten nicht erleben. (§. 7.)

¹⁸¹⁾ Wigand Prov. Recht. B. I. §. 55.

§. 86.

Der Bestimmung dieses Paragraphen scheint der Wortlaut des Statuts zu widersprechen, welches im Absatze 41. sagt: „vort me were dat also dat de man esthe de vrowe de leuendig blyuet sych vorandersebede esthe also blyuen so sal he dat erflike gut tho syne lyue behalden den helfsken dey! also ock de vrowe; so wan se dan steruet so sullen de yrsten Kindere den seluen haluen dey! tho sich nemen.“ Allein der Widerspruch ist nur scheinbar, wie schon in den Motiven zu §. 48. und 49. gezeigt worden; weil die in dem Statut, dem überlebenden Gatten constituirte lebenslängliche Nutzungsung an der den Kindern zukommenden Hälfte, sich bloß auf das Erbgut „dat erflike gut“ bezieht, der Unterschied zwischen diesem und dem übrigen Vermögen aber dadurch antiquirt ist, daß allmählig alles Vermögen zu Weichbildgute, d. h. zu solchem wurde, welches bei der Auseinandersetzung sogleich getheilt und abgeschichtet werden soll. Es liegt demnach jetzt in der Natur der Sache kein Grund mehr vor, aus welchem der Schichtende Patens an der den Kindern zufallenden Hälfte ein Nutzungsrecht in Anspruch nehmen könnte; allein aus uralter Gewohnheit hat sich die Sitte erhalten, daß ihm erga onus alendi et educandi, die Benutzung der Antheile der abgeschichteten Kinder auf so lange überlassen wird, als diese sich mit ihrem Vermögen nicht besonders etabliren. Bei weitem in den meisten Fällen, kommt dabei für die Kinder auch nur Vortheil heraus, weil bei den mäßigen Vermögenumständen der Leute, die einzelnen Antheile der Kinder, nur selten so bedeutend sind, daß von den Einkünften derselben die Erziehungskosten bestritten werden könnten. Es liegt daher in diesem Verhältniß eigentlich mehr eine Anerkennung der Alimentationspflicht des überlebenden Gatten, als seines Nießbrauchsrechts. Der Auseinandersetzungsgesetz enthält darüber immer die näheren Bestimmungen. ¹⁸²⁾

¹⁸²⁾ Vergl. Motive zu §. 100. am Ende.

§. 37.

Daß der überlebende Gatte die ihm zur Benutzung überlassenen Antheile der abgeschichteten Kinder, sofern sie nicht selbst in Realitäten bestehen, sicher stellen müsse, dafür spricht nicht allein die älteste Praxis, sondern auch die Vormundschafft-Ordnung, deren Anwendung in diesem Punkte, keinem Bedenken unterliegen kann; weil dem Wesen des Instituts dadurch kein Eintrag geschieht. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft, hat vielmehr durch die Abschichtung ihr Ende erreicht und für die Sicherung des Vermögens abgeschichteter Kinder, muß eben so gut geforgt werden, als für das Vermögen solcher Minorennen, welche niemals in einem gütergemeinschaftlichen Verbande gestanden haben. Die Dispositionrechte des überlebenden Gatten in fortgesetzter Gütergemeinschaft, sind niemals zu verwechseln mit den eingeschränkten Nuzungrechten desselben, an dem aus der Gütergemeinschaft geschiedenen Vermögen der Kinder und es bleibt immer eine arge Verwechslung, wenn man, wie das Preussische Landrecht, die fortgesetzte Gütergemeinschaft, worin sich nach ihm die überlebende Mutter mit ihren Kindern befinden soll, unter den Gesichtspunkt eines bloß lebenslänglichen Nießbrauchs an der Erbquote der Kinder stellt. ¹⁸³⁾

Es ist nöthig, hier noch Einiges über die Art der Sicherstellung des Vermögens der Kinder zu bemerken.

Wenn einem Miterben die Haupt-Erbmasse mit Rechten und Verbindlichkeiten, mit Lust und Last, gegen vorbehaltene Abfindung übertragen wird, so ist dieses Geschäft, nach den Vorschriften des Preuß. Rechts ¹⁸⁴⁾ nicht als eigentliche Erbtheilung, sondern vielmehr als Erbschaftverkauf zu betrachten. Es liegt daher sowohl in der Natur der Sache, als auch in bestimmten gesetzlichen Vorschriften, die Nothwendigkeit ausgesprochen, daß für die Rechte, welche Kinder durch den Erb-

¹⁸³⁾ Phillips Gütergemeinschaft S. 238., verglichen mit Wigan Prov. R. B. I. S. 57.

¹⁸⁴⁾ Allg. Landrecht Th. I. Tit. II §. 447—450.

schafftverkauf erhalten sollen, doppelt geforgt werden muß, um sie nemlich a) gegen den Erbschaftskäufer, b) gegen die Gläubiger der Erbschaftsmasse sicher zu stellen. Die erste Sicherheit kann nur bewirkt werden 1) durch hypothekarische Eintragung auf die übertragenen Immobilien; ¹⁸⁵⁾ 2) durch Berichtigung des Besitztittels von solchen Immobilien, welche den Kindern etwa zur theilweisen Abfindung abgetreten sind. ¹⁸⁶⁾ Die in zweiter Beziehung zu versorgende Sicherstellung, ist nach den gesetzlichen Vorschriften über die Folgen des Erbschaftverkaufes zu erwägen, als welche befehlen, daß die Rechte der Erbschaftgläubiger und Legatarien, durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert werden und daß es denselben freisteht, sich ihrer Befriedigung halber fortwährend an den sämtlichen Erben sowohl, als auch an dem Käufer zu halten. ¹⁸⁷⁾

Es wird hiernach stets darauf Bedacht genommen werden müssen, entweder die Erbschaftgläubiger zu der Erklärung zu vermögen, daß sie den Uebernehmer der Gesamtmasse, den Erbschaftskäufer, als ihren ausschließlichen Schuldner annehmen und die übrigen Miterben jeglicher Haftbarkeit entlassen wollen oder der Uebernehmer der Masse muß angehalten werden, die geschehene Befriedigung der übernommenen Gläubiger nachzuweisen. ¹⁸⁸⁾

Auf jener Vorsichtsmaßregel wird selbst dann bestan-

¹⁸⁵⁾ Allg. Landrecht. I. 14. §. 178. I. 21. §. 19. 20. II. 2. §. 187. II. 18. §. 483. Die Vorzugrechte welche die Kinder durch solche Eintragungen für ihre Ansprüche erhalten, sind angegeben Allg. Ger. Ordn. I. 50. §. 327. und 417.

¹⁸⁶⁾ Allg. Landrecht. II. 18. §. 528.

¹⁸⁷⁾ Allg. Landr. I. 11. §. 462 und 463. Ueber die nur scheinbare Klarheit dieser Bestimmungen, vergleiche man Winers über Aufsolge in Bauerngütern; in Ulrichs neuem Archiv B. 2. S. 209. und über die Haftbarkeit der Erben gegen die Erbschaftgläubiger nach dem Allg. Landr., eine andere Abhandlung von Winers in Ulrichs Archiv B. I. S. 435.

¹⁸⁸⁾ Die Vorschrift des Allg. Landr. I. 17. §. 137. reicht hier nicht aus, weil die Bekanntmachung der Theilung, den Erbschaftgläubiger nur verpflichtet, sich an jeden Erben nach Verhältnis seines Erbtheils zu halten.

den werden müssen, wenn man auch die mit dem überlebenden Parens schichtenden Kinder nicht als eigentliche Miterben desselben, im Verhältniß zu dem Vermögen der prorogirten Gütergemeinschaft und resp. dem verstorbenen Gatten betrachten will. Denn alsdann erscheinen sie jedenfalls als Theilhaber an der Gemeinschaft des Gesamtvermögens und wenn gleich ihr Recht an dieser Gemeinschaft nur ein eventuelles bis zum Tode des überlebenden Gatten oder bis zur erfolgten Schichtung mit demselben ruhendes ist, so tritt es doch in jedem dieser Fälle in volle lebendige Wirksamkeit; also doch die Kinder als wirkliche Miteigenthümer der Masse aufzutreten und die Hälfte derselben für sich in Anspruch zu nehmen haben. Als solche Theilnehmer an der Gemeinschaft aber, sind sie sowohl nach gemeinem als nach preussischem Rechte, zur Zahlung aller auf der Gemeinschaft haftenden Schulden verpflichtet und es kann den Gläubigern auf keine Weise präjudiciren, wenn das Vermögen durch Schicht- und Theilung versplittert ist. ¹⁰⁹⁾

§. 88. 89.

Daß es nicht in der Willkür des überlebenden Gatten stehen könne, die Naturaltheilung durch ein den Kindern herauszuzahlendes willkürliches Aequivalent zu umgehen, darüber ist die Praxis überall immer einig gewesen. ¹⁰⁹⁾ Dagegen ist in neuerer Zeit die Streitfrage mehrmal ange-
regt worden, ob die Theilung in natura geschehen müsse oder

¹⁰⁹⁾ Wg. L. R. I. 17. §. 105 — 107. 131. 134. 301. 307. 308. 310. und II. 1. §. 661. Diese letzte Stelle, welche sich insbesondere auf die Gütergemeinschaft bezieht, hat zwar keine Geltung bei uns; aber das gemeine Recht spricht eben so entscheidend. L. 2. §. ult. D. familiae erciscundae. (10. 2.) L. 6. Cod. ib. (3. 36.) S. herer Gütergemeinschaft. B. 1. §. 138. 144. und 158. Pufendorf observationes. T. 3. obs. 111. §. 5. — Ein merkwürdiger, durch drei Instanzen gegangener Rechtsfall über die gedachte Schuldenfrage, ist mitgetheilt von Boele in Ulrichs Archiv B. 1. S. 501.

¹⁰⁰⁾ Wigand Prov. Recht v. Paderborn B. 1 S. 48.

ob die Kinder nicht durch Herauszahlung des halben tarmäßigen Werths des Vermögens, abgefunden werden können? Daß unter Prüfung und Genehmigung des vormundtschaftlichen Gerichts, jeder Vertrag für die Kinder abgeschlossen werden dürfe, welcher sich unter den gegebenen Umständen als nützlich für sie herausstellt, versteht sich von selbst, allein die eigentliche Frage ist hier, ob der überlebende Gatte ein Recht hat, die Kinder durch Herausgabe des tarmäßigen halben Werths des Vermögens, abzufinden? Dem Wortlaute des Statuts nach, läßt sich nicht verkennen, daß ursprünglich die Idee einer völligen Schichtung und Naturaltheilung hier wie in den meisten anderen Statuten vorwaltete, allein eben so gewiß ist es, daß sich zu Räden wie anderwärts, allmählig die Gewohnheit ausbildete, die Kinder in der angegebenen Art mit Gelde abzufinden, wogegen dem überlebenden Gatten, wenn er es verlangte, die Substanz des Vermögens verblieb.

Das Statut sagt im Art. 41: stirbt einer der Ehegatten, „so sulen de Kindere den haluen dey l des gudes behal- den vnde den anderen haluen. dey l sal de vader esthe de moeder wylich er leuendig blyuet behalden.“ ¹¹⁰⁾ Der überlebende Gatte und die Kinder sind sich hienach hinsichtlich ihrer Ansprüche gleichgestellt. Es ist jedem die Hälfte des Eigenthums sowohl als des Besitzes an dem vorhandenen Vermögen zugesichert. Hiermit stimmt auch der Art. 115 des Statuts welcher sagt: „War ein veirdebel versteruet an eyne hus. So sal de ghene deme de veirdebel to vellet, deme ghenen de de drehel heuet, den veirdebel laten, vor ein redelich gelt vnd dar sal et de ghene vore nemen. enkon den sey des ghel- des nicht enns geworden, wo den kop dan de rait satiget dar solen sey seck beyde ane ghenogen laten vnd vort al ander gut des geliken des me nicht delen en kan.“ Mit anderen Worten: Wenn Jemanden ein Viertel an einem Hause zufällt, so soll er dasselbe demjenigen, der drei Viertel davon

¹¹⁰⁾ Weil. 5.

hat, käuflich überlassen und wenn sie sich über den Preis nicht einigen können, so soll dieser vom Stadtrath schieblich festgesetzt werden. Dieses soll überhaupt in allen Fällen geschehen, wo eine Theilung nicht thunlich ist. — Diese Bestimmung ist wohl zunächst zur Beseitigung der Schwierigkeiten getroffen worden, welche sich ergaben, wenn die Intestat-Erben die Herausgabe der statutarischen Quart von dem kinderlosen überlebenden Gatten forderten; sie bestätigt als Sanktion einer Ausnahme, grade die gesetzliche Regel der Naturaltheilung. Allein eben dieser letzte Theil der Bestimmung „vort al ander gut des geliken des me nicht delen en kan“ hat die Ausnahme allmählig zur umgekehrten Regel erhoben.

Der geschichtlichen Entwicklung unseres Instituts zufolge (§. 42. Motive) lag die Idee am nächsten, die gemeinsame Wäre als Actie des bürgerlichen Gemeinwesens, als Haus aufrecht zu erhalten und die Ansprüche der in der Wäre befindlichen einzelnen Mitglieder allmählich abzufinden. Hierin lag zwar eine scheinbare Begünstigung des überlebenden Gatten, aber in der That kam sie auch den Kindern eben so zu gute; denn unter dem Schutze des leiblichen Vaters oder der Mutter, im elterlichen Hause und Gute, konnten die Kinder ihre künftige Versorgung am sichersten begründen. Diese so wichtige und folgenreiche Aussicht, ging aber ganz für sie verloren, wenn die Kräfte der elterlichen Wäre zerrissen und zersplittert wurden, um ihnen ein nominales Plus zu sichern, welches durch seine Werthlosigkeit zu einem wahren Minus herabsank. Es stellte sich daher die Art der Absichtung, wodurch dem überlebenden Gatten der Haupt-Complex des Vermögens, gegen die Verbindlichkeit, die Kinder nach dem Werthe des Inventars davon abzufinden, überlassen wurde, als die glimpflichste und selbst für die Kinder vortheilhafteste Art heraus; zumal wenn erwogen wird, daß sich in diesem Complex, immer eine Menge von Sachen z. B. Haus- und Handwerkergeräthe, Waaren u. derg. m. befinden, welche fast allen Werth verlieren, wenn sie aus dem Zusammenhange gerissen werden, worin sie miteinander stehen. Auf dem

Lande aber stellte sich diese Art von Abfindung fast nothwendig heraus, weil die Basis der elterlichen Wäre, das Bauergut, seiner Natur nach untheilbar war, folglich durch Zerreißung des übrigen theilbaren Vermögens, das Gut der zu seiner Bewirthschaftung nöthigen Mittel beraubt worden wäre, ohne die Kinder dadurch zu bereichern. Der Begriff von „al ander gut — des me nicht delen en kan“ bildete sich daher practisch sehr weit aus und verlor sich am Ende ganz in der Rücksicht, den objektiven Complex der Wäre, als solchen immer aufrecht zu halten. Deshalb wurden auf dem Lande Haus und Gut niemals getheilt; ja das Areal des Colonats kam als solches nicht einmal zum Anschlage; es wurde gegen die darauf hastenden Lasten und Abgaben gerechnet und nur der Ertrag desselben an Früchten, Fettungen zc. so wie das zu seiner Bewirthschaftung erforderliche Inventar, mit dem übrigen Vermögen, zur Theilungs-Masse gebracht und diese dem *parens superstes* wenn er sie nicht freiwillig einem erwachsenen Kinde mit dem Gute abtrat — gegen Abfindung überlassen. Befanden sich jedoch bei dem Gute auch freie, nicht colonatpflichtige, Erbländer, welche als solche theilbar waren wie anderes Weichbildvermögen, so kamen diese allerdings mit zum Anschlage und wurden auch häufig statt baarer Abfindung vertheilt.

In der Stadt Rügen beschränkte man der gedachten Rücksichten wegen, den Inbegriff desjenigen, was nicht getheilt wurde, in der Regel auf Haus und Hof, auf die zum Haushalte gehörigen Mobilien, auf solche Sachen, die einer beständigen Fluctuation der Preise unterworfen sind und sich daher zur Aufbewahrung für die Kinder nicht eignen, so wie auch soviel Ackerland und Feld-Inventar, als zur Erhaltung der Hauswirthschaft erforderlich schien. Naturaltheilung kam daher hier immer in weit größerem Maaße vor und mußte dieses nothwendig thun, weil der überlebende Gatte, dem alles unbewegliche Gut zum Anschlage kam, sonst gar zu oft außer Stande gewesen seyn würde, die Geld-Abfindung dieses Anschlages aufzubringen; ihm daher das Mit-

tel, durch Abtretung eines Theils des Grundvermögens, welches ohnehin in keinem geschlossenen Verbande stand, sondern als Reichthum immer aus einer Hand in die andere ging, die Abfindung theilweise realisiren zu können, sehr willkommen seyn mußte. Im Ganzen blieb jedoch auch hier die Idee vorherrschend, daß die Wäre in möglichster Integrität zu erhalten sey und daher ließ man unbedenklich dem überlebenden Gatten die Wahl, ob und in wie weit er solche gegen tarmäßige Abfindung der Kinder an sich behalten oder diese Abfindung durch Naturaltheilung bewirken wollte. Das letztere unter den in der Stadt vorkommenden Verhältnissen, sehr häufig vorkam, alterirt das eigentliche Rechtsverhältniß nicht. Die Eltern theilten in natura so oft, weil es sich am zweckmäßigsten und vortheilhaftesten herausstellte und sie es also wollten, nicht weil sie mußten. Sie machten immer von der Wahl Gebrauch, welche Theile der Verlassenschaft sie in natura an sich halten wollten. Niemal sind sie z. B. gezwungen worden, die Gebäude abzutreten oder zu theilen.

Heut zu Tage sind sich Stadt und Land in den fraglichen Beziehungen viel näher gerückt. Das echte Eigenthum des Colonats ist an den Colonen übergegangen, der ehemalige Gutsherr ist nur Realberechtigter geblieben; die Colonatgrundstücke sind eben so theilbar als andere; sie kommen daher gleich diesen zum Anschlag, wiewohl nach Abzug der darauf haftenden Lasten und es kann auf dem Lande wie in der Stadt nur der Satz als Regel, gewissermaßen als Rest des früheren Gewohnheitsrechtes, betrachtet und als geltend angenommen werden, daß dem überlebenden Gatten, bei der Schichtung mit den Kindern freistehet, von dem Naturalcomplexe der zu theilenden Masse, so viel gegen die Taxe des Inventars an sich zu behalten, als ihm zur Conservation der Wäre erforderlich scheint, wogegen sich aber auch von selbst versteht, daß er nicht befugt ist, solche Theile der Gesamtmasse den Kindern aufzudringen, welche für diese von keinem Nutzen seyn können.

Diese Regel ist allerdings eine schwankende und in Berücksichtigung der neueren Gesetze über die Theilbarkeit alles Grundbesitzes, in Verbindung mit den dadurch gewissermaßen wieder aufgefrischten ältesten Bestimmungen des Statuts, als Gewohnheit noch so unsicher, daß sie in den meisten Fällen durch gütliche Uebereinkunft der Interessenten, erst ihre nähere Bestimmung erhalten muß. Indes läßt sich augenblicklich eine andere doch nicht geben, sofern man nicht auf die Vorschriften des neuen Gesetzes v. 12. Juli 1836 über die bäuerliche Erbfolge zurückgehen kann; welches für die Fälle der Zwischenzeit von 1809 bis 1836 und für alle Wären, welche nicht den die Anwendung des neuen Gesetzes bedingenden Steuer-Census zahlen, unthunlich ist.

Grade für diese Zeit, ist die angegebene Frage neuerdings in mehren Fällen zur Sprache gekommen. In Sachen Rütger gegen Fredebeul, welche durch drei Instanzen geführt worden, ist angenommen, daß eine Observanz, vermöge deren es in der Wahl des überlebenden Gatten stehe, die ganze Wäre und namentlich mit ihr das untheilbare Colonat auf dem Lande, gegen Abfindung der Kinder an sich zu nehmen, im Amte Rügen nicht bestehe, daß also, wenn ein solches Verhältniß nicht durch besonderen Vertrag begründet worden und z. B. ein überlebender Gatte vor 1809 ohne Weiteres im Gute sitzen geblieben, dieses lediglich den Kindern, nach den Regeln der Intestatsuccession, als theilbares Vermögen zugefallen sey; denn ein einzelner Anerbe, sey unter solchen Umständen aus den Kindern nicht gewählt, jeß könne ein solcher, weil es an der aufgehobenen Untheilbarkeit fehle, nicht mehr gewählt werden; das gewöhnliche Anführen aber, ¹⁰²⁾ daß bei ermangelnder Designation des Anerben, die Succession im Colonate, dem ältesten Sohne gebührt habe, sey unerwiesen. ¹⁰³⁾

¹⁰²⁾ Sommers Commentar zu den Gesetzen über die Gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse S. 1. S. 142.

¹⁰³⁾ Beiträge 22. 23. 24.

Abgesehen von anderen irrigen Voraussetzungen, welche die beiden letzten Erkenntnisse in dieser Sache, über die Succession-Ordnung in unseren alten Bauerngütern enthalten, ist jedenfalls auch die irrig, daß die fragliche Observanz über das Recht des überlebenden Gatten nicht existire. Diefelbe ist nur nicht erwiesen, weil der Beklagte, welcher sich damit schützen mußte, die Sache für zu notorisch hielt und daher den Beweis versäumte. Dieser Beweis ist aber später in anderen Sachen angetreten und aufgenommen worden.

In Sachen *Prinz gegen Droste* war nemlich der überlebende Gatte, in dem von seiner ersten Frau herrührenden Kolonate, ohne Schichtung sitzen geblieben und zur zweiten Ehe geschritten. Die Kinder dieser Ehe setzten voraus, daß er das Kolonat in dieselbe mit herüber genommen und belangten den Sohn erster Ehe auf Abtretung desselben. Der Richter erster Instanz wies Kläger mit dem prätextirten Successionsrechte im Kolonate aus der 2ten Ehe des überlebenden Gatten ab, weil jene Succession, wenn kein Anerbe von den Eltern gewählt worden, immer dem ältesten Sohne, hier dem verklagten Sohne aus erster Ehe, zukomme. ¹⁰⁴⁾ Daß das Kolonat in die zweite Ehe übergegangen, wurde aus dem Grunde bestritten, weil dasselbe nicht zur Gütergemeinschaft gehöre, wie namentlich auch in Sachen *Hanshermen gegen Belege* vom Königl. Hofgericht erkannt worden. ¹⁰⁵⁾

Die abgewiesenen Kläger haben hierauf in zweiter Instanz den Beweis der bestrittenen Observanz durch Urkunden und Zeugen angetreten, woraus unter anderen auch hervorgeht, daß eben der vorhin gedachte Belege, welcher mit der Mutter des Klägers Hanshermen, das Belegen Kolonat erheirathete, dieses nach dem Tode derselben, in die zweite Ehe herübergenommen und auf Kinder aus dieser Ehe vererbt hat. — Ein Erkenntniß zweiter Instanz ist noch nicht erfolgt. ¹⁰⁶⁾

¹⁰⁴⁾ *Sommers Commentar* B. I. S. 26. und 142.

¹⁰⁵⁾ Beilage 6.

¹⁰⁶⁾ Das Erkenntniß ist jetzt erlassen und auf den Grund der geführ-

In Sachen *Wittenbrink gegen Wittenbrink* ist ebenfalls der Beweis dieser Observanz sehr ausführlich angetreten, jedoch darüber noch nicht erkannt worden. ¹⁰⁷⁾

Dem vorhin Gesagten zufolge scheint es keinem Bedenken zu unterliegen, daß die Observanz mit dem Grundsatz, daß untheilbare Kolonate nicht zur theilbaren Gesamtmasse des gütergemeinschaftlichen Vermögens gehören (§. 5. nebst den Motiven) recht gut bestehen kann, wie sie dann immer damit bestanden hat. Die Sache hat auch nicht bloß beim Rübener, sondern in vielen anderen Statutarrechten, einen ganz ähnlichen Gang genommen. ¹⁰⁸⁾

§. 90.

Die Absichtung soll eine gänzlich e Absonderung der schichtenden Theile bewirken; deshalb muß alles getheilt werden, was zu theilen ist; wiewohl nicht alles nach den Grundsätzen, wonach bei Auseinandersehung des eigentlichen Gesamtgutes verfahren wird. Die Bestimmung des Paragraphen bedarf keiner näheren Motivirung.

§. 91. 92.

Diese hier ausgedrückte Ansicht von der völligen Absonderung der schichtenden Theile, ist nicht allein ganz in der Natur der Sache gegründet, sondern auch durch die Rübener Praxis so uniform bestätigt, daß sie kein Beispiel von einem Falle darbietet, wo abgeschichtete Kinder mit ihren

ten Beweise angenommen worden, daß das Kolonat dem überlebenden Gatten zufalle. Das Nähere darüber in der Beil. 25.

¹⁰⁷⁾ Auch in dieser Sache ist zu Gunsten des überlebenden Gatten erkannt und dieses Erkenntniß dem in Sachen *Prinz gegen Droste* (Beil. 25.) zum Grunde gelegt worden. Beil. 26.

¹⁰⁸⁾ *Wegand* B. I. S. 48. und *Phillips Gütergemeinschaft* S. 246. Letzter führt die Regel auf die kurze Bestimmung zurück, daß da, wo fortgesetzte Gütergemeinschaft besteht, der überlebende Gatte immer die Wahl hat, ob und inwiefern er die Kinder durch Naturalien oder durch Geld abfinden will. — Ueber die Vorsichtsmaßregeln bei Abfindung nach dem Landrechte vergl. *Blögendorf's preussische Vermundtschafts-Ordnung* S. 78.

Halbgeschwistern noch Ansprüche am Vermögen der folgenden Ehe formirt hätten. Nur an anderen Orten, wo auch Rübener Recht gilt, haben sich in neuerer Zeit einige Fälle dieser Art ereignet; wovon aber einer, in allen Instanzen durchgeführt, sämtliche Gründe für die in den Paragraphen festgestellte Ansicht, so vollständig zur Discussion gebracht hat, daß damit jeder etwa noch mögliche Zweifel als widerlegt betrachtet werden kann. Es ist dies die Sache *Hiltenkamp* gegen *Fickermann*, worin die abgeschichtete Tochter erster Ehe, mit der Tochter zweiter Ehe ihrer Mutter, zum Nachlasse der letzten verstatet zu werden verlangte. Das Justiz-Umt *Wesl* wies die Klägerin, auf den Grund des daselbst geltenden Rübener Statutarrechts, *per sententiam* vom 28ten Mai 1827 ab. Das Königl. Hofgericht zu *Arnsberg* reformirte dieses Erkenntniß und verurtheilte am 2. November 1830 die Verklagte dem Antrage gemäß, weil nicht erwiesen sey, daß nach Rübener Rechte, die Abschtung als eine völlige Erb- und Todtheilung betrachtet werden müsse, nach gemeinen privatrechtlichen Grundsätzen aber die Meinung den Vorzug verdiene, welche die abgeschichteten Kinder auch noch zur Beerbung ihres überlebenden *parens* verstatte. Gegen dieses Erkenntniß verordnete das Ober-Landesgericht zu *Münster* am 11. Januar 1832, daß noch nicht definitiv zu erkennen, vielmehr zuvörderst die Behauptung der Revidenten, daß nach dem Rübener Statutarrechte, durch die vorgenommene Schicht- und Theilung die abgeschichteten Kinder erster Ehe auch von dem Nachlasse des schichtenden *parens* in zweiter Ehe völlig abgefunden seyen, durch Aufnahme der dafür in *revisorio* benannten Beweismittel in zweiter Instanz vollständig zur Instruction zu ziehen und demnach *salvo remedio* hierüber weiter zu erkennen.

Die Aufnahme der Beweismittel erfolgte in zweiter Instanz, wobei insbesondere auch eine Stelle aus dem sogenannten rothen oder Scharfrichterbuche der Stadt *Wesl* zur Sprache kam, ¹⁹⁹⁾ welche in Verbindung mit den Bestim-

¹⁹⁹⁾ Beilage 30.

mungen des Rübener Rechts (§. 41. 42. 43.) über dasjenige, was dem schichtenden Ehegatten zur freien Disposition einwirzt wird, so wie über die ausschließlichen Erbrechte abgeschichteter Kinder unter sich, deutlich ausspricht, daß der schichtende Ehegatte mit der ihm verbleibenden Vermögenshälfte, andere als seine abgeschichteten Kinder beerben könne. Die Stelle lautet so: „*Weret also dat eyn man sine Kinderen van eme scapen hebbe (abgeschichtet hätte) neme he eyn wif de mochte he eruen mit sine Hus oder mit sine gude.*“

Auf den Grund alles dessen, erkannte dann das Königl. Hofgericht am 30. Januar 1834, daß das erste Erkenntniß des Justiz-Umts *Wesl* zu bestätigen sey. Dieses geschah desgleichen in *revisorio* durch das Königliche Ober-Landesgericht in *Münster*. ²⁰⁰⁾

§. 93. 94.

Der Satz, daß durch die Abschtung alle wechselseitige Erbrechte zwischen Eltern und Kindern aufgehoben werden, darf weder in seinem nothwendigen Umfange beschränkt, noch über die Gebühr ausgedehnt werden. Beides sollen die Bestimmungen dieser Paragraphen verhüten. Sind die Kinder von dem Gesamtvermögen der ersten Ehe einmal abgefunden und steht dieses in zweiter Ehe abermal in Gütergemeinschaft, so muß von dieser zweiten Gemeinschaft dasselbe gelten, was von der ersten. Dies ist namentlich der Fall, mit den Dispositionsbefugnissen der Eheleute auf den Todesfall; je nachdem die Ehe kinderlos ist oder nicht. Die Grundsätze, welche darüber von der ersten Ehe entwickelt sind, (§. 39. 40. 69.) kommen auch bei der zweiten und jeder folgenden

²⁰⁰⁾ Beilage 18. 19. 20. Die in einzelne Particularrechte eingebrungene falsche Doctrin, daß abgeschichtete Kinder noch einmal miterben müßten, ist auch gebührend zurückgewiesen von *Wesl* *gand* B. I. S. 54. der falschen Doctrin huldigt noch *Scherrer* B. I. S. 438. wiewohl er später S. 446, und 447. zwischen bloßer Abtheilung und definitiver Abfindung unterscheidet.

zur Anwendung. Deshalb kann der überlebende Ehegatte erster Ehe, in der zweiten nur insofern zum Vortheile seiner abgeschichteten Kinder disponiren, als er dazu überhaupt zum Vortheil Dritter befugt ist und kommen in diesem Falle die Vorkinder gar nicht mehr als erbberechtigte Kinder, sondern nur als dritte Verwandte in Betracht. Eine sehr gute Ausführung, hierüber, mit namentlichem Bezug auf die Pippstädter Statuten hat Kunde geliefert.²⁰¹⁾ Auch Wigand ist damit einverstanden,²⁰²⁾ wiewohl ohne Rücksicht auf die Modificationen, welche die Rübener statutarische Quart der Intestat-Erben mit sich bringt. Cobann hat er den Fall unbeachtet gelassen, wenn der *parens superstes* der ersten Ehe, dieses auch aus zweiter Ehe geblieben ist und die Kinder der letzten, durch Abschtung abgefunden hat. Wenn er alsdann über das ihm verbleibende Vermögen nicht disponirt, so treten zu diesem die Vorkinder mit den Nachkindern in gleiche Intestaterbrechte.

Hiernach ist offenbar auch der Fall zu beurtheilen, wenn der überlebende Gatte in zweiter Ehe die Gütergemeinschaft ausschließt; denn alsdann sind ihm durch die Gütergemeinschaft, hinsichtlich seiner Dispositionsbefugnisse auf den Todesfall, die Hände weiter nicht gebunden und obgleich die abgeschichteten Vorkinder keine Noth-Erbrechte mehr haben, so werden doch ihre Intestat-Erbrechte auf den Fall der Nichtdisposition durch die in der Gütergemeinschaft sonst liegenden ausschließlichen Rechte der Gatten und Kinder zweiter Ehe nicht beschränkt.

§. 95. 96. 97. 98. 99. 100.

Alle in diesen Paragraphen festgestellten Sätze sind nothwendige Folgen aus dem Gefagten und namentlich aus den angeführten einzelnen früheren Paragraphen. Es bedarf daher weiter keiner Begründung derselben. Statt dessen wol-

²⁰¹⁾ Kunde's Beiträgen B. 2. S. 420.

²⁰²⁾ Wigand Prov. Recht von Paderborn B. 1. S. 54.

len wir hier einige nachträgliche Bemerkungen über die Erbschtung anknüpfen.

1) Nach §. 81. muß die Schchtung zur Zeit der Wiederverheirathung des *parens superstes* geschehen. — Wie ist es nun zu halten, wenn sie dennoch unterbleibt? Der Fall ist in den Motiven zu §. 44. schon erwähnt, aber nicht vollständig ausgeführt worden. Das Statut spricht sich darüber nicht aus; wir müssen ihn nach der Natur der Sache beurtheilen. Die eheliche Gütergemeinschaft prorogirt sich von selbst, nur bis zum Augenblicke der Wiederverheirathung des überlebenden Gatten. So wie letztere eintritt, hört sie von selber auf und es tritt im nemlichen Augenblicke eine neue Gütergemeinschaft ein, welche von der vorigen ganz abge sondert ist, sofern nicht eine Einkindschaft als vermittelndes Band dazwischen geflochten wird. Wenn daher eine Schchtung factisch nicht eintritt wo sie rechtlich eintreten mußte so ist dies ein geschtwidriger Zustand, welcher nicht durch die Fiction einer, mit allseitiger stillschweigender Einwilligung statt gefundenen, Fortsetzung der Gütergemeinschaft sanirt werden kann; denn einer solchen Fiction gebricht es dem Gefagten zufolge an aller rechtlichen Basis. Es bleibt daher nichts übrig, als die Sache zu nehmen wie sie ist; nemlich die Schchtung zu jeglicher Zeit, wo sie später gefordert wird, noch grade so eintreten zu lassen, wie sie früher hätte eintreten müssen. Es muß also das Vermögen, so wie es zur Zeit der zweiten Heirath vorhanden war, ausgemittelt und die Hälfte davon den Kindern, einschließlich der widerrechtlich davon gezogenen Nutzungen, überantwortet werden. — Wie aber, wenn eine solche Ausmittlung zu schwierig oder gar unmöglich geworden? In solchem Falle kann den Kindern nur der Regreß gegen diejenigen vorbehalten bleiben, welche die Abschtung pflichtwidrig versäumten. Die Abschtung selbst ist nur im Wege des Vergleichs oder approximativ zu bewirken und ein solcher Vergleich ist in vorkommenden Fällen gewöhnlich dadurch gethätigt worden, daß nach Verhältniß des wechselseitig zugebrachten Vermögens der bei-

den Ehen, die Kinder die Masse theilten. Factisch wird das durch zwar häufig ein ähnliches Verhältnis herbeigeführt, wie es die durch Einkindschaft bewirkte Fortsetzung der früheren Gütergemeinschaft in der folgenden Ehe mit sich bringt. Aber dieses kann rechtlich immer nur als Folge des Vergleichs, nicht einer stillschweigend stattgefundenen Prorogation der Communio betrachtet werden. ²⁰³⁾

²⁰³⁾ Bei Abfassung des in der Note 196. gedachten Erkenntnisses in Sachen Pring gegen Droste, hat sich das Königl. Ober-Landesgericht zu Arnberg, mit Bezug auf Delters Gütergemeinschaft S. 444. einer anderen Ansicht zugeneigt, welche jedoch nicht begründet zu fern scheint. Es wird nemlich dabei von der Voraussetzung ausgegangen, das Successionsrecht der Kinder aus der aufgelöseten Ehe, werde nur durch die wirkliche Schichtung aufgehoben. Sey der parens superstes gestorben, ohne solche vorgenommen zu haben, so könne er nicht mehr fingirt werden, um sie nachträglich vorzunehmen und dadurch die den Vorkindern durch seinen Tod anerfallenen Erbrechte wieder aufzuheben. — Es wird hierbei nur übersehen, daß auf solche Weise den Vorkindern Rechte beigelegt werden, die sie nicht haben, und daß, um dieses zu bewirken, der Frau und den Kindern der folgenden Ehe Rechte genommen werden, welche ihnen zustehen. So wie der überlebende Gatte zur zweiten Ehe schreitet, hört die communio prorogata der ersten ipso jure auf. Aus dieser prorogata gebührt den Kindern erster Ehe nichts weniger aber auch nicht mehr, als die Hälfte des bei der Auflösung der Communio vorhanden gewesenem Vermögens; die andere Hälfte nimmt der parens hinabus mit in die zweite Communio und zu dieser Communio gehören, eben weil sie eine zweite, ganz neue ist, nur die Theilhaber aus derselben Ehe, wofür sie eingegangen wird. So wie Letztere dadurch, daß die Schichtung unterblieb, kein Recht an dem Vermögen erwerben, was durch die Auflösung der communio prorogata auf die Kinder erster Ehe ipso jure fällt, und daher nur als fremdes Gut in die zweite Ehe gebracht werden kann, so treten auch die Vorkinder deswegen, weil nicht geschichtet wurde, nicht mit herüber in die Communio der folgenden Ehe; sie können also auch aus derselben nichts erben. An ihr participirten vielmehr nur die geselligen Interessenten aus dieser Ehe, mit voller ausschließender Wirkung gegen alle Erbrechte Dritter, also auch gegen die Kinder der früheren Ehe, welche nur das verlangen dürfen, was ihnen das Gesetz aus der communio prorogata als Erbtheil zuweist. Nicht die Schichtung, sondern die

2) Wie sieht es mit der Alimentationspflicht des überlebenden Gatten aus, wenn die abgeschichteten Kinder, durch die Schichtung nicht so viel Vermögen erhalten, als zu ihrer Alimentation erforderlich ist? Diese Frage kann nur dahin beantwortet werden, daß der schichtende Gatte für die Alimente der Kinder, nach den Vorschriften des gemeinen Rechts verantwortlich bleibt; denn die Schichtung hebt nur die wechselseitigen, durch die Gütergemeinschaft begründeten Ansprüche auf Vermögen und Erbrechte auf. Im übrigen berührt sie die persönlichen Rechtsverhältnisse der Eltern und Kinder gegeneinander nicht. Jedenfalls wird durch die Schichtung ein ganz gemeinrechtliches Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, mit Ausnahme der Notherbenrechte, hergestellt; folglich müssen die gemeinrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen. Dergleichen Alimentation = Verbindlichkeiten affizieren daher die Gütergemeinschaft der folgenden Ehe, wie jede andere zur Ehe gebrachte Schuld; wie dieses auch schon oben in den Motiven zu §. 86. durch die Bemerkung angedeutet worden, daß die dem schichtenden Gatten erga onus alendi zu überlassende Nutznießung des Vermögens der abgeschichteten Kinder, mehr eine Anerkennung der Alimentationspflicht des Gatten, als seiner Nießbrauchrechte unterstelle.

