

Fünfter Titel

Zweite Ehe und Schichtung.

§. 61. Wenn der überlebende Ehegatte, welcher mit seinen Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt, zur anderweitigen Ehe schreitet, so wird dadurch das bestandene Rechtsverhältnis kraft des Gesetzes aufgelöst und beendet.

§. 62. Eine davon ist die Schichtung oder Teilung zwischen dem Überlebenden und seinen Kindern. Es haben vom Tage der geschlossenen anderweitigen Ehe an, die Kinder einen gesetzlichen Anspruch auf die Hälfte des zu dieser Zeit vorhandenen Gesamtgutes. *(Die Natur der Verhältnisse brachte es mit sich, dass es mit der zweiten Heirat zu Ende ging. Das Halbieren oder Schichten war das erste statutarische Auskunftsmittel gewesen, den wieder verheirateten Gatten mit den Kindern auseinander zu setzen, wie schon das älteste Bielefelder Stadtrecht und das so lehrreiche Herforder Schöffenrecht beweisen. Unsere positiven Sätze drückt klar die Bielefelder Bürgersprache Art. 42. und das Mindische Stadtrecht II. 2. Art. 16 und 17 aus. Jene und diese Rechtsmonumente zeigen uns zugleich das allmähliche Fortschreiten, indem das, was Anfangs ratsam und zweckmässig schien, nun Zwangspflicht wurde, um den Verwirrungen, die eine Vernachlässigung bewirken konnte, vorzubeugen. Fast nach allen Statuten ist die Trennung des Vermögens bei anderweitiger Ehe vorgeschrieben. Auch in unseren Provinzen befestigte sich dieses Observanz mässig und gesetzlich. Es beweisen dieses die Atteste von 1660, 1666 und 1698).*

§. 63. Der Wiederverheiratete ist daher, noch bevor die anderweitige Ehe vollzogen wird, gesetzlich verbunden, ein eidlich und erhärtendes Inventarium aufzulegen, und auf Ernennung von Vormündern für die noch minorennen *(unmündigen)* Kinder anzutragen, oder solche selbst dem vormundschaftlichen Gerichte vorzuschlagen.

§. 64. Das durch das Inventarium ausgemittelte Gesamtgut bildet das zu teilende Vermögen. Es werden davon alle während der fortgesetzten Gütergemeinschaft kontrahierten, oder sonst darauf haftende Schulden abgezogen, und das Übrige zerfällt, ohne irgend eine Ausnahme, in zwei Hälften. Wovon die Eine der überlebende Ehegatte behält, die andere aber den vorhandenen Kindern zugeteilt wird, welche sie nach den Köpfen unter sich teilen. Enkel und weitere Descendenten treten in die Stelle der Kinder. *(Sämtliche zu den vorigen §§. allegirte (aufgehellten) Belege geben den Beweis auch für diese Sätze, und sie bezeugen bis auf das neueste Gesetz von 1768 herunter, dass erst mit der Auflösung der prorogierten Güter-gemeinschaft, die Ernennung von Vormündern nötig wird, vergleiche §. 44. – Die älteren Atteste bekunden namentlich, dass alle Schulden vorab aus den gemeinen Gütern bezahlt werden.)*

§. 65. Ein unehelich geborenes Kind kann, wenn seine Mutter einen Anderen, als seinen Erzeuger heiratet, bei Eingehung dieser Ehe keine Ansprüche machen, die diejenigen, welche den ehelichen Kindern bei Eingehung einer zweiten Ehe, gleich zu stellen wären. Es hat vielmehr gar keine gegenwärtigen Rechte auf das Vermögen der Mutter, und bleibt ihm für die Zukunft der gesetzliche Pflichtteil vorbehalten. *(Eine prorogierte Gütergemeinschaft ist nur Folge einer ehelichen Gütergemeinschaft, folglich einer rechtmässigen Ehe, wodurch auch die Schichtung bei der zweiten Heirat bedingt wird. Bei einer unehelichen Erzeugung fehlt also alle Bedingung eines durch die zweite Ehe erwachsenden Rechtes der Kinder.)*

