



## V o r r e d e .

---

Mit dem dritten Band des Provinzialrechts von Westphalen ist die Sammlung der noch bestehenden Provinzialrechte des ganzen Bezirks des Oberlandesgerichts zu Münster geschlossen.

Da das West oder die Grafschaft Medlinghausen ehemals einen Theil des Kurfürstenthums Cöln ausmachte, so ist zu bemerken, daß von den in der zweiten Abtheilung abgedruckten Verordnungen die unter Nr. 2, 4—15, 17, 18, 20, 29, 30, 32 für das ganze Kurfürstenthum; die unter Nr. 1, 3, 16, 19, 21—28, 31, 33, 34 aber bloß für das West Medlinghausen, und die unter Nr. 35. für dasselbe und für das Herzogthum Westphalen erlassen worden sind. Die folgenden Nummern sind herzoglich Arenbergische Verordnungen, von welchen die seit dem 5. Aug. 1806 ergangenen auch für das ehemals Münstersche Amt Dälmen gelten.

Es ist viel darüber gestritten worden, welche von den ehemaligen Provinzialgesetzen und Gewohnheiten nach Einführung des Code Napoleon bestehen geblieben, und daher zufolge des Patents vom 9. Sept. 1814. §. 2. und der Cabinetsordre vom 25. Mai 1818 noch wirklich Gesetzeskraft haben. Dieses veranlaßt mich,  
Westphälisches Prov.-Recht. III. \*

das eigentliche Verhältniß des Code Napoleon zu den älteren Gesetzen hier kurz zu erörtern.

Das Französische Gesetz vom 30. Ventose des Jahres XII. (21. März 1804) verordnet im Art. 7.: Les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code.

Im Großherzogthum Berg ist dieses Französische Gesetz nicht publicirt, sondern dort der Code Napoleon durch das kaiserliche Decret vom 12. Nov. 1809 eingeführt worden. Dieses verordnet im Art. 3.: A compter du premier Janvier 1810, les lois romaines ou canoniques, les lois statutaires, les édits, les coutumes générales ou locales, les réglemens et ordonnances cesseront d'avoir force de loi générale et particulière dans toutes les matières sur lesquelles le Code Napoléon a statué. Dieser Artikel, worin das in einem Theile des Großherzogthums damals geltende Preussische Allgemeine Landrecht ganz übersetzt worden, weicht von dem Art. 7. des Gesetzes vom 30. Ventose XII. darin ab, daß er die alten Gesetze in den Materien aufhebt, worüber der Code Napoleon verfügt hat, wogegen der Art. 7. des Französischen Gesetzes die früheren Gesetze in den Materien aufgehoben hat, welche der Gegenstand der in dem Gesetzbuch enthaltenen Gesetze sind. Hiernach blieben im Großherzogthum die alten Gesetze in den Materien, worüber der Code Napoleon nicht verfügt hat, bestehen. Es fragt sich daher: welche Materien sind nicht der Gegenstand der im Code Napoleon enthaltenen Gesetze, oder über welche Materien hat derselbe nicht verfügt? Der Code Napoleon hat das allgemeine Privatrecht zum Gegenstand; er hat aber nicht über alle dahin gehörigen Materien verfügt, und die Vorschriften und Grundsätze desselben geben dem Richter für manche besondere Institute und Rechtsverhältnisse keine Entscheidungsnormen an die Hand, theils weil solche in Frankreich gar nicht vorkamen, wie z. B. das Markenwesen, theils aber weil sie bereits durch frühere Gesetze aufgehoben waren, wie die Lehne, die Retract-

rechte, die Lehnten u. oder weil sie durch besondere Gesetze regulirt waren, wie das Bergrecht, das Recht zu jagen und zu fischen, die durch das Gesetz begründeten Servituten, die Rechte in Ansehung der Anlegung und Besserung der Wege und anderer öffentlicher oder Gemeindeanlagen, die Feld- und Forstpolizei, die Entfernung schädlicher Anlagen von den Gebäuden des Nachbarn u. s. w. Auf solche besonderen Gesetze und Verordnungen hat der Code zuweilen selbst hinverwiesen, z. B. in den Art. 544, 552, 636, 645, 650, 652, 663, 671, 674, 714, 715, 2070, 2084, 2102, 2120. Auch das französische Strafgesetzbuch läßt im Art. 484. bei allen Gegenständen, worüber es nicht verordnet hat, die darüber vorhandenen besonderen Gesetze und Verordnungen bestehen.