Auflösung der communio prorogata trennt die beiderseitigen Rechte aus der letzten; jene ist nur factische Ausführung dessen, was das Gesetz als von selbst eintretendes Recht verordnet. Mit dieser Ansicht stimmt dann auch die Aussage, des in den Gründen des Ober-Landesgerichts-Erkenntnisses angeführten Zeugen Herold über die Rüdener Praxis; welche das Ober-Landesgericht irrig auf den Fall beschränkt, wenn der parens, der die Schichtung unterlassen, noch lebt. Der Tod desselben kommt bei Beurtheilung eines durch seine Wiederverheirathung begründeten Rechtsverhältnisses nicht in Betracht. Er braucht dazu später als lebend nicht mehr fingirt zu werden, weil er bei der Begründung wirklich lebte. — Wozu es führt, wenn hier die Begriffe nicht ganz klar gehalten werden, davon ein Beispiel bei Wigan B. I. Seite 62.

§. 101.

Das Statut spricht sich über die Folgen einer Trennung der Ehe durch Scheidung, hinsichtlich der Gütergemeinschaft nicht aus, weil zu der Zeit, wo es entstand, in Ründen nur Katholiken lebten und bei diesen eine eigentliche Scheidung nicht vorkam. Inzwischen liegt es zu sehr in der Natur der Sache und auch in den sonstigen Bestimmungen des Statuts, daß eheliche Gütergemeinschaft nur unter Eheleuten stattfinden kann (§. 10.) als daß es über die Aufhebung derselben durch Scheidung, noch einer besonderen Bestimmung bedürfte. Da ferner bei Katholiken die immerwährende Scheidung von Tisch und Bette, in bürgerlicher Hinsicht die nemlichen Folgen hat, wie die förmliche Ehescheidung bei anderen christlichen Confessionen, so ist es nöthig, die Folgen der Ehescheidung in Bezug auf Gütergemeinschaft näher zu bestimmen.²⁰⁴⁾ Was zuvörderst die Gründe der förmlichen Ehescheidung sowohl, als der immerwährenden Trennung von Tisch und Bette betrifft, so können darüber nur die Vorschriften des gemeinen und canonischen Rechts²⁰⁵⁾ zur Anwendung kommen, weil die des preussischen Rechts²⁰⁶⁾ im hiesigen Departement nicht recipirt sind. Auf jene wird daher mit dem Bemerkten Bezug genommen, daß durch diese Gründe die Ehescheidung nicht bloß motivirt, sondern daß sie auch rechtskräftig ausgesprochen seyn muß.²⁰⁷⁾ Das nemliche ist der Fall hinsichtlich der Folgen der zu erkennenden Ehescheidung, welche ebenfalls nicht nach den Vorschriften des preussischen Rechts,²⁰⁸⁾ sondern nach gemeinem Rechte ermessen werden müssen.

Hier stößt man indeß auf die große Schwierigkeit, daß die gemeinen Rechte mancherlei Vermögensstrafen gegen den

schuldigen Theil verordnen,²⁰⁹⁾ welche bloß auf das römische Eherecht berechnet und daher mit den Verhältnissen, welche durch das deutsche Institut der Gütergemeinschaft begründet worden, nicht zu reimen sind. Es sollen nemlich 1) die Kinder auf Kosten des schuldigen Gatten, bei dem unschuldigen erzogen werden; 2) die schuldige Frau soll die Brautgabe, der schuldige Mann die *donatio propter nuptias* oder wenn dergleichen nicht da ist, $\frac{1}{2}$ des ganzen Vermögens, wiewohl nicht über 100 Pfund Goldes verlieren. Sind Kinder da, so darf der unschuldige Gatte, über jenen Gewinn nicht einseitig verfügen; er hat alsdann nur einen lebenslänglichen Nießbrauch davon und das Recht, auf den Todesfall, zum Vortheil eines der Kinder, darüber zu disponiren; 3) hat die schuldige Frau einen Ehebruch begangen, so trifft sie außerdem noch die Strafe, daß sie ihr ganzes sonstiges Vermögen verliert und zwar $\frac{2}{3}$ an die Kinder, $\frac{1}{3}$ an die Ascendenten; sonst fällt alles an das Kloster. Beging der Mann den Ehebruch, so verliert er sein Vermögen und zwar zunächst an die De- und Ascendenten der ersten drei Grade, eventuell an den Fiscus. — Nach römischem Rechte, konnte die Frau auch dann Ehescheidung verlangen, wenn sie vom Manne fälschlich des Ehebruchs beschuldigt wurde und alsdann traten gegen diesen wieder besondere Strafen als schuldigen Theil ein.

Alle diese Privationstrafen haben an und für sich große Schwierigkeiten in der Vollziehung.²¹⁰⁾ Auf die völlige Vermischung des beiderseitigen Vermögens in der Gütergemeinschaft aber, finden sie höchstens eine analoge Anwendung; welche grundsätzlich nur durch folgende Betrachtung geleitet werden kann. Die Strafen, welche sowohl das römische und canonische als die ältesten deutschen Rechte²¹¹⁾ gegen den schuldigen Theil im Fall einer Ehescheidung aussprechen, sind nur zum Vortheil oder zur Entschädigung des beleidigten Theils

²⁰⁴⁾ K. E. R. II. I. §. 734. Danz zu Ründe. B. 6. C. 441.

²⁰⁵⁾ Diese Handbuch des Kirchenrechts B. 2. C. 687. und B. 3. C. 416. Walter Kirchenrecht. §. 314.

²⁰⁶⁾ K. E. R. II. I. §. 668.

²⁰⁷⁾ C. 3. X. de divortii.

²⁰⁸⁾ K. E. R. II. I. §. 811. u. folg.

²⁰⁹⁾ Thibaut Pandekten §. 478 u. folg.

²¹⁰⁾ Thibaut Pandekten §. 470. u. 471.

²¹¹⁾ Scherer B. 2. C. 310 hebt mehre Bestimmungen derselben aus.

verordnet. Dieser wird des schuldigen Gatten als eines Unwürdigen entlebigt und er soll dadurch so wenig Nachtheil als möglich leiden. Der Schuldige ist daher mit Bezug auf ihn, wenigstens als Ehegatte, für bürgerlich todt zu achten und es muß ein Verhältniß eintreten, dem möglichst gleich, welches der natürliche Tod herbeigeführt haben würde. ²¹²⁾

Hiernach sind die Grundsätze der folgenden Paragraphen festgestellt.

§. 102. 103.

Durch die Eingehung der Gütergemeinschaft, ist das Vermögen beider Eheleute zu einer so einigen Masse zusammengeschmolzen, daß es in seine ursprünglichen Bestandtheile nicht wieder aufgelöst werden kann. (§. 3.) Eine Trennung desselben ist daher nicht anders möglich, als durch Theilung nach idealen Berechtigungen, welche vorliegend nicht anders als gleich seyn können. So lange die Eltern leben, haben die Kinder keine Ansprüche am Vermögen derselben, sie können daher der Theilung des Vermögens eben so wenig widersprechen, als der Zusammenlegung desselben.

§. 104.

Nur im Verhältniß zum unschuldigen Ehegatten, ist der Schuldige als Mitgatte für bürgerlich todt anzusehen, in jeder anderen Beziehung bleiben seine Verhältnisse ungestört und kann er eben deshalb vor seinem wirklich erfolgenden Tode, von seinen Verwandten nicht beerbt werden. Diese können folgeweise, so lange er lebt, auf die statutarische Quart keinen Anspruch machen und der Unschuldige braucht sie um so weniger herauszugeben, weil ihm nach dem Statutarrechte, bis zum wirklichen Tode des Mitgatten, der Genuß des ganzen zur Communion gehörigen Vermögens gebührt. Dagegen kann diese Quart ganz füglich zu den Alimenter, welche dem Schuldigen zu reichen sind, verwendet werden. Sollte

²¹²⁾ Scherer B. 2. S. 314.

der unschuldige Gatte vor dem schuldigen sterben, so würde diesem die Quart zu überweisen seyn; denn die Kinder haben vor dem Tode desselben so wenig Anspruch darauf, als seine übrigen Intestaterben.

§. 105. 106

Diese Bestimmungen folgen aus den vorigen von selbst; fällt der eine Ehegatte aus der Communion, so treten die Kinder *ipso jure* an seine Stelle. Ist aber der wegfallende nicht wirklich verstorben, so können ihm auch die nothdürftigen Alimenter nicht entzogen werden, obgleich er alle sonstige Ansprüche an dem Sammtvermögen verliert. ²¹³⁾ Das preussische Recht ²¹⁴⁾ gestattet dem unschuldigen Ehegatten nur die Wahl, ob er die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens fordern oder auf Sonderung der beigebrachten Theile antragen will; in welchem letzten Falle er aus dem besondern Vermögen des schuldigen Theils, diejenige Abfindung erhalten soll, welche er zu fordern gehabt hätte, wenn keine Gütergemeinschaft vorhanden gewesen wäre. Der gemeinschaftliche Erwerb wird getheilt. — Diese auf die Rübener Gütergemeinschaft ganz unanwendbaren Vorschriften, sind in einzelnen Fällen nicht ohne Härte für den unschuldigen Theil, dem sie niemals die möglichst gleiche Entschädigung für die entbehrte Fortdauer der Gütergemeinschaft gewähren. ²¹⁵⁾

§. 107. 108. 109.

Die Motive zu diesen Bestimmungen, sind zum Theile schon früher angegeben. (§. 33. u. 62.) So lange ein Ehegatte übrig bleibt, der das *mundium* repräsentiren kann, so lange wird dem Fortbestehen der Gütergemeinschaft kein Hin-

²¹³⁾ Ueber die haltungslose Willkürlichkeit, womit früher in diesem Punkte bald nach römischen, bald nach deutschen Rechtsgrundsätzen verfahren wurde, vergl. man Danz zu Rube B. 2. S. 309. fgg.

²¹⁴⁾ A. E. R. II. 1. §. 811.

²¹⁵⁾ Scherer B. 2. S. 321.

berniß in den Weg gelegt. Wenn jenes aber fortfällt, so hört auch die Gütergemeinschaft als solche auf. Die Kinder können sie weder mit einem solchen *parens*, noch allein fortsetzen. Das Vermögen eines solchen Gatten oder beider zusammen, muß für ihre Rechnung verwaltet und nach ihrem Tode den Erben übergeben werden.

§. 110.

Es sind häufig noch andere gesetzliche Gründe zur Aufhebung der Gütergemeinschaft in Anspruch genommen worden, namentlich ausbrechender Concurs oder Veränderung des Wohnorts. Allein diese Gründe sind wenigstens in Bezug auf die Rübener Gütergemeinschaft keine gesetzlichen; gleichwie man ihnen diesen Charakter auch sonst nur dann beilegen kann, wenn sie eine ausdrückliche legislative Sanction für sich haben; denn aus der Natur der Sache lassen sie sich als nothwendige Folgen anderer Grundsätze keinesweges deduziren. Wenn der Concurs alle Güter verschlingt, so ist freilich für den Augenblick kein Gegenstand der Gütergemeinschaft da, aber sie bezieht sich nicht bloß auf den augenblicklichen Bestand, sondern auch auf den künftigen Erwerb und Schulden sind so gut gemein wie Güter, wenn sie die letzten gleich abforbiren. Andere Bestimmungen enthält zwar das preuß. Recht ²¹⁰⁾ aber sie gelten im hiesigen Departement nicht.

Veränderung des Wohnortes kann in Bezug auf die einmal in der Gütergemeinschaft lebenden Eheleute, keine Veränderung in dieser Gemeinschaft hervorbringen. ²¹⁷⁾ Daß jedoch hinsichtlich der Folgen, welche solche Gemeinschaft an einem anderen Orte für Dritte haben soll, auch hier dasjenige zu beobachten ist, was schon früher (§. 13.) über ein solches Verhältniß gesagt worden, versteht sich von selbst.

§. 111. 112.

Wie die Gütergemeinschaft nicht bloß durch das Gesetz

²¹⁰⁾ N. L. R. II. 1. §. 421.

²¹⁷⁾ Danz zu Runde B. 6. C. 445.

sondern auch durch Vertrag begründet werden kann, so kann sie auch durch Vertrag wie durch das Gesetz wieder aufgehoben werden. Was zu solchem Vertrage im Allgemeinen gehöre, das ist schon früher (§. 24—26.) gesagt worden, wo wir die Bedingungen angeben, unter denen die Ausschließung der gesetzlich eintretenden Gütergemeinschaft, mittels Vertrages erfolgen könne. Da nun bei jener Gelegenheit auch schon bemerkt worden, daß die Eingehung eines solchen Vertrages an keine besondere Zeitbestimmung geknüpft ist, so kann derselbe, gleichwie zur Ausschließung des Eintritts der Gütergemeinschaft vor der Ehe, so auch zur Wiederaufhebung derselben während der Ehe, unbedenklich abgeschlossen werden. ²¹⁸⁾

Auch das preussische Recht, wenn es gleich die Wiederaufhebung einer durch Provinzialgesetze oder durch Statuten begründeten Gütergemeinschaft, während der Ehe durch Vertrag, in der Regel nicht gestattet, ²¹⁹⁾ vielmehr die Befugniß zu solcher Aufhebung auf den Fall beschränkt, wenn die Gütergemeinschaft durch Vertrag entstanden, ²²⁰⁾ stellt doch den Eheleuten frei, die Folgen der Gemeinschaft, so weit sich dieselben nur auf ihre künftige Succession erstrecken, durch Verträge aufzuheben oder abzuändern. ²²¹⁾

Sedenfalls haben diese willkürlichen Beschränkungen der natürlichen Dispositionsbefugniß durch das N. L. R. für uns keinen practischen Werth. Wir können daher keine Rücksicht darauf nehmen, sondern dürfen höchstens solche Beschränkungen zulassen, welche die wohlervorbenen Rechte Dritter mit

²¹⁸⁾ Danz zu Runde B. 6. C. 443. Anderer Meinung ist zwar in Bezug auf Paderborn Wigand B. 1. §. 8. Allein dies entscheidet nach der angeführten Stelle bei Danz weder im Allgemeinen, noch für den besondern Fall der Rübener Gütergemeinschaft; deren Praxis vielmehr nicht ohne Beispiel für die Aufhebung während der Ehe mittels Vertrages ist. (§. 25.)

²¹⁹⁾ Allgem. Landrecht II. 1. §. 413.

²²⁰⁾ Allgem. Landrecht II. 1. §. 419.

²²¹⁾ Allgem. Landrecht II. 1. §. 418.

sich bringen, namentlich solcher Creditoren, welche bereits Forderungen an der Gemeinschaft haben. Zur Sicherung dieser Rechte dienen die im §. 112. aufgenommenen früheren Bestimmungen, wegen öffentlicher Bekanntmachung solcher Ausschließungs-Verträge durch öffentliche Blätter und Vermerkung derselben in den Hypothekbüchern.

Diesen Grundsätzen huldigt auch fast allgemein die neuere Theorie, welche eine Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Vertrag zu jeder Zeit zuläßt. ²²²⁾

§. 113. 114.

Durch das in der Stadt Geseke bestandene Damenstift, ist der Name derselben schon in der frühesten westfälischen Geschichte bekannt. Es wurde 946 von dem Grafen Haold gestiftet und von den Dittonen mit vielen Privilegien beschenkt. ²²³⁾ Nach dem Tode des Grafen Haold schenkte Kaiser Heinrich II. den Comitat desselben 1011 an die Kirche zu Paderborn, weshalb diese seitdem auch Ansprüche auf Geseke machte. ²²⁴⁾ Die Abtissin Hildegunde, Enkelin des Grafen Haold und die letzte ihres Geschlechts, übertrug dagegen 1014 den Schutz des Stifts, dem Erzbischofe Heribert von Cöln, entließ ihren bisherigen Vogt, den Grafen Sizzo und übergab es an Tiedo, den Vogt des Erzbischofs, welcher letzte die Privilegien desselben bestätigte und mit neuen vermehrte. ²²⁵⁾ Aus diesem Verhältnisse entwickelten sich viele Streitigkeiten zwischen Cöln und Paderborn, welche zuletzt durch einen Vertrag v. 1294 dahin beigelegt wurden, daß Geseke für immer mit dem Herzogthum Westfalen vereinigt blieb. ²²⁶⁾

Wann Geseke eigentlich Stadtrechte erworben, ist nicht

²²²⁾ Eichhorn Privatrecht §. 308 III. Mittermaier Grundsätze §. 356. Phillips Gütergemeinschaft S. 182.

²²³⁾ Seiberg Urk. Buch B. 1. N^o 7. 8. 9. 16.

²²⁴⁾ Seiberg Urk. Buch B. 1. N^o 21.

²²⁵⁾ Seiberg Urk. Buch B. 1. N^o 23.

²²⁶⁾ Seiberg Urk. Buch B. 1. N^o 450.

bekannt. Es darf aber angenommen werden, daß es nicht später geschah, als bei den übrigen Hauptstädten des Herzogthums, nemlich in der ersten Hälfte des 13ten Jahrhunderts. Eben so liegt keine Urkunde mehr darüber vor, mit welchem Mutterrechte die Stadt bewidmet worden; wahrscheinlich aber erhielt sie, wie so viele andere Städte des Landes, Rüdener Recht. Wenigstens ist sicher, daß sie sich dessen immer bediente, wie aus den gleich näher anzugebenden Quellen hervorgeht.

Das ehemalige Gogericht Geseke bestand aus den Landgemeinden des späteren Amts, über welche die Familie von Hörde, als Inhaber der großen, früher von der Familie von Störmede besessenen Freigrasschaft an der Lippe, eine besondere Hoheit behaupten wollte, die jedoch der Erzbischof nicht anerkannte. Die darüber bestandenen vieljährigen Streitigkeiten, wurden erst durch den Salentin'schen Rezeß von 1577 beendet, worin die von Hörde anerkannten, daß die Dörfer: Störmede, Mönninghausen, Benninghausen, Eringhausen, Langeneide, Ermfinghausen, Esbeck, Debinghausen und Kirbeck lediglich zum Gogerichte Geseke gehören sollten. In diesen Landgemeinden, welche bis dahin immer in einem gewissen hoheitlichen Gegensatz zu der Stadt gestanden hatten, hat deshalb das Statutarrecht der letzten nie Eingang gefunden. Es hat vielmehr in ihnen von jeher bloß gemeines Recht gegolten. Die besonderen Quellen dieses Statutarrechts sind nun folgende:

1) Die gegen 1350 angelegte Sammlung Geseker Weisthümer. Dieselben sind in einem Pergament-Codex aus der Mitte des 14ten Jahrhunderts gesammelt; sie enthalten aber meist antiquirte Verwaltung- und Polizeivorschriften, wie aus folgender Inhaltanzeige hervorgeht. Zuerst steht auf 13 Blättern ein Kataster über alle einzelne Hausstätten, dann folgt ein Verzeichniß der *redituum consulum oppidi Ghesike*, hierauf sehr ausführliche und genaue Bestimmungen über Heergewette und Gerade, über die *quarta statutaria*, mehre Geseke über Luxus und Spiel, dann ein Ver-

zeichniß der *reddituum Gograviatus* und endlich abwechselnd eine Reihe von Urpfeben und einzelnen statutarischen Willkühren, bis zur Mitte des 15ten Jahrhunderts. ²²⁷⁾

Aus diesen Weisthümern ergibt sich ganz im Einklang mit demjenigen, was wir früher über die Rüdener Gütergemeinschaft gesagt haben, folgendes:

A.) in Geseke besteht allgemeine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten.

B.) Heergewette und Gerade fallen auf das nächste gesessene Blut; sind männliche und weibliche Erben gleich nahe (Brüder und Schwestern derselben Ehe) so hebt der älteste Sohn, welcher noch in der Were (unabgefunden im Hause) ist, das Heergewette, die älteste Tochter in der Were die Gerade. Nur dann, wenn alle Kinder ausberaden sind, entscheidet unbedingt das Alter. Abgefundene (nicht bloß ausgestattete) Kinder haben also keine Erbansprüche mehr.

C.) Stirbt ein Ehegatte kinderlos, so ist der überlebende verbunden, den nächsten Verwandten des Verstorbenen $\frac{1}{2}$ seines ganzen Vermögens herauszugeben, ausgenommen Haus, Hof und Ervetal.

Es fiel also damals auch in Geseke nur eigentliches Weichbildgut in die Gütergemeinschaftsmasse; eigentliches Erbgut dagegen, blieb als Familiengut davon ausgeschlossen und wurde so lange bloß an die Blutverwandten vererbt, bis der städtische Verkehr alles Gut in Weichbildgut verwandelte. Dieses hielt in Geseke freilich schwerer als in anderen Städten, weil dem Stifte daselbst, ein großer Theil des Grundvermögens, als Grundherrn, eigenthümlich gehörte und die Bürger solches nur nach Erbverrechte von ihm besaßen. Es fanden deshalb viele Weiterungen zwischen dem Stifte und seinen städtischen Meyern, deren sich Bürgermeister und Rath eifrig annahmen, statt, so daß der Cursfürst Ernst durch

²²⁷⁾ Das Wichtigste davon enthält die Beil. 27. Vollständig wird alles statutarische im *codex diplomaticus* der Landes- und Rechtsgeschichte abgedruckt.

einen Rezeß vom 19ten August 1604 die Sache in Güteschlichten und nochmals ausdrücklich fortsetzen mußte, die städtischen Meyergüter des Stifts sollten, obgleich erblich und unversteigbar in der Pacht, nicht als veräußertlich oder theilbar angesehen werden. Die Zeit hat aber auch diesen Umstand gehoben; nur die Immunität des Stifthofes selbst, hat sich von der Gütergemeinschaft fortwährend isolirt.

2) Die in der Einleitung zum Rüdener Statutarrechte angeführte Urkunde vom 31. Juli 1377. ²²⁸⁾

Diese ist auf Erfordern Erzbischofs Friedrichs III. vor Notar und Zeugen, im Schlosse zu Arnberg, von dem Richter und den Bürgermeistern zu Rüdén dahin ausgestellt: *quod a sententiis iudicis proconsulum et consulum oppidi in Ghesike appellari possit et debeat ad iudicium opidi in Ruden, quodque opidum et opidani in Ghesike predicti, universaliter et singulariter in causis hujusmodi appellationum sequi tenentur forum et iudicium iudicis proconsulum et consulum opidi in Ruden et sententias super hujusmodi appellationibus ab ipsis iudice proconsulibus et consulibus in Ruden tanquam a capite eorum immediato, sicuti alia opida parva terre Westfalie predicta faciunt, recipere ac illis in omnibus stare et parere.*

Rüdén war also für Geseke Stadt des Mutterrechts, an welche eben deshalb die Appellationen gingen und von welcher in schwierigen Fällen Rechtsfindungen verlangt wurden, gleichwie dieses für viele Städte Westfalens und namentlich auch für Werl der Fall war. Das Rüdener Stadtarchiv bewahrt dazu noch eine Menge von Belegen.

3) Die Praxis. Diese spricht ebenfalls dafür, daß in der Stadt Geseke das Rüdener Statutarrecht immer zur Anwendung gekommen ist. Im Allgemeinen können wir daher, hinsichtlich der in Geseke geltenden statutarrechtlichen Bestim-

²²⁸⁾ Beilage I.

mungen ganz auf dasjenige verweisen, was über das Amt Räden gesagt ist; denn auffer der Gütergemeinschaft, ist von dem alten Statutarrechte nichts in Uebung geblieben und mit ganz geringer Ausnahme, ist die Praxis hinsichtlich der Gütergemeinschaft an beiden Orten gleich. Auch darin haben beide gleiche Erfahrung gemacht, daß die unbestrittensten Sätze der alten Praxis, seit Einführung des preussischen Rechts, durch Regreßbesorgnisse der fremden Hülfrichter, in Zweifel gezogen und dadurch Prozesse geweckt worden sind, an welche früher Niemand gedacht hätte.

§. 115.

Eine Ausnahme von der Bestimmung dieses Paragraphen, daß zu Geseke keine Abweichungen vom Rädener Statut statt finden, hat sich in neuerer Zeit durch die Annahme geltend machen wollen, daß auffer den im §. 15. gedachten persönlichen Ausnahmen, auch jeder Crimirte (Schriftsäßige) adeligen oder bürgerlichen Standes, von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen sey. Allein es liegt weder in der Natur der Sache, noch in der bisherigen Praxis ein Grund dafür vor. Es ist früher keinem Schriftsäßigen Beamteten in Geseke, wenn die sonstigen Voraussetzungen bei ihm zuträfen, eingefallen, sich von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen zu betrachten. Auch das königliche Ober-Landesgericht, hat noch namentlich in der Tutoriensache über die Kinder des verstorbenen Amtschreibers Adami, das Bestehen der ehelichen Gütergemeinschaft unter Crimirten angenommen und es scheint kein durchgreifender Grund zu seyn, wenn man in einem anderen Falle deshalb von dieser Ansicht wieder abgegangen ist, weil die betreffenden Eheleute in Geseke nicht mit Grundvermögen ansäßig waren. Es konnte daher dieserhalb keine Ausnahme-Bestimmung in den Entwurf für Geseke aufgenommen werden.

Was die bestätigende Bestimmung des Paragraphen für die Dispositionsbefugnisse des überlebenden Gatten betrifft, so schien diese wegen folgender Fälle rathsam.

1) In Sachen Witwe H ö l k e r zu Büren gegen Werner Soistmann zu Geseke, verlangte Klägerin Abtretung eines Hauses und mehrerer Realitäten, welche ihr vom Vater des Verklagten verkauft waren, welche dieser aber abzutreten weigerte, weil sein Vater (der Verkäufer) mit ihm in prorogirter Gütergemeinschaft gelebt habe und daher nicht befugt gewesen sey, einseitig, ohne seine Zustimmung darüber zu disponiren. Durch ein Erkenntniß vom 11. August 1832 wies das Justiz-Amt Geseke die Klage zurück, indem es, auf die Ansicht des Verklagten eingehend, voraussetzte, es bestehe zwischen den Eheleuten sowohl, als zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern, welche vermöge des aus dem römischen Rechte in das deutsche übergegangenen Repräsentationsrechts an die Stelle des verstorbenen Gatten treten, hinsichtlich des Sammtvermögens ein eigentliches *condominium pro indiviso*, welches in dem einen, wie im anderen Falle, jede einseitige Dispositionsbefugniß eines *condomini* ausschließe.

2) In Sachen des Wilhelm W e r n z e zu Geseke gegen Witwe und Erben K l e i n e daselbst, verlangte der Kläger die Räumung eines ihm von der Witwe Kleine verkauften Wohnhauses. Verklagte verweigerten diese Räumung, weil die Witwe mit ihren Kindern in prorogirter Gütergemeinschaft gelebt habe und daher nicht befugt gewesen sey, das Wohnhaus einseitig zu verkaufen. Das Justiz-Amt Geseke erkannte aber diesesmal am 20. November 1833, daß die Klage begründet und die Witwe zu der einseitigen Veräußerung wohl befugt gewesen sey, weil nach dem in Geseke bestehenden Statutarrechte, während der Ehe, dem Manne die ausschließliche Dispositionsbefugniß über das Gesammtgut zustehet und diese nach seinem Tode die Witwe als *parens superstes*, auf so lange, als sie mit den Kindern in ungetheilter W e r e sitzen bleibe, vollständig überkomme.

Von diesem Erkenntniß appellirten Verklagte, worauf das königliche Hofgericht eine neue Instruction der Frage verordnete, ob nach der Geseker Gütergemeinschaft der überlebende Gatte, während der *communio prorogata* allein

über das gemeinschaftliche Vermögen disponiren und namentlich Immobilien veräußern könne? Die Instruction stellte aber ganz klar heraus, daß in erster Instanz richtig entschieden war. Es bekundeten nicht allein fünf Zeugen, daß der überlebende Ehegatte von jeher unbedingte Dispositionsbefugnis über das ganze Vermögen so lange gehabt, bis er entweder gestorben oder zur anderweiten Ehe geschritten sey, so daß man bis zum Eintreten eines solchen Falles, vor Einführung des preussischen Rechts, auch nicht einmal eine Vormundschaft angeordnet habe, sondern ein Zeuge: der Justiz-Amtmann Schlinkert bekundete auch noch bestimmter, daß bis zum Jahre 1825 die unbeschränkte Dispositionsbefugnis des überlebenden Gatten eben so wenig bezweifelt worden sey, als andere statutarrechtliche Sagen, wie z. B. die alleinige Dispositionsbefugnis des Mannes während der Ehe. Erst die von dem Königl. Hofgerichte, gegen das bisherige Herkommen, von der überlebenden Witwe erforderte Einreichung eines Inventars und die Anordnung eines Vormundes, so wie das Bestreben der nach Geseke geschickten fremden Hülfrichter, sich durch Festhalten am geschriebenen Rechte, gegen die eingebildete Möglichkeit von Regreß-Ansprüchen zu sichern, habe ein Schwanken in die, bis dahin uniforme Praxis gebracht, so daß bei der Aufnahme von Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit oder letztwilliger Verordnungen überlebender Gatten, bald angenommen wurde, daß ihnen Dispositionsbefugnis fehle, bald im Vorhalt über den Zweifel an jener, ein Sicherungsmittel des Deputirten gegen den Regreß gesucht, bald aber auch die Dispositionsbefugnis in ihrem alten Umfange anerkannt wurde. Unter dem Einflusse so wechselnder Ansichten, sey dann auch das singuläre Erkenntnis, in Sachen Witwe Höfer gegen Soistmann abgefaßt worden.

Zu dieser Deposition überreichte Schlinkert ein Verzeichniß von 55 verschiedenen Fällen, aus den Jahren 1804 bis 1825, welche sämmtlich die unbedingte Dispositionsbefugnis des überlebenden Gatten, über das gesammte, in der pro-

rogirten Communion befindliche Vermögen, entweder durch Verkaufen oder durch Uebertragung an eins oder mehre Kinder oder durch Verordnungen von Todeswegen unter denselben, unwidersprechlich darthun.

Dem gemäß wurde dann auch das Erkenntnis erster Instanz vom Königl. Hofgerichte am 2ten Mai 1835 pure bestätigt und dadurch die alte Gleichförmigkeit zwischen der Rübener und Geseker Praxis wieder hergestellt. ²²⁰⁾

3) Die Witwe des Posthalters Bredenoll, welche die ersten Jahre nach ihrer Verheirathung, mit ihrem Manne in Salzkotten gelebt hatte, und später mit ihm nach Geseke verzogen war, wurde von dem dortigen Justiz-Amt, auf den Grund der Bestimmungen in dem Justiz-Ministerial-Rescripte vom 14. April 1831, ²²⁰⁾ angehalten, zum Zwecke der über ihre Kinder einzuleitenden Vormundschaft, ein Inventar einzureichen. Die Witwe erachtete sich durch diese Verfügung beschwert und reclamirte dagegen zuletzt bei des Herrn Justiz-Ministers Excellenz. Das Königl. Ober-Landesgericht zu Ansbach und durch dieses das Justiz-Amt zu Geseke wurden darüber zum Bericht gefordert, den das letzte am 12ten November 1836 im Wesentlichen dahin erstattete. Die Witwe Bredenoll berufe sich darauf, daß sie auch zu Geseke fortwährend in der Paderborner Gütergemeinschaft gelebt habe, welche die Witwe, im Falle der Prorogation, von der Verbindlichkeit, ein Inventar zu legen, völlig befreie. Es könne jener Umstand süglich auf sich beruhen bleiben, weil die Geseker Gütergemeinschaft, der überlebenden Witwe ganz dieselbe uneingeschränkte Dispositionsbefugnis einräume, wie die Paderborner prorogata. Demnach finde weder eine Administration des Vermögens, noch eine Verpflichtung der Witwe, sich zu Dispositionen die Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts zu holen, statt; sie sey vielmehr unbeschränkte Eigenthümerin und höchstens vielleicht bei Schen-

²²⁰⁾ Beilage 28.

²²⁰⁾ Geseken Sammlung Th. 1. S. 140 und 141.

kungen an einen Consens gebunden. Nur als erklärte Verschwenderin könne sie ihre Rechte verlieren. Die Legung des Inventars erscheine daher, obgleich im Fürstenthume Paderborn, auf den Grund eines Ministerial-Rescripts vom 23ten October 1820, in solchen Fällen eine Tutel eingeleitet zu werden pflege, ganz überflüssig; denn auch diese Tutel befasse sich nicht im Geringsten mit dem zur prorogata gehörigen Vermögen, so daß auch nicht einmal ein Inventar darüber eingereicht werde. Indes sey letzteres, in ähnlichen Fällen zu Gesetze, wegen der darüber bestehenden besonderen Vorschriften, dennoch erfordert worden, ohne jedoch die Dispositionsbefugnisse des überlebenden Ehegatten, durch eine vormundschaftliche Aufsicht zu beschränken. ²²¹⁾

Das Königliche Ober-Landesgericht nahm in seinem Berichte vom 27. Januar 1837 zunächst Bezug auf den früher von ihm erstatteten Bericht vom 3. August 1830 und das darauf erfolgte Ministerial-Rescript vom 14. April 1831, (Note 130.) und bemerkte sodann weiter. Nach den namentlich von Wigand ²²²⁾ entwickelten wissenschaftlichen Ansichten, sey die Einleitung einer Tutel und die Verbindlichkeit der Witwe zur Einreichung eines Inventars, mit der prorogirten Paderborner Gütergemeinschaft unverträglich, weil nach der Consolidationstheorie, durch den Tod des einen Ehegatten, in den Güterverhältnissen nichts geändert werde, auch die Kinder ganz in der vorigen Lage blieben und somit die überlebende Frau alle Dispositionsbefugnisse, grade wie der Mann auszuüben habe, welches ja auch der Fall sey, wenn letzter bei seinem Leben zur Ausübung derselben unvermögend werde. Die Witwe sey Vormünderin der Kinder und ausschließliche

²²¹⁾ Wir haben für überflüssig gehalten, diesen und die folgenden Berichte und Rescripte, in den Beilagen noch einmal wörtlich mitzutheilen, weil der wesentliche Inhalt derselben im Texte ausführlich wiedergegeben ist.

²²²⁾ Wigand Abhandlung über die eheliche Gütergemeinschaft im Fürstenthume Paderborn §. 39. (in v. Kamptz Jahrbücher Heft 68.)

Eigentümerin des Vermögens und als solche zur Auflage eines Inventars nicht verpflichtet. — Gehe man auf diese Ansicht ein, so sey die Anordnung einer Vormundschaft überflüssig und somit auch das Inventar; werde aber jene dennoch gesetzlich für nothwendig erachtet, so dürfe wenigstens die Einreichung eines verschlossenen Vermögenverzeichnisses, von der Wittve gefordert werden. Indes betreffe die Gütergemeinschaft zunächst das Vermögen, die Dispositionsbefugniß, die Administration und den Besiß. Aus diesem Güterverhältnisse könne daher auch die Unzulässigkeit einer Vormundschaft-Anordnung nicht gefolgert werden; weshalb diejenigen, welche sich gegen eine solche aussprechen, den Grund ihrer Ansicht, in dem Mundium und der alten Wäre suchen. Ein solcher Begriff der Vormundschaft sey jedoch dem Landrechte unbekannt. Dasselbe verordne vielmehr unbedingt die Anordnung der Vormundschaft über solche Personen, die entweder gar nicht in die väterliche Gewalt oder durch Tod wieder aus derselben gekommen. ²²³⁾ Diese Vorschrift stehe auch mit dem Wesen der prorogirten Paderborner Gütergemeinschaft gar nicht im Widerspruche; indem dadurch die Witve in ihren Vermögen-Administrationsbefugnissen gar nicht gekränkt werde und abgesehen von der persönlichen Seite, die Vormundschaft sich der Kinder nur insofern annehme, als diese, der Mutter gegenüber, Rechte haben und noch während der prorogirten Gütergemeinschaft, Veranlassung zu ihrer Geltendmachung gegeben werden könne. Hiermit stehe dann auch die Legung des Inventars in der genauesten Verbindung, denn die Aufnahme eines Privatverzeichnisses fordere das Allgem. Landrecht so unbedingt, ²²⁴⁾ daß nach §. 404. Ibid. der Erblasser die Aufnahme eines solchen selbst dann nicht unterlassen könne, wenn gleich den minorennen Pflichtheilberechtigten, nur eine gewisse Summe vermacht worden. Zwar solle dies geschehen, um demnächst beurtheilen zu können, ob etwa

²²³⁾ Allg. Landrecht Th. 2. Tit. 18. §. 8.

²²⁴⁾ Allg. Landrecht Th. 2. Tit. 18. §. 399.

eine Verletzung im Pflichttheile vorgefallen, wovon hier keine Rede; allein es gehe doch jedenfalls soviel aus der Stelle hervor, daß, wenn man auch annehme, die Witwe brauche deshalb kein Vermögenverzeichnis einzureichen, weil sie alleinige Eigenthümerin des Vermögens, ein solcher Grund nicht allgemein genug sey, den Grundsatz unseres Vormundschaftsrechts aufzuheben, überall, wo bevormundete Minorennen bei einem Vermögen auf irgend eine Weise concurriren, ein versiegeltes Privatverzeichnis zu fordern, um davon nöthigen Falls Gebrauch machen zu können. Ein solcher Fall könne dann auch bei der Paderborner Gütergemeinschaft sehr wohl eintreten; denn möge man den Dispositionsbefugnissen der überlebenden Witwe, einen auch noch so ausgebreiteten Umfang einräumen, so schließe dieser doch immer Dilapidationen aus und grade für solchen Fall verordne das Gesetz sogar die Deffnung des versiegelten Privatverzeichnisses. ²²⁵⁾ Ein solches werde daher, selbst nach der Paderborner Gütergemeinschaft zu erfordern seyn, wenn man auch von der Errichtung eines förmlichen Inventars absehen wolle. Die Geseker Gütergemeinschaft gründe sich übrigens auf die Rübener und obgleich diese in ihren Wirkungen der Paderborner sehr ähnlich, so werde nach ihr das Gesagte doch um so mehr Anwendung finden müssen, weil es dabei noch zweifelhaft, ob nach dem Tode des einen Gatten, nicht ein Miteigenthum zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern anzunehmen sey.

Auf diese Berichte wurde die Beschwerdeführerin von dem Herrn Justiz-Ministers Excellenz dahin beschieden, daß es bei der Verfügung des Ober-Landesgerichts zu Arnshagen vom 1. Decbr. 1836, sein Bewenden behalten müsse. Die Dispositionsbefugniß des überlebenden Ehegatten nach der Paderborner Gütergemeinschaft stehe dem weber entgegen, noch sey dieselbe so ausgebehnt, als die Beschwerdeführerin zu glauben scheine. Nach allgemeinen Grundsätzen der fortgesetzten Gütergemeinschaft, könne kein parens superstes über die ihm

²²⁵⁾ Aüg. E. R. a. a. D. §. 405.

nicht gehörige Hälfte des Sammtvermögens unbeschränkt verfügen, weil diese Hälfte nach dem Tode des verstorbenen Gatten, den Kindern gehöre. Auch habe das Königl. Geheimen Obertribunal in einer 1828 von ihm in dritter Instanz entschiedenen Prozeßsache angenommen, es sey unrichtig und unerwiesen, daß die Paderborner Gütergemeinschaft, von diesen Prinzipien abweichende Dispositionen gestatte. Die zu Geseker geltende Rübener Gütergemeinschaft aber, weiche, so weit sie vorliegend zur Anwendung komme, nach dem Berichte des Königl. Ober-Landesgerichts zu Arnshagen, von der Paderborner Gütergemeinschaft nicht ab.