§. 66. Was die Kinder zu ihrer Ausstattung bis zum Zeitpunkt der Schichtung aus dem Gesamtgut erhalten haben, wird bei der Teilung ihnen zugerechnet, und muss also in die zu teilende Masse konferiert werden (§. 49). *(Man hat die Schichtung wie eine Erbteilung angesehen, und bei Konstituierung der Masse sich nach den Regeln des gemeinen Rechtes gerichtet, welche auch für uns dem Prinzip des Verhältnisses nicht widersprechen.)*

§. 67. In Betreff der das Gesamtgut belastenden Schulden haben die Gläubiger während und nach der Schichtung, gegen die Kinder alle Rechte wie gegen gewöhnliche Miterben. Denn mit der Schichtung hört das Verhältnis der prorogierten Gütergemeinschaft auf, und die Rechte und Pflichten der Interessenten gegen die Gläubiger stehen denen der Erben gleich, und werden nach den Grundsätzen des allgemeinen Gesetzbuches beurteilt. *(Dass alle Schulden vom Gesamtgut abgehen, das ist nie bezweifelt worden. Der gewöhnliche Satz ist daher: Bei der Schichtung werden die Schulden abgezogen, und der Überschuss wird geteilt. Damit wird dann auch eine gewöhnliche Sache zu Ende sein.)*

§. 68. Der schichtende Ehegatte, der zur zweiten Ehe schreiten will, kann zwar die förmliche Teilung nicht durch ein willkürliches Äquivalent, das er den Kindern sichert, umgehen. Doch darf, in sofern die Letzteren minderjährig sind, unter Prüfung und Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes, jeder Vertrag für die Kinder geschlossen werden. Der denselben nützlicher, und den Umständen angemessener ist, als die förmliche Teilung. Dem Schichtenden steht daher auch frei, den Kindern eine grössere Quote, als die Hälfte beträgt, zuzuwenden. *(Die Eltern vermischten oft das Recht, die Kinder aus dem Gesamtgut freiwillig zu beraten, auszusteuern, abzufinden, mit den strengen Formen der Schichtung. Und setzten auch hier ein willkürliches Abdikat fest, welchem die Statuten entgegen arbeiteten, indem sie es als Norm aussprachen, dass den Kindern nicht weniger als die Hälfte dürfe überwiesen werden. Das Mindische Stadtrecht nennt daher zwar auch die Abfindung der Kinder den Abschied (Auspruch), bedingt aber ausdrücklich, dass derselbe die Hälfte des Gesamtvermögens betragen soll (Il. 2. Art. 16 und 17). Indem nun die Hälfte dieses Gutes auf keine Weise darf entzogen werden, rechtfertigen doch die Umstände oft einen Vertrag, der zwar die förmliche Schichtung umgeht, aber den Kindern grössere Vorteile bringt. Der Überlebende hat z.B. ein grosses Vermögen und viele Kinder. Er will zwar wieder heiraten, es sind jedoch nicht Aussichten da, dass auch die zweite Ehe mit Kindern wird gesegnet werden: wie oft wird sich da der Schichtende bewogen finden, die kleine Quote, die es den Kindern von der Hälfte trägt, aus der anderen Hälfte zu vermehren, jedoch unter Modifikation, die die Formen der Schichtung nicht zulassen.)*

§. 69. Er kann auch nicht zur Naturaltheilung angehalten werden, sondern hat das Recht, die nach der Taxe des Inventars ausgemittelte Hälfte des Wertes des Gesamtgutes den Kindern heraus zu zahlen, und dagegen, mit Übernahme der Schulden, im alleinigen Eigentum des sämtlichen beweglichen und unbeweglichen Vermögens zu bleiben. *(Dieser Satz ist nach unserem Provinzialrecht unbestritten, und hat sich aus eben den Motiven und Rücksichten allmählich zur Observanz gebildet, wie wir solche in den Anmerkungen zur Paderbornschen Gütergemeinschaft §. 58. entwickelt haben. Das Mindische Stadtrecht (Il. 1. Art. 16, 17, 18) redet von Halbieren und Teilen der Güter, hat aber nichts weniger im Sinn, als ein gezwungenes Zerreißen des Vermögens und des wohl eingerichteten Hauswesens, sondern es deutet klar die Vermögenshälfte, als eine Abfindungssumme an, die aus dem Gesamtvermögen bezahlt wird.)*