Nach der Meinung Malevilles in seiner Analyse raisonnée de la discussion du code civil, Tom. IV. p. 416. (in der unter dem Titel: Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, von Blanchard herausgegebenen Uebersetzung, Band IV. S. 469.) sollen jedoch die Gewohnheitsrechte, Statuten und Lokalverordnungen auch in denjenigen Materien, die kein Gegenstand der in dem Gesetzbuch enthaltenen Gesetze sind, nicht als Gesetze, sondern nur als geschriebenes Vernunftrecht noch gelten, so daß die Richter ihre Entscheidungen darauf gründen können, aber kein Cassationsgrund darauf gebauet werden kann. Bei den Discussionen über das Gesetz vom 30. Ventose XII. im Staatsrath (conférence du code civil, Tom. VII. p. 283.) wurde nur von den römischen Gesetzen gesagt, daß sie künftig bloß als raison écrite gelten könnten; Maleville führt aber als Grund seiner Meinung an: parceque l'empire ne peut plus être régi que par des lois générales et uniformes, et que ces coutumes ne peuvent être citées tout au plus, ainsi que le droit romain, que comme raison écrite. Die Ordonanzen (oder königlichen Verordnungen und Edicte) läßt er aber doch als Gesetze fortbestehen, insoweit sie Gegenstände betreffen, worüber das Gesetzbuch nicht verfügt; seine Worte sind: quant aux ordonnances, et aux lois nouvelles faites par les différentes assemblées lé-

gislatives, elles ont encore force de loi, quand elles statuent sur des matières étrangères au code civil, mais elles ne l'ont plus quand elles traitent des matières qui sont l'objet du code. Dagegen läßt Seidensticker in seiner Einleitung in den Code Napoleon, Cap. 4. §. 18. und Cap. 6. §. 4. 6. die älteren Gesetze, in Ansehung derjenigen Materien, welche nicht der Gegenstand des Code Napoleon sind: Zacharia in seinem Handbuch des Französischen Civilrechts, Einleit. §. 29., die Gesetze, die nicht in das Gebiet des allgemeinen Civilrechts gehören; und Bergmann im Lehrbuch des Privatrechts des Code Napoleon, Einleit. §. 14., diejenigen, welche nicht zum allgemeinen Privatrecht, sondern zum Privatrecht einzelner Stände, Gewerbe u. s. w. gehören, insoweit sie mit dem Geiste des Ganzen verträglich sind, ohne weiteren Unterschied fort bestehen. Auch der Präsident Sethe sagt in der Rechtfertigung des aus der Aufhebung der Fideicommissse hervorgegangenen freien Eigenthums der Besitzer im ehemaligen Großherzogthum Berg, Abschnitt I. §. 2. (im Archiv für das Civil- und Criminalrecht der königl. Rheinprovinzen, Bd. IX. Abtheil. II. S. 31): Überall wo das Civilgesetzbuch eingeführt worden, ist es durch eine einförmige Praxis anerkannt worden, daß im ganzen Umfange des Privatrechts, worüber das Gesetzbuch verfügt, durch die Einführung desselben alle, auch die particularsten Rechte, aufgehoben worden. Hierin liegt das Zugeständniß, daß in denjenigen Materien des Privatrechts, worüber das Gesetzbuch nicht verfügt, die früheren Gesetze nicht aufgehoben sind. Der von Maleville angeführte Grund, warum in Frankreich alle Gewohnheitsrechte, Statuten und Localverordnungen ohne Ausnahme für aufgehoben zu achten, paßt nicht für das kleine Großherzogthum Berg; da aber der Cassationshof zu Paris, zufolge des Decrets vom 17. Dec. 1811 die Organisation der Justiz betreffend, Art. 116. auch der Cassationshof für das Großherzogthum Berg war, und daher die Französische Jurisprudenz auch auf letzteres angewendet wurde, und da Maleville selbst zweiter Präsident des Cassationshofes war, so ist es zwar wohl nicht zu bezweifeln, daß ein Urtheil, wodurch ein Gewohnheitsrecht, ein

Statut, selbst in einer Materie, worüber der Code nicht verfügt hat, verlegt war, nicht würde cassirt worden sein; allein als geschriebenes Vernunftrecht blieben sie doch auch nach Maleville's Meinung bestehen, und es mußte darnach erkannt werden, wenn auch eine Verletzung derselben keine Cassation begründen konnte. Auf jeden Fall scheint es, daß im Großherzogthum die landesherrlichen Verordnungen und Edicte, so gut wie, nach Maleville, in Frankreich die königlichen Ordonanzen, in den Materien, worüber der Code Napoleon nicht verfügt hat, insoweit sie nicht durch die allgemeinen Vorschriften desselben modificirt wurden, oder durch besondere Gesetze bereits aufgehoben waren, als Gesetze in Wirksamkeit geblieben sind. Ubrigens sind im Großherzogthum Berg die französischen besondern Verordnungen, worauf sich der Code Napoleon bezieht, nicht publicirt oder für anwendbar erklärt worden; die Leibeigenschaft mit ihren Ausflüssen war dort bereits durch das kais. Decret vom 12. Dec. 1808, sowie das Lehnrwesen durch jenes vom 11. Jan. 1809 aufgehoben, die Aufhebung anderer gutsherrlicher und oberherrlicher Rechte erfolgte später, nachdem der Code bereits eingeführt war, durch das Decret vom 13. Sept. 1811, und über andere Rechtsverhältnisse, worüber der Code Napoleon nicht verfügt, gab es in jedem Landestheil besondere Provinzialgesetze und Gewohnheitsrechte, die also, insoweit sie mit den allgemeinen Bestimmungen des Code nicht in Widerspruch stehen, in Wirksamkeit blieben.