Durch dieses Rescript ist der sehr folgenreiche Grundsatz ausgesprochen, daß die unbeschränkte Dispositionsbefugniß des überlebenden Gatten sich immer auf die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens beschränken und daß demselben über die andere Hälfte, als den Kindern gehörig, nur die Administration, innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Grenzen zustehen solle; woraus von selbst zu folgen scheint, daß gegen die Verwaltung eingeschritten werden müsse, sobald sich das Vermögen um die Hälfte vermindert. Zur Handhabung dieses Grundsatzes ist dann freilich die Einreichung eines Inventars, als Grundlage für die Controle des Vormundes, um so unerläßlicher.

Allein nur insofern, als dieser Grundsatz der Paderborner Gütergemeinschaft untergelegt wird, ist hier nichts weiter dagegen zu erinnern. Sofern er aber auf die Rübener Gütergemeinschaft Anwendung finden soll, darf doch die Bemerkung nicht unterdrückt werden, daß er gegen die Praxis aller Orte ist, wo Rübener Recht gilt. Die in den mitgetheilten Beilagen enthaltenen Zeugen-Aussagen und mehrfache rechtskräftige Erkenntnisse, liefern dafür zahlreiche Belege.

§. 116.

Für die Bestimmung dieses Paragraphen ließen sich weber Präjudicate, noch bestimmte statutarrechtliche Verord-

nungen anführen. Ihre Geltung beruht nur in einer, sich immer gleich gebliebenen und niemals angefochtenen Praxis.

§. 117.

Die Stadt Werl ist durch ihre Salzquellen schon in der ältesten westfälischen Geschichte bekannt. Die Grafen, welche sich später von Arnsberg nannten, hatten hier ihren ältesten Sitz, der aber durch Theilungen und seit dem Jahre 1000, durch Schenkungen an die Eölnische Kirche, so zerstückelt wurde, daß sie ihn mit Arnsberg vertauschten, wovon sie sich auch seit ungefähr 1080 nannten. ²²⁰⁾

Der Erzbischof von Eöln kam auf diese Weise allmählig in den Besitz der meisten Werler Güter, wiewohl dieser noch mannigfach durch die Mitberechtigungen der Grafen von Arnsberg und durch den Umstand beschränkt wurde, daß sich hier eine *villa ducalis* mit einer herzoglichen Burg befand, wo sich die deutschen Könige, aus dem Herzogl. Sächsischen Hause gerne aufhielten, wie viele ihrer hier ausgestellten Urkunden bezeugen. Ursprünglich war nemlich diese, damals Kaiserliche Pfalz, nur ein *castrum* der Herzoge von Sachsen, welches diese durch die Werler Grafen zu ihrem Dienste besetzt halten ließen. Als aber 919 Herzog Heinrich, bekannt unter dem Namen des Voglers, den deutschen Thron bestieg und ihm diese Burg, an der Grenze seiner Stammbesitzungen und dem Rheine so nahe, besonders werth wurde, nahm sie zu an äußerem Glanze, wurde sehr häufig der Aufenthaltsort von ihm und seinen Nachfolgern, besonders Otto dem Großen und Heinrich II., war der Sitz mehrerer Reichsversammlungen und hielt sich in fast gleichem Ansehen, auch noch unter den ersten fränkischen Kaisern, wiewohl nach dem Ausgange des sächsischen Kaiserstammes, wieder die sächsischen Herzoge ausschließliches Besatzungsrecht darin übten. Erst als nach dem Sturze Herzog Heinrich des Löwen, durch die Sprengung des großen Herzogthums

²²⁰⁾ Seiberg Urk. Buch Band 1. N^o 19.

Sachsen, die Herzogliche Gewalt in Engern und Westfalen, 1180 an den Erzbischof von Eöln übergieng, erwarb dieser zu seinen bisherigen Besitzungen in Werl, auch das dortige *castrum* und mit ihm, im Verlaufe der Zeit, auch die landesherrliche Gewalt.

Die Burgmannschaft des *castrum* und die Inhaber der Salinen, in Verbindung mit den nächsten Landbewohnern begründeten nun auf der *villa* Werl, begünstigt durch den Verkehr der Herzoglichen Hofhaltung, sehr bald auch ein besonderes Gemeinwesen, welches sich nach den Bedürfnissen und Begriffen der Zeit, im Anfange des 13ten Jahrhunderts, zu einer besetzten Stadt, zu einem *opidum* ausbildete. Das Jahr, in welchem Werl zuerst Stadtrechte erhielt, ist nicht bekannt. Spätestens geschah es unter Erzbischof Engelbert I. (dem heiligen); denn in einer Urkunde Erzbischof Conrad's II. von 1246, worin er den Erbsälzern ihre Privilegien bestätigt, ²²¹⁾ wird Engelbert als Verleiher dieser Privilegien für die *coctores salis in ipso opido manentes* genannt. Es scheint also, daß er, der so vielen westfälischen Orten Stadtrechte gab, dieses auch zu Werl that und bei solcher Gelegenheit auch die besonderen Erbrechte der *coctorum salis* an den Salzbrunnen, gegen die etwaigen Ansprüche des neu geordneten Gemeinwesens garantierte, in welchem die Sälzer als eigene bürgerliche Zunft erscheinen, während die Burgmänner unter der Bezeichnung: *bonæ nationis homines*, bis lange ins 14te Jahrhundert hinein, eine mehr isolirte Stellung gegen die Bürger einnahmen, welche in Werl, wie in so manchen Städten damaliger Zeit, zu vielen Reibungen und selbst blutigen Auftritten Veranlassung gab. Nach dem Verfall der Burg und der Burgmannschaft, fingen die Sälzer allmählig an, sich in eine ähnliche zwangvolle Stellung gegen die übrigen Bürger zu setzen, welches

²²¹⁾ Seiberg a. a. D. N^o 246. Die Befestigung der Stadt Werl, so wie solche in späteren Zeiten beschaffen war, erfolgte erst unter Erzbischof Siegfried (1275 — 1297) Seiberg N^o 471.

nach unendlichen Beroürnissen und vergeblichen Vergleichen, im Anfange des 18ten Jahrhunderts damit endigte, daß sie sich vom Kaiser in den Adelsstand versetzen ließen, aus den bürgerlichen Ständen austraten, auf ihr Recht zur Mitbestimmung des Stadtraths verzichteten, sich fortan als Fremde in der Stadt betrachteten und mit Vorbehalt der bürgerlichen Nutzungen, sich auch dem Statutarrechte derselben entzogen.

Dieses Statutarrecht, welches übrigens in den Landgemeinden des ehemaligen Gogerichts und späteren Amtes Werl niemals Geltung erlangt hat, ist das Rüdener Recht. Es wurde der Stadt Werl zuerst von Erzbischof Engelbert II. 1271 verliehen.²²⁰⁾ Die folgenden Erzbischöfe, namentlich Friedrich III. (1382) und Diederich II. (1414) bestätigten diese Verleihung; der Letzte aber erweiterte sie 1437 noch dahin, daß er statt der bisherigen mündlichen, Rechtsholung in Rüdén durch die Partheien, dem Stadtrath zu Werl erlaubte, die Vorträge der Letzten selbst schriftlich aufzunehmen, sie zur Rechtsprechung an den Stadtrath zu Rüdén zu versenden, und dessen Erkenntnisse sodann unverändert zu publiciren.²²¹⁾ Es geht hieraus zugleich hervor, daß das mündliche Verfahren damals noch die Regel bildete.

Rüdén war also auch für Werl Stadt des Mutterrechts und wie es nach der Urkunde von 1437 scheint, fast in einer noch engeren Beziehung, als z. B. für Geseke; weshalb dann auch hinsichtlich der Geltung des Rüdener Statutarrechts in Werl, keine Abweichung in irgend einer einzelnen Bestimmung statt findet. Wir haben vielmehr in den Motiven zu §. 91. aus der Werler Praxis schon Belege für die dort angegebene Bestimmung über die Folgen der Erbschichtung angegeben, gleich wie auch in den Motiven zu §. 1. die gemeinschaftlichen Quellen des Werler und Rüdener Statutarrechts bereits zusammen rezensirt sind.

²²⁰⁾ Selberg Urk. Buch B. I. N^o 352.

²²¹⁾ Auszug aus der Urk. in der Beilage 29. Vollständig wird sie mit den übrigen abgedruckt, im 2ten Bande des Urkunden-Buches.

In letzter Beziehung muß hier jedoch noch einiges bemerkt werden. In den Anmerkungen Bodmanns zum Rüdener Rechte²²⁰⁾ werden alte Werlische Statuten allegirt.²²¹⁾ Allein es ist nicht gesagt, worin eigentlich diese alten Statuten bestehen. Wahrscheinlich sind darunter die einzelnen Willführen verstanden, welche der Stadtrath seit dem Jahre 1824 in dem sogenannten rothen Buche (es hat einen rothen Umschlag) welches auch Scharfrichter-Buch genannt wird, weil einige Scharfrichter-Kapitulationen darin stehen, aufzuzeichnen anfing. Diese erwähnten Willführen kann man indeß nicht wohl Statuten nennen; sie sind dazu nicht bedeutend genug; auch war das Verhältniß der eigenen Rechtsfindung in Werl lange Zeit hindurch zu abhängig von Rüdén, als daß sich eigene Werler Statuten hätten ausbilden können.

Dies ist dann auch namentlich mit den wenigen Sätzen über Gütergemeinschaft und Erbe der Fall, welche nur als Wiederholung des Rüdener Rechts in anderen Worten erscheinen, wie eine Ansicht derselben²²²⁾ sofort ergibt.

Das rothe Buch enthält übrigens außer den im Eingange auf 4 Pergamentblättern stehenden Willführen, seit der Mitte des 15. Jahrhunderts, noch eine Menge von Rathschlüssen und Erkenntnissen in einzelnen Fällen, deren Rezension hier jedoch zu weit führen würde. Das Wichtigste von allen diesen urkundlichen Stellen, wird in dem Urkundenbuche zur Landes- und Rechtsgeschichte aufgenommen.

Schließlich sey hier noch angeführt, daß durch ein Erkenntniß des Justiz-Amtes Werl von 1823, in Sachen Ler gegen Straßmann rechtskräftig festgestellt worden, daß in

²²⁰⁾ Bodmanns Materialien und Beiträge zur Geschichte zum Staats- und Privatrechte des westfälischen Kreises B. 1. S. 23. Note *

²²¹⁾ Das Allegat ist auch in v. Kamptz Provinzial- und Statutarrechte der preussischen Monarchie B. 2. S. 702. übergegangen.

²²²⁾ Beilage 30.

Werk wie in Rügen, der kinderlose überlebende Gatte verbunden ist, den Intestaterben des verstorbenen Mitgatten den vierten Theil des Gesamtvermögens, so wie solches zur Zeit des Ablebens des Letzten beschaffen war, herauszugeben.

§. 118.

Die Geschichte der Exemption der werlischen Sälzer von dem Statutarrechte und somit auch von der Gütergemeinschaft, ist in ihren allgemeinsten Umrissen schon in den Notizen zum vorigen §. angegeben worden. Es ist darüber hier nur noch folgendes Spezielle nachzutragen:

Nachdem die Sälzer 1708 vom Kaiser Joseph I. geadelt worden, entzogen sie sich persönlich der Jurisdiction des Stadtraths und nahmen als Adelige vor den übrigen Bürgern den Vorrang in Anspruch. Weder der Stadtrath noch die Bürgerschaft wollten dieses zugeben, weil die Sälzer bisher eine bürgerliche Zunft gebildet hatten; weshalb sich allerlei Streitigkeiten erhoben, welche der Churfürst Clemens August durch eine Verfügung vom 3. Januar 1726 dahin niederschlug, daß er dem Stadtrath befahl, den Sälzern die angesprochene persönliche Exemption sowohl, als den besondern Rang, als nothwendige Folgen des Kaiserlichen Diploms angedeihen zu lassen.

Gegen diese Verfügung appellirte die Stadt an das Reichskammergericht zu Wehlar und erhielt auch *processus appellatorios*, welche den Churfürsten bewogen, den westfälischen Rath *Seppenfeldt* mit einem *commissorium* v. 28. Sept. 1725 nach Werk zu schicken, worin er den Bürgern auseinandersetzte, wie Unrecht es von ihnen sey, gegen solche landesherrliche Verfügungen, wozu er wohl befugt, den Schutz der Reichsgerichte in Anspruch zu nehmen. Er äußerte dabei das Vertrauen, daß nicht die ganze Bürgerschaft, sondern nur einzelne exaltirte Köpfe Urheber dieses Schrittes seyen, und verordnete, daß der Commissar, um das eigentliche *litis consortium* auszumitteln, alle Bürger über ihre Theilnahme an dem, gegen die landesherrliche Ge-

walt so freventlich sich vergehenden Schritte, einzeln zum Protokoll vernehmen solle.

Diese Maßregel verfehlte ihren Zweck nicht. Die einzelnen geladenen Bürger zogen sich vor churfürstlicher Autorität zurück, weshalb der Stadtrath für nothwendig hielt, am 23. Oct. 1726 zum Protokoll zu erklären, daß von der ergriffenen Appellation Abstand genommen werden solle.

Seitdem blieben die Erbsätzer von der Jurisdiction des Magistrats erimirt und um diese Exemption desto aufrechter zu erhalten, auch sich dem landsäßigen Adel gleicher zu stellen, bestritten sie gleichzeitig die Anwendbarkeit des Statutarrechts auf sich, indem sie vielmehr durch Ehepacten und dergl. die gemeinrechtliche oder irgend eine fideicommissarische Erbfolge unter sich einführten, wodurch sie allmählig die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Erblandevereinigung über die Succession des landsäßigen Adels, auf sich, vorbereiteten. Das Weitere hierüber, so wie über die einzelnen Verträge und Compromiß-Entscheidungen, wodurch sich die Sälzer im Verlaufe der Zeit von ihren Mitbürgern, als eigene Corporation trennten, gehört in die Geschichte. Noch Einiges wird darüber unten (Zusatz V. §. I.) vorkommen.

§. 119.

Die Stadt und das ehemalige Gericht Beleke, bildeten später einen Theil des Amts Beleke, welches seinen Sitz zu Mülheim an der Mönne hatte. Die Stadt Beleke hatte mit den Landgemeinden des Gerichts nichts gemein, und daher auch das Statutarrecht nicht, welches sie von Rügen erhielt. Als *villa*, als *präsidium*, wird Beleke schon 980 vom Mönch *Wittichind v. Corvey* genannt u. die Nonne *Froswitha* in ihrem Panegyricus auf *Otto I.* beschreibt schon die Reize des dabei befindlichen, jetzt sehr heruntergekommenen Bades, wovon es unstreitig auch den Namen *Babelike*, *Bedelike*, *Beleke* trägt. Als Stadt, *Doppidum*, im Sinne der späteren Zeit, wurde es erst eingerichtet 1296, wo Erzbischof *Siegfried*, dieser *nova plantatio*, wie er sie

nennt, die Rechte der Stadt Rüdén gab. ²⁴²⁾ Seitdem hat sich Belege immer Rüdener Rechts bedient und hat es hinsichtlich der Gütergemeinschaft bewahrt, bis auf den heutigen Tag. Abweichungen irgend einer Art finden dabei nicht statt und konnten auch nicht wohl statt finden, weil Belege hinsichtlich der Rechtsfindung, von der Mutterstadt Rüdén so abhängig wie möglich blieb, wie aus den darüber gepflogenen, im Rüdener Stadt-Archive vorliegenden alten Akten hervorgeht.

Auch enthält weder das Beleger Stadtbuch noch der Bürgerrezeß von 1555, erneuert 1661, irgend eine Modification des Rüdener Rechts. Es wird vielmehr unbedingt auf diesen Bezug genommen, weshalb wir auch in den Motiven zu §. 28. hinsichtlich der Dispositionsbefugniß des Mannes während der Ehe, bereits auf Präjudicate der Beleger Praxis, zur Erläuterung des Rüdener Rechts Bezug genommen haben.

§. 120.

Die Stadt Brilon war Hauptort des gleichnamigen Amtes, welches außerdem nur aus Landgemeinden bestand. Diese waren früher in mehre einzelne Gerichtsbezirke getheilt, jedoch schon seit Jahrhunderten in dem Bezirke des großen Briloner Gerichts centralisirt, dessen Umfang bedeutender war, als der des nachmaligen Amtes und jetzigen Land- und Stadtgerichts. Mit den Landgemeinden hat die Stadt nur insofern in Verbindung gestanden, als sie in den zunächst gelegenen, durch Kauf allmählich viele gutsherrliche Rechte erwarb, sie hat jedoch ihre desfallsigen Angehörigen niemals als Pahlbürger aufgenommen; eben deshalb keine Art Jurisdiction über sie erworben und somit auch ihre Statutarrechte nie mit ihnen getheilt. In den Landgemeinden hat daher immer gemeines und nur in der Stadt ein besonderes statutarisches Recht gegolten.

²⁴²⁾ Seiberg, Urk. Buch, B. 1. S. 466.

Dieses statutarische Recht gründet sich zunächst in den Willkühren der Bürger, ist jedoch auch von den Erzbischöfen bestätigt worden, wie aus folgendem hervorgeht.

Die villa Brilon gehörte zu den Familiengütern des sächsischen Kaiserhauses. Otto der Große verwendete sie mit zur Dotation des Erzstifts Magdeburg. Otto II. bestätigte diese Dotation 973 und nennt als Bestandtheile derselben namentlich Brilon und Rösenbeck, bei welchem letzteren später die mächtige Burg Heinrich des Löwen, Albenvels empor stieg. ²⁴³⁾ Wie es scheint, vertauschte das Erzstift Magdeburg die Villa Brilon an die Kirche zu Paderborn; wenigstens war diese später im Besitze derselben, und verließ sie an ihren Erbvogt, den Grafen von Waldeck, der hinwieder eine Ministerialfamilie, welche sich auch von Brilon nannte, damit beasterliehen hatte. Erzbischof Engelbert der Heilige, die Wichtigkeit des Ortes für den Landsfrieden, in seinem Herzogthum erkennend, kaufte die Villa von den Brüdern Hermann und Gernand von Brilon, um die Stadt darauf zu gründen. Die Kirche zu Paderborn reclamirte später dagegen bei Pabst Alexander IV. aber ohne Erfolg. Brilon blieb im Besitze der kölnischen Erzbischöfe, welche einen starken Anhaltspunkt für ihre herzogliche Macht darin findend, es fortwährend durch Freiheiten und Privilegien auszeichneten. ²⁴⁴⁾

Die ältesten städtischen Rechtsverleihungen durch Engelbert den Heiligen sind verloren gegangen; sie ergeben sich jedoch aus einer anderen Urkunde desselben von 1220, worin er der Stadt Meдебach die Rechte der Städte Brilon und Rüdén giebt, ²⁴⁵⁾ so wie aus einer Urkunde Erzbischof Conrads von 1251, worin er die Weisheit Engelberts, in Erwerbung dieses wichtigen Ortes preisend, den Bürgern un-

²⁴²⁾ Seiberg Urk. Buch, B. 1. N^o 12, 120 u. 448.

²⁴³⁾ Seiberg Urk. Buch, B. 1. N^o 301.

²⁴⁴⁾ Seiberg Urk. Buch, B. 1. N^o 157.

ter anderen eine völlige Exemption gegen die Femgerichte verleiht. ²⁴⁷⁾

Die Autonomie der Bürger entwickelte sich demnach mit großer Freiheit und veranlaßte das älteste Statut von 1290, worin namentlich die eheliche Gütergemeinschaft, als besonderes bürgerliches Recht anerkannt wurde. ²⁴⁸⁾

Erzbischof Siegfried II. bestätigte im nemlichen Jahre alle Rechte und guten Gewohnheiten der Stadt, deren Bürger er namentlich unter Zusicherung seines kräftigsten Schutzes, auffordert, den Anmaßungen der Edelleute und Geistlichen mannhaft zu widerstehen. ²⁴⁹⁾ Die Bürger mehrten nun noch durch eigene Zusätze, namentlich von 1330 das alte Statut, hinsichtlich der Erbfolge-Ordnung und setzten diese dann, so wie sie bei ihnen befolgt wurde, durch mehre Weisthümer und Zuversichtsbriefe, namentlich v. 3. Aug. 1606, ²⁵⁰⁾ vom 21. März, 7. und 14. Juni 1619 ²⁵¹⁾ und vom 18. Juli 1629 ²⁵²⁾ auseinander und fest.

Das Institut der Gütergemeinschaft nahm ihnen zufolge im Ganzen den nemlichen Gang der Entwicklung, den wir schon bei Darstellung der Rüdener Gütergemeinschaft angegeben haben, indeß bildete sich durch den Unterschied zwischen Erbe und Weichbildgut, hinsichtlich der Erbrechte der Eheleute, eine von den Bestimmungen des Rüdener Rechts über die statutarische Quart ganz abweichende Satzung; welche genau genommen die einzige Abweichung des Briloner Rechts von dem Rüdener ist; jedoch in ihren Folgen wohl erwogen werden muß.

²⁴⁷⁾ Seiberg Urk. Buch, B. I. N^o 269.

²⁴⁸⁾ Es ist vollständig in lateinischer und deutscher Sprache abgedruckt im 1. Bande des Urkundenbuches N^o 434 und 435. Einen Auszug enthält die Beilage 31. die das Briloner Recht bildenden Statuten, Willküren und Erkenntnisse, sind außerdem gesammelt in einer kleinen Druckschrift: Die Statutarrechte der Stadt Brilon. Brilon, bei Lehner, 1837.

²⁴⁹⁾ Urk. Buch, B. I. N^o 436.

²⁵⁰⁾ Weil. 32.

²⁵¹⁾ Weil. 33.

²⁵²⁾ Weil. 34.

Es ist schon in den Motiven zu §. I. die Stelle des Briloner Statuts ausgehoben, welche die Grundlage dieser Gütergemeinschaft bildet. Wir wollen sie hier kurz wiederholen. Sie sagt:

Wenn von Eheleuten, welche Kinder haben, der eine stirbt, so muß der überlebende Gatte seinen Kindern die Hälfte aller Güter, nemlich seiner sämtlichen Mobilien, auch solcher Immobilien, welche wie z. B. Haus und Hof, innerhalb der Stadt liegen und Weichbildgut genannt werden, hinterlassen; die andere Hälfte kann er aber seinem künftigen Mitgatten und den mit diesem zu erzeugenden Kindern, mit vollem Eigenthumsrechte wieder zubringen. Weder im Felde dagegen (Erbgüter aus den Marken) kann niemand ohne Zustimmung der Stammerben an Andere veräußern. Sollte die fernere Ehe des überlebenden Gatten unfruchtbar bleiben, so fallen demnachst alle Güter zurück, an die früheren Erben der Eheleute.

Aus diesen, obwohl in ihren näheren Bestimmungen sehr schwankenden Satzungen, geht hervor, daß in Brilon Gütergemeinschaft unter den Eheleuten bestand; daß die Eheleute, außer fahrender Habe, außer Weichbildgute, auch Erbe zur Gütergemeinschaft brachten, daß jedoch nach Auflösung der Gemeinschaft das Erbe, vermöge seiner alten Stammqualität als Familiengut, an die Blutverwandten zurückfiel.

Wie in Rüdener und man kann wohl sagen in allen anderen Städten Westfalens, so erlitt aber auch in Brilon die alte strenge Ansicht vom Familiengute immer mehr Eintrag; man rechnete allmählich alles zum Weichbilde der Stadt, was in den Grenzen ihrer Feld- und Waldmarken lag und suchte die blutverwandten Intestat-Erben von dem Vermögen unbeerbter Ehen auf die eine oder andere Weise abzufinden. In Rüdener geschah dieses dadurch, daß man ihnen ein für allemal die statutarische Quart vom ganzen Sammtvermögen einzirte; in Brilon dagegen unterschied man, ob die Ehe ganz unfruchtbar geblieben war oder ob die erzeugten Kinder

ihre Eltern nur nicht überlebt hatten. Im letzten Falle nahm man an, die Eheleute seyen durch Zeugung und Beerbung ihrer Kinder, sich näher verwandt geworden als ihnen die übrigen Blutverwandten seyn konnten und schloß die Letzten von allem Nachlasse aus. Im ersten Falle dagegen wurde das alte Erbrecht der Familie an dem Stammgute, aufs Vollständigste respectirt; indem man dem überlebenden Gatten zwar wohl alles zum Sammtvermögen gehörige Weichbildgut eigenthümlich, von den zum alten Stammgute gehörigen Immobilien im Felde aber, nur die lebenslängliche Abnutzung beließ und deren demnächstigen Rückfall den Blutverwandten vorbehielt.

Es entstand dadurch eine Verschiedenheit in den Successionsrechten bei unbeerbten Ehen, wovon die Stadt Brüden glaubte, daß sie gegen die ihrigen, zum Nachtheil der Intestat-Erben gereiche. Sie wollte daher bei dem im Jahre 1618 entstandenen Erballe des **Dr. jur.** und Bürgermeisters Koch, in den statutarischen Satzungen von Brilon, keine vollkommene Reziprozität mit den ihrigen anerkennen; sie verweigerte auf die im Jahre 1619 von der Stadt Brilon ausgestellten Zuversichtsbriefe, Anfangs die Ausfolgung der Erbschaft und veranlaßte dadurch die schon angeführten näheren Declarationen der Stadt Brilon, über den damaligen Bestand ihrer Erbrechte, denen wir jetzt die vollständige Einsicht in die Art und Weise, wie sich in Brilon die Gütergemeinschaft ausgebildet hatte, und wie sie die folgenden Paragraphen angeben, verdanken. Ehe wir jedoch näher darauf eingehen, soll hier noch Einiges über den Fortbestand der Gütergemeinschaft in Brilon bemerkt werden.

Dieselbe ist hinsichtlich ihres Bestehens niemals angefochten worden, als in der späteren Zeit, wo römische Richter anfangen das alte vaterländische Recht mit wenig Aufmerksamkeit zu würdigen und statt dessen überall römische Rechtsgrundsätze zur Anwendung zu bringen. Lange hielten sich die alten Satzungen noch in der lebendigen Tradition und Uebung des Stadtraths, so lange dieser seine Rechtswweisungen

blos aus der Wissenschaft der eigenen Mitglieder schöpfte. Nachdem aber auch dieser, einer Verfügung des damals hier bestehenden Hessischen Gouvernements zufolge, sich einen auf Universitäten gebildeten Syndicus, zur Ausübung der städtischen Jurisdiction gewählt hatte, und er dadurch selbst der Rechtswweisung immer mehr entfremdet wurde, gerieth allmählich die Berufung auf das alte Stadtrecht in Abgang; wer sich darauf berief, der sollte es beweisen, diese Beweise zu führen, war ohne Unterstützung durch Archivallien und sonstige Actenstücke, fast Niemand im Stande, ohnehin war der Glaube an die Fortdauer alles Bestandenen, durch die Umkehrsucht welche die französische Revolution und ihr Erbe, Napoleon, auch in Westfalen geweckt hatten, in seinen Grundvesten erschüttert; kein Wunder also, daß sich am Ende fast niemand *in foro* mehr darauf berief, sondern daß nur bei außergerichtlichen Erbtheilungen die Interessenten, man mögte sagen instinctartig, nach dem alten Rechte verfahren, ohne sich dabei etwas anderen klar bewußt zu werden, als der ihnen vorschwebenden Rechtsnothwendigkeit aus Ueberlieferung ihrer Vorfahren.

Nur bisweilen tauchte noch in einzelnen Prozessen ein Berufen auf das urkundlich gegründete, bestätigte, niemals aufgehobene und darum immer noch bestehende Recht auf. So z. B. in einem Prozesse zwischen Gerling und Krüper, worin noch 1823 namentlich auf die Zeugnisse von deutschen Privatrechtslehrern über das Bestehen der Gütergemeinschaft in Brilon, auf mehrere Präjudicate aus der Mitte und dem Ende des achtzehnten Jahrhunderts, so wie auf das Bestehen so manchen Güterverhältnisses, welches sich nur in Voraussetzung der Gütergemeinschaft erklären lasse, Bezug genommen wurde. Diese Sache ist am 13. Juli 1826 verglichen worden. ²²²)

Erst in neuester Zeit ist theils in Vormundschaften, theils in Prozessen, auf das Bestehen der Gütergemeinschaft vielfach zurückgegangen und der Beweis derselben theils freiwillig angetreten theils durch obrichterliche Resolute verord-

²²²) Die Statutarrechte der Stadt Brilon *N IX.*

net worden, wodurch das alte Institut, dessen rechtlicher Fortbestand nicht zu bezweifeln, auch vor seinem factischen Untergange bewahrt ist. Die Hauptpunkte worauf sich der Fortbestand der Gütergemeinschaft in der späteren Zeit stützt, sind folgende.

- 1) Zeugnisse von Schriftstellern. ²²⁴⁾
- 2) Erkenntnis v. 16. October 1755 in Sachen Wicharg gegen Schladoth und Pranghe. ²²⁵⁾
- 3) Desgleichen in Sachen Wicharg und Eysen gegen Wittwe Wicharg und Brandenburg. ²²⁶⁾
- 4) Erkenntnis der Juristenfacultät zu Göttingen vom 10. Aug. 1792 in Sachen Fütte gegen Pulte. ²²⁷⁾
- 5) Die conscribirten Protokolle des ehemaligen Magistratgerichts, über die vorgekommenen Erbtheilungen.
- 6) Rechtskräftiges Erkenntnis des Königl. Oberlandesgerichts zu Arnberg, in Sachen Erben Vogel gegen Thiele vom 17. Februar 1838. ²²⁸⁾

§. 121.

Der Begriff der Briloner Gütergemeinschaft, wie er in diesem §. angegeben worden, construiert sich theils aus dem alten Statut von 1290, theils aus den Modificationen, welche dasselbe den späteren Weisthümern zufolge, im Verlaufe der Zeit erlitten hat. Nämlich

1) das alte Statut beschränkt die Gütergemeinschaft mit den daraus folgenden Erbrechten, unter allen Bedingungen auf fahrende Habe und unbewegliches Weichbildgut, an Erbe dagegen, räumt es den Ehegatten nur Nießbrauchsrechte ein.

²²⁴⁾ Hofmann (Christo. Gottfr.) de communione honorum inter conjuges §. 134. Note. Hofmann (Joh. Andr.) in dem Handbuch des deutschen Eherechts, Jena 1789. Seite 400. Note 53. und Scherer Gütergemeinschaft B. 1. S. 109.

²²⁵⁾ Stat. Recht der Stadt Brilon. N^o IX. A.

²²⁶⁾ Stat. Recht der Stadt Brilon N^o IX. B.

²²⁷⁾ Dasselbst N^o IX. C.

²²⁸⁾ Weil. 35.

Das Weisthum vom 7. Juli 1619 zieht dagegen §. 1. b. alle bewegliche und unbewegliche Güter mit Lust und Last in den Bereich der Gütergemeinschaft, sofern sie in einer beerbten, mit Kindern gesegneten Ehe besteht. Den Erben, hier der überlebende Gatte und die Kinder, wird als Erben nur Heergewette und Gerade vorab ausgesetzt, obgleich damals diese *exuviae hereditatis*, wie sie der Zusatz von 1330 zum alten Statut nennt, so wie zu Rüden auffer Gebrauch gekommen waren.

2) Das alte Statut versteht unter beerbten Ehen nur solche, aus denen lebende erbfähige Kinder vorhanden sind, oder drückt sich wenigstens über einen dabei zu machenden Unterschied nicht deutlich aus; obgleich er durch die Worte: *caruerit heredibus* angedeutet zu werden scheint.

Das gedachte Weisthum §. 5. nennt aber jede Ehe eine beerbte, worin Kinder geboren worden, obgleich sie vor oder nach den Eltern wieder versterben und läßt letztere stets in die Stelle der ersteren treten, so daß in solchem Falle der überlebende Ehegatte den verstorbenen eben so vollständig beerbt, als wenn die Kinder noch am Leben wären. Die Blutverwandten erhalten zu ihrer Abfindung nur Heergewette und Gerade.

3) Das alte Statut begreift im Fallrechte unbeerbter Ehen, alle Güter des verstorbenen Gatten, zum Vortheil der Blutverwandten desselben und läßt dieses Fallrecht in Wirksamkeit treten, sobald der eine Ehegatte stirbt; wenigstens wird in keiner dieser beiden Beziehungen ein bestimmter Unterschied gemacht. Es sagt *omnia bona conjugatorum debent ad priores heredes plenarie venire*.

Das Weisthum von 1606 sagt dagegen, daß der überlebende Ehegatte den Verstorbenen in allen, auffer den im Felde gelegenen Erbgütern, davon er nur die Leibzucht sein Lebenlang habe und welche nach seinem Tode den Vorkindern oder sonstigen Erben des verstorbenen Gatten zufallen, beerbe. Eben so bemerkt das große Weisthum vom 7. Juni

1619. §. 6., obgleich alsdann des *defuncti hereditas* seinen *proximioribus heredibus* anerkennend, so werde denselben doch nur *de bonis mobilibus* Heergewette und Gerade tradirt und behalte sonst der überlebende Gatte *ad suam usque vitam* davon *usumfructum*; *finito vero eodem*, devolvire endlich *tota honorum substantia* mit allen Wedbeschägen, Pfandschaften, Abnutzungen und Beschwerden, (also eigenes und pfandschaftliches Erbgut des Verstorbenen im Felde) mit Abnutzungen (Früchten und Feistungen) und Beschwerden (Schulden) *ad proximiores utrinque conjunctos heredes*. Und das fernere Weisthum vom 14ten Juni 1619 sagt gleich dem von 1606 noch bestimmter, des Verstorbenen ganze Erbschaft als Wedbeschägen, fahrende Habe, Eigenthum des Hauses, Speck, Fleisch, Korn im Felde und auf den Böden, alle Fetzung und Verlassenschaft (mit Ausnahme der Lehnstücke, des Heergewettes und der Gerade, welche den Verwandten gleich abgetreten werden müssen) falle dem Ueberlebenden als angestorben zu, so daß er alles nach seinem Gefallen nutzen und gebrauchen könne; jedoch *post obitum* fallen die „Erbstück und Quittere“ (die alten Erbgüter im Felde) wiederum an die rechten Erben und hat daran der Ueberlebende bloß *ad dies vitæ suæ usumfructum*.

Diesen Bestimmungen zufolge, mußte demnach der Begriff der Briloner Gütergemeinschaft gegen den der Rüdener die Modification erleiden, daß nach ihr das zur Gütergemeinschaft conferirte Vermögen nicht unbedingt zu einem, in seine früheren Theile unzerlegbaren Ganzen coalescirt, sondern daß bei unfruchtbaren Ehen, statt der Rüdener statutarischen Quart, hinsichtlich der Erbgüter im Felde, ein Fallrecht zum Vortheil der gesetzlichen Intestat-Erben eintritt.

§. 122.

Aus der in den Motiven zum vorigen Paragraphen entwickelten Hauptmodification des Briloner Rechts gegen das Rüdener, ergeben sich sehr leicht die einzelnen Abweichungen, welche die Bestimmungen über die Rüdener Gütergemeinschaft

erleiden müssen; so wie sich auch zugleich daraus sowohl, als aus dem geschichtlichen Zusammenhange und den ersten urkundlichen Bestimmungen, z. B. aus der Bewidmung der Stadt Medebach v. 1220 mit Briloner und Rüdener Rechte, von Erzbischof Engelbert dem Heiligen ²⁶⁰⁾ ergibt, daß ursprünglich beide Statutarrechte auf der nemlichen, in sich einigen Basis beruhen und Abweichungen nur da angenommen werden dürfen, wo sie durch das Statut und Weisthümer ausdrücklich gegeben sind. Es wird deshalb in der Regel um so nothwendiger auf die Bestimmungen des Rüdener Statutarrechts zurückgegangen werden müssen, weil diese a) größtentheils auf Grundsätzen, die aus der Natur der Sache, dem gemeinen deutschen Privatrechte und der Praxis geschöpft sind, beruhen b) weil die Briloner Praxis durch die Unterbrechungen der letzten Zeit zu lückenhaft geworden ist, um sie in jeglichem Falle zu Rathe nehmen zu können c) weil auf diese Weise allein die Uniformität und der Zusammenhang in die Statutarrechte unserer Provinz, so viel als möglich wieder gebracht werden kann, der ihnen ursprünglich eigen war.

§. 123.

Wegen der Beibehaltung der §§. 4—9. ist noch Einiges zu bemerken. Der §. 5. schließt von der Rüdener Gütergemeinschaft aus 1) die Lehne *ic. ic.*, insofern die dabei vorkommenden besonderen Rechtsverhältnisse, mit der Gütergemeinschaft unvereinbar sind. Hinsichtlich dieser besonderen Rechtsverhältnisse, muß wegen der in der Feldmark der Stadt Brilon gelegenen Lehne, auf dasjenige Bezug genommen werden, was im Zusatz II. §. 6. über die Theilbarkeit und Veräußerlichkeit der Lehne gesagt ist. Hiernach kann das Lehnband nur insofern eine Ausschließung von der Briloner Gütergemeinschaft bewirken, als es überhaupt den Uebergang des Eigenthums (des *dominii directi*) an den Vasallen hindert; weshalb dann auch das Weisthum vom 14. Juni 1619

²⁶⁰⁾ *Seiberg urf. Buch. B 1. N^o 157.*

die Lehnsstücke, Heergewette und Gerade darin als gleich betrachtet, daß sie bei unfruchtbaren Ehen den blutverwandten Erben herausgegeben werden müssen, ohne in das Eigenthum oder den Nießbrauch des überlebenden Gatten überzugehen.

Daß die im §. 9. gedachten Schulden, welche die Eheleute beibringen, eben so gemeinschaftlich werden wie das Vermögen, liegt nicht bloß in der Natur der Sache, wie die Motive zu dem gedachten §. ausführen, sondern es ist auch in den Weisthümern anerkannt; worauf wir gleich näher zurückkommen werden.

Die Beibehaltung der §§. 10. bis 26. rechtfertigt sich durch die dazu angegebenen Motive. Wegen der §§. 27–37. über die Dispositionsbefugnisse der Eheleute unter den Lebendigen, ist noch einiges zu bemerken.

Die dem Manne nach der Rübener Gütergemeinschaft beigelegte Dispositionsfähigkeit, rechtfertigt sich sowohl durch die in den Motiven dafür angeführten gemeinprivatrechtlichen Grundsätze des Instituts überhaupt, als durch die Praxis. Letztere ist zu Brilon aus der jüngern Zeit zu dürftig, um darauf zurückgehen zu können, wie schon in den Motiven zum vorigen §. bemerkt worden. Wir können uns daher nur an jenen Grundsätzen und an den Bestimmungen der Briloner Weisthümer über die Schulden halten, welche in der Ehe gemacht werden.