§. 70. Bei den mit dem Gesamtgut zugleich zu teilenden nicht erbfreien Grundstücken und Gütern treten diejenigen Modifikationen ein, welche die besonderen, die Unteilbarkeit und Successionsrechte dieser Güter betreffenden Gesetze und Rechte, der Natur der Sache nach, erheischen. Dasjenige Vermögen, welches von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen war, oder seiner Qualität nach, den Regeln derselben nicht unterworfen werden kann, kommt bei der Schichtung gar nicht zur Sprache, sondern wird nach den Vorschriften des gemeinen Rechts, oder der für dasselbe besonders geltenden Gesetzes vererbt und übertragen (§. 15 und 16). *(Es versteht sich von selbst, dass das Vermögen, welches nicht in die Gütergemeinschaft fiel, z.B. ein peculium (Ersparnisse) der Kinder. Oder welches seiner Natur nach von jenem Rechtsverhältnis ausgenommen war, z.B. Lehn- und Fideicommissgut, nicht nach den Regeln der Schichtung beurteilt wird. Bei demjenigen Besitz aber, welches durch gutsherrliche Rechte beschränkt ist, hat sich zwar durch das Herkommen gleichfalls die eheliche Gütergemeinschaft Anwendung verschafft, die Befolgung ihrer Regeln wird aber durch die besonderen Institute, die sich für diese Arten des Besitzes gebildet haben, sehr modifiziert. – Da das Verhältnis der Gütergemeinschaft nur von dem freien beweglichen Weichbildgut ausging, und das meiste Grundvermögen Anfangs noch durch die Verhältnisse des Obereigentums, und die strengen Erbrechte des Stammvermögens gebunden war, so sehen wir in den früheren Statuten und Weistümern die Eigenschaften scharf geschieden. Das Herforder Recht zeigt, dass neben der Schichtung immer das Erbgut (ist sein Freigut, oder Eigengut, oder Lehnsgut) an die rechten Erben fällt, und nicht geteilt wird. Die Städte erweiterten aber nicht nur ihre Feldmarken, sondern befreiten auch ihr Grundvermögen meist von allen Fesseln des Obereigentums. Selbst die städtischen Lehne fügte sich, dem neuen Verhältnis. – Die Stammguts-Qualität wurde immer seltener. Doch erhielten sich Überbleibsel aus alter Zeit bis in unsere Tage. Das Mindische Stadtrecht (Il. 1. Art. 6.) nennt noch Stammgüter alle liegenden Gründe, die jemand von seinen Eltern oder Grosseltern ererbt hat.)*

§. 71. Durch die auf gültige Weise vollzogene Schichtung und Teilung sind der überlebende Ehegatte und seine Kinder für alle Ansprüche in Betreff des Gesamtgutes, sowie für die Erbrechte in Beziehung auf den Verstorbenen und gegeneinander wechselseitig völlig abgefunden. *(Es ist Zweck der Schichtung, das Verhältnis zwischen den Kindern und dem Überlebenden völlig zu lösen, weil dadurch gerade alle Irrungen und Störungen bei dem zweiten ehelichen Verhältnis, welches der Überlebende*

eingeht, sollte vorgebeugt werden. Die Richtigkeit unseres Satzes bezeugen die älteren Schriftsteller. Er hat sich durch die Praxis, nach den vorliegenden amtlichen Berichten, stets bewährt. Die Schichtung ist immer völlige Abfindung gewesen.)

§. 72. Der Schichtende und Wiederheiratende kann daher über seine Hälfte völlig frei und nach Willkür disponieren. Er bringt sie in die zweite Ehe zum Vorteil des Ehegatten oder der in zweiter Ehe erzeugten Kinder, ohne dass die Vorkinder in Zukunft noch irgend einen Erbanspruch machen, oder einen Pflichtteil fordern können. *(Es ist dies natürliche Folge des Vorhergehenden. Die ganze Schichtung ist darauf berechnet, die Verhältnisse erster und zweiter Ehe völlig zu trennen. Erst spätere falsche Theorien haben die Hälfte des Vermögens als die Erbquote des Verstorbenen betrachteten lassen, und die Grundsätze des Pflichtteils auf eine ganz unpassende Art angewendet. Das ältere Recht weiss nichts von einem Anspruch der Kinder an der dem schichtenden Ehegatten zufallenden Hälfte. Wir entnehmen dies zum Beispiel aus dem Mindischen Stadtrecht (II. 2. Art. 20), wo selbst die Stiefmutter nur angewiesen wird, dem Sohn nach des Vaters Tode, welcher die Schichtung versäumt hatte, die Hälfte des Guts, wie es zur Zeit ihrer Heirat vorhanden war, herauszugeben.)*