In der Grasschaft Recklinghausen ist die Sache weniger zweifelhaft. Diese wurde erst am 2. Febr. 1811 dem Großherzogthum Berg einverleibt, und das Decret vom 12. Nov. 1809, so wenig als die übrigen für dasselbe erlassenen Gesetze, dort für anwendbar nicht erklärt. Der Code Napoleon war daselbst bereits durch die herzoglich Arenberg'schen Verordnungen vom 28. Jan. 1808 und 10. Dec. 1808 (sie sind im Anhange abgedruckt) eingeführt worden. In der ersteren heißt es Art. 16.: „Alle in diesem Gesetzbuch nicht entschiedenen Fälle werden nach den gemeinen Rechten beurtheilt.“ — Obwohl man nun unter dem Ausdruck „gemeine Rechte“ bloß das römische, kanonische und longobardische Recht

zu verstehen pflegt, so ist es doch wohl nicht zu bezweifeln, daß diese fremden Rechte, sowie vor Einführung des Code, auch fernhin nur in subsidium, in soweit die Provinzialgesetze nicht ein Anderes bestimmen, Anwendung finden können, indem letztere nicht ausdrücklich aufgehoben sind. In der Grafschaft Recklinghausen ist also das gemeine Recht mit den Provinzialgesetzen in allen Materien, wofür der Code keine Entscheidungsnormen enthält, als Subsidiarrecht bestehen geblieben. Durch das bloße Factum der Vereinigung der Grafschaft mit dem Großherzogthum haben die für letzteres früher gegebenen Gesetze keine Gesetzeskraft für ersteres erhalten können.

Durch die oben erwähnte Arenbergische Verordnung vom 28. Jan. 1808 wurde die Leibeigenschaft und Eigenbehörigkeit, der damit verbundene Zwangsdienst, das Lösegeld für die Freiheit, der Sterbefall und die Gerichtsbarkeit über die Person der Eigenbehörigen gegen eine noch zu bestimmende Entschädigung aufgehoben; alle übrigen Rechte der Gutsherrn aber wurden aufrecht erhalten; in Ansehung der Hofs- und Behandigungsgüter wurde die bisherige Verfassung ganz beibehalten. Durch die Arenbergische Verordnung vom 3. Decbr. 1809 wurden die Lehnverhältnisse aufrecht erhalten, aber, so wie auch der Hofs- und Behandigungsnerus, für lösbar erklärt. Das auch für die Grafschaft geltende kaiserliche Decret vom 13. Sept. 1811 ist weiter gegangen, und hat das ganze Lehnverhältniß für aufgehoben erklärt, und den erblichen Besitzern der Bauergüter nicht allein das volle Eigenthum derselben beigelegt, sondern auch mehrere darauf habende Rechte und Lasten theils mit, theils ohne Entschädigung abgeschafft.

In demjenigen Theil des Departements des Oberlandesgerichts zu Münster, der nicht zum Großherzogthum Berg gehört hat, und durch das Senatusconsult vom 13. Decr. 1810 mit Frankreich vereinigt wurde, nämlich in den ehemals Münsterischen, nachher Salm-Salm- und Salmkyrburgischen Ämtern Ahaus und Bosholt, wurde der Code Napoleon durch das kaiserliche Decret vom 10. Jan. 1811, in Verbindung mit den Decreten vom 26. Decr.