Das von 1606 sagt: da auch einige in stehender Ehe Schulden contrahirt würden, müssen dieselbe Kinder und überlebende Eltern zugleich abtragen. — Das vom 7. Juni 1619 sagt §. 1: demnachst theilet der Ueberbliebene mit seinen Kindern, deren seyen viel oder wenig, alle bewegliche und unbewegliche Güter und Bescherden in zwei gleiche Theile. — §. 5: was die Eheleute viel oder wenig aneinander bringen, auch *constante matrimonio* an Gütern erringen und erwerben, das ist ihnen gemein. — §. 6: *finito usufructu devolvit tota honorum substantia,*

mit allen u. Abnutzungen und Bescherden, *active et passive*, nichts ausbescieden *ad proximiores heredes*. — Das vom 14. Juni 1619 wiederholt wesentlich, mitunter wörtlich das Nämliche. — Eben so das von 1639. — Es geht hieraus hervor, daß die in der Ehe gemachten Schulden das gemeinschaftliche Vermögen eben so affiziren, als die zur Ehe eingebrachten. Daß die Frau solche Schulden einseitig machen könne, ist gegen alle Begriffe des *mundii*; die Befugnis dazu, mußte ihr also ausdrücklich in den Statuten beigelegt seyn, welches nicht geschehen ist. Daß umgekehrt der Mann als Inhaber des *mundii* die Administration ausschließlich habe, ist den gedachten Begriffen ganz gemäß und da die Briloner Statuten eine Einschränkung dieser Administrationbefugnis eben so wenig enthalten als die Rübener, so ist klar, daß ihm nach Theorie und allgemeiner Praxis, zu Brilon die nemlichen Rechte zustehen wie zu Rübden. Es fragt sich nur, ob etwa das Fallrecht in unfruchtbaren Ehen hiebei nicht einen Unterschied macht? Diese Frage muß offenbar vereint werden. So lange die Ehe nicht wirklich aufgelöst ist, steht niemat fest, ob sie als eine unfruchtbare werde aufgelöst werden. Also erst durch die wirkliche Auflösung kann das Fallrecht in Wirklichkeit treten; alles bis dahin geschehene bleibt gültig. Nur das zur Zeit des Todes noch vorhandene Vermögen an Erbgütern fällt zurück, nicht das auf die eine oder andere Weise veräußerte. Die Veräußerung selbst kann von demjenigen gültig geschehen, der dazu grundsätzlich befugt ist. Wenn daher z. B. in einer unfruchtbaren Ehe die Frau stirbt und Erbgüter hinterläßt, welche dem Fallrechte unterworfen sind, so gehen diese freilich zurück, aber erst nach Bezahlung der auf der Gütergemeinschaft haftenden Schulden; denn diese affiziren das Gesamtvermögen beider Eheleute und daher auch die Erbgüter der Frau; *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Durch das Fallrecht überhaupt wird die Gütergemeinschaft nicht während der Ehe, sondern erst hinsichtlich ihrer Folgen nach Auflösung der Ehe eine irregu-

gularé. ²⁰⁰⁾ Eben deshalb dürfen fallrechtliche Güter während der Ehe, wie anderes eigenes Gut verkauft, verschenkt und sonst veräußert, also auch verpfändet werden. ²⁰¹⁾ Ueber die Folgen des Fallrechts nach aufgelöseter Ehe, verbreiten sich die folgenden Paragraphen.

§. 124.

Die Dispositionbefugnisse der Eheleute auf den Todesfall, sind im Ganzen denen zu Nüden ebenfalls gleich; nur muß auch hier, wegen des für unfruchtbare Ehen geltenden Fallrechts, einiges Nähere bemerkt werden. Nach Scherer ²⁰²⁾ ist von den meisten Privatrechtslehrern angenommen, daß fallrechtliche Güter, obgleich sie sonst in jeglicher Art veräußerlich, doch nicht durch Testamente oder sonst letztwillige Verordnungen an andere als die fallrechtlichen Erben vergeben werden können. Diese Annahme paßt indeß auf das Briloner Fallrecht aus dem doppelten Grunde nicht a) weil es schon seit Jahrhunderten überhaupt nicht mehr in der alten Strenge, wonach Erbgüter nur auf die blutverwandten Erben fallen konnten, bestanden hat; in eigentlich beerbten Ehen und in solchen, welche auch nur fruchtbar gewesen waren, fand es nicht statt; die jener Annahme zum Grunde liegende und sie eigentlich allein motivirende, unbedingte Anwendung des Fallrechts, findet also nicht statt und mit ihr auch die Annahme nicht, für welche ohnehin kein Beispiel aus der Praxis vorliegt; b) weil das Weisthum vom 7. Juni 1619, welches die Succession-Ordnung, nicht bloß für Ehegatten und Kinder in der Gütergemeinschaft, sondern auch für Ascendenten und Seitenverwandte umständlich auseinandersetzt, gleich den ersten Absatz mit den Worten einleitet: „Ist zuvörderst inter cetera quoad primum descendentium ordinem ab intestato, extra ulti-

²⁰⁰⁾ Scherer Gütergemeinschaft B. I. S. 230. §. 92. a. in fine.

²⁰¹⁾ Scherer a. a. D. S. 240.

²⁰²⁾ Scherer a. a. D. S. 240.

mae voluntatis casum in unverrückter unvordenklicher löblicher Observanz u. s. w.“ Alle statutarrechtliche Verfügungen haben also auch in Brilon nur subsidiäre Kraft, für den Fall, daß nicht letztwillig disponirt sey und die Befugniß letztwillig zu verfügen ist so unbeschränkt, als sie es bei der Natur der ehelichen Gütergemeinschaft, überhaupt nur seyn kann. Dieses führt auf dasjenige zurück, was darüber in den Motiven zu den §§. 38. 39. 40. gesagt worden und erleiden demnach die Bestimmungen des Nüdeners Rechts nur insofern eine Modification, als in Brilon für die statutarische Quart der Intestat-Erben, das fallrechtliche Gut derselben surrogirt wird.

§. 125.

Im Allgemeinen muß wegen des hier den Intestat-Erben offen gehaltenen Fallrechts, auf das bisher Gesagte und namentlich auf die Motive zu §. 42. Bezug genommen werden. Uebrigens richtet sich die Intestat-Erbfolge zu Brilon eben so wohl als zu Nüden, nach den Vorschriften des gemeinen Rechts. Es ergeben dieses die Bestimmungen des Statutarrechts ganz ausdrücklich. Das alte Statut §. 17. ordnet das bestrittene Repräsentationsrecht unter Descendenten dahin, daß der entferntere Descendent, unbedingt an die Stelle des, zwischen ihm und dem Verstorbenen, beim Anfälle der Erbschaft gestandenen, aber vor Erwerbung derselben gestorbenen, Ascendenten tritt, so daß es hier keines Transmissionrechts bedarf und ein jus accrescendi für die übrigen Descendenten, welches in solchem Falle das gemeine Recht kennt, ²⁰³⁾ niemals eintreten kann. Sodann setzt der §. 18. fest, Geschwisterkinder sollen bei Erbfällen die Stelle ihrer Eltern so vertreten, als ob diese bei dem Anfälle der Erbschaft ihrer (der Eltern) Geschwister noch am Leben gewesen wären; welches mit den Vorschriften der gemeinen Intestatsuccession in der 2ten Klasse zusammenfällt, wo auch

²⁰³⁾ Thibaut Pandecten §. 683.

Ascendrenten, vollbürtige Geschwister und deren Kinder zusammen erben. Zwar könnte man, weil das Statut die Geschwisterkinder ihren Eltern so gleich setzt, als ob diese noch im Leben wären, annehmen wollen, daß bei Vertheilung der Erbschaft in dieser Klasse, den Geschwisterkindern stets eine Virilportion zufalle, wie ihren Eltern. Allein da das Statut nur sagt: *pueri illa bona recipere valebunt, sicut illorum parentes, si adhuc vivi fuissent et essent*, so muß doch richtiger angenommen werden, die Kinder sollen das haben, was ihre Eltern empfangen haben würden, wenn sie noch im Leben gewesen wären; also eine Virilportion der Eltern als Stammtheil, wenn sie mit Ascendenten oder Geschwistern erben. Sind dagegen nur Geschwisterkinder vorhanden, so ist von einem Repräsentationsrechte überall nicht die Rede; die Geschwisterkinder erben dann nach Köpfen.

So bestimmt es dann auch ausdrücklich das Weisthum vom 7. Juni 1619, welches die ganze Intestatsuccession in ihren Grundzügen, so wie sie zu Brilon statt findet, deutlich auseinandersetzt. Diese ist danach überall der gemeinrechtlichen gleich; denn die in dem Weisthume enthaltenen Absätze bezeichnen nicht eigene Klassen von Erben, sondern sie zählen nur die Vertheilungs-Arten auf, sofern sie etwa nach gemeinem Rechte noch zweifelhaft seyn könnten. Die Praxis stimmt damit überein.

Hiernach stellt sich die Anwendung der Lehre vom Pflichttheile, zu Brilon fast eben so wie zu Rüden. Denn was 1) die Kinder betrifft, so ist für diese durch das Statut dahin gesorgt, daß ein Ehegatte, welcher in unfruchtbarer Ehe lebt, das Eigenthum seiner Erbgüter nicht auf den anderen Ehegatten, der nur den Nießbrauch behält, transferirt, sondern auf seine Erben. Bestehen diese nun aus Kindern, welche nicht in dieser Ehe gezeugt worden, so ist auch für ihren Pflichttheil in der Regel leicht gesorgt. In anderen Fällen, wenn z. B. zwar von einer kinderlosen aber doch nicht un-

fruchtbar gewesenem Ehe die Rede, muß es mit Ausmittelung des Pflichttheils so gehalten werden, wie in den Notizen zu §. 44. angegeben ist; 2) mit den Ascendenten verhält es sich hinsichtlich der Noth-Erben-Qualität zu Brilon eben so wie zu Rüden, mit dem Unterschiede, daß an die Stelle der statutarischen Quart, das fallrechtliche Gut tritt und daß es in Fällen fruchtbar gewesener, aber kinderlos aufgelöseter Ehen, gar keine Erbschaft für Ascendenten gibt. Daß auch zu Brilon Eltern mit ihren Kindern nicht erben, wenn letztere abgestorben sind und eins von ihnen stirbt, werden wir weiter unten sehen; 3) Mit Geschwistern und Ehefrauen verhält es sich zu Brilon wie zu Rüden; wie dies ganz in der Natur der Sache liegt.

Hinsichtlich der Schulden, bedarf es mit Bezug auf das Briloner Fallrecht noch einiger Bemerkungen. Es ist schon zu §. 123. angegeben worden, daß das Fallrecht die Gütergemeinschaft nicht während ihres Bestehens, sondern erst nach ihrer Aufhebung, hinsichtlich der Folgen, zu einer irregulären macht, daß eben deshalb auch dem Fallrechte unterworfenen Güter in der Gütergemeinschaft veräußerlich sind und daß folgeweise die Schulden der Gütergemeinschaft, diesen Theil des Gesamtvermögens eben so gut affizieren als alles übrige. Es fragt sich nun, wie ist die Auseinandersetzung hinsichtlich der erbchaftlichen Güter mit den Intestat-Erben zu bewirken? Als Hauptgrundsatz steht hier fest, die Schulden müssen bezahlt werden, so weit das Vermögen reicht. Wenn daher 1) auf den fallrechtlichen Gütern zur Zeit als sie in die Ehe gebracht wurden, schon besondere Schulden radizirt waren, so haften sie dafür zunächst; 2) dasselbe ist der Fall, wenn während des Bestehens der Gütergemeinschaft durch denjenigen, dem die desfallige Dispositionsbefugnis zugestanden, Schulden darauf radizirt wurden z. B. durch Constituirung von Hypotheken; denn die Verpfändung ist eine *species alienationis*; 3) haften dagegen die Schulden nur auf dem Gesamtvermögen im Allgemeinen, ohne besondere Rechtstitel auf einzelne Stücke, so können die fallrechtlichen

Güter nur dann zur Tilgung mit herangezogen werden, wenn das übrige Gesamtvermögen nicht zureicht. ²⁰⁴⁾

Hiernach sind die §§. 46. und 47. zu erläutern und zur Anwendung zu bringen.

§. 126.

Für alle, in den hier gedachten Paragraphen enthaltenen Bestimmungen, kann nur auf die in den früheren Motiven angegebenen Gründe Bezug genommen werden; weil die Briloner Praxis der letzten Zeit, in der fraglichen Beziehung zu arm ist, um besondere Belege liefern zu können. Sene aus der Natur der Sache geschöpften Gründe, werden aber in Verbindung mit dem zu §. 122. Gesagten genügen, die Bestimmungen auch für Brilon zu rechtfertigen. Zu irgend einer willkürlichen Abweichung von ihnen liegt kein Grund vor; sie sind ganz die gemeinen des deutschen Privatrechts.

§. 127.

Ueber das hier berührte Verhältnis der Kinder unter sich, muß noch Einiges bemerkt werden. Das Briloner Statut spricht sich zwar nicht, wie das Rübener, ausdrücklich darüber aus, daß abgeschichtete Kinder, mit Ausschluß der Eltern, sich untereinander ab intestato beerben sollen; allein es liegt dies, wie schon in den Motiven zu §. 72. und 73. bemerkt worden, ganz in der Natur der Sache und der durch die Abschtung gegebenen Reziprozität, des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Es wird dadurch nemlich das erbshastliche Wechselverhältnis zwischen beiden aufgehoben. So wie der *parens superstes* durch die Schchtung das Recht erwirbt, sich mit seinem Vermögen in eine weitere Gütergemeinschaft zu begeben, an welcher die Worfkinder keine Erbansprüche zu machen befugt sind, so ist auch umgekehrt der *parens* von allen ferneren Ansprüchen an dem Vermögen

der abgeschichteten Kinder ausgeschlossen. Die Kinder stehen unter sich in einer besonderen Gewere und beerben sich in solcher mit Ausschluß der abgefundenen Eltern; so wie es die §§. 70—74 angeben. (§. 129. Motive.)

Die folgenden Bestimmungen über Einkindschaft und Adoption bedürfen, als ganz gemeinrechtlich, keiner weiteren Motive, als welche dafür bereits angegeben sind.

§. 128.

Ueber die Art und Weise wie die Theilung zwischen Eltern und Kindern durch Erbschtung geschehen soll, äußert sich das Weisthum vom 7. Juni 1619 ²⁰⁵⁾ sehr genau und zwar grade so, wie es die §§. 79—82. für die Rübener Gütergemeinschaft vorschreiben. Dasselbe ist mit den folgenden Paragraphen hinsichtlich der Repräsentation der Descendenten und der danach verschiedenen Theilung unter sich, nach Köpfen oder Stämmen der Fall, wie in den Motiven zum §. 125. weiter ausgeführt worden. Die zu §. 85. gemachte Modification, wird durch den Begriff der Briloner Gütergemeinschaft (§. 121.) und durch das darin den Intestat-Erben bedungene Fallrecht nothwendig.

§. 129.

Daß die Theilung *in natura* geschehen müsse, wenn nicht ein Anderes durch wechselseitiges Einverständnis beliebt wird, ist nicht bloß dem ursprünglichen Sinne der Statutarrechte gemäß, wie schon in den Motiven zu §. 88. 89. ausgeführt worden, sondern es stimmt auch damit die Briloner Praxis, welche in der Regel den Nachlaß nach Werthanschlägen in möglichst gleiche Theile setzt und diese unter den Interessenten verlosen läßt, wo dann die bleibende Ungleichheit durch Herauszahlung an diejenigen, welche zu wenig erhalten haben, ausgeglichen wird. Ueber das Haus und diejenigen Mobilien, welche davon nicht wohl getrennt werden können,

²⁰⁴⁾ Scherer Gütergemeinschaft Ehl. 2. S. 262. Daz zu Runde B. 6. S. 429.

²⁰⁵⁾ Weist. 33.

findet gewöhnlich ein gütliches, den Umständen angemessenes Abkommen statt, so daß diese Theile von dem *parens* superstes oder von den Kindern *pro taxa* übernommen werden. Wo aber ein solches Abkommen nicht zu bewerkstelligen war, da wurde bisher immer angenommen, daß den Kindern und unter diesen dem jüngsten Sohne, demnächst aber der jüngsten Tochter die Wahl zukomme.

Das Wahlrecht der Kinder überhaupt, ist anerkannt in dem Weisthume von 1606, ²⁶⁶⁾ welches sagt: „Danebst steht den Kindern aus erster Ehe frei und in ihrer Willkühr ihre elterliche Behausung des halben Werths zu behalten.“ Das Wahlrecht des jüngsten Sohnes oder der jüngsten Tochter aber beruht auf keinem ausdrücklichen Statut, sondern nur auf einem uralten, in dem Glauben der Einwohner noch jetzt als Recht wurzelnden Herbringen, welches jedoch keine *in contradictorio* erlassene Präjudicate für sich hat und nach der Praxis der letzten 30 Jahre kaum für sich haben kann. Es ist übrigens geschichtlich sehr wohl zu erklären, durch den Gang, den die Abfindung der Kinder gewöhnlich nahm; je das älteste wurde eines nach dem Anderen aus der elterlichen Were abgefunden, der jüngste oder einzige Sohn oder die jüngste Tochter, blieben als Stütze der Eltern bei diesen und so fiel ihnen die Were auch eher und billiger zu, als den übrigen, welche sich schon auf eigenen Fuß etablirt hatten, eine eigene Were besaßen, zu deren Anschaffung ihnen aus dem elterlichen Hause die Ausstattung gegeben war, welche das jüngste Kind daran noch zu fordern hatte. ²⁶⁷⁾ Zur Anerkennung der gedachten Rücksichten und um Streitigkeiten zu vermeiden, ist die fragliche Bestimmung im Entwurfe mit aufgenommen. Die immer nachtheilige Vertheilung oder Veräußerung des väterlichen Hauses, wird dadurch umgangen.

Zu den unverändert bleibenden §§. 91.—100. wollen wir nur noch auf die Bestimmung des ältesten Statuts von

²⁶⁶⁾ Weik. 32.

²⁶⁷⁾ Wigand über die Gütergemeinschaft in v. Rump's Jahrbüchern B. 36. S. 82.

1290 aufmerksam machen, welches besagt, der überlebende Gatte könne die ihm bei der Abschichtung zufallende Hälfte *sine alicujus calumpnia* dem zweiten Gatten *plenius assignare, tradere ac donare*. Es folgt daraus, daß das Verhältniß wechselseitiger völliger Abfindung, von dem durch Schichtung getheilten Vermögen, in Brilon eben so fest und grade so gegründet wird wie zu Rüden, Geseke und Werl. (Man vergl. die Motive zu §. 127.)

§. 130.

Die an dem §. 104. gemachte Abänderung, bedarf zu ihrer Rechtfertigung nichts als einer Verweisung auf den Begriff der Briloner Gütergemeinschaft im §. 121. und die daraus fließenden Folgen.

Zu §. 111. und 112. wollen wir nur noch auf das Weisthum vom 7. Juni 1619 §. 4. 5. und auf das vom 14. Juni desselben Jahres Bezug nehmen, welche beide ausdrücklich besagen, daß die statutarrechtlichen Bestimmungen über Gütergemeinschaft, durch *pacta* ausgeschlossen werden können.

§. 131.

Die Stadt Medebach, von jeher der Sitz eines Gerichts, ist ein uraltes Tafelgut der kölnischen Kirche, welcher es schon lange vorher angehörte, ehe Erzbischof Philipp 1180 das Herzogthum in Westfalen erwarb. Wir sehen dieses aus einer Urkunde Erzbischof Arnolds I. v. 1144, ²⁶⁸⁾ worin er erzählt, er habe die alte *villa Medebeke* auf einer Inspectionreise, wo er an die äußersten Grenzen seiner Diocese gekommen, besucht, ihre Kirche geweiht, das Volk gestirmt und gefunden, daß sie eigentlich ein *honestum opidum* sey, daß sie einen öffentlichen Markt unter Königs Banne habe, und ursprünglich frei gewesen sey, aber seit sie von des Erzbischofs Vorfahren einzelnen Rittern zur Lehn gegeben

²⁶⁸⁾ Seiberg Urk. Buch B. 1. N^o 46.

worden, an den Folgen unseliger Vielherrigkeit leide, daß sie durch Schulden und übermäßige Dienste, durch Gewerbaufgaben und Eingriffe in ihre Geseze, welches alles hauptsächlich dem Vogte zur Last falle, niedergedrückt und alle ihre Privilegien und Rechte zu verlieren, im Begriffe gewesen; daß er aber deswegen ihre früheren Privilegien wiederhergestellt und verordnet habe, die *leges* ihres *fori* sollten gleich seyn den *legibus fori Suesatiensis*. Diese Bestätigung ihrer alten Rechte wiederholt Erzbischof Rainald in einer merkwürdigen Urkunde von 1165, ²⁶⁰⁾ welche ihrer Wichtigkeit wegen einen eigenen Commentar verdiente. Auch hier wird dem *forum* in Medebach, Friede und Gleichheit der Rechte mit Soest zugesichert, die Medebacher Stadtrechte selbst aber werden zugleich speziel aufgeführt, was in der vorhin gedachten Urkunde nicht der Fall war. Aus einer Vergleichung dieser Urkunde mit dem alten Soester Stadtrechte (um 1120) ²⁷⁰⁾ geht hervor, daß die Verfassung Medebachs der von Soest ziemlich treu nachgebildet war. Es hatte vor allen ein geistliches oder Synodal-Gericht *coram preposito vel decano*, dann ein höchstes weltliches *coram advocato* der unter des Königs Banne, namentlich die Criminalgerichtsbarkeit ausübte, einen gewöhnlichen Civilrichter *villicus* und einige Burrichter *judices quotidiani*, die von den Bürgern selbst gewählt wurden, über kleine Diebstähle *infra XII. nummos* richteten und die Hirten ihrer Burschaft bestellten, Civilsachen zwischen 12 und 30 Nummos, gehörten vor den *villicus*, der ohne des Königs Bann richtete. *De injustis modiis et de omnibus que pertinent ad victualia*, über jegige Polizeisachen, gebührte das Erkenntniß dem Stadtrath, ebenfalls *sine banno*. Wegen der übrigen höheren Sachen mußte aber der Vogt, der dreimal im Jahre sein *colloquium* hielt, angegangen werden, damit er sie *judicio scabinorum* schlichte.

²⁶⁰⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 55.

²⁷⁰⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 42.

Von einer ehelichen Gütergemeinschaft ist in diesem alten Rechte noch keine Rede; welches sehr natürlich ist, weil sich jenes Institut erst später ausbildete. Nur eine Stelle kommt in der Urkunde vor, welche sich auf eheliche Güterverhältnisse bezieht und folgendermaßen lautet:

§. 14. *Qui uxorem legitimum vobiscum duxerit, quicquid primo mane coram paranimphis et concivibus suis uxori sue dederit et illa ei cum assensu heredum utriusque, quod teutonice Morgengau (sic) vocatur, uterque integra pace optinebit; sed si forte contigerit, quod aliquis datum illud quod Morgengau vocatur, infringere voluerit, ille qui datum habet in usucapione, quod vulgo dicitur angeweren, testimonio paranimphorum et adjutorio concivium suorum, sicut justum est, sua veritate et juramento debet optinere et talis justitia debet sufficere illi qui eum impetit.*

Diese Stelle, welche ganz an eine ähnliche im alten Soester Rechte erinnert, ²⁷¹⁾ könnte vielmehr auf den ersten Anblick Zeugniß gegen die eheliche Gütergemeinschaft ablegen, weil darin von Gute die Rede ist, welches die Eheleute sich einander schenken und jeder in eigener Gewere haben dürfen. Indes ist das Wort: Morgengabe auch sehr vieldeutig, weil es bald Heirathgut, bald Aussteuer, bald Widerlage, bald das Witthum bezeichnet ²⁷²⁾ und im vorliegenden Falle wenigstens nicht im Sinne des späteren deutschen Privatrechts genommen wird, welches bloß diejenigen Geschenke darunter versteht, die der Mann am Morgen nach der Hochzeit seiner Frau macht. Die Urkunde spricht vielmehr von dem, was der Mann der Frau und was die Frau dem Manne, also was sie sich einander zubringen und das sollen sie *uterque integra pace*, beide in unzertheiltem Frieden gegen Dritte besitzen.

²⁷¹⁾ Seiberg Urk. Buch I. c. S. 52. §. 28.

²⁷²⁾ Danz zu Kunde B. 6. S. 327.

Sey dem aber, wie ihm wolle, gewiß ist, daß sich später die Gütergemeinschaft in Medebach eben so vollständig ausbildete, als in Brilon und Rüden, wie dann auch Erzbischof Engelbert der Heilige 1220 der Stadt Medebach ausdrücklich die Rechte der Städte Brilon und Rüden gab ²⁷³⁾ und die statutarische Gütergemeinschaft in allen drei Städten, geringe Modificationen abgerechnet, gleich war. Die ferneren Quellen dieses Rechts-Instituts für Medebach sind folgende:

1314, errichten Bürgermeister und Rath mit der ganzen Bürgerschaft ein Statut über Heergewette und Gerade, welches wenigstens insofern die Existenz der Gütergemeinschaft beweiset, als darin gesagt ist, daß nur Unverheiratheten gestattet seyn solle, darüber wie über gemeines Erbe zu disponiren.

(1350) sine anno, aber der Handschrift nach um die Mitte des 14ten Jahrhunderts, wurden unter dem Titel **Articuli de iuribus civitatis Medebacensis**, die alten Statutarrechte der Stadt, in einer zeitgemäßen Fassung, auf einem Pergamen niedergeschrieben, welches zu oberst eine Abschrift der von Rainald gegebenen Statuten und dann in 54 Sätzen jene Artikel enthielt. Diese besagen ad 6:

Item si puella quel quevis mulier viro nupserit et ille decesserit heredem justum ex ea gnatum ab ipso non relinquens, vniuersa bona sua principaliter possidebit et dimidietatem bonorum viri secundum justitiam civitatis eidem colatorum retinebit, altera parte ad heredes memorati viri redeunte. Item de muliere debet intelligi, nam persone legitime semper ad paria iudicantur. ²⁷⁴⁾

²⁷³⁾ Seiberg Urkundenbuch B. I. N^o 157.

²⁷⁴⁾ Vollständig werden die Artikel nebst dem Statut von 1314 und der Rathgerichts-Ordnung von 1646 in den folgenden Bänden des Urkundenbuches abgedruckt.

In dieser Bestimmung ist die damals zu Medebach bestandene eheliche Gütergemeinschaft deutlich vorausgesetzt; denn sie sanctionirt die Abfindung der Blutverwandten bei unbeerbter Ehe, durch Eviction der statutarischen Quart für dieselben, sichert dem überlebenden Gatten die Erbrechte auf das übrige ganze Vermögen und stellt in dieser Beziehung den Rechten des Mannes, die der Frau völlig gleich.

1646. Nachdem die alten Artikel im Jahr 1634 durch die Hessischen Truppen, in den Stürmen des 30jährigen Krieges, auf eine Zeitlang aus dem Gewahrsam der Stadt entrückt worden, wurden unter dem Titel **Ordo iudicii consulis et consularium** oder Medebachische Rathsgerichts-Ordnung, die alten Statutarrechte wiederholt umgearbeitet und der damaligen Praxis gemäß, umständlich zusammengestellt. In dem 7ten Abschnitt **ad causas hereditarias**, Erb- und Sterbfälle belangend, wird die eheliche Gütergemeinschaft nach ihren Hauptzügen in mehren Artikeln abgehandelt. ²⁷⁵⁾ Diese Artikel gelten noch jetzt in Medebach und soll nach ihnen der Begriff der dortigen Gütergemeinschaft bestimmt werden, nachdem vorher noch Einiges über die Schicksale dieses Instituts, in der letzteren Zeit bemerkt worden ist.

Es ging nemlich in Medebach wie in Brilon. So lange die alte Magistratverfassung bestand und der Stadtrath die Erbfälle mit ausschließlicher Competenz nach altem Herbringen schlichtete, geschah dieses nach den, Jedermann bekannten Statutarrechten. Seit aber das Hessische Gouvernement dem landesherrlichen Gerichte in allen Sachen gleiche Competenz mit dem Stadtgerichte beilegte und die landesherrlichen Richter, auffer Medebach geboren, die örtlichen Gesetze ignorirend, alles nach gemeinem Rechte beurtheilten, auch viele böse Schuldner ihre Creditoren durch Berufung auf die Bestimmungen des römischen Dotalrechts zu hintergehen suchten, kam die Anwendung des alten Sta-

²⁷⁵⁾ Einen Auszug davon enthält die Beilage 36.

tutarrechts allmählig außer Übung, bis sich in den neuesten Zeiten Einzelne, in ihrem Interesse, wieder darauf beriefen und das bestrittene Daseyn desselben erwiesen. Es geschah dieses namentlich in Sachen Carstanjen gegen Althausen, und nachdem hier das königliche Hofgericht durch Erkenntniß vom 11ten März 1831, ²⁷⁶⁾ das Fortbestehen des, durch temporären Nichtgebrauch nicht aufgehobenen Statutarrechts einmal anerkannt hatte, ist auch in allen vorkommenden Fällen danach wieder verfahren worden. Die Praxis der späteren Zeit ist unter diesen Umständen auch über das Meдебacher Statutarrecht ziemlich dürftig; jedoch sind die dahin gehörigen Fälle auf Veranlassung des königl. Hofgerichts von einem Mitgliede des damaligen Justiz-Amtes Meдебach in den alten Stadtgerichts-Akten recherchirt und zusammengestellt. Diese Zusammenstellung ²⁷⁷⁾ gewährt die nächste Quelle, für Beurtheilung der einzelnen practischen Seiten des Instituts der Gütergemeinschaft.

Diese gilt übrigens außer der Stadt Meдебach nur noch in dem nahe dabei liegenden, aus wenigen Häusern bestehenden Dörfchen Donau, dessen Bewohner von jeher als Außenbürger der Stadt angesehen worden sind. In allen eigentlichen Landgemeinden des Gerichts gilt gemeines Recht.

§. 152. 153.

Der angegebene Begriff der Meдебacher Gütergemeinschaft findet seine Begründung in den Sätzen der Rathgerichts-Ordnung; ²⁷⁸⁾ so daß es außer einer Hinweisung auf diese, kaum einer näheren Begründung bedarf, die ihm jedoch bei der speziellen Entwicklung seiner Theile werden soll. Nur über die Fassung der Sätze 3 und 4 der Rathgerichts-Ordnung ist einiges zu bemerken. Der Satz 3 ist eigentlich überflüssig, weil er nichts anderes besagt, als was im Satz

²⁷⁶⁾ Beilage 37.

²⁷⁷⁾ Auszugweise ist sie in der Beilage 38 enthalten.

²⁷⁸⁾ Beilage 36.

1 enthalten ist; nemlich daß bei unbeerbten Ehen die Hälfte von dem Eingebachten, des zuerst verstorbenen Gatten, an dessen nächste Blutverwandten fällt, welches, wenn er aus einer früheren Ehe Kinder hat, natürlich nur diese seyn können. Der Satz 4 ist undeutlich gefaßt, er wird jedoch deutlich dadurch, daß er seiner Stellung nach, den Gegensatz von dem vorigen bilden soll. Er sagt nemlich wörtlich nur, wenn in der andern Ehe Kinder gezeugt worden. Es muß aber heißen, wenn beim Tode des zur zweiten Ehe geschrittenen Gatten, aus dieser Ehe Kinder vorhanden sind, so behält der überlebende Gatte das ganze Vermögen und die Hälfte des von dem Verstorbenen zur zweiten Ehe eingebrachten Vermögens. Die andere Hälfte dieses Vermögens, wird zwischen den Kindern letzter und erster Ehe getheilt. — ²⁷⁹⁾ Bei solchen Theilungen wurde nach der Meдебacher Praxis immer das bei der Schichtung mit den Kindern erster Ehe errichtete Inventar, zum Grunde gelegt. Die Kinder erster Ehe bekümmerten sich weder um den Erwerb der folgenden, noch um die darin gemachten Schulden; welches auch ganz in der Ordnung, weil sie durch die frühere Schichtung von dem Vermögen ihrer Eltern abgefunden waren und es daher schon eine Inconsequenz ist, daß sie mit den Kindern zweiter Ehe nochmal zur Theilung des *Mati* zugelassen werden, welches dem *parens superstes* aus der Schichtung zugefallen war; denn an der Communion der zweiten Ehe, wozu jenes *Matum* gehört, haben sie keinen Theil und so lange Kinder in der Ehe gezeugt werden, welche die Gütergemeinschaft mit dem überlebenden Gatten fortsetzen, ist ein Fallrecht, nach den Grundsätzen einer regelmäßigen Gütergemeinschaft, nicht zulässig.

Inzwischen erheben sich hier für die Praxis doch große Bedenken, welche hauptsächlich in der Schwierigkeit, das zu vertheilende *Matum* auszumitteln, ihren Grund haben. Es

²⁷⁹⁾ Es gehören hieher in der Beilage 38 die Fälle 20. 25. 34. und 39.

fragt sich nemlich, wie es zu halten, wenn das bei Eingehung der zweiten Ehe inventarifirte Matrimonium nicht mehr vorhanden oder wegen unterbliebener Inventarifation nicht klar zu stellen ist? — Um diese Frage gründlich zu beantworten, müssen wir auf die Geschichte des Eingebrauchten der deutschen Frau zurückgehen.

Bei Eingehung der Ehe pflegte der Mann seiner Frau eine Morgengabe und ein Witthum anzuweisen. Jene erhielt sie nach seinem Tode zum Eigenthume, dieses als Leibgedinge zum lebenslänglichen Genuß. Dieses Witthum ist die deutsche *dos* im Gegensatze der römischen, welche die Frau dem Manne *ad sustinendum matrimonii onera* zubrachte. Die Morgengabe sowohl als das Leibgedinge, sofern sie in beweglichen Sachen bestanden, konnte der Mann, vermöge seiner ehelichen Vogtschaft, seines *mundii*, veräußern; bestanden sie aber in unbeweglichen Gütern, was bei dem Leibgedinge in der Regel der Fall war, so fand eine Veräußerung nur mit Einwilligung der Frau statt. War eine Veräußerung geschehen, was bei der meist in beweglichen Sachen bestehenden Morgengabe, nur zu häufig geschah, so nahm die Frau aus der im Nachlasse vorhandenen *Satung* beweglicher Sachen soviel heraus, als ihr gebührte und hinderte durch dieses eventuelle Recht keine Veräußerung. — Das eigentliche Eingebrauchte der deutschen Frau, (die römische *dos*) bestand meist in einer aus beweglichen Sachen zusammengesetzten *Kußsteuer*, (*apparatus mulieris*) worüber der Mann das *mundium* mit dem Veräußerungsrechte eben so auszuüben pflegte, wie über die Morgengabe, wogegen dann aber auch die Frau, nach dem Tode des Mannes, sich aus dem Nachlasse desselben den Ersatz grade so leisten ließ; indem sie alle Gegenstände, welche gewöhnlich zur *Kußsteuer* gegeben zu werden pflegen, unter dem Namen der *Gerade* als Eigenthum aus dem Nachlasse zurücknahm. ²⁰⁰⁾ Unbewegliches Gut fiel in den ältesten

²⁰⁰⁾ *Rezugnis* dazu ertheilte ihr der *Sachsenspiegel* B. 1. Art. 24.

Zeiten gar nicht auf Weiber; als dieses später geschah, behielt es doch noch lange die Natur des alten Erbes wenn es von einer Frau auch in die Ehe gebracht wurde und konnte weder ohne ihre Zustimmung vom Manne, noch ohne Bewilligung der rechtmäßigen Erben, freiwillig veräußert werden. ²⁰¹⁾ Da jedoch echte Noth immer, auch ohne *Consens* der Erben, zur Veräußerung berechnete, so war der Mann, um die Folgen der *Insolvenz* zu vermeiden, gewiß auch befugt, die unbeweglichen Güter der Frau zu veräußern. ²⁰²⁾ ehe noch gegen Ende des sechszehnten Jahrhunderts, alles Gut zu veräußerlichem gemeinschaftlichem Gute geworden und dadurch der Begriff von *Gerade* und *Heergewette* von selbst antiquirt war. (S. 94.)

Ehe es aber wirklich so weit kam, war noch manche Veränderung des güterrechtlichen Verhältnisses auszubilden. In den Städten, wo das Witthum weniger gebräuchlich war, als auf dem Lande, fing man zuerst an, der Frau statt desselben andere Vortheile zu bewilligen. Die Veräußerungsbefugnis des Mannes war hier durch die leicht zu erlangende Zustimmung der Frau bald auszudehnen und zumal wenn Kinder, die nächsten zum Widerspruche berechtigten Erben, vorhanden waren, auch bei eigentlichem *Erbgute* überall aufrecht zu erhalten. Die *Vogtrechte* des Mannes wurden daher immer ausgedehnter und um dieselben mit den Eigenthumsrechten der Frau zu versöhnen, blieb nichts übrig, als dieser nach aufgelöseter Ehe einen quoten Theil des bis dahin gemein gewesenenes Gutes zuzusprechen, woraus sich erst später und ganz allmählich, durch die *Reziprozität* des ehelichen Verhältnisses, für die Frau als überlebenden Theil, eine gleiche Berechtigung zu dem *Gesammitgute* und somit der Begriff der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft unserer Tage ergab. Es dauerte lange bis man sich überredete, daß im Trennungsfalle der Ehe, noch eben so gemeinsames Gut vor-

²⁰¹⁾ *Sachsenspiegel* B. 1. Art. 31.

²⁰²⁾ *Sichhorn Privat-Recht* §. 794.

handen sey, wie es während ihrer Dauer gewesen; wenigstens konnte man sich bei unbeerbten Ehen schwer an diesen Gedanken gewöhnen, wo man vielmehr immer das Eingebachte der Frau, als ein fremdes im Nachlasse des Mannes befindliches Gut ansah. Wie man allmählig dazu gelangte, die Ansprüche der Blutverwandten an diesem fremden Erbute, durch Bewilligung der statutarischen Quart aufzufinden, haben wir schon früher bemerkt. (S. 137.) Hier wollen wir nur noch bemerken, daß hauptsächlich die Schwierigkeit der Ausmittelung des Eingebachten, jenen Uebergang erleichtert hat. Die Einheit des Guts hinsichtlich seiner Veräußerlichkeit, welche es bei beerbten Ehen so nahe legte, dasselbe nach ihrer Trennung nicht wieder in seine ursprünglichen Bestandtheile aufzulösen, veranlaßte zuvörderst, daß man durch Eheverordnungen, für den Fall der Kinderlosigkeit, die gegenseitige Erbfolge der Eheleute vertragmäßig zu bedingen pflegte und wo dieses häufig geschah, da bildete sich sehr leicht das gleiche Gewohnheitsrecht, welches spätere Statuten immer bestätigten. ²⁰⁰⁾ Davon war dann wieder die Ausdehnung des Systems der Theilung, im Falle der Wiederverheirathung, ganz natürliche Folge; weil bei veräußerlichen Gütern die Berechnung des Eingebachten ihre große Unbequemlichkeit hatte, indem eine anfangs beerbte Ehe, worin alles veräußerliche Gut fast unauslösllich gemein wurde, beim Tode eines Ehegatten unbeerbt seyn konnte und dieser Fall in Schwierigkeiten verwickelte, welche man durch Theilung nach Quoten am leichtesten beseitigte.