§. 73. Dasselbe kann auch, so lange sein zweiter Ehegatte lebt, oder Kinder aus zweiter Ehe vorhanden sind, zum Vorteil seiner Vorkinder über keine Quote des Gesamtvermögens disponieren, und ihnen keinen Erbteil mehr zuwenden. *(Die Ansprüche der Kinder erster Ehe mussten vor der zweiten Ehe beseitigt sein, weil mit ihr die Rechte des zweiten Gatten und der Kinder dieser Ehe an dem neu gebildeten Gesamtgut erwachen. Der Überlebende knüpft ein neues Verhältnis. Er kann daher den Kindern erster Ehe als solchen, weder durch eine Disposition unter Lebenden, noch von Todes wegen noch etwas zuwenden, wohl aber dann, wenn ihm über seine Hälfte auch zu Gunsten jedes Fremden nach Willkür zu disponieren gestattet ist. Es widerspricht unser Satz daher nicht den Bestimmungen der §§ 55 und 57, wie bei der Paderbornschen Gütergemeinschaft §. 62 ausführlicher ist gezeigt worden. Nur in der prorogata (erweiterten) ist der Überlebende, mittels ideeller oder reeller Schichtung im Stande, von seiner freien Hälfte den Vorkindern noch etwas zuzuwenden, nicht aber in stehender zweiter Ehe.)*

§. 74. Wenn aber bei seinem Ableben bereits auch der zweite Ehegatte verstorben ist, und keine Kinder aus dieser Ehe, oder deren Leibeserben vorhanden sind, und nachher keine gültige Disposition vom Überlebenden ist errichtet worden, so tritt wieder die gesetzliche Erbfolge zum Vorteil der Vorkinder ein. Auf den Pflichtteil haben diese aber keinen Anspruch. *(Theorie und Praxis sind über die Richtigkeit dieses Satzes stets einig gewesen. Denn die Ausschliessung der Kinder erster Ehe wurde bloss durch das neue Familienverhältnis, in welches der Überlebende mit der zweiten Ehe trat, bedingt. Abgesehen von diesem sind jene Kinder wieder die Nächsten. Doch kann an der freien Befugnis des Geschichteten, über seine Hälfte nach Willkür zu disponieren, nichts geändert werden, und man hat aus den wieder erwachenden Intestat-Erbrechten (Interessen-Erbrecht) mit Unrecht gefolgert, dass durch die Befugnis der Kinder, den Pflichtteil zu fordern, wieder ins Leben trete, da doch der Schichtende, auch ohne zweite Heirat, die volle Befugnis über seine Vermögenshälfte behält (§. 56 und 57). Sowohl der Mindensche als Bielefelder Entwurf haben den abgeschichteten Kindern im Fall einer letztwilligen Disposition der Eltern den Pflichtteil zugesprochen, wenn der in unserem §. ausgedrückte Fall eintritt. Die Lippische Landesordnung §. 24 hat die richtige Entscheidung angenommen.)*

§. 75. Die abgetheilten Kinder können einzeln auch über ihren Anteil vom Gesamtgut nach freier Willkür disponieren, und bringen ihn, wenn sie sich verheiraten, ihren Ehegatten nach den Regeln der ehelichen Gütergemeinschaft zu. *(Es folgt von selbst, dass sie, im Fall einer letztwilligen Disposition, den Eltern keinen Pflichtteil schuldig sind. Der Mindische Entwurf sprach ihnen jedoch denselben zu. Die Teilung zwischen den Kindern geschieht in der Regel des gemeinen Rechts. Und was die Partikular-Rechte hierüber an besonderen Bestimmungen enthalten, cessirt (es hörte auf), weil es nicht Folge der ehelichen Gütergemeinschaft ist. Im Wesentlichen trat auch früher gemeines Recht ein.)*