1810, 6. Jan. 1811, 22. Jun. 1810, 8. Nov. 1810, und 1. März 1811 eingeführt, ohne wegen der bisherigen Gesetze und Gewohnheiten etwas zu bestimmen, und ohne das Gesetz vom 30. Ventose XII. Art. 7. unter die vielen dort für executorisch erklärten französischen Gesetze mit aufzunehmen. Hier würden daher die alten Gesetze und Gewohnheitsrechte, insoweit ihnen durch den Code und die übrigen für executorisch erklärten Französischen Gesetze, und durch das hanseatische Decret vom 9. Dec. 1811, welches durch das Decret vom 8. Jan. 1813 für das neue Lippe-Departement anwendbar erklärt wurde, nicht derogiret worden, noch als fortbestehend angenommen werden müssen, wenn dieses mit dem Geist der Französischen Gesetzgebung und mit der Französischen Jurisprudenz vereinbar wäre. Da solches aber nach dem oben Angeführten nicht der Fall ist, so muß für diesen Landes- theil das Nämliche gelten, was oben über die Anwendbarkeit der Provinzialgesetze im Großherzogthum gesagt ist.

Das Patent wegen Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechts vom 9. Sept. 1814 §. 2., nimmt es auch für bekannt an, daß diejenigen Provinzialgesetze und Gewohnheiten, über deren Gegenstand sich in den französischen Gesetzen keine Vorschriften finden, als fortbestehend beibehalten werden.

Neben den unter der Französischen Regierung beibehaltenen früheren Rechten und Gewohnheiten sollen nach dem Patent vom 9. Sept. 1814 §. 2., die Provinzialrechte wieder volle Wirksamkeit in allen den Fällen erhalten, in welchen das allgemeine Landrecht über den Gegenstand derselben keine Bestimmungen enthält, welches jedoch in §. 3. dahin beschränkt wird, daß ein Jeder, welcher zur Zeit der eingetretenen Gesetzeskraft des Allgemeinen Landrechts in einem, nach bisherigen Gesetzen gültigen und zu Recht beständigen Besitze irgend einer Sache oder eines Rechts sich befindet, dabei gegen jeden privatrechtlichen Anspruch geschützt, und Niemand in dem Genuße seiner in dem Verkehr mit andern Privatpersonen wohlverworbenen Gerechtsame, unter irgend einem aus dem Allgemeinen Landrecht entlehnten Vorwande geklärt oder beeinträchtigt werden soll. Vorzüglich gehören hierhin diejenigen Ge-

genstände, bei denen das N. P. R. ohne darüber etwas zu bestimmen, ausdrücklich auf die Provinzialgesetze hinarbeitet; man sehe unter andern Th. I. Tit. 8. §. 182., Tit. 9. §. 112. 186., Tit. 14. §. 439., Tit. 18. §. 483. 819., Tit. 22. §. 123. 181. 183. 220. Theil II. Tit. 7. §. 87., Tit. 15. §. 67., Tit. 16. §. 68., Tit. 20. §. 315. 321. 322. 732. 1540. 1544. 1555. 1556. 1568.

Die Provinzialgesetze, Statuten und Gewohnheiten in Betreff der ehelichen Gütergemeinschaft sind durch die Verordnung vom 8. Jan. 1816 wieder eingeführt worden.

Zum Provinzialrecht von Necklinghausen ist noch Folgendes nachzutragen:

Zu §. 44. und 45. Daß, auch vor Ablösung des Heimfallsrechts, der Besitzer eines demselben unterworfenen Gutes die Successionsordnung abändern könne, und die Verwandten gar kein Recht zur Succession in das Gut mehr haben, hat der zweite Senat des Oberlandesgerichts zu Münster am 17. Februar 1832 in Sachen Vasquez wider Schlaman erkannt, wogegen jedoch Revision eingelegt ist.

Zu §. 68. Die fremden Gesetze haben an der Verbindlichkeit des mahljährigen Besitzers, nach Ablauf der Mahljahre das Gut mit dem Peculium abzutreten, nichts geändert. Das Peculium ist nur von dem Successionsrechte des Gutsherrn befreit worden, und ist nicht mehr als universitas juris einer unter gutsherrlicher Gewalt stehenden Person zu betrachten. Das was der mahljährige Besitzer nach Aufhebung des Sterbefalls erwarb, erwarb er für sich selbst, und nicht für das Peculium; eben so affectirten auch die von ihm nach jenem Zeitpunkt contrahirten Verbindlichkeiten nur seine Person, und nicht das von ihm abzutretende Peculium. Der Nachfolger in dem Gute hat daher beim Ablauf der Mahljahre nur Anspruch auf das Peculium, so wie es zu der Zeit war, als Leibeigenschaft und Sterbefall aufgehoben wurden, braucht aber auch die von dem mahljährigen Besitzer nach jenem Zeitpunkt gemachten Schulden nur in soweit zu bezahlen, als er von dem abgetretenen mahljährigen Besitzer mehr erhalten, als das Peculium in dem vorerwähnten Zeitpunkt betrug. Dieser Ansicht gemäß hat der zweite Senat des Oberlandesgerichts zu Münster in Sachen Nicolai wider Brath am 22. Sept. 1825, in