Wenden wir diese Data auf den vorliegenden Fall an, so ist es zuvörderst klar, daß die Ausdrücke *dos* und *donatio propter nuptias* im ersten Artikel der Rathgerichtsordnung mit der altdeutschen *dos* nichts gemein haben. Der Compiler dieser Ordnung lebte zu einer Zeit (1646) wo eingebrungene römische Begriffe, die klare Anschauung reindeutscher Rechtsinstitute längst getrübt hatten. Er bediente sich

²⁰⁰⁾ Eichhorn Rechtsgeschichte B. 3. S. 451.

jener Ausdrücke nur, um das wechselseitig zugebrachte Vermögen der Frau und des Mannes in seinen Gesichtskreis zu bringen. Wir können also auch an die Ausdrücke nicht die damit bezeichnet werdenden römischen Begriffe und deren Folgen knüpfen, sondern wir dürfen nur das deutsche Vermögen beider Eheleute darunter verstehen und zwar in dem Verhältnisse, wie es sich rechtsgeschichtlich festgestellt hatte. Nämlich das Vermögen beider Eheleute floß durch die Heirath in ein Gesamtgut zusammen, welches in seine ursprünglichen Theile nicht wieder zerlegt werden konnte und wenn von der Zurückgabe eines *Mati* in den Artikeln die Rede ist, so kann dabei nicht an eine Zurückgabe der einzelnen Stücke in *individuo*, sondern nur an Herausgabe ihres Werths, nach der Taxe des Inventars, gedacht werden. Die individuellen Stücke gehen in das Gesamtgut der zweiten Ehe über und unterliegen der vollen Dispositionsbefugnis der Interessenten dieser Ehe. Das quantitative *Matum* des überlebenden Ehegatten zur zweiten Ehe, wird von dem Vermögen derselben als Schuld vorweg abgezogen und unter die Kinder des überlebenden Gatten aus beiden Ehen getheilt; das Uebrige fällt an die Kinder zweiter Ehe ausschließlich.

Eine andere Ansicht der Sache ist zwar noch in der Art möglich, daß man sich mit den römischen Juristen die Verhältnisse der Ehegatten während der Ehe als eine *communio honorum usufructuaria* hinsichtlich ihres eingebrachten Vermögens denkt, wovon die Theilung des gemeinschaftlichen Gewinns, nach den Regeln der Sozietät, als natürliche Folge erscheint. Diese Ansicht würde zugleich über die Schwierigkeit hinaus Helfen, wie es zu halten, wenn in zweiter Ehe so viele Schulden entstehen, daß nach Abzug des *Mati* aus erster Ehe, für die Communio der zweiten nichts übrig bleibt. Allein sie scheint doch nicht gegründet; weil das Meibacher Statut, welches sich auf dem Rübener gründet, die den Blutverwandten einvirzte *portio statutaria* weder als eine particularrechtliche besondere Erbfolge *extra communionem* statuiert, noch sie aus einer *communio par-*

icularis hinsichtlich gewisser Güter ableitet, mit Bezug auf welche dann die Communion an dem Eingebachten, theils als eine proprietaria theils als eine usufructuaria zu betrachten seyn würde. Es tritt vielmehr zu Medebach grade eine solche **communio honorum universalis** unter den Eheleuten ein, wie zu Räden. Es müssen daher auch die Folgen derselben anerkannt werden und es läßt sich nicht ändern, wenn solche in concreten Fällen Härten zum Nachtheile der Kinder zweiter Ehe mit sich bringen, welche man von den Kindern erster Ehe, durch das ihnen an dem **Illatum** ihres überlebenden Parens zur zweiten, eingeräumte Erbrecht, abwenden wollte.

§. 134

Hinsichtlich der Beibehaltung dieser Paragraphen, wird im Allgemeinen auf die Motive zu §. 123. Bezug genommen. Insbesondere ist dieses der Fall zu §. 5. wegen Ausschließung der Lehne. Brilon und Medebach stehen sich hier gleich. Die Sätze 5. und 6. der Rathgerichts-Ordnung sprechen sich darüber ganz unzweifelhaft aus; das Uebrige enthalten die Motive zu 1. 2. 3. 4. 5. des Zusages II.

Ueber die Gemeinschaftlichkeit der Schulden (§. 9.) spricht der Satz 1. der Rathgerichts-Ordnung so deutlich als möglich; sie bleiben immer der Gemeinschaft. Die Praxis ist damit ganz einverstanden.

Die §§. 10—26. rechtfertigen sich ganz durch die früher dafür angegebenen Motive. Zu der Bestimmung des §. 25. daß die Ausschließung der Gütergemeinschaft durch Vertrag, an keine Zeit gebunden sey; also auch nach eingetretener Ehe, wenn sie gesetzlich schon eingetreten ist und bestanden hat, durch Vertrag für die Folge aufgehoben werden könne, liefert die Medebacher Praxis ebenfalls Beispiele. Es wird deshalb auf das im Amtsblatte pro 1837. Stück 1. und 2. inserirte Publicandum des Justiz-Amtes Medebach vom 26. Novbr. 1836 Bezug genommen, wonach die Eheleute Franz Joseph Poelmann und Agnes Poelmann

durch Vertrag vom 8. August 1836, die bis dahin unter ihnen bestandene eheliche Gütergemeinschaft, für die Folge ausgeschlossen haben.

Wegen der §§. 27—37. über die Dispositionsbefugnisse der Eheleute unter den Lebendigen, wird auf die Motive zu §. 123. Bezug genommen. Die Medebacher Praxis ist unbedingt dafür, daß der Mann während der Ehe dort eben so uneingeschränkter Disponent sey, als zu Räden. Zwar ist zu Medebach einmal ein Fall vorgekommen²²⁴⁾ wo die ausschließliche Dispositionsbefugnis des Mannes, welcher einen, von ihm selbst zur Ehe inserirten Markentheil ohne Zuziehung seiner Frau vertauscht hatte und deswegen nachher den Tausch nicht halten wollte, aus dem Grunde vom Richter bestritten worden: „weil unter Eheleuten, wenn Kinder vorhanden, nach Stadtrecht ein gemeinsames Wesen, auch obnehin eine Frau ob illata, in ihres Mannes Gütern ein rechtliches Pfand und Sicherheit hat“ allein es braucht kaum bemerkt zu werden, daß der Richter, der aus solchen Gründen „den anmaaßlichen Tausch-Contract für ohngültig erklärte,“ nicht wußte, was er that. Er verwirrte römisches und deutsches Recht, auf eine ganz unpassende Weise miteinander und hatte augenscheinlich gar keinen klaren Begriff von „dem gemeinsamen Wesen“ unter Eheleuten. Die Entscheidung ist auch für die Praxis ganz ohne Folgen geblieben.

Das den abgeschicketen Kindern der ersten Ehe, an dem Eingebachten ihres schichtenden Parens zur zweiten Ehe, mit den Kindern dieser Ehe eingeräumte Erbrecht, kann dabei so wenig Unterschied machen, als das Briloner Fallrecht für die Blutverwandten, bei unbeerbter Ehe. Wenn das Eingebachte zur zweiten Ehe, in dieser verzehrt oder sonst veräußert wird, so können es die Kinder nicht erben, sie mögen aus erster oder aus zweiter Ehe abstammen. Die Kinder der ersten Ehe nehmen zwar keinen Theil an den Schulden

²²⁴⁾ Beilage 38. Nr. 11.

der zweiten, eben weil sie nicht zur Communion in dieser gehören, allein da sie in dem *Mato* ihres *parens superstes* mit den Kindern der zweiten Ehe in *capita*, also insofern ganz mit diesen Kindern gleich erben, so können sie auch nicht mehr Ansprüche als diese haben, müssen sich vielmehr gleich ihnen die rechtlichen Folgen der allgemeinen Säge, *quod viventis non datur hereditas* und daß von der *hereditas* das *res alienum* abgeht, gefallen lassen. Schulden, welche einmal, vermöge gültiger Dispositionsbefugniß während der 2ten Ehe gemacht und beziehungsweise an dem Eingebrachten des *conjux* hinüber rabizirt sind, müssen die Erben desselben anerkennen, folglich auch die Kinder erster Ehe, welche jedoch mit ihrem eigenen Vermögen für die Schulden der zweiten Ehe nicht haften und mit den Kindern der zweiten Ehe, jenes Eingebachte unter sich theilen; so fern es, nach Abzug der Schulden, noch da ist.

§. 135.

Außer demjenigen, was in den Motiven zu §. 124. gesagt worden, ist hier wegen des Erbrechts der Kinder aus früheren Ehen, an dem *Matum* ihres *parens superstes* in zweiter Ehe, noch folgendes zu bemerken. Dieses Erbrecht ist nach dem, was in den Motiven zu §. 133. gesagt worden, eigentlich eine Irregularität gegen den Grundgedanken der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft und muß daher strict interpretirt werden. Es liegt dieses selbst im Sinne des Medebacher Statuts, welches die abgeschichteten Kinder erster Ehe, nicht mit den Kindern zweiter Ehe zur Erbschaft im vollen Nachlasse des überlebenden Gatten in zweiter Ehe, welcher die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens beträgt, sondern nur zur Theilnahme an dem *Matum* desselben zur zweiten Ehe zuläßt, also dadurch anerkennt, daß die abgeschichteten Kinder keinen Theil an der Communion dieser Ehe haben. — Es könnte hienach gefragt werden, ob diese abgeschichteten Kinder, hinsichtlich des ihnen eingeräumten Erbrechts an dem *Matum*, überhaupt noch als Notherben oder

eben wegen ihrer Absichtung, vielmehr als simple Intestat-Erben zu betrachten sind? wie dieses bei abgeschichteten Kindern nach Rübener Gütergemeinschaft der Fall ist. Billig sollte es so seyn, weil auch die Gütergemeinschaft zweiter Ehe, in Medebach wie in Rübener, durch den Tod des einen Ehegatten nicht aufgelöst, sondern prorogirt wird, bis der überlebende Ehegatte entweder stirbt oder zur anderweiten Ehe schreitet und weil überhaupt der Grundsatz als Regel zu betrachten ist, daß zwischen dem überlebenden Gatten und den abgeschichteten Kindern, alle Rechte suspendirt sind, ²⁰⁵⁾ so daß weder die Kinder die Eltern, noch die Eltern die Kinder als nächste Blutverwandte beerben; keinen Falls aber wechselseitig als Noth-Erben betrachtet werden. Da indeß das Medebacher Statut den abgeschichteten Kindern nun einmal das beschränkte Erbrecht dennoch zugestehet, so muß angenommen werden, ²⁰⁶⁾ die Absichtung sey als eine bloße Abtheilung des Gesamtvermögens zu betrachten, wo die Kinder vorläufig bloß ihren Antheil davon, nicht aber von dem Antheile des *parens superstes* etwas empfangen, wo also auch die Erbrechte zwischen diesem *parens* und den abgetheilten Kindern nicht aufgehoben sind, vielmehr Eltern und Geschwister, letztere mögen abgefunden seyn oder nicht, sich wechselseitig wieder durcheinander beerben, wie nach gemeinem Rechte und sich daher von der Erbfolge nur bis auf den Pflichttheil ausschließen können. ²⁰⁷⁾ Aus diesem Grunde ist im abgeänderten §. 39. des Pflichttheils erwähnt, wovon die folgenden Paragraphen handeln.

§. 136.

Die veränderte Fassung des §. 42. wird durch den Satz 1. der Rathgerichts-Ordnung geboten. Das Medebacher Recht unterscheidet sich hiedurch sehr von dem Rübener,

²⁰⁵⁾ Phillips Gütergemeinschaft S. 253.

²⁰⁶⁾ Scherer Gütergemeinschaft B. 1. S. 456.

²⁰⁷⁾ Scherer a. D. S. 438. hat diese Theorie.

welches die statutarische Quart, ohne Unterschied auf Eingetragenes, zu einem Viertel des Gesamtvermögens berechnet; während jenes die Hälfte des von dem verstorbenen Gatten Eingetragenen, dessen Blutverwandten anweist. ²⁰⁰⁾

Wegen der im §. 46. u. 47. erwähnten Schulden, wird auf die Motive zu §. 125. und 134. Bezug genommen. Der Satz 1. der Rathgerichts-Ordnung, „daß die Schulden dem Lebenden ohne Unterschied anheimbschen,“ muß hier nach verstanden werden.

§. 137.

Von den unverändert gebliebenen Bestimmungen gilt das Nämliche, was in den Motiven zu §. 126. gesagt ist. Die Medebacher Praxis stimmt auch in Vormundschaftsachen damit überein, wiewohl Streitigkeiten und Subicate darüber nicht vorgekommen sind. Was die Abänderungen an den §§. 68. und 69. über die Dispositionsbefugnisse von Todeswegen betrifft, so sind diese durch das zu §. 135. Gesagte bedingt. Wird einmal angenommen, daß die Kinder erster Ehe durch die, bei Wiederverheirathung des überlebenden Gatten vorgenommene Abschtung, von demjenigen Vermögen nicht abgefunden werden, was derselbe bei der Abschtung erhält und zur anderen Ehe inferirt, vielmehr hierzu als Notherben zu betrachten sind, so muß das gleiche auch stattfinden, wenn die Abschtung auf andere Veranlassung vorgenommen wird. Es fragt sich nur: finden die Notherben-Ansprüche bloß statt in Bezug auf dasjenige, was der schichtende Parens aus der Abschtung erhält oder auch auf dasjenige, was er später als Witwer noch dazu erwirbt? Nach der Medebacher Praxis wird, wie schon in den Motiven zu §. 133. bemerkt worden, für die Ermessung der Ansprüche abgeschichteter Kinder, immer auf das bei der Schchtung errichtete Inventar zurückgegangen. Allein dieses geschieht nur, wenn der überlebende Gatte zur weiteren Ehe schreitet und in dieser eine neue

²⁰⁰⁾ Phillips Gütergemeinschaft, S. 199.

Communion begründet, woran die abgeschichteten Kinder keinen Theil haben; bleibt er dagegen im Witwenstande und begründet keine, die Berechtigung der Kinder auf seinen Nachlaß beschränkende Communion, so wird auch angenommen werden müssen, daß die Ansprüche der Kinder seinen ganzen Nachlaß affizieren. Dasselbe würde der Fall seyn, wenn in der ferneren Ehe keine Gütergemeinschaft eingegangen wird. Es tritt dann die gemeine Intestat-Succession ein. Hiernach sind die abgeänderten Paragraphen gefaßt worden.

§. 138.

Der §. 70. bleibt unverändert, weil er in der Natur des Verhältnisses der fortgesetzten Gütergemeinschaft liegt; der §. 71. aber mußte abgeändert werden, weil nach dem besondern Grundsatz des Medebacher Statuts, die Kinder durch Abschtung ihr Erbrecht auf den Nachlaß des schichtenden Parens nicht verlieren. Die gesetzlichen Erbrechte sind aber wechselseitig, folglich muß umgekehrt auch dem parens binubus sein Erbrecht an dem Nachlasse abgeschichteter Kinder nach den Vorschriften der gemeinen Intestatsuccession verbleiben.

§. 139.

Der §. 72. enthält nur gemeines Recht und bleibt daher unverändert; der §. 73. aber, welcher sich auf das besondere Verhältniß der aufgehobenen wechselseitigen Erbrechte zwischen Eltern und Kindern bezieht, muß eben deshalb eine Abänderung erleiden, welche durch den in den Motiven zum vorigen Paragraphen gedachten Grundsatz des Medebacher Statuts geboten wird. Da nämlich hiernach die wechselseitigen Erbrechte durch Schchtung nicht aufgehoben werden, so müssen sie auch in dem Falle, wo ein einzelnes Kind abgeschichtet ist, den gesetzlichen Intestat-Erben offen gehalten werden und da versteht sich, wenn es nach der Abschtung wieder mit Erben will, die Collationspflicht von selbst; so wie auch sein Nachlaß nicht ausschließlich auf die Geschwister fallen kann,

weil diese nach dem Medebacher Statut nicht die alleinigen Intestat-Erben sind.

§. 140.

Die in den §§. 74—78. enthaltenen Bestimmungen sind gemeinrechtlich und bleiben unverändert, weil das Medebacher Statut in dieser Hinsicht keine Abweichungen enthält. Aus der Beilage 38. gehört der Fall *N* 33 hieher.

§. 141.

Ueber die Art der Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Gatten und seinen Kindern, spricht der Satz 2 der Rathgerichts-Ordnung sehr deutlich. Dieser Fall ist derjenige, welcher in der Praxis am häufigsten vorkommt, weshalb auch die Beilage 38. die meisten Beispiele dazu enthält. Es gehören hierher die Nummern 1. 7. 8. 9. 10. 12. 15. 16. 17. 18. 21. 22. 23. 27. 31. 35., welche sämmtlich einfache Fälle von Abschichtungen, zwischen dem überlebenden Gatten und seinen Kindern erster Ehe enthalten. In allen diesen Punkten stimmt das Medebacher Recht mit dem Rindener; nur hinsichtlich der statutarischen Quart der Intestaterben, findet die am Schlusse des §. 132. gedachte besondere Bestimmung statt; wonach dann auch der §. 55. abgeändert werden mußte.

§. 142.

Für die Bestimmung des §. 86. finden sich in der Beilage 38. mehrfache Belege. Es gehören dahin die Fälle: 13. 26. 28. 29. 30. 32. welche alle darin übereinstimmen, daß nach Medebacher Gewohnheit — das Statut selbst sagt darüber nichts — die Antheile der abgeschichteten Kinder dem *conjux* *hinubus*, *erga onus alendi* zur Benutzung überlassen werden. Ueber die Zeit, wie lange diese Abnutzung dauern soll, sind die in den gedachten Fällen getroffenen Bestimmungen nicht ganz gleichförmig. Bei *N* 13. heißt es, so lange die Kinder den Eltern noch keine Arbeit verrichten

können; *N* 26: so lange der Sohn von der Mutter versorgt wird; *N* 28: die Benutzung ist dem Vater gegen Unterhaltung der Kinder überlassen; *N* 29: weil der Mutter nach Medebacher Statuten (?) der Nießbrauch bis zur Großjährigkeit oder Verheirathung der Tochter competirt; *N* 30: der Vater benützt den Antheil der Kinder, muß aber dafür Vergütung geben, weil diese aus seinem Brode getreten sind; *N* 32: der Nießbrauch wurde dem Vater gegen Erziehung der Kinder überlassen.

Aus allen diesen einzelnen Abkommen geht soviel hervor, daß der *parens* *hinubus* die Abnutzung der Kindtheile auf so lange hat, als die Kinder nicht aus der elterlichen Werc scheiden, sondern aus ihr die Kosten des Unterhalts und der Erziehung genießen. Der §. 86. konnte daher unverändert bleiben. — Die Abänderung des §. 89. ergiebt sich mit Bezug auf die Motive zu §. 88. und 89. aus dem Umstande, daß das Medebacher Statut so wenig als die Gewohnheit, eine gütliche Abänderung der Regel enthält, daß die Theilung der Güter *in natura* verlangt werden kann. — Zu §. 90. liefert die Beilage 38. in den Fällen 5. und 24. Belege; weil daraus hervorgeht, daß alle Güter zur Theilung gezogen werden müssen, sie mögen liegen wo sie wollen und daß nur insofern eine Ausschließung derselben verlangt werden kann, als sie ihrer Untheilbarkeit oder sonstigen rechtlichen Natur wegen, in der Substanz nicht getheilt werden können, wie z. B. simple Pachtgüter, wovon nur Früchte und Festungen zur Theilung gehen können.

§. 143. 144. 145. 146.

Die in diesen Paragraphen gemachten Abänderungen der früheren Bestimmungen, sind sämmtlich nothwendige Folgen des Medebacher Grundsatzes, daß durch die Abschichtung die Ansprüche der Kinder auf das Vermögen, welches dem schichtenden *parens* zufällt, nicht aufgehoben werden. Es bedarf deshalb im Allgemeinen keiner weiteren Motivi-

zung derselben, als welche in den Hinweisungen auf die früheren Paragraphen, bereits enthalten ist. —

Zum §. 145. könnte gefragt werden, inwiefern die Kinder befugt sind, durch die Eingehung einer Gütergemeinschaft, die Noth-Erbrechte der überlebenden Eltern an ihrem, der Kinder Vermögen auszuschließen? Erzeugen die Kinder Leibes-Erben, so gehen diese in erster Klasse den Eltern vor. Erzeugen sie keine, so wird die Intestatsuccession der zweiten Klasse von selbst wieder eröffnet. Die Frage ist also eine müßige. — Zu den Bestimmungen der §§. 99 und 100 enthalten die Fälle 6. 19. und 20. in der Beilage 38. nähere Belege, auf welche hier kurzer Hand Bezug genommen wird.

§. 147.

Die Veränderung des §. 104. wird nothwendig, durch den besonderen Begriff des Medebacher Rechts von der statutarischen Quart, welche nicht sowohl in einer eigentlichen Quart von dem ganzen Vermögen, als in der Hälfte des zur Ehe eingebrachten Vermögens des verstorbenen Gatten besteht. — Hinsichtlich der im §. 112. gedachten Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Vertrag, wird auf die Motive zu §. 134. Bezug genommen.

§. 148.

Das ehemalige Gericht Marsberg besaß bloß die beiden Städte Ober- und Niedermarsberg, nebst dem Dorfe Erlinghausen. Die Gerichte Madfeld, Giershagen, Padberg und Kanstein, welche später zu dem Amte jetzigen Land- und Stadtgerichte Marsberg gelegt wurden, gehörten sonst zu dem großen Gogerichte Brilon.

Jene hinzugekommenen Gerichte, standen mit dem alten Gerichte Marsberg, in keiner Art von Rechtsgemeinschaft; es galt in ihnen von jeher gemeines Recht. Den beiden Städten Marsberg und dem dazu gehörigen Dorfe Erlinghausen hingegen, waren von jeher besondere Rechts-

institute gemein und so bildete sich in ihnen auch eine ganz gleiche Gütergemeinschaft aus. Folgende geschichtliche Nachweisungen werden dieses näher aufklären.

Marsberg, der erste Lichtpunkt in der westfälischen Geschichte, war schon unseren heidnischen Vätern ehrwürdig durch die Irminsäule. Karl der Große, nachdem er dieses Idol zerstört, bauete hier die erste christliche Kirche, welche Leo III. am 24. Dezember 799 weihte. ²⁰⁰⁾ Er gründete dazu eine Benedictinerprobstei und legte theils zum Schutze derselben, theils zum Stützpunkte seiner langjährigen Kriege gegen die alten Sachsen, die Erzburg an. Sein Sohn Ludwig der Fromme, schenkte am 20. Juni 826 das Kloster dem Stifte zu Corvey, ²⁰¹⁾ zu dessen und der hohen Burg Füßen, sich unten im Thale, zu Horhausen, eine Menge gewerbtreibender Leute ansiedelte, welchen Ludwig das Kind am 12. October 900 ²⁰²⁾ zu Gunsten Corvey's, einen öffentlichen Markt, Münze und Zoll gab. Im weltlichen Schutze der kaiserlichen Burg und im geistlichen Schirme des Klosters, hob sich nun die villa Horhusen bald zu solcher Bedeutung, daß ihr Otto der Große am 9. Juni 962 die Rechte der Einwohner von Dortmund gab. ²⁰³⁾ Bei dieser Verleihung kann nun freilich noch nicht an eine statutarische Rechtsbewidmung der späteren Zeit gedacht werden. Indes gab sie doch die Veranlassung, zu näheren Beziehungen zwischen Marsberg und Dortmund; in Folge deren sich dann auch höchst wahrscheinlich an beiden Orten eine gleich vollkommene unbedingte allgemeine eheliche Gütergemeinschaft ausbildete, deren Grundzüge sich schon in dem ältesten Dortmunder Stadtrechte finden. ²⁰⁴⁾ Sonst haben Marsberg und Dortmund in ihren Schicksalen wenig ge-

²⁰⁰⁾ Seiberg Urkundenbuch B. I. N^o 1.

²⁰¹⁾ Seiberg Urkundenbuch Band 1. N^o 2.

²⁰²⁾ Seiberg Urkundenbuch Band 1. N^o 4.

²⁰³⁾ Seiberg Urkundenbuch Band 1. N^o 11.

²⁰⁴⁾ Wigand Geschichte von Corvey B. I. S. 297.

mein. So wie der trogige Sinn der alten Sachsen durch die Milde des Christenthums mehr gesänftigt und somit dem deutschen Reiche weniger gefährlich wurde, so verlor auch die Feste Eresburg allmählich mehr an politischer Bedeutung. Sie gerieth aus kaiserlichen Händen an die alten Herzoge von Sachsen und als diese selbst auf den kaiserlichen Thron stiegen, an Hermann Billung und dessen Nachkommen, bis 1106 Lothar von Supplinburg das Herzogthum Sachsen erwarb; der es aber nur bis auf Heinrich den Löwen brachte, weil dessen Nechtung 1180 die Sprengung des alten, großen Herzogthums Sachsen zur Folge hatte.

Nachdem Erzbischof Philipp im Bereiche seiner und der Paderbornischen Diocese das Herzogthum von Engern und Westfalen erlangt hatte, suchte er sich auch im Gebiete der Eresburg festzusetzen. Die Burg selbst, sofern sie noch vorhanden war, mogte ihm als Herzoge, der Abt von Corvey nicht bestreiten; wohl aber geschah dieses hinsichtlich des Klosters und aller dazu gehörigen Rechte und Güter, welche so umfangreich waren, daß ihr Besitz alle Elemente der nachmaligen Territorialherrschaft in sich befaßte. Es entstand daraus eine Menge Verwickelungen, zwischen den Erzbischöfen von Eöln und den Aebten von Corvey. Erzbischof Heinrich suchte diese durch eine Verleihung des jungen Königs Heinrich VII über den völligen Besitz von Marsberg, zu beseitigen; allein auf eine bei Kaiser Friedrich II erhobene Beschwerde, zog König Heinrich jene Verleihung wieder zurück und bestätigte dem Abte von Corvey 1228 von neuem den alten Besitz von Marsberg. ²⁰⁴⁾

Es war dieses um so wichtiger, weil grade in dieser Zeit der größte Theil der Bürgerschaft von Horhusen, vielleicht auf Betrieb des Erzbischofs, der geschützteren Lage wegen, oben auf den Eresberg, nun Marsberg genannt, gezogen war und hier an der Stelle der alten Burg, eine neu befestigte Stadt (Ober-Marsberg) angelegt hatte, welche

²⁰⁴⁾ Seiberg Urkundenbuch Band I. N^o 179.

auch vom Bischöfe von Paderborn, als Diöcesan, beansprucht wurde. Die Bürger bekundeten daher am 26ten August 1229, daß durch ihre Verziehung die Diöcesan- und sonstigen Jurisdictionrechte des Bischofs, nicht beeinträchtigt werden sollten. ²⁰⁵⁾

Alein dieser Nevers so wenig, als jenes kaiserliche Privileg, schützten Marsberg gegen die Anmaßungen des Erzbischofs von Eöln, zu deren Abfindung sich vielmehr Abt Hermann 1230 genöthigt sah, die Hälfte des Marsberges an den Erzbischof Heinrich abzutreten, wogegen ihm das darauf gelegene Kloster, die Probstei, ausschließlich verblieb. ²⁰⁶⁾

Dreihundert Jahre später, 1507, versetzte Abt Franz auch die andere Hälfte von Ober- und Niedermarsberg an den Erzbischof, wodurch dieser dann ausschließlicher Landesherz wurde, während Paderborn nur die Diöcesanrechte zu erhalten vermogte.

Ueber den Fortgang der inneren Rechtsbildung zu Marsberg, während dieser politischen Wechsel und Stürme, liegen keine befriedigende Nachrichten vor; denn alle städtische Urkunden gingen 1646 in einem großen Brande verloren; weshalb Bürgermeister und Rath durch ein Weisthum vom 6. Februar 1650 die noch geltenden Statutarrechte der Stadt neu bekundeten und den Bürgern zur Festhaltung öffentlich bekannt machten. ²⁰⁷⁾ Dieses Weisthum, in Verbindung mit der Praxis, bildet dann auch die einzige Rechtsnorm für die Gütergemeinschaft, welche von dem Stadtrath zu Obermarsberg, der die Jurisdiction über Niedermarsberg- (das alte Horhusen) und Erlinghausen hatte, gehandhabt wurde.

§. 149.

Der in diesem §. gegebene Begriff der Marsberger Gütergemeinschaft, findet seine vollständige Begründung in den Sätzen 21. und 23. der Bürgersprache von 1650. Er stimmt

²⁰⁵⁾ Seiberg Urkundenbuch Band I. N^o 186.

²⁰⁶⁾ Seiberg Urkundenbuch Band I. N^o 189.

²⁰⁷⁾ Beilage 39.

mit dem der Rüdener Gütergemeinschaft überein, ausgenommen, daß Marsberg mit Ausmerzung jeder Reminiscenz an das alte Erbe, alle Güter unbedingt für Weichbildgüter nimmt und daher den Blutverwandten keine Gentilitätsrechte an dem Gesamtgute reservirt, dieses vielmehr lediglich nach den Grundsätzen der Gütergemeinschaft und wenn diese aufhört, des gemeinen Rechts vererben läßt. Von einer statistischen Quart ist hier nirgend die Rede.

Eine ziemlich vollständige Zusammenstellung der Grundsätze der Marsberger Gütergemeinschaft, findet sich in einem Vorbescheide des Justiz-Amtes Marsberg, in Sachen Klose gegen Riese vom 19. Septbr. 1824, bestätigt durch ein Hofgerichtliches Erkenntnis vom 21. April 1824. ²⁰⁰⁾

§. 150.

Dem Gesagten zufolge, findet nur bei der Auflösung unbeerbtter Ehen durch den Tod des einen Gatten, eine Abweichung von den Grundsätzen der Rüdener Gütergemeinschaft statt. Es bleiben daher die Bestimmungen der letzteren über das Entstehen und den Fortgang der Gütergemeinschaft während der Ehe, in Kraft und nur hinsichtlich der Dispositionsbefugnisse auf den Todesfall, treten einige durch jene Abweichung bedingte Aenderungen ein, welche gleich angegeben werden sollen. Zur Bestätigung des Gesagten, ist hier noch folgendes zu bemerken.

Daß nach §. 15. bei Juden die Gütergemeinschaft auch zu Marsberg nicht durch Eingehung der Ehe von selbst begründet werde, geht aus einem Rescripte des Königl. Hofgerichts zu Arnberg vom 22. Juni 1830 hervor; ²⁰⁰⁾ wonach bei dem Mangel besonderer Eheverordnungen, die Succession und die Regulirung der Vormundschaften bei Juden, überall nach ihren Ritualgesetzen zu beurtheilen sind.

Daß die Gütergemeinschaft auch zu Marsberg nur subsidiäres Recht sey und daher, wie §. 24. verordnet, durch

²⁰⁰⁾ Beilage 40.

²⁰⁰⁾ Beilage 41.

Vertrag ausgeschlossen werden könne, besagt der Absatz 23. der Bürgersprache von 1650 ganz ausdrücklich. (Beilage 39.)

Daß die übrigen im Texte angegebenen Bestimmungen ganz der Marsberger Praxis conform sind, bezeugt der Bericht des Justiz-Amtes vom 20. Dezember 1831, ²⁰⁰⁾ worauf hier Bezug genommen wird.

§. 151.

Die bei der Rüdener Gütergemeinschaft denkbaren Fälle, wo über einen Theil des Gesamtgutes die Intestatsuccession eintritt, fallen bei der Marsberger weg. Es ist daher eine einseitige Disposition der Ehegatten über das Gesamtgut undenkbar; wie schon in den Motiven zu den §§. 38. 39. 40. weiter ausgeführt worden. Daß hiemit auch die Marsberger Praxis stimmt, bezeugt die Beilage 42. Uebrigens versteht sich von selbst, daß hier nur von Dispositionen über das Gesamtgut die Rede ist, und eben deshalb über etwaiges Contergut nicht einseitig gültig disponirt werden kann.

§. 152.

Die an den §§. 42. u. 43. gemachten Abänderungen, sind durch das ausschließliche Erbrecht des überlebenden Gatten bedingt, wie solches im Absatz 23. der Bürgersprache von 1650 ausgedrückt ist. Im Uebrigen wird auf die früheren Motive zu den Paragraphen über den Pflichttheil, Bezug genommen.

§. 153.

Da das einmal in die Gütergemeinschaft gebrachte Vermögen, nach Marsberger Rechte, aus derselben nicht einmal theilweise an die gesetzlichen Intestat-Erben zurückfällt, so kann von einer Eigenschaft derselben als Noth-Erben nur insofern die Rede seyn, als auch nach Rüdener Rechte eine solche selbst dann zur Sprache kömmt, wenn die Ehe beerbt

²⁰⁰⁾ Beil. 42.

und dadurch jedes Rückfallrecht ausgeschlossen ist. Dieses ist aber nur dann der Fall, wenn unabgefundene Descendenten vorhanden sind, welche nicht aus der Ehe stammen, woraus die zur Frage stehende Gütergemeinschaft herrührt. Dieser Fall ist in den Motiven zu §. 44. umständlich beleuchtet; worauf wir hier Bezug nehmen. Ascendenten und Geschwister können nie in einen ähnlichen kommen, weil ihr Nacherbrecht an Bedingungen geknüpft ist, welche nach den Bestimmungen des Marsberger Statutarrechts, nicht eintreten.

§. 154.

Für die Beibehaltung der §§. 48. bis 69. spricht nicht nur die in den Motiven dazu früher entwickelte Natur der Sache, sondern auch die in der Beilage 42. bezugte Praxis. Was insbesondere noch die Bestimmungen in den §§. 64.—67. über Anordnung der Vormundschaften und Errichtung der Inventarien durch die überlebende Witwe betrifft, so wird außer den dazu früher angegebenen Motiven, auf die Berichte des Justiz-Amtes Marsberg vom 12. Mai und 18. Dezember 1831 so wie die dazu erlassenen obergerichtlichen Rescripte vom 25. Oct. 1831 und 2. Mai 1832 Bezug genommen.³⁰¹⁾ Die Bestimmungen der gedachten Paragraphen werden genügen, den Bedenlichkeiten zu begegnen, welche in den Hofgerichtlichen Rescripten ausgedrückt sind.

³⁰¹⁾ Vergl. Beil. 43. 44. 45. und 46. Der Stadtvorstand zu Marsberg nahm von den, in Gemäßheit der Hofgerichtlichen Rescripte, durch das dortige Justiz-Amte zu den einzelnen Vormundschaften erlassenen Verfügungen, Veranlassung zu Remonstrationen, erst bei dem Justiz-Amte, dann bei dem Hofgerichte selbst, worin er mit Bezug auf Scherer (I. §. 48.) auszuführen suchte, die Erforderung von Inventarien sey unpassend, weil in Marsberg gar keine fortgesetzte Gütergemeinschaft bestünde, indem der überlebende Gatte, durch den Tod seines Mitgatten nicht dessen Erbe, sondern dominus solitarius des bis dahin in ungetheiltem condominio gestandenen Gesamteigentums werde. (Motive. zu §. 48.) Die Remonstrationen wurden aber als unbegründet zurückgewiesen.

§. 155.

Außer den früher angegebenen Motiven, ist zu diesem Paragraphen weiter nichts zu erinnern, als etwa, daß nach der Marsberger Praxis, die Einkindschaften ohne besondere Rückfragen bewilligt und begünstigt werden.³⁰²⁾

§. 156.

Hier kann ebenfalls nur auf die früheren Motive, auf die Natur der Sache und die Praxis Bezug genommen werden. Die an dem §. 85. gemachte Aenderung, ist durch den Begriff der Marsberger Gütergemeinschaft, welche kein Fallrecht, keine statutarische Quart kennt, gegeben.

§. 157.

Der §. 89. mußte ausfallen, weil in Marsberg der Grundsatz der Naturaltheilung unbedingt gilt, ohne daß einem der schichtenden Theile ein besonderes Vorrecht zustünde. Kommen Gegenstände vor, welche sich nicht gut theilen lassen und es ist keiner der Interessenten willig, solche gegen Abfindung der übrigen zu übernehmen, oder die Interessenten können sich nicht darüber einigen, sie unter solchen Bedingungen Einem ausschließlich zu überlassen, so bleibt nichts anderes übrig, als Verkauf.

§. 158.

Auch hier kann nur auf die Praxis und die früheren Motive Bezug genommen werden. Der Nachsatz des §. 104. mußte gestrichen werden, weil bei der Marsberger Gütergemeinschaft, keine statutarische Quart vorkommt.

§. 159.

Die Stadt Hirschberg gehörte zu dem uralten Allodium der Grafschaft Arnberg. Bis zum Jahre 1340 war

³⁰²⁾ Beil. 42.

sie ein Dorf, zu dessen Umwandlung sich Graf Gottfried IV von dem Erzbischof Walram, als Herzog in Westfalen, dadurch die Erlaubnis erwirkte, daß er in gedachtem Jahre die villa Hertesberg, mit dem daselbst anzulegenden oppido et castro, der kölnischen Kirche als offenes Haus zu Lehn auftrug. Stadt und Burg wurden auch angelegt und 1364 von dem gedachten Grafen Gottfried mit gleichem Rechte wie Eversberg d. h. mit Lippe'schem Rechte bewidmet. Die darauf sprechende Urkunde ist zwar mit allen übrigen Privilegien des Orts, in den großen Feuersbrünsten von 1778 und 1788, welche die Stadt ganz verzehrten, verloren gegangen, allein ihr Inhalt ergibt sich aus dem westfälischen Lagerbuche von 1596 und den noch vorhandenen Eversberger Urkunden von 1306 und 1331, welche in 16 Sätzen fast wörtlich das Nämliche bestimmen, was die alten Statuten der Stadt Lippe von 1240³⁰³⁾ enthalten. Diese sprechen sich nun im Ganzen zwar über das Privatrecht der Bürger gar nicht aus und enthalten namentlich auch nicht einmal eine Andeutung von der ehelichen Gütergemeinschaft, obgleich es im Anfange derselben heißt, daß das Soester Recht ihre Grundlage sey. Allein es ist schon früher bemerkt, daß in jener Zeit das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft sich noch nirgend vollkommen ausgebildet hatte und daher auch im alten Soester Rechte kaum angedeutet wird. Nichts desto weniger bestand und besteht die eheliche Gütergemeinschaft mit geringen Abweichungen zu Soest und Lippstadt; wie in letzter Beziehung namentlich aus den Statuten der Stadt Lippe von 1575 wörtlich hervorgeht.³⁰⁴⁾

So hat sich dann auch zu Hirschberg die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft ausgebildet und zwar in ihren Hauptzügen ganz übereinstimmend mit der Lippe'schen Gütergemeinschaft von 1575; obgleich diese letzten Statuten zu einer

³⁰³⁾ Sie sind abgedruckt in Pufendorf's Observaciones T. 3. P. 406. und 409.

³⁰⁴⁾ Abgedruckt in Künde's Beiträgen B. 2. S. 397.

Zeit entworfen sind, wo Hirschberg mit Lippstadt, als Stadt des Mutterrechts, in keiner weiteren Verbindung mehr stand, seine Autonomien vielmehr selbständig ausbildete; weshalb dann auch jenes Lippe'sche Recht, nicht wohl als Entscheidungsnorm für Hirschberger Fälle dienen kann.

Was nun die Praxis des letzten Orts betrifft, so ist diese bekundet 1) durch ein Zeugnis des Stadt-Magistrats daselbst von 1706,³⁰⁵⁾ woraus die Haupt-Abweichung des Lippe'schen Rechts vom Rüdener dahin hervorgeht, daß jenes, wie das Marsberger, keine statutarische Quart der Intestat-Erben kennt, 2) durch die Zeugenverhöre in Sachen Lehmenkühler gegen Flechtmann aus dem Jahre 1830, welche ergeben, daß auch im Uebrigen nach den Grundsätzen einer ganz vollkommenen ehelichen Gütergemeinschaft in Hirschberg verfahren wird.³⁰⁶⁾ Der Rechtsstreit Lehmenkühler gegen Flechtmann ist zwar durch Erkenntniß nicht entschieden; aber nach eingezogener amtlicher Erkundigung, wird von Seiten des Gerichts, mit ganz geringer, gleich zu erwähnender Ausnahme, in allen vormundschaftlichen Regulirungen, die Gütergemeinschaft durchaus so gehandhabt, wie es die von Marsberg angegebenen Grundsätze bestimmen. Judicate liegen aber aus dem einfachen Grunde nicht vor, weil die statutarischen Bestimmungen von Niemand in Zweifel gezogen werden.