§. 76. Stirbt ein geschichtetes Kind ohne Ehegatten und ohne Leibeserben, so wächst sein Anteil den Geschwistern wieder zu, und der noch lebende Vater oder die Mutter können kein Erbrecht in Anspruch nehmen. *(Mit der Hälfte des Vermögens mussten sich die Kinder begnügen, es mochten ihrer noch so viele sein. Es war daher auch billig, sie ihnen zu lassen, wenn sich die Zahl der Teilnehmer verringerte, und es erloschen so allmählich alle Erbansprüche der Eltern gegen die Kinder. Zur Ausbildung dieser Gewohnheit trug wohl bei, dass die Kinder auch nach der Eltern Tode oft in dem Gesamtgut in der gemeinen Were sitzen blieben, und ein analoges Verhältnis mit der fortgesetzten Gütergemeinschaft bildeten. (Mindensche Stadtrecht II. 2. Art. 14). Jetzt findet aber zwischen Geschwistern kein weiteres*

Verhältnis der Gemeinschaft statt, als das der Miterben. – Das wechselseitige Erbrecht der Geschwister ist zu allen Zeiten anerkannt worden, und muss als strenge Folge des Verhältnisses der Gütergemeinschaft und der Schichtung betrachtet werden. Schon das Bielefelder Recht und die Herforder Weistümer sprechen es aus. Das Mindensche Stadtrecht (II.2. Art. 8): «Volle Brüder und volle Schwestern echt und recht geboren, wenn die von ihren väterlichen und mütterlichen Gütern abgesondert und dissertiert sind, nehmen vor ihren Eltern, davon sie abgeschieden sind, ihres mit abgesonderten Bruders oder Schwester Erbe.»

§. 77. Erst wenn alle Kinder ohne Leibeserben und ohne Ehegatten verstorben sind, auch nicht durch eine letztwillige Disposition über den Nachlass verfügt haben, treten nach dem Abgang des Letzten, die Rechte der Aszendenten, nach den Regeln der Erbfolge der allgemeinen Gesetze, wieder ins Leben. *(Der Zweck der Ausschliessung der Eltern existiert nun nicht mehr. Niemand steht jetzt näher, und die Natur der Verhältnisse erheischt, dass wieder die gemeinen Erbrechte eintreten. Die Praxis hat dieses anerkannt, wie beide Entwürfe bezeugen. Das Erbrecht der Geschwister ist strenge Folge der Schichtung, welche die Succession der Eltern ganz aufhebt. Diese können also auch nicht die Legitima des gemeinen Rechts fordern.)*

§. 78. Der schichtende Ehegatte hat kein aus dem Verhältnis der Gütergemeinschaft fließendes Nutzungsrecht an der den Kindern zugefallenen Vermögenshälfte. *(Das Mindensche Stadtrecht (II. 2. §. 13 und 18) gab den Eltern sowohl als Stiefeltern das Recht, die Quote der Kinder, gegen Alimentation (Ernährung) derselben, zu benutzen. Und sie nur bei deren Verheiratung, sonst aber nach dem 21. Jahre, wenn sie alsdann nicht mehr im elterlichen Hause bleiben wollten, zu verzinsen oder herauszugeben. In Hinsicht der Stiefeltern mochte dies oft bedenklich werden, und es bildete sich der Satz, dass Stiefeltern den Ususfructus (Niessbrauch) nur intuitu alimentorum praestitorum (in Anbetracht der angebotenen Speisen) bewilligt erhalten.)*

§. 79. Auch die vom Schichtenden, insofern er einstweilen im Besitz des Abdicats (*Verzichtetes*) bleibt, für dasselbe zu leistende Sicherheit, sowie alle nach der Schichtung noch eintretende Rechte und Pflichten zwischen ihm und seinen Kindern, werden nach den allgemeinen Gesetzen, oder nach dem bei der Schichtung abgeschlossenen Vertrag beurteilt. *(Nach der Observanz brauchten die Eltern, wenn die Kinder noch minderjährig waren, das geschichtete Vermögen nicht gleich herauszugeben. Sie brauchten nicht einmal in natura zu teilen, um durch allmähliche Auszahlung der Abdicats der Kinder, diese Teilung weniger störend für das Hauswesen zu machen. Gerade die bare Abfindung führte dahin, die Quote der Kinder als eine Schuld zu betrachten, welche der Überlebende ihnen zahlen, und bis dahin sichern musste. Das Mindensche Stadtrecht bestimmt, dass den Kindern die Hälfte durch einen Ratsbrief in die Güter soll versichert werden (II.2.Art. 17). Späterhin, wie die volkstümliche Öffentlichkeit gerichtlicher Akte sich ganz verlor, und die Formen der Sicherheitsleistungen sich änderten, wurde es allmählich streitig, in wie weit vom Schichtenden für die in Händen gehaltenen Abdicats Sicherheit müsse geleistet werden. Die Meisten behaupteten, dass die Hälfte nicht nur auf das Vermögen ingrossirt (aufwuchs), sondern wenn dies nicht hinreichte, auch sonst noch Sicherheit müsse von den Eltern geleistet werden. Die gerichtliche Praxis sah aber durch die Finger, wenn der Schichtende hierzu nicht im Stande war. Desgleichen bei Kaufleuten, deren Kredit man erhalten, die Offenbarung ihres Gewerbe schonen müsse. Manche waren deshalb zweifelhaft.)*

§. 80. Alles was nach vollzogener Schichtung von einem oder andern Teil erworben wird, oder seiner Person durch Erbrecht oder Testament zufällt, bleibt sein völliges Eigentum. Und es sind aus dem bestandenen Verhältnis und aus der Schichtung darauf keine Rechte zu gründen. Der Schichtende behält daher das, was ihm nach der Schichtung etwa noch von seinen Eltern, Grosseltern oder anderen Verwandten zufällt. Und die Kinder erlangen das ausschliessliche Eigentum alles dessen, was nach dem Ableben ihres Vaters oder ihrer Mutter, von Grosseltern und Aszendenten, oder anderen Verwandten auf sie vererbt wird; mit Vorbehalt der gleichen Rechte ihrer etwa in zweiter Ehe erzeugten Halbgeschwister.

§. 81. Es macht auch keinen Unterschied, wenn entweder der schichtende Teil der Eltern, oder die abgefundenen Kinder, noch mit einem ihrer Aszendenten in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben, und durch Auflösung dieses Verhältnisses ein Vermögen anfällt. Es kann dieserhalb so wenig von einem als anderen Teil ein Miterbrecht, oder ein aus der Schichtung folgendes Teilungsrecht in Anspruch genommen werden. Es wäre dann, dass bei der Schichtung selbst ein Anderes vertragsmässig wäre festgesetzt worden. *(Es liegt in der Natur der Sache, dass mit der Schichtung jedes wechselseitige Verhältnis zwischen den Schichtenden gelöst ist, und kein Anspruch weiter gebildet werden kann, der*

als Folge der bestandenen prorogierte Gütergemeinschaft zu betrachten wäre. Das Gewohnheitsrecht hat hieran nie gezweifelt. Das Mindensche Stadtrecht (II. 2. Art. 9 und 22) drückt das Prinzip deutlich aus.)

§. 82. Sollte ungeachtet der gesetzlichen Notwendigkeit dennoch die vorgeschriebene Schichtung und Auseinandersetzung bei der anderweitigen Verheiratung des Überlebenden versäumt, und nicht zur gehörigen Vollziehung gekommen sein, so kann dieselbe zu jedem Zeitpunkt nachgefordert werden. Und es muss alsdann nicht nur das zur Zeit der Verheiratung vorhanden gewesene Vermögen ermittelt, sondern auch der gezogene Nutzen berechnet und vergütet werden, insofern der Überlebende nicht auch nach der Schichtung ein Nutzniessungs-Recht in Anspruch nehmen konnte (§. 78). *(Die Untergerichts-Instruktion von 1768, §. 27. Nr. 7. sagt zwar: dass, wenn die Schichtung vernachlässigt, die communio bonorum zum Vorteil der Kinder für prorogirt zu halten, dergestalt, dass es in ihrer Wahl stehe, ob sie danach gehen, oder ihr Abdicat, so wie es sich zur Zeit der zweiten Heirat gebildet, fordern wollten, wobei der Regress gegen den Richter, der die Schichtung versäumt, vorbehalten bleibe. Das Letztere ist angemessen. Wozu aber bei einem gesetzwidrig vernachlässigtem Akt ein neues Rechtsverhältnis substituieren? Diese gesetzliche Vorschrift widerspricht so gänzlich dem ausgebildeten Gewohnheitsrecht und den ihm zu Grunde liegenden Prinzipien, dass sie völlig unausführbar erscheint, und daher umso weniger in unser Provinzialrecht aufgenommen werden kann, als wahrscheinlich die Gesetzgebung sie recht bald austilgen und das richtige Verhältnis wieder herstellen wird.)*