§. 160.

Nach den Fällen, welche die Zeugen in Sachen Leise gegen Brisgen bekundet haben,³⁰⁷⁾ kann es nicht wohl einem Zweifel unterliegen, daß alle in Hirschberg wohnende Eheleute, der dortigen statutarischen Gütergemeinschaft unterworfen sind, wenn sie auch früher ihren Wohnsitz an Orten hatten, wo entweder gar keine oder eine andere Gütergemein-

³⁰⁵⁾ Beilage 47.

³⁰⁶⁾ Beilage 48.

³⁰⁷⁾ Beilage 49.

schaft gilt; wenn sie jene nicht ausdrücklich ausschließen oder ihrer sonstigen persönlichen Verhältnisse wegen, davon erimirt bleiben. Diese Ausnahme von der Regel, mußte daher besonders bemerkt werden.

§. 161.

Die in diesem Paragraph gemachte Ausnahme von der Regel, daß überall Naturaltheilung bei der Erbschichtung eintritt, gründet sich auf einem unvordenklichen Herbringen, welches bei allen vormundtschaftlichen Regulirungen zum Grunde gelegt wird und niemals angefochten worden ist, als in der später verglichenen Sache Leise gegen Schultheiß Brisgen. (Beilage 49.)

Bei den vormundtschaftlichen Regulirungen sind durch das Gericht von jeher auch die Mobilien dem überlebenden Gatten *pro taxa* überlassen worden.

§. 162.

Ausser den angegebenen, giebt es keine Abweichungen der Lippe'schen Gütergemeinschaft zu Hirschberg von der Marsberger mehr. Nach den Zeugen-Aussagen in der eben gedachten Sache Leise gegen Brisgen, ist zwar einmal der Fall vorgekommen, daß ein Witwer Franz Köster, nach dem kinderlosen Tode seiner Frau, den Erbtheil derselben von ihren Eltern in Freienohl gefordert und erhalten hat. Allein dieses kann noch keine Ausnahme von der gesetzlichen Regel (§. 7.) bilden, daß solche Rechte von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen bleiben, deren Anfall die Ehegatten nicht erleben; theils weil in *concreto* nicht constirt, daß der Anfall der Erbschaft sich erst nach dem Tode der Frau ereignet habe, theils weil ein solcher einzelner, bloß durch die gutwillige Concession der Zahler eingetretener Fall, noch kein Präjudiz für Andere würde bilden können.

Sodann ist noch zu bemerken, daß das Justiz-Amt Beleke, als das damals competente Gericht erster Instanz, zu Hirschberg bei Veräußerungsfällen in fortgesetzter ehelicher

Gütergemeinschaft, die Dispositionsbefugnis des überlebenden Gatten, wenn er Immobilien verpfändete oder veräußerte, an die Prüfung und Genehmigung des vormundtschaftlichen Gerichts für gebunden gehalten hat. Diese Prozedur hat indeß weder eine consequente Entwicklung der Grundsätze der ehelichen Gütergemeinschaft, noch die Praxis anderer Gerichte für sich. Ein Präjudicat liegt nicht darüber vor. Es wird daher in diesem wie in allen übrigen Punkten, rechtlich bei den gemachten Bestimmungen der Paragraphen sein Bewenden behalten müssen.

§. 163.

Die Stadt Arnberg siedelte sich allmählig zu den Füßen der Burg der alten Grafen von Arnberg an, deren Grafschaft die späteren Kemter Arnberg, Beleke, Meschebe, Eslohe, Balve und einen Theil der benachbarten Kemter besaß. Der letzte Graf von Arnberg Gottfried IV., welcher in kinderloser Ehe lebte, verkaufte die ganze Grafschaft 1368 an das Erzbisthum Eöln. Die Stadt theilte sich früher in die alte und neue Stadt, welche letzte ausserhalb der engen Ringmauer, so die erstere umfaßte, entstand. Beide Städte bildeten jedoch nur eine Civität. Wann dieselbe zuerst städtische Gerechtsame erhalten, ist nicht bekannt; alle der Stadt früher von den Grafen gegebene Privilegien sind 1600 verbrannt. Nur soviel geht aus einer Urkunde Graf Gottfrieds III. von 1238 hervor, daß er die Civität, welche früher bloß aus Diensthörigen seines *castri* bestand, damals zu einer freien Commune erhob — *cum nos civitatem de Arnesberg cum incolis suis liberam esse decrevissemus* — ihr also Stadtrechte gab, sie in eigenen Ringmauern befestigen und die Abtei Bedinghausen in diese mit einschließen ließ. ²⁰⁸⁾

Worin aber die besonderen Stadtrechte für Arnberg bestanden, läßt sich aus der Urkunde nicht ersehen. Nur zu

²⁰⁸⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. № 211.

vermuthen ist, daß es das damals beliebte alte Lippe'sche Recht war, welches die Grafen allen ihren älteren Städten zu geben pflegten; wenn nicht etwa der Umstand die Sache zweifelhaft macht, daß die älteste Sammlung des Lippe'schen Rechts von 1240, also zwei Jahre jünger ist, als die angezogene Urkunde. (Motive zu S. 159.)

Noch ist eine Urkunde von 1369 vorhanden, worin der Administrator Erzbischof Cuno, nachdem er die Grafschaft Arnberg für das Erzstift angekauft hatte, der Stadt alle Rechte und guten Gewohnheiten bestätigt; allein diese Bestätigung ist in zu allgemeinen Ausdrücken abgefaßt, um daraus etwas Bestimmtes über die Einzelheiten des alten Arnberger Rechts entnehmen zu können. ²⁰⁰⁾ Ferner findet sich im Archive der Freiheit Meschede, welcher Erzbischof Philipp II. 1509 ihre Rechte: *ad instar opidanorum nostrorum in Arnberg* bestätigte, noch eine alte Abschrift der Arnberger Rechte, aus dem Anfange des 15. Jahrhunderts. Allein auch diese enthält fast gar keine eigentliche Rechtsbestimmungen, sondern nur polizeiliche Vorschriften und einige Normen des bürgerlichen Verfahrens. ²¹⁰⁾

Die Hauptquelle, worauf hinsichtlich des eigentlichen statutarischen Rechts von Arnberg zurückgegangen werden muß, bleibt daher nur noch die Bürgersprache vom 25. November 1608, wodurch Bürgermeister und Rath mit den Aemtern, den Inhalt der alten Statutarrechte wiederherstellen und ein Nachtrag vom 18. August 1620, welcher einige nähere Bestimmungen dazu enthält. ²¹¹⁾ Diese statutarischen Bestimmungen beschränken sich aber auch hier, wie meist überall auf das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft und sind in

²⁰⁰⁾ Im Auszuge findet sich die Urk. in Weil. 50., sie wird vollständig abgedruckt im 2. Bande des Urkundenbuchs zur Landes- und Rechtsgeschichte.

²¹⁰⁾ Sie wird im 2. Bande des Urk. Buchs abgedruckt.

²¹¹⁾ Auszugweise in Weil. 51. Vollständig künftig im Urkundenbuche

einer schon früher angeführten Dissertation von Bockstoppf, (S. 86.) wiewohl sehr dürftig erläutert.

§. 164.

Wie in vielen anderen westfälischen Städten, so war auch in Arnberg das geltende Statutarrecht durch Nichtachtung von Seiten romanischer Rechtsgelehrten, so ziemlich außer Gebrauch gekommen. Erst in neuester Zeit ist man in soweit darauf zurückgegangen, als in einzelnen Prozessen das Interesse der einen Parthei sich darauf berief. Namentlich ist in Sachen Klöber gegen Klöber durch drei rechtskräftige Erkenntnisse die Gültigkeit des alten Statuts wieder anerkannt worden. Leider ist man aber nicht weiter gegangen, als es das Interesse der Partheien in der einzelnen Sache mit sich brachte und hat sich dadurch ein Rechtszustand gebildet, der zwischen dem Statut und den gemeinrechtlichen Bestimmungen in der Mitte stehend, nur eine doppelte Inconsequenz zu Tage gefördert hat.

Im Allgemeinen enthält die Morgensprache v. 1608 meist polizeiliche- und sonstige Verwaltungsvorschriften für den Stadtrath und die Bürgerschaft. Die fast einzige, jetzt nur noch zur Sprache kommende Privatrechtsbestimmung in derselben, bezieht sich auf die Güterverhältnisse unter Eheleuten und ist im S. 23. enthalten. Eine nähere Ansicht dieses Paragraphen lehrt, daß er, wie die meisten statutarrechtlichen Bestimmungen dieser Art, z. B. die ältesten von Brilon und Rüden, nur die Folgen jenes Güterverhältnisses, nach aufgelöseter Ehe auseinanderseht. Es ist dieses sehr natürlich, weil in älteren Zeiten, wo das Familienleben in allen Verhältnissen einfacher und reiner, der bürgerliche Verkehr aber bei weitem nicht so complizirt war, wie in unseren geschraubten Tagen, sich das Verhältnis zwischen Mann und Frau während der Ehe, so ganz von selber machte, daß man es für überflüssig hielt, darüber etwas besonderes zu vermerken. Der Mann hatte vermöge der Mundschaft die alleinige Dispositionsbefugnis über das vorhandene Vermögen und erst nach

Auflösung der Ehe, konnte eine Frage über das Mein und Dein an diesem Vermögen entstehen. So ist es auch heute noch bei römischem Dotalrechte in allen Ehen, worin ein reines Verhältniß unter den Eheleuten besteht. Es gilt *de facto* Gütergemeinschaft unter ihnen, ohne daß sie sich dessen mit determinirtem Willen bewußt sind. ¹¹²⁾ Wenn daher gleich der angezogene Paragraph der Morgensprache, nicht ausdrücklich erwähnt, daß in Arnberg allgemeine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten bestehe, so ist solches doch nichts desto weniger gewiß, denn es hat dieses nicht allein der Magistrat zu Arnberg, in einem Attestat vom 28. Februar 1782 ¹¹³⁾ ausdrücklich erklärt, sondern es sind sonst auch die einzelnen Satzungen des Statuts wahrhaft unerklärlich, wie dieses schon von anderen bemerkt ist. ¹¹⁴⁾

Auch die älteren Rechtsgelehrten sind darüber nicht im Geringsten im Zweifel gewesen; ¹¹⁵⁾ und diejenigen Orte, welche Arnberger Recht hatten, waren es eben so wenig. Dies ist namentlich nachzuweisen von der Freiheit Hüften, welche, wie weiter unten sich ergeben wird, mit „alt Arnberger Recht“ bewidmet war und deren Magistrat am 14. August 1759 erklärte, daß dort Gütergemeinschaft unter Eheleuten von jeher bestanden habe.

Es folgt nemlich die Gütergemeinschaft schon aus der einzigen Bestimmung des Statuts, welche besagt, daß bei kinderlosen Ehen der überlebende Gatte, das ganze vorhandene Vermögen erben und daß bei beerbten Ehen, das ganze vorhandene Vermögen, ohne Unterschied woher es rührt und wann es anerfallen ist, zwischen dem überlebenden Gatten und

¹¹²⁾ Piners Gütergemeinschaft unter Eheleuten, nach der Nassau-Ragenellenbogenschen Landes-Ordnung, in Ulrichs neuem Archiv B. 4. S. 308.

¹¹³⁾ Weill. 52.

¹¹⁴⁾ Kuhlwetter über das Arnsb. Statutarrecht, in v. Kamphs Jahrbüchern B. 46. S. 40.

¹¹⁵⁾ Wolfsvoß in der angef. Dissertation über das Arnberger und Rübener Recht S. 13.

den Kindern in zwei gleiche Theile vertheilt werden soll. Ohne Voraussetzung bestandener allgemeiner ehelicher Gütergemeinschaft ist ein solches Erbrecht nicht anders, als unter der mit nichts unterstützten Annahme denkbar, daß es durch ganz singulairen Eigenwillen der Arnberger Bürger, gegen alle deutschen Erbgrundsätze und gegen alle damal bestandenen Observanzen willkürlich sey geschaffen worden.

Demungeachtet ist man, in starrer Anwendung des Grundsatzes, daß jede einzelne Abweichung vom geltenden gemeinen Rechte, als besondere *lex scripta* oder als gültige Observanz nachgewiesen werden müsse, bei den dürren Worten des Statuts stehen geblieben und hat auf diese Weise eine Menge einzelner Inconsequenzen gegen das gemeine Recht sanctionirt, statt der consequenten Entwicklung eines ihm derogirenden Hauptbegriffes Raum zu geben. Es ist dieses um so mehr zu bedauern, weil doch kaum angenommen werden kann, daß es Arnberg allein nicht gelungen seyn solle, die Ausbildung des deutschen Instituts der ehelichen Gütergemeinschaft, bis zur Vollkommenheit des Begriffs zu vollenden; vielmehr klar vor Augen liegt, daß das Institut in allen seinen Theilen, practisch hier eben so ausgebildet war, wie in so vielen anderen westfälischen Städten und daß nur die früher bestandenen Normen, durch eingedrungene römische Doctrinen, hie und da durchlöchert worden sind; auf welchem Wege am Ende das Dotalrecht schon fast ganz an die Stelle des deutschen Güterrechts getreten war, als die neuesten Erörterungen, die noch bestehenden Reste des alten Instituts, vor völligem Untergange sicherten. Indes hat die neuere Praxis das alte Institut bis jetzt nur erst stückweise wiedergeboren, so daß sie in Arnberg, während der Ehe noch keine Gütergemeinschaft annimmt, vielmehr alle Kalamitäten der Interventionen in Executionen und Concurfen zuläßt und die Gütergemeinschaft, nachdem sie in dem Verhältniß, wo sie für das Familienglück grade von den wohlthätigsten Folgen ist, ausgeschlossen worden, erst da entstehen läßt, wo sie nach allen anderen Statuten aufhört. Nachdem ihr Daseyn während

des Lebens der Eheleute bestritten worden, werden ihre Folgen nach dem Tode derselben anerkannt, ohne daß sich ein befriedigender Grund dafür erkennen ließe. Als Motiv hierfür wird hauptsächlich der Umstand angeführt, daß das Statut alle einseitige Dispositionen der Ehegatten von Todeswegen zuläßt, welches gegen die Grundsätze einer allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft angehe. ²¹⁶⁾

Allein abgesehen davon, daß sich das Statut nicht so ganz bestimmt darüber ausdrückt, ob es auch eine einseitige testamentarische Disposition der Ehegatten verstattet und nach den bisherigen Ausführungen, nur diese bei vollkommener ehelicher Gütergemeinschaft unzulässig erscheint; abgesehen davon ferner, daß viele andere Statuten, bei unbestrittener Gütergemeinschaft, die Fähigkeit der Ehegatten zu einseitiger Testamentation aufrecht erhalten, ²¹⁷⁾ wie dann auch namentlich Bürgermeister und Rath zu Brilon in dem großen Weisthum vom 7. Juni 1619, worin die Grundsätze der dortigen Gütergemeinschaft ausführlich zusammengestellt werden, §. 1. deutlich sagen, daß die Erbfolge nur gelte: *ab intestato, extra ultimæ voluntatis casum*; ²¹⁸⁾ abgesehen endlich davon, daß das Vindicationrecht der Frauen in Concurse des Mannes, sich als Ausnahme von der Regel dahin rechtfertigen ließe, daß der Arnberger Frau, wie z. B. auch der Bremer, gestattet würde, sich desselben in Voraussetzung eines Verzichtes auf die Vortheile der Gütergemeinschaft zu bedienen, fragt sich noch, ob diese Seiten der Arnberger Praxis nicht als eingeschlichene Inconsequenzen der späteren Zeit zu betrachten und auszumerzen sind?

Jedenfalls scheint es unzulässig, um solcher Einzelheiten willen, das Daseyn des ganzen Instituts der Gütergemeinschaft, für welches sich alle übrigen Kriterien in den wichtig-

²¹⁶⁾ Schreiben des Justiz-Amtes Arnberg vom 29. Mai 1832 in der Beilage 53.

²¹⁷⁾ Scherer Gütergemeinschaft B. 1. §. 81.

²¹⁸⁾ Beilage 33. Auch bei der Lippe'schen Gütergemeinschaft ist die Testamentation nicht unbedingt ausgeschlossen.

sten, sonst unerklärlichen Folgen vorfinden, zu ignoriren. Diese Verhältnisse und der Umstand, daß die bloße Annahme eines wechselseitigen Intestat-Erbrechts der Ehegatten, die Gemeinschaft und Theilung des Vermögens, so wie die dadurch bewirkt werdende Abschichtung der Kinder, welche das Statut vorschreibt, genügend zu erklären außer Stande und eben deshalb für die Beurtheilung einer Menge vorkommender Fälle unzureichend ist, lassen dann auch erwarten, daß mit der Zeit das Daseyn der alten ehelichen Gütergemeinschaft praktisch ebenso wieder anerkannt werden wird, wie es in den Entscheidungs-Gründen eines neueren erlassenen Erkenntnisses vom 13. März 1838 in Sachen Kräft gegen Braukmann, geschichtlich bereits geschehen ist. ²¹⁹⁾

Was nun zuerst die Gültigkeit des Statuts betrifft, so ist schon bemerkt (S. 269), daß solche durch drei conformes in Sachen Kider gegen Kider festgestellt ist. ²²⁰⁾ Demnach sagt dasselbe, daß bei unerbten Ehen, wenn nicht Ehepacten oder ein Testament etwas anderes verordnen, der überlebende Gatte Universal-Erbe des vorhandenen gesammten Vermögens ist. Die Bestimmungen der §§. 164. und 165. des Entwurfs, sind dadurch gerechtfertigt.

§. 165. 166. 167. 168.

Die hier gemachten Bestimmungen sind ebenfalls in den dürren Worten des Statuts enthalten und bedürfen somit keiner weiteren Rechtfertigung, die ihnen sonst durch vorausgesetzte Gütergemeinschaft in vollem Maaße werden könnte.

§. 169. 170. 171. 172.

Mit den Bestimmungen dieser Paragraphen geht es eben so, wiewohl sie eigentlich, ohne vorausgesetzte Gütergemeinschaft kaum erklärbar sind. Es wird dieserhalb auf die

²¹⁹⁾ Beil. 54.

²²⁰⁾ Beil. 55. 56. 57.

früheren Ausführungen in den Motiven zu §. 71. fgg. und §. 91. fgg. Bezug genommen.

§. 173.

Die in diesem Paragraphen enthaltene Bestimmung, ist eigentlich eine sehr ungenügende. Der Grund davon liegt in dem Umstande, daß das Verhältniß des überlebenden Gatten nach getrennter erster und vor eingegangener zweiter Ehe, in dem Statut nicht umständlich auseinandergesetzt ist. Es war dieses nemlich, bei vorausgesetzter Gütergemeinschaft von selbst klar und daher ganz überflüssig. Wenn man aber annimmt, daß keine Gütergemeinschaft während der Ehe bestanden habe, sondern daß diese erst in dem Augenblicke entstehe, wo sie durch Schichtung des alsdann plötzlich gemeinschaftlich werdenden Vermögens, wieder aufgelöst wird, so muß auch angenommen werden, daß nach aufgelöster Ehe der überlebende Gatte, bevor er zur zweiten Ehe schreitet, keine Dispositionsbefugnisse über das Vermögen habe und da sich nun hierüber das Statut nicht weiter ausspricht, auch eine richterliche Entscheidung über diese specielle Parthie des güterrechtlichen Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern noch nicht vorliegt, so bleibt nichts anderes übrig, als anzunehmen, (wie es das vormundschaftliche Gericht zu Arnsherg bisher that,) der überlebende Gatte habe keine Dispositionsbefugnisse über das gemeinschaftliche Vermögen; sodann aber, um die statutarische Bestimmung, daß der überlebende Gatte aus der elterlichen Behauptung der Kinder nicht verdrängt werden solle, in einiger motivirter Weise aufrecht zu erhalten, ferner anzunehmen, daß dem überlebenden Gatten der lebenslängliche Nießbrauch an dem Vermögen des Verstorbenen zustehe. ²²¹⁾

Zu welchen Verlegenheiten aber solche Halbheit in den Prinzipien führt, geht aus folgender Erwägung hervor. Wenn die überlebende Frau nicht wieder heirathet, so sind die Kinder Erben des väterlichen Nachlasses; der Besitztitel

²²¹⁾ Beilage 53.

von den darin befindlichen Immobilien wird also auch auf den Namen der Kinder berichtigt und nur diesen, oder wenn sie noch minderjährig, ihrer Vormundschaft, steht das Recht zu, darüber zu disponiren. Gesezt nun, es ist von dieser Dispositionsbefugnis Gebrauch gemacht, und die überlebende Frau schreitet zur zweiten Ehe, nachdem in Folge jener Dispositionen, der väterliche Nachlaß absorbiert ist. Wie kann in solchem Falle die Bestimmung des Statuts aufrecht erhalten werden, daß bei Wiederverheirathung des parens superstes dieser und die Kinder das ganze gemeinschaftliche Vermögen, zu zwei gleichen Theilen erben sollen? Da der parens superstes nach den klaren Worten des Statuts erbt, so ist ihm das Erbrecht auch durch den Tod des Erblassers anerfallen, es muß also alles im Hypothekenbuche sowohl, als in den Eigenthumverhältnissen, zu Gunsten des überlebenden Gatten repristinirt werden. Dasselbe würde der Fall seyn müssen, zu Gunsten der Kinder, wenn das aus der Ehe vorhandene Vermögen zum größten Theile Eigenthum des überlebenden Gatten wäre und dieser erst zur zweiten Ehe schritte, nachdem er, kraft seiner einseitigen Dispositionsbefugnis sein conferendum zu dem zwischen ihm und den Kindern zu theilenden gemeinschaftlichen Nachlasse gebracht, die Kinder also noch den Nachlaß des verstorbenen Gatten, der allein übrig geblieben, mit dem überlebenden theilen müßten.

Es ist schwer zu begreifen, wie hier die Anwendung des Statuts sollte bewerkstelligt werden können; so wie die Art, wie man ihm bisher die Anwendbarkeit wieder gestattete, dem inneren Rechtsgeföhle auch keineswegs zusagt. Bleibt die überlebende Frau unverheirathet, widmet sie sich ganz dem Wohle der Familie ihres Mannes, so erhält sie dafür nichts; heirathet sie aber wieder, widmet sie sich nur theilweise den Kindern ihres Mannes, so erhält sie dafür das halbe Vermögen desselben; ist sie endlich ohne Kinder und daher in den Fall gesezt, nichts für die Familie des Mannes thun zu brauchen, dann erhält sie das ganze Vermögen dessel-

ben! Wo römische und deutsche Rechte *poenas secundarum nuptiarum* billigen, da bewilligt das Arnberger Statut, in der Art, wie man es jüngst angewendet, *præmia*, welche gewiß nicht in seiner Absicht gelegen haben. Unstreitig wird diese auf den Kopf gestellte Praxis sich noch überleben.

Vorläufig ist vom Land- und Stadtgerichte angenommen worden, daß in Vormundschafft-fällen Gütergemeinschaft unter verstorbenen Eheleuten anzunehmen sey, wenn die Vormünder und überlebenden Gatten nicht widersprechen.

§. 174.

Von den mannigfaltigen Modificationen, welche das Eintreten der Gütergemeinschaft bei Eheleuten hindern, (Motive zu §§. 10. 15. und fgg.) kann hier nicht die Rede seyn; weil es sich von keiner Gütergemeinschaft handelt. Daß das Arnberger Statut auf Eximirte keine Anwendung finden solle, davon sagt es nicht allein nichts, sondern aus den Depositionen der Zeugen, über das Bestehen derselben²²²⁾ geht auch zur Genüge hervor, daß es bei Eximirten Anwendung gefunden hat. Es können daher nur solche Eheleute davon ausgenommen werden, welche durch das Gesetz persönlich unter andere erbrechtliche Bestimmungen gesetzt sind, d. h. land-säßige Adelige und Juden. (Motive zu §. 15.)

Daß auch solche Ehen nicht davon betroffen werden können, in welchen durch eingegangene frühere Gütergemeinschaft, irgend eine andere besondere Succession-Ordnung schon gegeben ist, versteht sich von selbst. Es ist dieser Fall eigentlich schon in den §§. 165. u. 172. enthalten.

§. 175. 176. 177.

Die Freiheit Hachen verdankt ihr Entstehen der dortigen uralten Burg, welche ober ihr auf einem früher fast unangreifbaren Felsen thronte. Sie kömmt schon um das Jahr 1000 unter der damals üblichen Bezeichnung: *urhs in*

²²²⁾ Weil. 55. u. 57.

Hackene vor. Die alte Grafenfamilie, welche in jener Zeit diese Gegend regierte, schenkte die Burg dem Erzbischofe von Köln,²²³⁾ der sie den Grafen von Dassel als Lehn überließ. Letztere verkauften sie 1231 wieder an die Grafen von Arnberg,²²⁴⁾ welche die im Thale liegende Villa später zur Freiheit erhoben. Diese bediente sich Arnberger Rechts, wie aus einer alten Bestätigungsurkunde Erzbischof Ruprecht²²⁵⁾ von 1465 hervorgeht. Von diesem Arnberger Rechte hat sich jedoch in Hachen keine Spur erhalten. Dagegen hat sich hier eine besondere Succession-Observanz ausgebildet, deren die §§. 175 — 178 erwähnen. Dieselbe ist in Sachen Geschwister Severin zu Hachen Intervenienten zur Sache des Freiherrn von Fürstenberg zu Herdringen Klägers gegen Eheleute Deimel genannt Ludwig zu Hachen durch ein Erkenntniß des Justiz-Amtes Arnberg vom 26. Januar 1829 und durch ein confirmatorisches Erkenntniß des Königl. Oberlandes-Gerichts vom 20. November desselben Jahrs als bestehend festgestellt worden.²²⁶⁾ Die Depositionen der Zeugen bekunden sie so, wie sie der Entwurf angibt, weshalb es keiner weiteren Motivirung desselben bedarf. Nur über folgende Punkte sind noch einige besondere Bemerkungen erforderlich:

a) Es fragt sich, ob die Colonatverordnung vom 5. November 1809, welche die Untheilbarkeit aller Kolonate aufhebt, der Observanz nicht im Wege steht? Hachen ist eine Freiheit, seine Einwohner sind Bürger; ihre Besizungen scheinen daher der für Bauerngüter gegebenen Kolonatverordnung um so weniger unterworfen, weil die Depositionen der Zeugen unbedingt dahin sprechen, daß die Observanz, ohne Rücksicht auf Colonatqualität, immer be-

²²³⁾ Seiberg Urk. Buch B. 1. N^o 19.

²²⁴⁾ Seiberg a. a. D. N^o 194.

²²⁵⁾ Auszugweise in der Beilage 68. vollständig künftig im Urk. Buche.

²²⁶⁾ Weil. 59. u. 60.

standen habe und noch bestehe. b) Eben deshalb wird auch die neue bürgerliche Succession-Ordnung vom 13. Juli 1836 auf die Güter in Hachen und anderen ähnlichen Freiheiten, keine Anwendung finden. c) Daß die Abfindung der Geschwister herkömmlich, also nach Kräften des Besizes, nicht aber nach den Regeln der gemeinrechtlichen Intestat-Erbfolge, auf den Grund einer Abschätzung geschieht, sagen die Zeugen ausdrücklich. Es kann daher niemals auf eine solche Abschätzung provocirt werden. Allein es fragt sich, nach welchen Grundsätzen ist die herkömmliche Abfindung zu ermessen? Hierüber sprechen sich die Zeugen nicht aus; weshalb sich der Entwurf auf die gemachte allgemeine Bestimmung beschränken mußte. d) Daß eine absolute Untheilbarkeit der Güter in Hachen nicht besteht, ist schon in der Dispositionsfähigkeit der Eigenthümer unter den Lebendigen, gegründet. Die Zeugen bekunden aber auch ausdrücklich, daß in Folge Uebereinkommens, in einzelnen Fällen die nachgeborenen Kinder statt in Gelde in natura abgefunden werden. (Beilage 59.) Hierauf gründen sich die Modificationen in den Paragraphen 176. u. 177.

§. 178.

Die Freiheit Sundern wurde um 1300 von Graf Ludwig v. Arnberg, als neue villa, in dem großen Arnberger Walde angelegt. Später wurde sie aus einem Dorfe in eine Freiheit umgewandelt. Die darauf Bezug habenden Urkunden liegen jedoch nicht mehr vor, ²²⁷⁾ so daß eben deshalb auch nicht mehr angegeben werden kann, mit welchem Statutarrechte sie ursprünglich bewidmet gewesen. Dagegen hat sich in dieser Immunität eine ähnliche Succession =

²²⁷⁾ Nur eine Urkunde von 1310, worin Graf Ludwig erzählt, daß er die beiden villas Walde et Sundern neu angelegt und sich wegen des Patronatrechts über die Kapellen in denselben, mit dem Pfarrer zu Stockum, nach langwierigem Streit vertragen habe, ist noch vorhanden und wird im zweiten Bande des Urkundenbuchs geliefert werden.

sion = Observanz auszubilden, wie in Hachen; mit dem Unterschiede jedoch, daß in Sundern die Abfindung der vom Haus und Gutsbefize ausgeschlossenen Kinder, nicht herkömmlich, sondern nach einer Taxe erfolgt. Diese Observanz ist in Sachen Falke gegen Falke durch ein Erkenntnis des Justiz = Amtes Arnberg vom 10. Mai 1833 und das bestätigende Appellation = Erkenntnis des Königl. Ober = Landesgerichts de publ. 2ten April 1836 festgestellt, ²²⁸⁾ und demnächst durch ein weiteres, jedoch noch nicht rechtskräftiges Erkenntnis des Justiz = Amtes Arnberg vom 14. Sept. 1838 noch genauer bestimmt worden. ²²⁹⁾

§. 179.

Die Stadt Neheim verdankt ihre Entstehung ebenfalls einem großen castrum, welches die Grafen von Arnberg hier angelegt hatten und mit starker Burgmannschaft besetzt hielten. Graf Gottfried III erlangte zuerst 1263 von Erzbischof Engelbert II die herzogliche Erlaubnis: ut de villa sua Neyhem oppidi faciat munitiorem. ²³⁰⁾ und Graf Gottfried IV gab ihr 1358 Lippe = sches Recht mit einzelnen Modificationen. ²³¹⁾ Es ist hiernach keinem Zweifel unterworfen, daß in Neheim wie in Lippe und den meisten anderen westfälischen Städten, eheliche Gütergemeinschaft gegolten habe, wie solches dann auch namentlich aus einem Berichte des dortigen Magistrats aus dem 17ten Jahrhundert deutlich hervorgeht. Allein es ist jetzt jegliche Spur davon verschwunden und ein Verufen auf das Privilegium Graf Gottfrieds IV, als eine lex scripta, ist in dieser Beziehung unerheblich, weil dasselbe der Gütergemeinschaft, als einer sich damals im städtischen Leben ganz von selbst verstehenden Sache, nicht ausdrücklich erwähnt.

²²⁸⁾ Beil. 61. 62.

²²⁹⁾ Beil. 63.

²³⁰⁾ Seiberg Urkundenbuch B. 1. N^o 327.

²³¹⁾ Die Urkunde auszugsweise in der Beilage 64. vollständig künftig im zweiten Bande des Urk. Buchs.

Nur eine Succession = Observanz hat sich hier erhalten, deren der §. erwähnt. Diese ist in Sachen der Ehefrau Friedrich Lichte gegen Ehefrau Wenner durch Zeugen bekundet und durch ein Erkenntniß des Justiz = Amts Arnberg vom 22. November 1837, als bestehend anerkannt. ^{***)} Gegen das Erkenntnis ist jedoch Appellation eingelegt, und über diese in zweiter Instanz noch nicht entschieden worden.

§. 180.

Die Stadt Balve war von jeher der Sitz eines Gerichts, welches seinem ganzen Umfange nach, früher zur Grafschaft Arnberg gehörte und so lange diese bestand, nur Landgemeinden in sich befaßte.

In dem Kaufbriebe über die Grafschaft Arnberg von 1368, kommt Balve noch als villa, als Dorf vor. Erst Diederich II besetzte es und gab ihm 1430 Arnberger Recht. ^{***)} Er sagt, die Bürger sollen gebrauchen: „Arnsberges gerichtes ind rechtes.“ Es ist indeß von diesem Gebrauche des Gerichts und Rechts von Arnberg, keine Spur mehr vorhanden; namentlich auch nicht von der darin gewillführten ehelichen Gütergemeinschaft; obgleich Erzbischof Hermann IV der Stadt, die ihr von Diederich II gegebenen Rechte und Privilegien bestätigte. Dagegen hat sich in Balve eine ähnliche Untheilbarkeit der Häuser und Güter ausgebildet und erhalten, wie in Hagen. Diese beschränkt sich jedoch nur auf die Stadt. Im Kirchspiel Balve waren früher alle Güter untheilbar, sie mochten Colonate seyn oder nicht. Durch die Colonatverordnung von 1809 hat sich dieses geändert. In der Stadt waren die meisten Güter freie, einzelne jedoch auch mit gutsherrlichen Rechten belastet und also eigentlich Colonate, obgleich die Bürger sich als bäuerliche Colonen

^{***)} Beilage 65.

^{***)} Die Urkunde auszugweise in der Beilage 66. vollständig künftig im Urkundenbuche.

nicht angesehen wissen mochten. Die Verordnung von 1809 findet auf sie keine Anwendung.

Die in dem Paragraphen angegebene Observanz, hinsichtlich der Untheilbarkeit der Güter in der Stadt Balve, unterscheidet sich von der zu Hagen u. nur durch den Zusatz, daß in Balve niemand Bürger werden kann, der nicht ein mit Bürgerrechten versehenes Haus und Gut hat. Das Bestehen der Observanz selbst, ist dargethan in Sachen der Geschwister Schulte, modo Friedrich Wilhelm Schmdle zu Mettenberg, Namens seiner Frau Maria Margaretha Schulte und der Mar. Catharina Schulte verehelichte Bongard gegen Franz Berken zu Balve. Drei conformes haben den Beweis derselben für geführt angenommen und wird seitdem danach verfahren. ^{***)}

§. 181.

Die Freiheit Hagen, sonst nur ein Dorf, welches Graf Ludwig von Arnberg ein von ihm angelegtes neues Dorf, neben dem alten Dorfe (nachher Stadt Allendorf) nennt, wurde von ihm 1296 zur Freiheit gemacht und mit Lippe'schem Rechte bewidmet. ^{***)} Es ist aber von diesem Rechte, sofern von statutarischen Bestimmungen die Rede, keine Spur mehr vorhanden; nur die den Bürgern verliehenen privatrechtlichen Befugnisse in den benachbarten Marken u. sind noch in Übung.

Die Freiheit Langenscheid, ebenfalls ein vom Grafen Ludwig neu angelegtes Dorf, wurde von demselben 1307 mit Immunitätsrechten begabt und auf Lippe'sches Recht angewiesen. ^{***)} Es hat sich jedoch auch hier von dem Lippe'schen Rechte nichts erhalten.

Die Güter in dem Kirchspiele und namentlich in der

^{***)} Beilage 67. 68. 69.

^{***)} Seiberg Urk. Buch B. 1. № 462 und 463.

^{***)} Die Urk. auszugweise in der Beilage 70. vollständig künftig im zweiten Bande des Urk. Buchs.

Freiheit Hagen, sind in der Regel alle von gutherrlichen Abgaben frei. Demungeachtet hat hier immer Untheilbarkeit der Güter bestanden, welche daher, weil sie durch keine Colonatverhältnisse bedingt ist, auch jetzt noch fortbesteht. Eben so verhält es sich mit den Gütern zu Langenscheid. Graf Ludwig legte die Freiheit, hier wie zu Hagen, auf eigenem Grunde und Boden an. Die Güter waren daher keinem fremden Colonatverbande angehörig, sondern blieben frei. Langenscheid gehörte übrigens zum Kirchspiel Enkhausen, in dessen weiterem Bereich sowohl die Colonat- als die vorhandenen wenigen Freigüter, nach der gewöhnlichen bäuerlichen Succession=Ordnung vererbt wurden. Das Nämliche war der Fall mit den Kirchspielen Hüsten und Stockum, welche später theilweise zum Gericht Balve gelegt waren. Im letzteren waren übrigens keine freie Güter, sondern nur Colonate, entweder von der Kirche oder von dem vormaligen adeligen Gute zu Stockum.

Unter solchen Umständen bildete sich in beiden Freiheiten Hagen und Langenscheid, die gleiche Succession=Observanz aus wie zu Hagen; für Hagen ist sie dargethan in Sachen des Justiz=Amtmanns H dynck gegen die Geschwister Biggemann zu Hagen. Der in erster Instanz geführte Beweis, wurde von dem Justiz=Amt Balve nicht für gelungen erklärt und daher auf das Bestehen der Observanz nicht erkannt. In zweiter Instanz wurde jedoch der Beweis verstärkt und nunmehr von dem Richter dieser Instanz sowohl, als von dem der dritten für vollständig geführt erachtet. ²²⁷⁾

Für die Freiheit Langenscheid ist die Observanz anerkannt in Sachen Müller gegen curator concursus Müller zu Langenscheid, durch ein Erkenntniß des Justiz=Amts Balve vom 15. September 1837. ²²⁸⁾ Gegen das

²²⁷⁾ Beilage 71. 72. 73.

²²⁸⁾ Beilage 74.

Erkenntniß ist zwar Appellation angemeldet, aber als verspätet zurückgewiesen worden.

§. 182.

Das Kirchspiel Körbecke besteht aus fünfzehn Landgemeinden; welche seit den frühesten Zeiten ein Theil der Grafschaft Arnberg und durch einen besonderen Jurisdiction=verband vereinigt waren. Die Stadt=Soest fand sich durch letzteres Verhältniß in ihren Rechten gekränkt; wahrscheinlich weil der Richter zu Körbecke sich Evocationen gegen Soester Angehörige erlaubte; weshalb die Stadt schon 1310 von Erzbischof Heinrich ein Privileg auf sechs Jahre gegen alle Evocationen weltlicher Richter im Herzogthum Westfalen ausbrachte, welches später wohl stillschweigend prorogirt wurde. Als 1368 der Administrator, Erzbischof Cuno, die Grafschaft Arnberg erkaufte, und die Stadt Soest, zur Bezahlung des Kaufpreises 3500 Gulden hergab, bestätigte er ihr im folgenden Jahre alle Erbgenossenrechte im Arnberger Walde und versprach, zur Beilegung des alten Habers zwischen Soest und den Grafen von Arnberg, über die Jurisdiction von Körbecke, daß dieselbe künftig eine *jurisdictio simplex curtialis in vulgo appellata Burgerichte* seyn solle; Erzbischof Diedrich II. bestätigte dieses Privileg 1414 dahin, ²²⁹⁾ daß das Gericht zu Körbecke „soll fortmer na dieser Tydt syn vndt wesen ein schlecht buergericht.“ Es scheint indeß nicht, daß Diedrich und seine Nachfolger, nach dem Abfalle Soests in der Soester Fehde (1444) sehr geneigt gewesen, dieses Privileg ferner aufrecht zu erhalten. Der Richter zu Körbecke übte vielmehr bis in die neuesten Zeiten alle landesherrliche Jurisdictionrechte aus, wie die übrigen Churfürstlichen Richter und Sografen.