§. 83. Die vorgeschriebene Schichtung und Teilung bei der zweiten Heirat des überlebenden Ehegatten kann nur dann erlassen werden, wenn unter den gesetzlichen Bedingungen eine Einkindschaft errichtet wird, und die abzuteilenden Kinder somit den zu erwartenden Kindern zweiter Ehe gleiche Rechte eingeräumt erhalten. *(Einkindschaften wurden schon im 17. Jahrhundert geschlossen.)*

§. 84. Da die Gütergemeinschaft durch eine gesetzliche Ehe bedingt ist, so hört sie mit ihren Folgen und Wirkungen auf, wenn die Ehe durch richterlichen Ausspruch getrennt wird. Diejenigen Folgen, welche die Ehescheidung im einzelnen Falle nach sich zieht, werden nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts beurteilt. *(Unsere älteren Rechtsquellen schweigen von den Folgen der Ehescheidung zweier in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten. Und die jüngeren amtlichen Berichte, welche bei der Sammlung der Provinzialrechte gefordert werden, erklären uns dies durch die Seltenheit der vorkommenden Fälle. Indem die meisten bezeugen, dass ihnen der Fall nicht vorgekommen, dass keine Präjudizien vorhanden kein jus singulare (individuelles Recht) bekannt sei, sondern das gemeine Recht eintrete usw. Die Ehescheidung als Folge eines richterlichen Erkenntnisses hebt:*

1. *die Ehe völlig auf, und somit auch alle gesetzlichen und vertragsmässigen Folgen derselben, folglich auch die Gütergemeinschaft mit allen ihren rechtlichen Wirkungen.*
2. *Nach diesem beendigten Rechtsverhältnis tritt notwendig eine Auseinandersetzung wegen des unter jeder Form zusammen gebrachten Vermögens ein. Und was ist natürlicher, als dass gesamte Vermögen sich wieder in seine ursprünglichen Bestandteile auflöst. Diese Sonderung des in der Ehe vereinigten Vermögens ist daher auch ein gemeinrechtliches Grundprinzip.*
3. *Indem aber die Gesetze die Auseinandersetzung bestimmen, und zugleich dem unschuldigen Teil auf Unkosten des Schuldigen eine Entschädigung zusprechen (Ehescheidungsstrafen), gehören diese Bestimmungen keineswegs in den Bereich des provinzialrechtlichen Instituts.*
4. *Nach einem richtigen System sollte nun hier bei aufgehobener Ehe und ehelichem Güterverhältnis nicht mehr auf Folgen der bestandenen Gütergemeinschaft Rücksicht genommen werden. Die Grundsätze der Auseinandersetzung und Ehescheidungsstrafen sollten in allen Fällen gleich sein. Doch haben Partikularrechte zuweilen andere Bestimmungen; sie lassen z.B. die Errungenschaft teilen. Wir dürfen diese besonderen positiven Bestimmungen aber nicht zu den Folgen der Gütergemeinschaft zählen.*
5. *Eine solche Singularität enthält nun auch unser allgemeines Gesetzbuch, indem es bei bestandener Gütergemeinschaft dem Unschuldigen die Wahl lässt, ob er das Gesamtgut teilen will, welches ihm vollkommene Satisfaktion (Zufriedenheit) sein kann, wenn das Hauptvermögen vom Schuldigen herrührte, oder ob er das Vermögen auseinandersetzen, die Errungenschaft teilen, und die gemeinrechtliche Ehescheidungsstrafe annehmen will.*
6. *Indem wir fragen: ist dies eine gemeinrechtliche Bestimmung, die in allen Fällen eintreten kann, wo die Ehegatten in einer Gütergemeinschaft leben? So erkennen wir doch bald, dass das Halbieren des Vermögens auf eine Gütergemeinschaft und ein Miteigentum im Sinne des Landrechts deutet. Dass bei Abfassung des Gesetzes nicht daran gedacht ist, dass es Institute*

gibt, bei denen die Gütergemeinschaft nicht in allen Fällen die Folge hat, dass das Vermögen künftig in zwei Hälften zerfällt und geteilt wird, wie z.B. die Münstersche.