Unter solchen Verhältnissen konnten eigentliche statutarische Rechte im Körbecker Jurisdictionbezirke nicht wohl ent-

²²⁹⁾ Die Urkunden von 1310, 1368 und 1414 im zweiten Bande des Urk. Buchs.

stehen, dagegen hat sich darin die in dem Texte angegebene Obervanz gebildet, über deren Grund und Umfang die An- sichten lange gewechselt haben.

Nach einem Appellation-Erkenntnis von Landdrost und Råthen vom 1. Febr. 1783 in Sachen Witwe Byseman zu Beleke Appellantin gegen Frohnen-Evert zu Kõrbecke welches in dritter Instanz vom Hofrath zu Bonn am 15ten Febr. 1785 bestätigt wurde ⁴⁰⁾ ist in dieser Sache die im Kirchspiel Kõrbecke unter Eheleuten übliche Erbfolge für hin- Genüge erwiesen und danach angenommen worden, daß das Erbrecht den ganzen Nachlaß, Immobilien, Mobilien und Moventien umfasse. Ueber den Grund dieses Erbrechts und über die Frage, ob es auch bei beerbten oder nur bei kinder- losen Ehen Anwendung finde, sprechen sich die Erkenntnisse nicht weiter aus.

In Sachen des fiscalischen Anwalts gegen Witwe Dügge zu Beleke kamen diese Fragen zur Sprache und nach einem von dem Gerichtschreiber Lichte im Namen des Gerichts zu Kõrbecke gegebenen Bescheide v. 9. März 1795 ⁴¹⁾ scheint es unzweifelhaft, daß man damals Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten im Kirchspiel Kõrbecke, als Grund des Successionrechtes angenommen und demzufolge behauptet hat, dasselbe trete auch bei beerbten Ehen ein, so daß die Kinder erst nach dem Tode beider Eltern, wenn nicht vielleicht früher der Fall einer Erbschichtung eintrat, Ansprüche auf das Vermögen der Eltern haben.

Die nemliche Ansicht hat das Königl. Hofgericht in den Entscheidungs-Gründen eines Interlocuts vom 17. Juni 1818 in Sachen Anna Catharine Niemand und deren Ehemann Wennemar Samer gegen den K. Fiskus ausgesprochen, weil es darin heißt, es sey eine auf gerichtlicher Autorität beruhende Sache, daß in Kõrbecke Gütergemeinschaft bestehe. ⁴²⁾

⁴⁰⁾ Beilage 76 u. 77

⁴¹⁾ Beilage 77.

⁴²⁾ Beilage 78.

In einer späteren Sache Hillebrand zu Mülheim gegen Schlösser zu Wameln, hat auch das Justizamt Beleke in dem rechtskräftig gewordenen Erkenntnisse v. 15. Aug. 1829 ⁴³⁾ auf das vorhingedachte Hofgerichtliche Erkenntnis Bezug genommen; jedoch nicht, um auf die im Kirchspiel Kõrbecke bestehende Gütergemeinschaft zurückzukommen, sondern nur, um die daselbst notorisch geltende Obervanz zu erhärten:

„daß bei dem kinderlosen Absterben des einen Gatten, dessen Nachlaß auf den andern Ehegatten vererbt.“

Hiernit stimmt dann auch der Gang einer anderen Sache Minorennen Cramer zu Günne gegen Theodor Westermann, worin das damalige Gericht Kõrbecke per sententiam vom 23. Febr. 1802 für das Bestehen der allg. ehelichen Gütergemeinschaft entschied, wogegen aber unter Bezugnahme auf die Erkenntnisse vom 1. Febr. 1783 und 15. Febr. 1785 (Beil. 76 und 77.) welche bloß das Erbrecht ohne Gütergemeinschaft anerkennen, die Appellation eingelegt wurde. Welchen Erfolg letztere gehabt hat, ist unbekannt geblieben. Die Praxis aber hat sich bis in die letzte Zeit immer dahin ausgesprochen, daß es zur Anerkennung des unbestritten bestehenden Successionrechtes der Eheleute bei kinderlosen Ehen, keines Zurückgehens auf den viel weiter reichenden Erklärung-Grund einer bestehenden ehelichen Gütergemeinschaft bedürfe und ist hienach auch immer verfahren worden. So z. B. hat noch in jüngeren Jahren die Witwe des Schultheiß Bömer gnt. Schulte zu Drüggele, nach dem kinderlosen Absterben ihres Mannes, den von ihm her- stammenden Hof, so wie seinen sämtlichen übrigen Nachlaß, nicht auf den Grund eines Testaments oder einer allge- meinen ehelichen Gütergemeinschaft, sondern lediglich vermöge des gedachten ehelichen Successionrechtes an sich genommen und ohne Widerspruch der Geschwister ihres Mannes behal- ten. Bestünde wirklich Gütergemeinschaft unter den Eheleu-

⁴³⁾ Beilage 79.

ten, so würde sich diese in ihren Folgen nicht bloß bei Todesfällen sondern auch im Leben der Eheleute, durch die Dispositionsbefugnisse des Mannes äußern. Allein letzteres ist nicht der Fall; es wird vielmehr bei allen ehelichen Güterverhältnissen nach den Grundsätzen des römischen Dotalrechts verfahren und nur bei unbeerbten Ehen tritt das Erbfolgerecht des überlebenden Gatten ein; so daß hier der Fall ganz anders steht, als bei dem Arnberger Statutarrechte.

Unter diesen Verhältnissen muß dann auch behauptet werden, daß das Erbrecht des überlebenden kinderlosen Gatten kein notwendiges ist, daß es vielmehr, weil auch die Fähigkeit des Verstorbenen zum Testiren durch kein gütergemeinschaftliches Verhältniß beschränkt war, der Befugniß lebender kinderloser Eheleute anheim gegeben bleibt, über ihren Nachlaß; nach Vorschrift der gemeinen Rechte, leghwillig zu verfügen.

Daß auch durch Erbverträge dem nur subsidiarischen Intestaterbrechte derogirt werden könne, versteht sich von selbst.

§. 183.

Die Stadt Schmalenberg wurde sowohl von den Grafen von Arnberg, als vom Erzbischofe von Oeln beansprucht. Sie rechnete sich früher zu den Städten des Gerichts Medebach, obgleich sie rings vom Lande Fredeburg eingeschlossen war. Erzbischof Conrad besetzte sie 1242 und legte seinen Burgmann Johann Colven, den er bis dahin in einem besonderen castrum bei der Stadt unterhalten hatte, hinein. ²⁴⁴⁾

Welchen statutarischen Rechts sich die Stadt bedienen sollte, davon ist weder in dieser, noch in späteren Urkunden über Schmalenberg (in früheren wird es nicht genannt) die Rede. Aus der innigen Verbindung, worin sie mit den Schwesterstädten Medebach, Hallenberg und Winterberg stand und aus den übrigen Privilegien, welche sie mit den beiden

²⁴⁴⁾ Seiberß Urk. Buch B. I. M 228.

letzten Städten ganz gemein hatte, scheint jedoch hervorzugehen, daß sie sich wie diese, Rübener Rechts bediente. Es wird dieses auch durch das älteste Stadtbuch verbürgt, worin sich unter den Jahren 1478 und 1479 Verordnungen über Heergewette und Gerade, über Adoptionen und die desfalligen Verhandlungen vor den vier Bänken befinden, welche mit den zu Rübden bestandenen Normen ganz übereinstimmen. Indeß ist von dem Rübener Statutarrechte in praxi keine Spur mehr übrig geblieben.

Nur ein Rest der alten Gütergemeinschaft, ist in Schmalenberg übrig geblieben, nemlich ein wechselseitiges Successionrecht kinderloser Eheleute, wobei jedoch auf den wahrscheinlichen Grund desselben, auf die Gütergemeinschaft, nicht zurückgegangen wird, so daß es eben so isolirt dasteht, als das gleiche Successionrecht im Kirchspiel Gördenke. Das hierzu über in den Motiven zum vorigen §. Gesagte, findet daher auch zu Schmalenberg Anwendung. Es ist dieses Successionrecht neuerdings anerkannt, durch ein Erkenntniß des Königl. Ober-Landesgerichts vom 19. Sept. 1838, in Sachen Schmidt gegen Gilsbach. ²⁴⁵⁾

§. 184.

Die in diesem §. gedachte Observanz bei Auseinandersetzung der Kinder unter sich, scheint ursprünglich auch eine Folge der ehemaligen Gütergemeinschaft, wiewohl dabei auf diese nicht weiter zurückgegangen wird. Sie ist bekundet durch ein Zeugniß des Stadtraths zu Schmalenberg vom 18. Juli 1652. ²⁴⁶⁾

§. 185.

Das ehemalige Amt Dipe bildete mit dem Amte Altendorn früher das große Amt Waldenburg. Es bestand außer den Orten Haardt, Ober- und Mittel-

²⁴⁵⁾ Beilage 80.

²⁴⁶⁾ Beilage 81.

Regen, welche bei der Aemter-Organisation im Jahr 1807 vom Gerichte Bilstein getrennt und mit Olpe vereinigt wurden, aus den ehemaligen Gerichten Drolshagen, Olpe und Wenden. Die einzelnen Ortschaften dieser Gerichte sind zahlreich, aber in der Regel von geringer Bedeutung, weshalb sich auch vor dem 14ten Jahrhundert keine zum Range einer Stadt zu erheben vermogte; obgleich sie insofern alle ein wesentliches städtisches Prinzip nährten, als in ihnen, so weit die Kunde der Geschichte hinaufreicht, immer unbedingte Theilbarkeit des Bodens gegolten hat. Die Einwohner waren sämmtlich freie Gutsbesitzer, die es verschmähet hatten, durch die Eingehung von Ministerialverhältnissen, etwas von ihrer persönlichen Freiheit einzubüßen; weshalb dann auch bis auf den heutigen Tag kein Rittersitz darin gefunden wird. Das Volk vertrat sich überall unmittelbar selbst und blieb dadurch von der Hofhörigkeit befreit, aus welcher sich zunächst späterhin die Untheilbarkeit der Güter entwickelte. Nur in Drolshagen und Olpe selbst, den beiden einzigen Orten, welche später städtischen Rang erlangten, hatten im 13ten Jahrhundert die Dynastenfamilien Sayn und Rüdenberg Besizungen, welche aber durch Bergabung und Kauf abgetreten wurden. ²⁴⁷⁾

Im Jahr 1235 stifteten Graf Heinrich von Sayn und seine Gemahlin Mechthilde, zu Drolshagen ein Cisterzienser-Nonnenkloster. Im Jahr 1247 verkaufte die verwitwete Gräfin Mechthilde alle ihre Güter zu Drolshagen und Meinerzhagen, nebst dem Schlosse Waldburg an Erzbischof Conrad von Cöln.

Einige Jahre später, nemlich 1280 verkauften Hermannus dictus de Foresto und 1290 Conrad und Gottfried von Rüdenberg ihre Güter zu Olpe an Graf Adolf von Berg, von welchem diese später ebenfalls an die Cölnische Kirche übergingen.

Diese wurde sonach der einzige milde Schutzherr der

²⁴⁷⁾ Seibergs Urk. Buch B. 1. N^o 199. 205. 248. 389. 429.

Freien dieses Landes und ihre Erzbischöfe haben in den folgenden Jahrhunderten auch den gedachten beiden Orten, Stadtrechte gegeben. Dieses that zuerst Erzbischof Heinrich, welcher 1311 auf Anrathen des Landmarschalls Johann von Plettenberg das Dorf Olpe besetzte, zur Stadt erhob und ihm die Rechte von Attendorn gab, so daß in zweifelhaften Fällen der Zug der Rechtsholung nach Attendorn gehen und die Entscheidung des dortigen Stadtraths zielgebiger seyn sollte. ²⁴⁸⁾

Attendorn selbst war 1222 von Erzbischof Engelbert dem Heiligen mit Soester Rechte bewidmet worden. ²⁴⁹⁾ Es hatte also Olpe eigentlich auch Soester Recht; wiewohl sich davon keine Spur im Leben erhalten hat.

Drolshagen war 150 Jahre später nur noch ein größerer Verein von Freien, eine Freiheit, bis Erzbischof Ruprecht sie 1477 ebenfalls zur Stadt erhob und mit den Rechten von Olpe, welches ihr als Mutterstadt — zu Haupte — dienen sollte, bewidmete. ²⁵⁰⁾ Auch von dieser Verleihung sind keine lebendige Spuren bis auf unsere Tage gekommen.

Statt dessen hat sich in allen Orten der gedachten drei Gerichte, als allgemeine Obervanz eine Gemeinschaft des Erwerbes unter den Eheleuten erhalten, welche in Betracht der vorhin angedeuteten Reinheit der ursprünglichen hofrechtlichen Verhältnisse in diesen Gegenden, leicht älter seyn mögte, als alle Urkunden, welche wir über Statutar- und Provinzialrechte aufzuweisen im Stande sind; denn schon in der lex Saxonum Tit. 9. (Heineccius p. 451.) heißt es: *De eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam portionem accipiat. Hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et Angrarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua.*

Neuere Urkunden über diese Obervanz giebt es vielleicht

²⁴⁸⁾ Anl. 82.

²⁴⁹⁾ Seibergs Urk. Buch B. 1. N^o 166.

²⁵⁰⁾ Bell. 83.

eben deshalb nicht, vielleicht sind sie aber auch in dem Brände von 1795, welcher die ganze Registratur des Amtes Olpe verzehrte, oder auf sonstige Weise zu Grunde gegangen. Als daher im Jahre 1823 das königliche Hofgericht zu Arnberg die sämtlichen Beamten des Landes aufforderte, über die Quellen und den Umfang der in ihren Amtsbezirken geltenden Statutar- und Gewohnheitsrechte Bericht zu erstatten, ließ der damalige Justiz-Amtmann Seypenfeldt zu Olpe, die Ortsvorstände seines Jurisdictionbezirks am 30. Juli 1823 zusammenzutreten, um die gedachte Observanz ihrem Bestehen nach zu bekunden. Leider enthält aber das aufgenommene Protokoll über den Umfang derselben nur die wenig sagende Bemerkung, daß ihr zufolge „alles, was in der Ehe erworben würde, halb dem Manne und halb der Frau gehörte und daß hingegen alle Schulden, welche in der Ehe gemacht würden, halb vom Manne und halb von der Frau bezahlt werden müßten.“ Auch die Attestationen der im Amtsbezirke practizirender Advokaten, welche der Justiz-Amtmann von ihnen erfordert hatte, beschränken sich auf die allgemeine Bemerkung, daß im Amte Olpe, die *communio acquiestus* unter Eheleuten, observanzmäßig hergebracht sey. ²⁰¹⁾ In den Attestationen der Advokaten sind zwar viele einzelne Sachennamhaft gemacht, wo entweder auf das Bestehen dieser particularen Gütergemeinschaft erkannt oder nach Maassgabe derselben, unter den Interessenten verfahren worden, so daß es wohl möglich gewesen wäre, aus diesen Sachen einige Anhaltspunkte für die speciellere Beleuchtung der Observanz zu ermitteln; allein nach der Versicherung des nachherigen Justizamtmanns d'Haerive fehlen die Akten über diese Sachen ganz oder sind so unvollständig, daß sich über den fraglichen Gegenstand nichts daraus entnehmen läßt. Nur in einer Sache: Belege gegen Heuel, liegen zwei Erkenntnisse a) des Justizamtmanns Olpe v. 26. Juli 1827, b) des königl. Hofgerichts v. 13. Nov. 1829 vor, worin aber auch nur auf das wirkliche Bestehen

²⁰¹⁾ Beilage 84.

der Observanz erkannt ist, ohne daß sich über den Umfang derselben etwas anderes als allgemeine, in dem gemeinrechtlichen Begriffe der *communio acquiestus* liegende Folgerungen daraus ziehen lassen. ²⁰²⁾

Es blieb daher nichts übrig, als Erkundigungen über die amtliche Praxis bei Auseinandersetzungen einzuziehen, allein auch diese haben so unbegreiflich dürftige Resultate erzielt, daß sie sich durch die Bemerkung des Justiz-Amtmanns, das Vermögen sey durchgängig so geringe, daß es nicht die Mühe lohne, weitläufige Erörterungen darüber zu veranlassen, kaum erklären lassen. Ein Institut, welches in seinen Folgen, für jede einzelne Familie des ganzen Jurisdictionsbereichs wichtig und seit einer ungezählten Reihe von Jahren fast täglich zur Anwendung gekommen ist, hätte sich nothwendig in allen Haupttheilen seiner rechtlichen Entwicklung zu bestimmter Gestaltung durchbilden müssen, wenn die bezüglichen Fälle der Vergangenheit, als Anhaltspunkte für die Gegenwart stets festgehalten worden wären, was freilich in der früheren Zeit selten geschehen seyn mag; zumal wenn man bedenkt, wie selten die Praxis sich durch consequente Entwicklung eines zuvor klar gedachten Begriffs des volksthümlichen Instituts, als vielmehr durch andere, ihm ganz fremdartige Autoritäten entwickelt und daher so viele abweichende, chaotische Institute über denselben Gegenstand zu Tage gefördert hat.

Dieses ist dann auch mit der *communio acquiestus* im Amte Olpe der Fall, wie die nachfolgende Darstellung, welche sich außer den allgemeinen privatrechtlichen Begriffen, nur auf die Angaben des Justiz-Amtmanns darüber, wie es mit einzelnen Fällen beim Gerichte gehalten zu werden pflegt, stützen konnte, ergeben wird.

§. 186.

Der angegebene Begriff stimmt mit der Olper Praxis

²⁰²⁾ Beilage 85. u. 86.

und ist auch der gemeinrechtliche; wie sich aus den Erläuterungen zum folgenden §. noch deutlicher ergeben wird. *

§. 187. 188.

Die hier gemachten Ausnahmen stimmen ebenfalls nicht nur mit der Olyer Praxis, sondern auch mit den Bestimmungen des gemeinen deutschen Privatrechts überein; wiewohl die letzteren grade über diesen Punkt keinesweges allgemein gleichförmig sind. ***) Indes ist man doch nicht allein über einverstanden, daß wie von der allgemeinen Gütergemeinschaft (§. 6.) so auch von der Errungenschaft alle diejenigen Vermögenstücke ausgeschlossen sind, welche dem ehelichen Ehegatten durch die Liberalität Dritter, unter der Bedingung, daß sie einhändig bleiben sollen, geschenkt werden, sondern auch darüber, daß alle Intestat-Erbchaften ohne Unterscheidung und alle Vermächtnisse, welche als einhändige dem einen Ehegatten hinterlassen werden, ihrer Substanz nach; nicht in den Bereich der ehelichen Errungenschaft fallen. ****) Es ist dieses theils in der Errungenschaft, sofern man sie wenigstens ursprünglich als eine Collaboration, eine durch gemeinschaftlichen Fleiß bedingte Erwerbung definiert, welche zwar wohl eigentliche Glücksfälle, wobei der eine Gatte mittelbar oder unmittelbar thätig ist z. B. durch Finden, Gewinnen im Spiel, Erfindung von Geschenken und Vermächtnissen, in sich begreift, nicht aber den Anfall von Intestat-Erbchaften, welcher ohne alles Zuthun der Ehegatten ereignet, theils hat er wenigstens geschichtlich, in dem Umstande seinen Grund, daß der Anfall von eigentlichem Erbgute, eben wegen des Fortfalls des Rechts, wodurch er sich ereignete, von jeglicher Gütergemeinschaft ausgeschlossen blieb. Das preussische Recht ****) ge-

****) Scherer Gütergemeinschaft Band 2. S. 105 §. 214. Eichhorn Privatrecht §. 311.

****) Hoffmanns deutsches Erbrecht §. 80.

****) Scherer Gütergemeinschaft B. 2. §. 214. 215. 216. 217. und 218. — Phillips Gütergemeinschaft S. 259.

****) K. E. R. Thl. 2. Tit. 1. §. 402. folg.

hierin noch weiter, indem es der Regel nach nicht bloß Erbchaften, sondern auch alle Vermächtnisse und alle Schenkungen, welche auf bloßer Liberalität beruhen, von der Errungenschaft ausschließt, alle andere Glücksfälle aber ohne Ausnahme zum Erwerbe rechnet und namentlich — was sehr richtig — auch von allen Stücken, welche nicht zur Gemeinschaft gehören, dennoch die Nutzungen zum Erwerbe rechnet. Die Gründe für die unbedingte Gleichsetzung der Vermächtnisse und Schenkungen mit den Intestat-Erbchaften, sind uns nicht bekannt. Die angezogenen Gesetzstellen haben hier keine Gültigkeit und können daher als subsidiäre Rechtsquellen nicht in Anspruch genommen werden.

Sofern man übrigens den hier angegebenen Begriff der Errungenschaft und die davon stattfindenden Ausnahmen festhält, läßt sich aus der Natur der Sache die Regel des preussischen Rechts ***) nicht für die Olyer *communio acquisitus* dahin rechtfertigen, daß von allem, was nicht als *Matum* des einen oder anderen Ehegatten nachgewiesen werden kann, die Vermuthung gilt, es gehöre zum Erwerbe.

§. 189.

Die particulare Gütergemeinschaft des Erwerbes unterscheidet sich ihrem Wesen nach hauptsächlich durch ihren verschiedenen Umfang und die daraus fließenden besonderen Rechte und Verbindlichkeiten der Eheleute, von der allgemeinen. Im übrigen sind sich beide Verhältnisse analog. ****) Alles was daher früher über die Entstehung und Ausschließung der allgemeinen Gütergemeinschaft gesagt ist, findet auch auf die particulare Anwendung.

Die im Entwurf aufgenommene Bestimmung von den Tuden, stimmt zwar gar nicht mit dem, was sonst gewöhnlich geschieht; wohl aber mit der Olyer Praxis. Es leben

****) K. E. R. II. 1. §. 400.

****) Eichhorn Privatrecht §. 312.

übrigens dort nur sehr wenige Juden. Früher wurden gar keine geduldet; welches wohl auch mit der Erscheinung zusammenhängt, daß es im Amte Olpe keine Junker gab. Wenigstens finden sich auf dem Lande verhältnißmäßig die meisten Juden in solchen Dörfern, wo ihre Aufnahme von den Edel-leuten abhing.

§. 190.

Das hier Gesagte findet seine Rechtfertigung in dem ersten Theile der Anmerkung zum vorigen §. Im Uebrigen wird auf die Olper Praxis und das Zeugnis deutscher Privatrechtslehrer ⁸⁰⁰⁾ Bezug genommen. Der Grundsatz der ehelichen Mundschafft des Mannes, muß bei der particularen Gütergemeinschaft festgehalten werden; weshalb dann auch das preussische Recht ⁸⁰⁰⁾ hinsichtlich der nicht besonders bestimmten Punkte der Gemeinschaft des Erwerbes, ausdrücklich auf die Analogie der allgemeinen Gütergemeinschaft verweist.

Insbesondere ist nur noch zu bemerken, 1) daß die Bestimmung des §. 29. über die Unmöglichkeit der Schenkungen unter Eheleuten, bei der partikularen Gütergemeinschaft wegfallen muß, weil sie keine allgemeine ist, folglich beiderseits Fonds dazu übrig bleiben kann, 2) daß auch für einseitige Schulden des einen Ehegatten nicht zwar die Substanz des einhändigen Vermögens des Anderen, wohl aber das gemeinschaftliche Vermögen beider, grade wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und zwar aus den nemlichen Gründen angegriffen werden kann, welche in den Motiven zu dem betreffenden §. dafür angegeben sind. Damit stimmen nicht bloß viele Particularrechte überein, ⁸⁰¹⁾ sondern auch das preussische Recht ⁸⁰²⁾ wahrscheinlich, weil man bei dem

⁸⁰⁰⁾ Eichhorn Privatrecht §. 312.

⁸⁰⁰⁾ K. E. R. II. §. 411.

⁸⁰¹⁾ Phillips Gütergemeinschaft S. 274. — Scherer Thl. 2. S. 196.

⁸⁰²⁾ K. E. R. II. 1. §. 406 — 408.

Umstände, daß in der ehelichen Gütergemeinschaft in der Regel nur vom Manne gültig Schulden gemacht werden können, die gemeinrechtliche Bestimmung beachtete, daß die Errungenschaft allein dem Manne gehört, er also davon auch die Schulden zu tragen hat. Wenn aber nun das preussische Recht, in Betracht des beiderseitigen Berechtigung-Verhältnisses welches der Gemeinschaft des Erwerbes zum Grunde liegt, voraussetzt, der gemeinschaftliche Erwerb könne nur hinsichtlich der Fonds seyn, aus welchem die besonderen Schulden des einen Gatten bezahlt werden müssen und deshalb sey der Ehegatte, der durch die Bezahlung solcher Schulden den gemeinschaftlichen Erwerb schwäche, dem anderen zum Erfasse aus seinem Privatvermögen verpflichtet, ⁸⁰³⁾ so streitet dieses ganz gegen die Dispositionsbefugnisse des Mannes. Consumirt dieser als unbeschränkter Administrator der Gemeinschaft, die letztere, so ist er, so lange er der Administration des Vermögens nicht entsetzt worden, keine Rechenschaft darüber schuldig; also auch nicht, wenn er seine Privatschulden damit bezahlt. Soll für Schulden der Frau die gemeine Masse angegriffen werden, so sind es entweder solche, welche der Mann nach §. 36. 37. für die Gütergemeinschaft anerkennen muß, dann hören sie auf, besondere Schulden zu seyn; sind es dagegen solche, welche die Gemein-Masse nicht affizieren, so kann diese bei der partikularen Gütergemeinschaft auch eben so wenig dafür in Anspruch genommen werden, als bei der allgemeinen. Aus diesem Grunde ist dann auch das dem preussischen Rechte ⁸⁰⁴⁾ bekannte *beneficium separationis* für die Frau, wenn der verschuldete Mann kein eigenthümliches Vermögen zugebracht hat, der Olper Particular-Gütergemeinschaft ganz unbekannt; obgleich es die Entscheidungs-Gründe des Hofgerichtlichen Erkenntnisses in Sachen Heule gegen Heuel vor-

⁸⁰³⁾ Borneman Preussisches Civilrecht B. 5. S. 197.

⁸⁰⁴⁾ K. E. R. II. 1. §. 410.

auszusehen scheinen, indem sie der mitverklagten Ehefrau überlassen, im Falle des Concurfes ihres Mannes, sogar ihren Antheil an der Errungenschaft zu vindiziren. Für ein solches *beneficium* spricht aber nur die Billigkeit; der rechtlichen Natur der Sache ist sie fremd und den Dispositionrechten des Mannes gradezu entgegen.

§. 191.

Es fragt sich bei diesem §. zunächst, was ist als gemeine Schuld zu betrachten? Da hinsichtlich der Dispositionbefugnisse der Eheleute unter den Lebenden, eine vollkommene Analogie zwischen der particularen und allgemeinen Gütergemeinschaft statt findet und nach der letzten (S. 27. u. fgg.) der Mann alle Rechte der freien Verwaltung und des Eigenthums auszuüben hat, ohne an die Zustimmung der Frau gebunden zu seyn, so muß unter gemeiner Schuld nicht bloß solche verstanden werden, welche von dem Manne als Verwalter des gemeinschaftlichen Vermögens, wobei sich der Consens der Frau in der Regel von selbst versteht, einseitig contrahirt ist, sondern unbedingt auch solche, welche von beiden Eheleuten, gleichviel zu welchem Zwecke, gemeinschaftlich contrahirt worden ist. ^{***}) Wenn demnach die Olyer Praxis — nach Versicherung des Justiz-Amtmanns — die alleinige Dispositionbefugnis des Mannes auf der einen Seite nicht bestreitet und somit die von ihm als verwaltenden Disponenten gemachten Schulden ohne Weiteres als präsumtiv gemeinschaftliche Schulden anerkennt, so ist dies ganz consequent; wenn aber auf der anderen Seite das Gericht als Hypothekenrichter, bei Verpfändungen zugleich den Beitritt der Frau erfordert, so ist dieses ebenso inconsequent; obgleich als Cautel gegen mögliche Regressansprüche, womit der preussische Richter überall bedroht wird, wohl zu erklären.

Sobann fragt es sich, wie weit haften die Eheleute mit ihrem Vermögen für solche gemeinschaftliche Schulden?

^{***}) Phillips Gütergemeinschaft S. 272.

Daß dafür zunächst das gemeinschaftliche Vermögen angesehen werden müsse, braucht kaum bemerkt zu werden, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Allein eben so klar ist es, daß nach Absorbirung des gemeinschaftlichen Vermögens, die Eheleute auch mit ihren einhändigen Gütern für die gemeinschaftlichen Schulden haften; denn nicht die Aktiv-Masse der Errungenschaft hat die Schulden gemacht, sondern die Eheleute haben es gethan, denen die gemeinschaftliche Masse und das einhändige Vermögen gehört; dieselben haften also auch mit letztem für die Schulden und zwar zu gleichen Theilen, weil sie zu der Gemeinschaft des Erwerbes, in welcher die Schulden gemacht worden, jeder zur Hälfte berechtigt sind. Zu mehr als zur Hälfte der Schuld sind sie aber auch, wenn nicht etwa eine besondere Solidar- oder Correal-Verbindlichkeit in der Mitte liegt, dem Gläubiger nicht verbunden. Die von beiden gemachte Schuld belastet Seden zu gleichen Theilen.

Diese Grundsätze sind auch anerkannt in den beiden Erkenntnissen der Sache Schultheiß Belege gegen Eheleute Heuel (Beil. 85. u. 86.) wodurch die beiden Verklagten jeder zur Hälfte für zahlpflichtig erkannt worden. In den Entscheidung-Gründen des obersterlichen Erkenntnisses ist auch anerkannt, daß die Schuld schon darum eine gemeinschaftliche sey, weil sie der Mann, obgleich einseitig, doch zum Zwecke seines Gewerbes gemacht habe.

§. 192.

Dem hier Gesagten zufolge, hat der Mann die unbeschränkte Verwaltung aller Güter der Frau, so daß ihm in solcher Hinsicht ein Unterschied zwischen Total- und Paraphernalgut nicht im Wege steht. Diese Bestimmung folgt nothwendig aus dem Umstande, daß die Früchte des einhändigen Vermögens der Frau, in die Gemeinschaft des Erwerbes fallen, worüber dem Manne, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, die ausschließliche und unbedingte Disposition zusteht. Nur die Substanz jenes Vermögens bleibt der Frau

vorbehalten, weshalb der Mann hier durch die Vorschriften des gemeinen Rechts gebunden wird.

Hieraus folgt eben so nothwendig, daß die Frau bei Veräußerungen an die Einwilligung des Mannes gebunden bleiben muß, indem sie sonst der Gemeinschaft des Erwerbes einseitig die Früchte ihres Vermögens entziehen könnte, worüber nur der Mann zu disponiren hat.

Nicht minder folgt umgekehrt daraus, daß der Mann zur einseitigen Veräußerung seines Privatvermögens befugt bleiben muß, weil er vermöge seiner unbeschränkten Dispositionsbefugnis über den gemeinschaftlichen Erwerb, keine Rücksicht darüber zu geben braucht, wenn dieser durch Verringerung der Substanz seines Vermögens geschwächt wird.³⁶⁶⁾

§. 193. 194.

Nach Aufhebung der Gemeinschaft des Erwerbes in kinderloser Ehe, fällt der Dipe Praris zufolge, das Sammtvermögen zur Hälfte auf den überlebenden Gatten, zur Hälfte auf die Intestat-Erben des Verstorbenen. Es tritt also hier ein ganz anderes Verhältniß ein, als bei der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, wo ein Gatte den andern ganz oder theilweise beerbt und danach auch die einseitigen Dispositionsbefugnisse des Mitgatten beschränkt. (Motive zu §. 39.)

Dagegen bleibt, wenn Kinder vorhanden sind, welche nach dem Tode des einen Gatten die Communio mit dem überlebenden fortsetzen, das Verhältniß dasselbe, weshalb hier dann auch die Bestimmungen der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft wiederholt werden mußten.

§. 195. 196. 197. 198.

Gewöhnlich ist das Verhältniß der fortgesetzten *communio aequus*, dem der *prorogata universalis* gleich. Dieses wird namentlich auch so zu Dipe gehalten,

³⁶⁶⁾ Eichhorn Privatrecht §. 312.

weshalb im Entwurfe auf die früher angegebenen Bestimmungen über die fortgesetzte eheliche Gütergemeinschaft Bezug genommen werden durfte. Der Grund dieser Gleichstellung, muß wohl zunächst in dem Umstande gesucht werden, daß der überlebende Gatte, wenn die Ehe mit Kindern gesegnet ist, überall, ausser anderen Vortheilen, wenigstens den Nießbrauch an allen früher gemeinschaftlichen und dem verstorbenen Gatten allein gehörig gewesenen Gütern erhält, welche ihm nicht eigenthümlich zufallen; denn auch der, bei der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, dem überlebenden Gatten zufallende Nießbrauch, führt den Namen einer fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft nur uneigentlich und ist doch das Fundament der *prorogata*.³⁶⁷⁾

§. 199.

Die in diesem §. gemachte Ausnahme ist nothwendige Folge des Umstandes, daß Erbschaften und Vermächtnisse nach §. 187, auch während der Ehe schon nicht in die Er rungenschaft fallen und folglich eben so wenig, nach Auflösung der Ehe durch den Tod, ein Bestandtheil der fortgesetzten Gemeinschaft des Erwerbes werden können.

§. 200. 201. 202.

Es ist schon früher entwickelt worden, daß und warum bei Auflösung der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, unseren bestehenden Gesetzen zufolge, die Anordnung einer Vormundschaft nicht umgangen werden darf. (Motive zu §. 63 und 64.)

Diese Gründe entscheiden bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft des Erwerbes um so mehr, weil der Beifitz des überlebenden Gatten, obgleich er nach den älteren Statuten eine viel freiere Verwaltung zuläßt, als der bloße Nießbrauch

³⁶⁷⁾ Phillips Gütergemeinschaft S. 280. — Eichhorn Privatrecht S. 773.

und eben dadurch die Grundlage der fortgesetzten Gemeinschaft des Erwerbes bildet, in allen neueren Gesetzgebungen mehr die Analogie des *ususfructus* im Auge hält und daher bei Beurtheilung und Regulirung des Verhältnisses, die Regeln von der gewöhnlichen vormundtschaftlichen Verwaltung möglichst berücksichtigt. ²⁶⁹⁾

Dieser Tendenz der Gesetzgebung, ist dann auch die Olyer Praxis gefolgt, indem sie die in dem Entwurfe ausgedrückten Grundsätze festhält,

§. 203. 204. 205.

Die Bestimmungen dieser Paragraphen bedürfen keiner besonderen Motivirung; sie liegen in der Natur der Sache nothwendig ausgesprochen.

§. 206. 207. 208. 209. 210.

Auch über diese Paragraphen ist nichts besonderes mehr zu bemerken. Die im §. 209. gedachte Berechnung der Errungenschaft, hat mitunter ihre großen Schwierigkeiten; zumal wenn die Vermögen-Verhältnisse an sich etwas complicirt sind. Die particulare Gütergemeinschaft wird dadurch häufig eine reiche Quelle von Prozessen, denen vorzubeugen, die vormundtschaftlichen Gerichte eine um so dringendere Anforderung haben.

§. 211. 212. 213.

Die Vertheilung des Antheils der Kinder und deren Beerbung unter sich, muß bei der particularen Gütergemeinschaft nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts erfolgen, weil diese Art von Gemeinschaft, nur einen Theil des Vermögens befaßt; folglich sich auch die Absichtung nur auf diesen beziehen kann. Die Kinder beerben sich daher nur insofern ausschließlich, wie bei der allgemeinen Gütergemein-

schaft (§. 70. folg.), als sie nach der Absichtung von der Gütergemeinschaft = Masse der folgenden Ehe des *parens superstes*, in Gemäßheit des §. 212. ausgeschlossen werden. Diese Ausschließung der abgeschichteten Kinder von der particularen Gütergemeinschaft des überlebenden Gatten in folgender Ehe, geht aber nicht weiter als die Gütergemeinschaft selber reicht. Alles, was nicht zur Errungenschaft der ferneren Ehe, sondern zum Privatvermögen des sich wieder verheirathenden Gatten gehört, fällt in den Nachlaß dieses Gatten bei seinem Tode und kömmt seinen sämtlichen Intestat-Erben zu; wozu auch die Kinder der früheren Ehe gehören, welche ja nicht vom vollen Nachlasse, sondern nur von der früheren Errungenschaft = Masse abgeschichtet sind. ²⁷⁰⁾

Darüber, daß bei Auflösung der particularen Gütergemeinschaft durch andere Gründe als den Tod der Ehegatten, die Grundsätze der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft eintreten, sind die Privatrechtslehrer einig. ²⁷⁰⁾

Die Olyer Praxis hält sich hier überall an den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts.

§. 214.

Zur Veranschaulichung dieses Paragraphen, ist mit namentlichem Bezug auf die davon betroffenen Orte des Herzogthums, hier noch folgendes zu bemerken.

1) Von den Orten in den älteren erzbischöflichen Besizungen, so wie solche in den Motiven zum Zusatz I (S. 69.) angegeben worden, sind bisher der Reihe nach abgehandelt: Soest, Rüden, Geseke, Werl, Beleke, Brilon, Mebach, Marsberg, Schmalenberg, Olpe und Drolshagen. Es bleiben also hiervon noch zu betrachten: Attendorn, Menden, Kallenhard, Warstein, Halenberg, Winterberg, Distinghausen und Erwitte.

²⁶⁹⁾ Eichhorn Privatrecht S. 774.

²⁷⁰⁾ Olyer Gütergemeinschaft B. 2. S. 257.

²⁷⁰⁾ Eichhorn Privatrecht S. 775. N III.

2) Von den späteren, hauptsächlich Arnbergischen Erwerbungen sind abgehandelt: Hirschberg, Arnberg, Hachen, Sundern, Neheim, Balve, Hagen, Langenscheid und das Kirchspiel Cörbecke. Es bleiben also noch zu beleuchten: Eversberg, Meschede, Grevenstein, Allendorf, Affeln, Bödefeld, Freiwohl, Hüsten, Fredeburg und Bilstein.

Wir wollen nun in kurzen geschichtlichen Daten nachweisen, wie in den noch nicht abgehandelten Orten und Gegenden, eigene Statutarrechte entweder gar nicht aufgefunden oder wieder zu Grunde gegangen sind. Die Darstellung des genaueren Zusammenhanges aller, sowohl der noch bestehenden als der ausgegangenen Statutarrechte, je nach den verschiedenen Herren-Gebieten, woraus das spätere Territorium des Herzogthums Westfalen zusammengewachsen, ferner ihrer inneren Entwicklung, nach Maaßgabe dieses Zusammenhanges, ist ein Theil der Aufgabe, den die Landes- und Rechtsgeschichte zu lösen hat.