7. *Betrachten wir das Motiv des Landrechtes, welches die Ehescheidungsstrafen als eine Abfindung für die Vorteile betrachtet, welche der unschuldige Gatte aus dem Vermögen des Andern von Todeswegen erworben haben würde, wenn die Ehe bis zum Tode desselben fortgedauert hätte. So sehen wir wieder, dass die positiven Bestimmungen des Landrechts zwar genau auf die Grundsätze seiner Gütergemeinschaft passen, keineswegs aber auf diejenigen anderer provinzialrechtlichen Institute.*
8. *Indem also seine Entschädigungsbestimmung sich bloss auf den wirklichen Rechtszustand zweier Ehegatten gründet, die nach dem Landrecht in Gütergemeinschaft leben, würde uns nichts hindern, bei provinzialrechtlichen Instituten, die ein anderes System anerkennen, auf die rein gemeinrechtlichen Bestimmungen zu rekurrieren. Wollten wir aber, auf das Motiv des Landrechts uns gründen, die künftigen Folgen der Gütergemeinschaft als Basis der Auseinandersetzung und Entschädigung annehmen, so könnte dies doch nicht ohne bedeutende Modifikation geschehen. (Konsequent war es daher wohl, wenn einige, nach Lübischem Recht, die unschuldigen Ehegatten das völlige Gesamteigentum zusprechen wollten.) Da diese aber nur aus den Folgen der ehelichen Gütergemeinschaft entlehnt werden, nicht aber selbst Folgen derselben sind, so wäre es Sache des Gesetzgebers, sein generelles Gesetz durch Berücksichtigung der Partikularrechte zu vervollständigen und zu modifizieren.*
9. *Die These bleibt also richtig, dass die Folgen der Ehescheidung nicht zur Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft hören, sondern immer den positiven Bestimmungen des gemeinen Rechts unterworfen sind.*

Das Edikt über die Ehescheidungen von 1752 setzte schon (sowie später das Landrecht) die Rechte der Kinder geschiedener Ehegatten genau fest. Dennoch beharrten Viele bei der falschen Ansicht, besonders da die Lippische Landesordnung von 1786 §. 32. ebenfalls der falschen Theorie huldigte, und die Schichtung mit den Kindern vorschrieb, wenn einer der geschiedenen Gatten wieder heiratete. –

Jenes Zeugnis über das bestehende Herkommen suchte auch die ausgesprochenen Prinzipien noch auf die Bauerngüter in folgenden Sätzen anzuwenden: «Bei eigenbehörigen Bauern behält pars innocens (*die unschuldige Partei*) die Stätte, wenn er auch fremd darauf gekommen ist. Weil der innocens (*Unschuldige*) zu 4/6 Interessent ist, indem die Teilung erst für Jeden zu 3/6 geschieht, sodann aber dem nocenti (*Schuldigen*) 1/3 seines Teils in poenam (*Bestrafung*) genommen wird. So wird von den Revenüen (*Einnahmen*) der Stätte, nach Abzug aller onera (*Lasten*) und der Hofgewehr ein Nutzungsanschlag zur freien Heuer gemacht. Und von dieser Summe erhält der schuldige Teil ad dies vitae 2/6. Ausserdem wird das zur Zeit der Scheidung vorhandene Mobiliarvermögen als geteilt, dass der innocens 4/6 und der nocens 2/6 erhält». »Sind beide pro nocentibus (*schuldig*) erklärt, so behält der, der das Erbrecht hat, die Stätte, und teilt das Mobiliarvermögen und die Revenüen nach obiger Bestimmung. Der Gutsherr restituiert in keinem Fall den Weinkauf».

Der Mindische Entwurf des Provinzialrechts enthält eine Menge Bestimmungen, die zum Teil den Prinzipien des Landrechts abweichen, und ebenfalls das Resultat der entwickelten falschen Theorie waren. So hiess es (statt II. 1. §. 755): «Wenn beide gleiche Schuld haben, oder auf keinen ein Übergewicht fällt, so ist jeder die Hälfte des Vermögens, nach Abzug der Schulden, zu fordern befugt. Und es kommt nicht darauf an, was jeder in die Ehe gebracht hat».