1) das vormalige Amt Attendorn gehörte seinen wesentlichsten Bestandtheilen nach, zu dem ehemaligen Amte (officium) Waldburg, so genannt von der nun zerstörten Burg dieses Namens. Es besaß davon die Kirchspiele Attendorn, Elspe, Lenhausen und Walbert. Diese Burg gehörte mehreren adeligen Familien, welche gemeinschaftliches Besatzungsrecht darin ausübten und in Verbindung mit den übrigen Freien, das Land schützten und regierten. Den ersten Anspruch an dieser Burg erwarb Erzbischof Conrad 1247 dadurch, daß ihm Mechthilde, Gräfin von Sayn ihren Antheil daran verkaufte.⁷¹⁾ Dieser Antheil am Schlosse, scheint jedoch nicht sehr bedeutend gewesen zu seyn. In einer Fehde mit Graf Eberhard v. d. Mark, wurde nemlich letzter durch den Landmarschall Johann von Plettenberg hauptsächlich von Attendorn und dem nahe dabei ge-

⁷¹⁾ Seiberg Urkundenbuch B. I. N. 248.

legenen Schlosse Schnellenberg aus, sehr gedrängt; so daß er, um für die Zukunft einen festen Anhaltspunkt hiergegen zu haben, durch seinen Truchseß Rutger von Altena, 1296 von Hunold von Plettenberg dessen Hälfte des Schlosses Waldburg ankaufen ließ, dieses besetzte und nun in Verbindung mit den dortigen Burgmännern, so wie mit den Dynasten v. Bilstein, einen ehrenvollen Frieden erzwang, in Folge dessen er sich jedoch 1301 zugleich dazu verstehen mußte, seinen Antheil an Waldburg, dessen Wichtigkeit der Erzbischof jetzt erst recht kennen gelernt hatte, diesem wieder zu überlassen.

Von dem an regierte der Erzbischof mit der Ritterschaft, den Städten und Freien, das Land gemeinschaftlich, bestellte mit ihnen zugleich einen gemeinschaftlichen Drost und Sozgrafen und in solchem Verhältniß traten die Stände dieses Amtes 1463 auch der Erblandevereinigung bei, wodurch das Herzogthum in Westfalen, als Territorium zuerst begründet wurde. So wie sich aber in Folge dessen, die Landeshoheit des Erzbischofs in Westfalen immer mehr ausbildete, so gerieth sie auch allmählich mit den lästigen Befugnissen der daran partizipirenden Stände immer mehr in Conflict, weshalb letztere durch eine Reihe von Unionen in den Jahren 1462, 1483, 1530, 1547⁷²⁾ sich gegen die bedrückenden Anmaaßungen der Erzbischoflichen Beamten zu schützen suchten. Allein, obgleich der Erzbischof noch 1547 Abhülfe der Beschwerden versprach, so ist diese doch nie erfolgt. Die Landeshoheit verblieb ihm nicht ohne Zuthun der durch Privilegien gewonnenen und gegen den Uebermuth der Ritter eingenommenen Städte.

Von diesen war Attendorn die älteste und bedeutendste, wie sie dann auch immer der Sitz eines eigenen Gerichts war. Die Kirche und der Hof zu Attendorn, wurde schon von Erzbischof Anno dem Heiligen erworben und dem

⁷²⁾ Sie werden gedruckt im zweiten Bande der Urk. Buches.

1072 gestifteten Kloster Grafschaft in dotem gegeben.³⁷³⁾ Erzbischof Engelbert der Heilige besetzte die alte curtis 1222 von neuem und gab ihr Soester Stadtrechte. In der darüber ausgefertigten Urkunde sagt er: *Opidum nostrum Attendorn, quod de nouo fossatis et aedificiis muniri fecimus in honoris augmentum extollere volentes — ei libertatem et omnia jura, quae opidum nostrum Susatense habuisse dignoscitur, concessimus*³⁷⁴⁾

Es hat sich indeß von dem Soester Rechte zu Attendorn so wenig etwas erhalten, als in den Tochterstädten Olpe und Drolshagen, auf welche das Attendorner Recht übertragen wurde. (Seite 299.) Eben so ist aber auch in der Stadt Attendorn und den dazu gehörigen Gerichten, von der *communio acquiescens* welche sich in den Kirchspielen des ehemaligen Amtes Olpe findet, keine Spur; so wie die unbeschränkte Theilbarkeit alles Grundvermögens, welche von jeher in diesem gegolten hat, im Amte Attendorn unbekannt war, weil sich hier ein zahlreicher Ministerial-Adel fand, der in den Kirchspielen Olpe, Drolshagen und Wenden fehlte.

2) In ähnlicher Art verhält es sich mit Wenden. Diese Stadt war 1252 eine *villa munita et firmata* und wurde damals von Graf Engelbert von der Mark zerstört. Die Vogtei darüber gehörte dem Grafen von Arnberg, welcher solche 1272 an Goswin von Rüdenberg verkaufte.³⁷⁵⁾ Sie ward damals nur noch *curtis cum Ecclesia* genannt, weil die Munitio seit ihrer Zerstörung durch den Grafen von der Mark, an 80 Jahre wüßlag. Erst Erzbischof Walram besetzte sie 1331 von Neuem, erhob sie förmlich zu einer Stadt, einem *opidum*, und gab ihr gleich Attendorn, Soester Recht. Im Jahre 1343 wurde

sie zwar wiederholt von den Grafen von der Mark und Arnberg zerstört; aber Walram, von der Anmuth ihrer Umgebung angezogen, bauete sie wieder, mit größerem Aufwande als vorher und beschenkte sie noch mit einem kleinen Schlosse, welches ihm und einzelnen seiner Nachfolger, abwechselnd zur Residenz diente. Im Jahre 1372 erneuerte und bestätigte ihr Erzbischof Friedrich III. wiederholt die Rechte der Stadt Attendorn, weil ihr die darüber von seinen Vorfahren ertheilten Privilegien verbrannt waren.³⁷⁶⁾ Nach den im städtischen Archiv befindlichen Acten unterliegt es auch keinem Zweifel, daß seitdem Soester Recht, insbesondere eheliche Gütergemeinschaft, in Wenden gegolten hat. Allein auf die nemliche Art, wie in so vielen anderen Städten, ist sie auch hier durch das römische Dotalrecht ganz verdrängt worden, so daß sich jetzt niemand mehr darauf beruft. In den Landgemeinden des Gerichts, hat immer nur gemeines Recht gegolten.

3) Die Stadt Kallenhard, sonst Ostervelde genannt, war früher eine Erzbischöfliche *curtis*, wozu 30 *mansi*, eine Kirche und ein *castrum* gehörten. Letzteres wurde 1254 in einer Fehde Erzbischof Conrads mit dem Bischöfe von Paderborn, von diesem zerstört, die *mansi* wurden verwüßt. Um sie wieder in Cultur zu setzen und den von Erzbischof Siegfried 1276 neu erbauten Festungswerken mehr Vertheidigungskräfte zu sichern, vertheilte der Landmarschall Johann von Plettenberg die 30 *mansos* in 25 *areas*, deren jede 25 Morgen enthielt und bildete daraus eine neue Communität, welcher der Erzbischof Stadtrechte bewilligte.³⁷⁷⁾ Worin diese Stadtrechte bestanden, läßt sich durch die Verleihungsurkunde, welche verloren gegangen, nicht mehr nachweisen. Ohne Zweifel aber war es Rüdener Recht, was der Erzbischof der neuen, nur eine Stunde von Rüdener entfernten

³⁷³⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 30.

³⁷⁴⁾ Seiberg Urkundenbuch Band I. N^o 166.

³⁷⁵⁾ Seiberg Urkundenbuch Band I. N^o 356.

³⁷⁶⁾ Die noch vorhandenen Urkunden, werden im zweiten Bande des Urkundenbuchs gedruckt.

³⁷⁷⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 483.

Stadt bewilligte, denn er that zur nemlichen Zeit das Gleiche bei dem nahen Beleke, wovon noch die Verleihungsurkunde vorliegt ²⁷⁰⁾ und Kallenhardt bediente sich, wie aus den zu Rüdten befindlichen Appellationverhandlungen hervorgeht, bis zum Anfange des 17. Jahrhunderts, Rüdener Rechts. Insbesondere galt dort wie hier, eheliche Gütergemeinschaft, welche sich auch so lange gehalten zu haben scheint, als die Richter entweder aus Kallenhardt oder aus den nahe gelegenen Orten, wo Rüdener Recht galt, gebürtig waren. In späterer Zeit aber, wo die Richterstelle von gelehrten, auf Universitäten gebildeten Romaniſten bekleidet wurde, verdrängten die römischen Dotalbegriffe, aus dem Gerichtsbezirke von Kallenhardt die eheliche Gütergemeinschaft bis auf die letzte Spur, so daß hier jetzt durchaus gemeines Recht gilt und an irgend ein Statutarrecht nicht mehr zu denken ist.

4) Die Stadt Warstein ist als Stadt gleichen Alters mit Kallenhardt und Beleke. (S. 217.) Die *decimæ* mit der probsteilichen Kirche daselbst, aber werden schon 1072 im Stiftungsbrieſe des Klosters Graffschaft genannt ²⁷⁰⁾ und das zuerst hier gestandene *castrum* wurde schon 1254 von Bischof Simon zu Paderborn zerstört. ²⁸⁰⁾ Erzbischof Siegfried bauete es wieder auf, befestigte es mit den auf der alten *curtis* stehenden Häusern zu einer Stadt und gab dieser die Rechte von Rüdten. Die Verleihungsurkunde liegt zwar nicht mehr vor, allein daß Warstein mit Beleke und Kallenhardt zugleich als Stadt befestigt worden, ergibt sich aus einer späteren Klagsache, welche Graf Ludwig von Arnberg vor dem Landmarschall Johann von Bilstein und drei anderen *arbitratoribus* führte und worin er sich darüber beklagte, daß Erzbischof Siegfried *tria oppida, videlicet Warsten, Bedeleke, Callenhortt infra terminos suæ silvæ et garcinæ, quæ*

²⁷⁰⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 465.

²⁷⁰⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 30.

²⁸⁰⁾ Fürstenberg monum. Paderb. pag. 273.

vulgariter Vorst dicitur, erbaut habe, obgleich der Graf den Forst, der durch die Einwohner jener Städte ganz ruiniert werde, vom Reiche zur Lehn trage. ²⁸¹⁾ Es scheint demnach, daß Erzbischof Siegfried seine *curias desertas et incultas* in dem alten Esterwalde, den die kölnische Kirche beiläufig 300 Jahre früher, in diesen Gegenden geschenkt erhalten hatte ²⁸²⁾ etwas weit in den, damals noch ungemessenen, Arnberger Wald verschob; um dadurch seinen *novellis plantationibus*, wie er diese Städte nennt, die ansehnlichen Waldgerechtsame zu verschaffen, wodurch sie später seinen Nachfolgern, als diese die Graffschaft Arnberg erworben hatten, in hohem Grade lästig wurden.

Daß ferner Warstein, gleich Beleke, mit Rüdener Rechte bewidmet worden, ergibt sich aus mehren gerichtlichen Verhandlungen, welche darüber, bis zum Anfange des 17. Jahrhunderts, bei dem Stadtrath zu Rüdten, als Appellationhof des Mutterrechts, in Warsteiner Sachen gepflogen sind.

Nichts desto weniger aber ist jetzt jegliche Spur dieses Statutarrechts in Warstein verschwunden; wahrscheinlich, weil es schon früh lateinische Richter gehabt hat, welche durch ihren persönlichen Einfluß, der einfältigen Weisheit der ungelahrten Bürger imponirten und den gemeinen geschriebenen Kaiserlichen Rechten, unbedingten Eingang zu verschaffen wußten. Vielfaches Brandunglück, welches die Stadt bis in die neueste Zeit verfolgte, hat selbst die urkundlichen Spuren ihrer alten Rechte und Privilegien vernichtet.

5) Die Stadt Hallenberg an der äußersten Grenze des Gerichts Medebach und des Landes, nach Niederhessen und Waldeck hin gelegen, war ursprünglich eine *curtis* des Abts zu Deuk. Weil sie als Grenzpunkt wichtig, für den Abt aber zu entlegen war, so ertauschte sie Erzbischof Conrad (1238 — 1261) von ihm und der Landmarschall Arnold von Honstaden legte auf der *curtis* die Stadt

²⁸¹⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 471.

²⁸²⁾ Seiberg Urk. B. B. I. N^o 19.

an, welche durch ein darober gelegenes castrum geschützt wurde. Inzwischen erlag die neue Schöpfung, ehe sie sich recht befestigen konnte, den Angriffen des benachbarten Grafen von Waldeck, der in ihr einen gefährlichen Feind erblickte und die Stadt mit der Burg, bei einem unvermutheten Ueberfalle ganz zerstörte. Seitdem war sie über 10 Jahre lang wüst, bis der Landmarschall Johann von Plettenberg (1293 — 1300) die zerstreuten Einwohner sammelte und mit ihrer Hülfe Stadt und Burg so stark wieder aufbaute, daß sie im Stande waren, allen feindlichen Anfällen der Nachbarn zu widerstehen. Seitdem erhielt sich die Stadt durch die hineingelegte Burgmannschaft. Beide hatten ihre besonderen Rechte; nur sind die Urkunden darüber verloren gegangen. ^{***} Zwar liegt noch eine Urkunde Erzbischof Walrams von 1338 vor, worin er der Stadt alle früheren Rechte befähigt und ihr ein Evocationprivileg gegen auswärtige Richter gibt, allein die Verleihungen jener früheren Rechte, liegen nicht mehr vor. Dagegen findet sich im Rüdener Stadtarhive noch ein Actenverfolg von 1559, welchen der Stadtrath von Hallenberg an den zu Rüdener einsandte, um in Sachen Schnorbusch & Consorten gegen Witwe Beckerhenn als Appellationrichter zu erkennen. Aus diesen Acten geht klar hervor, daß damals in Hallenberg Rüdener Recht galt; denn es handelte sich in dem Prozesse, der übrigens durch seine Form auch interessant ist und daher in dem Urkundenbuche zur weffälischen Geschichte mitgetheilt werden soll, von der Berechnung der statutarischen Quart. — Später scheint das Rüdener Recht in Abgang gekommen zu seyn; wenigstens sind die Statuten von 1688, welche unter der Hand des Notars Fabri noch vorliegen, so stark mit

^{***} Die hier mitgetheilten allgemeinen Nachrichten, mit noch einigen besonderen, über den sonstigen politischen Zustand Hallenbergs im 13. Jahrhundert, ergeben sich aus dem Lagerbuche des Landmarschalls Amts, in Seibers Urk. Buche B. 1. N^o 484.

Vorschriften des gemeinen Rechts versehen, daß man die alten Statutarrechte nur sehr unvollkommen darin wieder erkennt, welches um so auffallender ist, weil die am Schlusse jener neueren Statuten stehenden Auszüge aus den älteren der Jahre 1527 und 1636 die Grundsätze des Rüdener Rechts sehr klar enthalten. Die neueren Statuten gehen im Ganzen dahin: Ehepacten entscheiden vorab; wo die fehlen, da erhält bei kinderlosen Ehen der überlebende Gatte sein Eingebrauchtes ganz, von dem Erwerbe die Hälfte, von der fahrenden Habe zwei Theile und aus dem unbeweglichen Gute, nach Discretion eine Leibzucht; das übrige erhalten die Erben, und zwar die Leibzuchtgüter mit den zur Zeit des Todes darauf stehenden Früchten ohne Entgelt. Die kinderlosen Ehegatten können testiren. Hat sich der Ueberlebende zu dem Verstorbenen ins Haus verheirathet, so hält er darin jedenfalls sein Trauerjahr; mit vielen complicirten Modificationen. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so beerben diese den Verstorbenen zu gleichen Theilen; der jüngste Sohn hat das Recht, Haus und Hof für die Taxe an sich zu behalten. Des Waters Rüstung erhält der älteste Sohn, seine Kleider, wodurch die Scheere gegangen, werden unter die Söhne gleich vertheilt; eben so die Kleider der Mutter unter die Töchter. Der überlebende Gatte, so lange er unverheirathet bleibt, ist Vormund der Kinder. Schreitet er zur anderen Ehe, so werden besondere Vormünder ernannt; er erhält jedoch die Nutznießung des Vermögens des verstorbenen Gatten, gegen die Verbindlichkeit, die Kinder zu erziehen. Nehmen diese nach erlangter Großjährigkeit das Vermögen an sich, so verbleibt dem Ueberlebenden davon nur noch eine discretionirte Leibzucht. u. s. w.

Alle diese, gegen das ursprüngliche Statut inconsequenter und an sich zum Theile sehr verworrenen Bestimmungen, sind unstreitig dadurch entstanden, daß in der kleinen Stadt Hallenberg der Magistrat zu unmächtig war, seine Rechtsgewohnheiten aufrecht zu erhalten. Schon der Prozeß von 1559 wurde vor Bürgermeister, Richter und Rath verhandelt. So lange die Richter sich mit den alten Rechtsinstitutionen vertraut

erhielten, so lange blieben diese in Anwendung. Seitdem es aber Sitte wurde, die auf fremden Universitäten erlangte Bildung, der einfältigen Weisheit der Heimath vorzuziehen, verlor diese immer mehr an Werth, sie wurde allmählig durch jene entstellt und darum zuletzt ganz abgeschafft. In Hallenberg gilt daher jetzt nur noch gemeines Recht.

6) die Stadt Winterberg hat ähnliche Schicksale gehabt, wie Hallenberg. Sie wurde ebenfalls von dem Landmarschall Arnold v. Honstaden erbaut (1238 — 1240) dann von dem Grafen von Arnberg zerstört und erst von Erzbischof Wilhelm wieder hergestellt, der ihr 1357 die Rechte der Stadt Hallenberg, nebst zehnjähriger Freiheit von Dienst und Seebe, unter der Bedingung gab, daß die Einwohner während dieser Zeit, an Befestigung der Stadt durch neue Mauern und Gräben, fleißig arbeiten sollten. ²²⁴⁾ Sie bediente sich also ebenfalls des Rübener Rechts, wie auch aus einem im Stadt-Archive zu Rübén liegenden Schreiben des Winterberger Stadtraths von 1531 hervorgeht, worin derselbe in der Nachlassache Hans Negermanns, seine Unerfahrenheit in dergleichen Händeln bekennd, sich den Rath des Rübener Magistrats erbittet. Diese Unerfahrenheit scheint perennirend geworden zu seyn. Der Winterberger Rath hat das alte Stadtrecht, welches daselbst auch noch in den späteren Zeiten galt, ²²⁵⁾ zuletzt ganz aufgegeben und sich lediglich der Weisheit seiner Richter anvertraut, welche nur nach gemeinen Rechten erkannten, die dann auch jetzt hier gelten.

7) Das ehemalige kleine Amt Distinghausen bestand nur aus Landgemeinden, deren Einwohner in der Regel Hofhörige der großen Billication Soest waren. Diese enthielt vier Haupthöfe, unter denen Distinghausen der ansehnlichste war. ²²⁶⁾ Die Rechte der Soester Hofhörigen sind schon in

²²⁴⁾ Seiberg a. a. D. B. I. S. 608.

²²⁵⁾ Hofmann deutsches Eherecht S. 134. Note 53. — Scherer Gütergemeinschaft B. I. S. 109.

²²⁶⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 370.

den ältesten Zeiten, von den Erzbischöfen von Cöln, sorgfältig bestimmt worden. Insbesondere 1134 von Erzbischof Bruno und 1186 von Erzbischof Philipp. ²²⁷⁾ Diese Hofrechte gehören jedoch nicht in den Bereich unserer Darstellung. Die statutarischen Rechte der Stadt Soest, zuerst gesammelt um 1120, ²²⁸⁾ haben sich nie auf die Orte der Börde, auf die Landgemeinden der Billication miterstreckt und so ist auch in den Ortschaften des Haupt-Hofes Distinghausen, welcher in dem auf die Soester Fehde gefolgten Frieden bei Cöln blieb und zu dem **Officio Hovestad** geschlagen wurde, niemals ein statutarisches Recht zur Anwendung gekommen.

8) Dieses nemliche ist auch von dem ehemaligen Amte Erwitte zu sagen, welches ebenfalls nur aus Landgemeinden bestand, die wohl besondere Hofrechte hatten, wie z. B. Bettinghausen ²²⁹⁾ aber keine Statutarrechte. Erwitte selbst, obgleich ehemals eine villa regia und als solche, 1027 an Bischof Meinwerk zu Paderborn geschenkt, welcher im Amte noch mehre ansehnliche Besitzungen z. B. Böckenförde hatte, ²³⁰⁾ ist doch niemals zur Stadt geworden, sondern immer Dorf geblieben. Die Jahrhunderte lang zwischen Paderborn und Cöln streitig gewesene Territorialhoheit mag hierauf nachtheilig gewirkt haben. — Auch besondere Observanzen finden sich nicht vor. Es bestand zwar früher eine solche bei den Leibeigen-Colonaten an der Lippe, insbesondere in der Grafschaft Friedhardskirchen, wonach der überlebende Ehegatte das Kolonat gegen Abfindung der Kinder des Auerben, in die fernere Ehe mit herüber nahm; allein durch Auflösung des Kolonatverbandes und beziehungsweise der Untheilbarkeit der Güter, durch die Verordnung vom 5. November 1809, verlor diese Observanz ihren Gegenstand, weshalb sie seitdem nicht weiter berücksichtigt worden ist. ²³¹⁾

²²⁷⁾ Seiberg Urk. Buch B. I. N^o 90.

²²⁸⁾ Seiberg a. a. D. N^o 42.

²²⁹⁾ Seiberg Urk. Buch N^o 91.

²³⁰⁾ Seiberg Urk. Buch N^o 20. und 24.

²³¹⁾ Weis. 87. 88. 89.

Dieselbe hatte übrigens ihren Grund nicht sowohl in einer Art Gütergemeinschaft unter den Eheleuten, als vielmehr in der Leib-Eigenschaft und den Verleihungsrechten der Hofherren, welche immer einen kräftigen Wirth auf dem Hofe haben wollten und daher Interim-Wirthschaften so wenig begünstigten als möglich. Auf die Sälzerstatuten zu Westernkotten, welches zu Erwitte gehörte, werden wir noch besonders zurückkommen.

9) Die Stadt Eversberg wurde um die Mitte des 13. Jahrhunderts von Graf Gottfried III. von Arnberg besetzt und mit Stadtrechten versehen. Er stellte hier schon 1245 und 1255 Urkunden aus.³⁰²⁾ Im Jahre 1263 vertrat er sich wegen ihr mit seiner Tochter, der Abtissin Agnes zu Meschede dahin, daß diese nebst ihrem Stifte auf alle Ansprüche an der *area castris Eversberch et oppidi adjacentis, quam nostram et Ecclesie nostre Meschedensis esse diximus* verzichtete, wogegen er dem Stifte 30 Mark versprach und dafür seine *curtis Waldene* verpfändete.³⁰³⁾ Die erste Rechtsbeweisung von 1243 ist verloren gegangen. Dagegen sind die Bestätigungen derselben von 1282 durch Graf Ludwig, von 1306 durch Graf Wilhelm und von 1331 durch Graf Gottfried IV. noch vorhanden;³⁰⁴⁾ sie sagen, daß Graf Gottfried III. Eversberg Lippesches Recht gegeben habe und recensiren dieses Recht selbst, in 16 Sätzen. Es stimmt fast wörtlich mit dem Lippeschen Rechte überein.³⁰⁵⁾ Außer den Privatgerechtsamen, welche den Bürgern in diesen Urkunden verliehen wurden, ist aber von statutarischen Rechtsbestimmungen in Eversberg, nichts übrig geblieben, so daß daselbst jezt überall die gemeinen Rechte entscheiden.

³⁰²⁾ Wend's Hessische Geschichte B. 2. Urk. 130. S. 162. — Meyers Beiträge zur Geschichte der Grafen von Arnberg in Wigans Archiv B. 6. S. 230.

³⁰³⁾ Seiberg Urk. Buch N^o 329.

³⁰⁴⁾ Sie werden sämmtlich im zweiten Bande des Urkundenbuchs gedruckt.

³⁰⁵⁾ Punsedorff observ. T. 3. pag. 405 u. 409.

10) Dasselbe ist in der Freiheit Meschede der Fall. Der Ort ist zwar durch das dortige Stift schon seit der letzten Hälfte des 9ten Jahrhunderts bekannt. Seit Kaiser Conrad (913) sind diesem von den Sächsischen Kaisern eine Reihe Privilegien geschenkt.³⁰⁶⁾

Im Jahr 959 hatte Meschede schon einen eigenen Zoll und Markt; demungeachtet erhob sich der Ort erst unter den letzten Grafen von Arnberg, vielleicht gar erst unter den Erzbischöfen von Cöln, nachdem sie 1368 die Grafschaft Arnberg erworben hatten, zu einer Immunität, einer Freiheit. Die älteste noch vorhandene Urkunde über ihre bürgerlichen Rechte, ist ohne Anfang und Ende, aber der Handschrift nach ganz aus dem Anfange des 15ten Jahrhunderts, also aus den Zeiten Erzbischof Diederichs II. Sie enthält von statutarischen Rechten nichts. Erst eine spätere Bestätigungsurkunde Erzbischof Philipps II. vom 9ten August 1509 sagt, daß den Bürgern der Freiheit Meschede ihre alten Rechte *ad instar Opidanorum nostrorum* in Arnberg, bestätigt seyen. Meschede bediente sich also Arnberger Rechts, wie auch aus mehreren Rechtskolungen bei dem Magistrat zu Arnberg hervorgeht. (Notize zu S. 163.) Es ist aber, wie schon gesagt, von statutarischen Rechten in Meschede keine Spur übrig geblieben.

11) Die Stadt Grevenstein, von den Grafen von Arnberg um ihr dortiges *castrum* angelegt, hatte sonst ein eigenes Gericht, wurde aber später dem 1807 neugebildeten Amte Eslohe zugetheilt, welches außerdem nur Landgemeinden enthielt. Wann Grevenstein zuerst Stadtrechte erhielt, ist nicht bekannt, weil die Urkunden darüber verloren gegangen sind. Es kann daher auch nicht mit Bestimmtheit angegeben werden, worin sie bestanden. Nur so viel ist aus einer Urkunde von 1364 gewiß,³⁰⁷⁾ daß damals Graf

³⁰⁶⁾ Seiberg Urkundenbuch N^o 5. 6. 10. 13. 14. 15. 17. und folgende.

³⁰⁷⁾ Sie wird im zweiten Bande des Urkundenbuchs gedruckt.

Gottfried IV. bewirkte, daß die *Capella in opido nostro Grevenstein, ecclesiae parochialis in Wenholtshuysen filia*, zu einer selbständigen Pfarrkirche erhoben wurde. Für diese Emanzipation der Stadtkirche von der Wenholtshauser Dorfkirche, würde aller Wahrscheinlichkeit nach schon früher Sorge getragen worden seyn, wenn Grevenstein früher eine Stadt gewesen wäre.

Von der Beschaffenheit der Grevensteiner Stadtrechte hat sich gar keine Spur erhalten. Wahrscheinlich bestanden sie in Arnberger oder Lippeschem Rechte, weil die Grafen von Arnberg mit einem von beiden ihre neuen Städte und Freiheiten zu bewidmen pflegten. Es wird dies bestätigt durch den Umstand, daß Bürgermeister und Rath zu Grevenstein 1544, Montag nach Blasii, an Stadt Rügen Zuversichtsbriege senden, worin sie um die Verabfolgung einer Erbschaft gegen das Versprechen, in vorkommendem Falle ein Gleiches nach ihrer Stadtgerechtigkeit thun zu wollen, bitten und sie auch erhalten; welches nicht geschehen seyn würde, wenn das Grevensteiner Recht dem Rüdener nicht so analog gewesen wäre, wie das von Arnberg und Lippe. Heutzutage besteht in Grevenstein gar kein besonderes Statutarrecht mehr.

12) Die Stadt Allendorf, unter den Grafen von Arnberg, im Verhältniß zu dem nahegelegenen Hagen, das alte Dorf genannt, wurde erst von den Erzbischöfen von Köln, nachdem diese die Grafschaft Arnberg angekauft, mit Stadtrechten versehen. Sie beruft sich diesbezüglich auf Freibriefe Erzbischof Friedrichs III, welcher jedoch nicht mehr vorliegen. Dagegen besitzt sie noch eine Urkunde Diederichs II. von 1424, worin er ihr, weil sie sich erboten, Schoß und Wortgeld zu zahlen, die Rechte und Freiheiten aller übrigen Städte der Grafschaft Arnberg giebt.⁴⁰⁰⁾ Allein, obgleich Erzbischof Ruprecht diese Bewidmung 1465 wiederholt hat, so ist doch keine Spur von

⁴⁰⁰⁾ Beilage 90.

statutarischen Rechten mehr in ihr vorhanden; so wie auch das Gogericht niemals zu Stande gekommen zu seyn scheint, welches ihr Erzbischof Hermann IV. 1482 gab und welches die Kirchspiele Stockheim, Affeln, Balve, Enkhausen, Hüsten, Hellefeld, Wenholtshausen, Eslohe, Elspe und Schönholthausen befaßten sollte.⁴⁰¹⁾ Es sollte vor den Pforten daselbst gehalten werden, was wohl nie geschehen ist; weil die gedachten Kirchspiele, bis zur Hessischen Aemter-Organisation, sämmtlich zu anderen Gerichten gehörten.

Im Kirchspiel Allendorf, namentlich in der Stadt, bestanden die Güter theils aus freien, theils aus abgabepflichtigen Stücken. In der Regel hat jeder Bürger einzelne Grundstücke, welche zum sogenannten Kirchengute, ursprünglich einem Kolonat der Kirchen zu Stockum und Allendorf und anderen, die zum sogenannten Hesper Gute, früher einem großen landesherrlichen Colonate gehören. Die freien Erbgüter nun, waren immer theilbar; die abgabepflichtigen aber wurden nach der, bei Colonaten üblichen Succession-Ordnung vererbt, bis auch sie durch die Verordnung vom 5ten November 1809 unbeschränkt theilbar wurden. Inwiefern jetzt die Succession-Ordnung vom 13. Juli 1836 Anwendung darauf findet, ist bei der Unbestimmtheit derselben über ihr Object, noch ungewiß.⁴⁰²⁾

13) Das Dorf Affeln wurde erst 1492 durch Erzbischof Hermann IV. zur Freiheit erhoben.⁴⁰³⁾ Er bewidmete sie zwar mit keinem namhaften Mutterrechte; allein die einzelnen Sätze der Rechte und Privilegien, welche er ihr gab, sind sichtlich denjenigen nachgebildet, welche die Grafen von Arnberg in den Verleihungen an ihre älteren Städte und Freiheiten aufzunehmen pflegten. Heutzutage ist in Affeln von irgend einem Statutarrechte keine Spur mehr. —

⁴⁰⁰⁾ Die Urkunde im zweiten Bande des Urkundenbuchs.

⁴⁰¹⁾ Sommer Commentar über das bauerliche Erbfolgegesetz; in Ulrichs neuem Archiv B. 4. S. 1.

⁴⁰²⁾ Beilage 91.

Die Güter, in der Freiheit sowohl als im Kirchspiel, waren früher meist Colonate der Kirche zu Affeln, des Guts Wocklum und einiger anderen Gutsherren. Bei ihnen und den ausserdem vorhandenen wenigen Freigütern, fand die bei Colonaten gewöhnliche Succession-Ordnung statt; an deren Stelle jetzt die des Gesetzes vom 13. Juli 1836 getreten ist.

14) Die Freiheit Bbbefeld, welche schon in dem Stiftungsbriebe des Klosters Grasschaft von 1072, aber nur als *Curtis* erscheint, ⁴⁰²⁾ wurde im Jahr 1342 von Graf Gottfried IV. von Arnberg, zur Freiheit erhoben und mit Arnberger Rechte bewidmet. ⁴⁰³⁾ Allein ausser der darüber ausgefertigten Urkunde, hat sie keine statutarische Rechts-Monumente mehr aufzuweisen. Es liegt zwar noch eine andere Urkunde des Bbbefelder Richters von 1510 vor, worin er die damaligen Rechte der Freiheit, so wie solche von Bürgermeister und Rath geoffenbart worden, bekundet; allein von statutarischen Rechten ist auch hier gar keine Rede.

15) Die Freiheit Freienohl, sonst nur ein Dorf, wurde von Graf Gottfried IV. in einem großen Freibriebe von 1364 mit Lippe'schem Rechte bewidmet. Er sagt nemlich, er habe gegeben: „vnsere fryheit to dem freienohle sodann recht vnd fryheit vnd genade also wi vnsere stat to dem euersberg gegeuen heuet mit nahmen Lippes recht vnd dar to sonderlike genade vnd recht, also hy na geschreuen stet.“ ⁴⁰⁴⁾ Es ist aber von dem Lippe'schen Rechte, welches seinem Inhalte nach nicht weiter beschrieben wird, in Freienohl so wenig etwas übrig geblieben, als in Eversberg. Nur die in dem Freibriebe den Einwohnern gegebenen besonderen Privatgerechtfame in Waldmarken u. s. w. haben sich erhalten.

16) Derselbe Graf Gottfried IV. erhob auch das Dorf Hüsten 1360 zur Freiheit und gab dieser: „alt Arnberger recht vnd hebt sey dar meyde beleynt vnd begroftet,

⁴⁰²⁾ Seibers Urkundenbuch B. 1. N^o 30.

⁴⁰³⁾ Beilage 92.

⁴⁰⁴⁾ Beilage 93.

also den stand von Arnberg van aldes dat recht hebt gehaid vnd noch hebt.“ ⁴⁰⁵⁾ — Hüsten bediente sich auch seitdem des Arnberger Rechts; so daß der Magistrat noch 1759 befundete, daß dort eheliche Gütergemeinschaft bestehe und immer bestanden habe. ⁴⁰⁶⁾ Es ist aber heutzutage von allem dem nicht mehr die Rede.

17) Das ehemalige Amt Fredeburg gehörte theils zur Grasschaft Arnberg, theils zum Lande Bilstein, dessen Dynasten mit den Grafen von Arnberg, gemeinschaftliches Besatzungsrecht in der Burg zu Fredeburg übten.

Diese Burg mit den darum gelegenen Häusern, wurde zuerst um 1330 von Diederich IV, Herrn von Bilstein ⁴⁰⁷⁾ und dem Grafen Engelbert III. von der Mark, an welchen Graf Gottfried IV. von Arnberg, 1352 seinen Antheil an dem Amte und 1367 auch der Burg Fredeburg im Kriege verloren hatte, gefreit. Die Urkunden darüber giengen verloren, weshalb Graf Adolf V. zuerst 1414 und als auch diese Urkunde verbrannte, 1423 wiederholte Bestätigungen darüber ausstellte, welche von Erzbischof Diederich II, als er in der Coester Fehde die Länder Bilstein und Fredeburg erobert hatte, 1444 und 1445 erneuert wurden.

Diese noch vorhandenen Urkunden, ⁴⁰⁸⁾ besagen jedoch von statutarischen Rechten eigentlich nichts; Letztere scheinen vielmehr der Autonomie der Bürger überlassen worden zu seyn. Wenigstens liegt noch eine Urkunde von 1614 vor, wodurch die damalige Stadt Fredeburg, (wann sie diesen Rang erlangte, ist unbekannt,) ihre alten auf Pergament geschriebenen und unleserlich gewordenen Statuten erneuert und mit neuen Satzungen vermehrt; wiewohl auch in diesen Statuten, mit Ausnahme des ersten General-Artikels: ein Bür-

⁴⁰⁵⁾ Beilage 94.

⁴⁰⁶⁾ Beilage 95.

⁴⁰⁷⁾ Genauer läßt sich dieses nicht bestimmen. Die Geschichte der letzten Herren von Bilstein ist sehr dunkel.

⁴⁰⁸⁾ Sie werden sämmtlich im zweiten Bande des Urkundenbuchs gedruckt.

germeister solle gebieten was billig und Recht, dagegen aber verbieten, was nicht billig und unrecht — kaum etwas vom Privatrechte enthalten. Alles übrige sind polizeiliche Satzungen über Menschen und Vieh. Kein Wunder, daß unter solchen Umständen, sich keine statutarrechtliche Normen in der Stadt Fredeburg erhalten haben; obgleich aus einem Zuversichtsbrieft, den der dortige Magistrat 1506 an den zu Rüben erließ, hervorgeht, daß die Herren zur Fredeburg, nach ihrer Stadt Rechten, Reziprozität in vorkommenden Fällen versprochen.

18) Das Land und nachherige Gericht Bilstein wurde sonst von eigenen Dynasten regiert, welche mit den Grafen von Arnberg durch Lehn- und Familienbande enge verbunden waren. Der letzte von ihnen, Johann IV, setzte die kölnische Kirche zum Erben ein.⁴⁰⁹⁾ Der Graf von der Mark, durch den Erwerb des Landes und der Burg Fredeburg (1352 und 1367) bereits zum Mitherrn von Bilstein geworden, achtete jedoch jene testamentarische Verfügung nicht, sondern hielt sich nun im alleinigen Besitze der vereinigten Herrschaft Bilstein und Fredeburg, bis Erzbischof Diedrich II. dieselbe in der Soester Fehde 1444 eroberte und im Frieden, gegen Abtretung von Soest behielt.

Die damaligen von Erzbischof Diedrich 1445 bestätigten Rechte des Landes Bilstein, sind in dem **Liber jurium et feudorum Theoderici II.** pag. 187. rezensirt; sie beziehen sich jedoch mehr auf seine politische Verfassung als auf Privatrechte. Jene wurde, hier wie in Frede-

⁴⁰⁹⁾ v. Steinen westf. Geschichte St. 30. S. 1078. — Johann VI. ernannte 1360 den Sohn seiner Schwester Peronette: Balduin v. Steinfurt zum Erben und Mitherrn von Bilstein; 1368 versprach er ihm, daß er binnen zwei Jahren wegen der Herrschaft Bilstein nichts von ihm fordern wolle. Sein Bruder Diedrich V. scheint damals nicht mehr gelebt zu haben. Ob etwa Balduin v. Steinfurt seine Ansprüche an Engelbert III. Grafen von der Mark übertragen hatte, ist unbekannt. Vergl. Niefert münchenerk. Sammlung B. 5. S. 222.

burg, durch Sezgenossen, als Vertreter der Freien des Landes, gehandhabt und wie es scheint, übten dieselben auch die Autonomie des Volks in Privatrechts-Normen aus; wenigstens findet sich in dem alten Drostens-Buche von Bilstein, unter anderen ein Plebiszscitum vom 19. März 1582, wodurch die Sezgenossen über Vererbung des Heergevettes und der Gerade solche Bestimmungen treffen, wodurch das Land, im Gegensatz der veralteten Bestimmungen des Sachsenspiegels, mit den Gewohnheiten in anderen benachbarten Städten und Orten, gleich gestellt werden sollte.

Indeß hat sich von dieser und ähnlichen Willkühren, bis auf unsere Tage nichts erhalten. Die sogenannte Freiheit Bilstein hatte auf dem westfälischen Landtage keine Stimme; Stadt und Land war ohne Vertretung. Es bildete sich daher in ihr eben so wenig ein städtisches Prinzip mit statutarischen Rechten aus, als in den Landgemeinden. Im ganzen Lande galt gemeines Recht, modifizirt durch bäuerliche Successionrechte, welche seit Emanation der Colonatverordnung von 1809 sämtlich der Rechtsgeschichte anheim gefallen sind.

Zusatz IV.

Zu Theil II. Tit. 11. Abschn. 10. §. 822. fgg.

Museinandersehung zwischen dem an- und abziehenden Pfarrer.

§. 1.

Die Verdienst- und Gnadenjahre verstorbenen Geistlichen, haben mit den sogenannten Carenz-Jahren in den