

~~Für das Nachschlagewerk!~~

Nicht für die Amtliche Sammlung!

2308 002
11

Gesetz: BGB § 2065 Abs 2; HöfeO § 7

Rechtssatz: Der überlebende Ehegatte, der auf Grund einer letztwilligen Verfügung seines verstorbenen Ehegatten Vorerbe geworden ist, kann unter den vom Erblasser zu Nacherben eingesetzten Abkömmlingen den Hoferben auswählen, wenn ihm der Erblasser in seinem Testament diese Befugnis erteilt hat.

Aktenzeichen: V BLw 55/53

Beschl. des BGH v. 17. November 1953

AG Bockenem

OLG Celle

B e s c h l u ß

In der Landwirtschaftssache

des Landwirts Herbert S. [REDACTED] in Sch. [REDACTED],

Antragstellers, Beschwerde- und
Rechtsbeschwerdeführers,

- vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Helmut S. [REDACTED] in K. [REDACTED],

Antragsgegner, Beschwerde- und
Rechtsbeschwerdegegner,

- vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED] -

wegen Feststellung des Hoferben

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs als Senat für
Landwirtschaftssachen in der Sitzung vom 17. November 1953
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche, der Bun-
desrichter Dr. Hückinghaus und Dr. Piepenbrock sowie der
landwirtschaftlichen Beisitzer Ernst und Buresch

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 7. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 27. Ap-
ril 1953 wird auf Kosten des Antragstellers zurückge-
wiesen. Außerhalb des Rechtsbeschwerdeverfahrens ent-
standene Kosten sind nicht zu erstatten.

- 2 -

G r ü n d e :

I.

Der am 27. Dezember 1929 in K[REDACTED] verstorbene Landwirt Theodor S[REDACTED] war Eigentümer des im Grundbuch von K[REDACTED] Bd 9 Bl [REDACTED] 5 (früher Bd II Bl [REDACTED] 4) und Bd 5 Bl [REDACTED] 4 verzeichneten Grundbesitzes, der 51,1057 ha groß ist und einen Einheitswert von 87.000 DM hat. Die Besit-
zung war nicht in die Höferolle nach hannoverschem Höfe-
recht eingetragen, wurde aber später Erbhof und ist jetzt
Hof im Sinne der Höfeordnung. Theodor S[REDACTED] war verhei-
ratet mit Ida S[REDACTED] geb. W[REDACTED]. Aus der Ehe sind drei
Söhne namens Herbert (Antragsteller; geboren am [REDACTED] 1909),
Helmut (Antragsgegner; geboren am [REDACTED] 1914) und
Heinz (geboren am [REDACTED] 1915) sowie zwei Töchter her-
vorgegangen.

Die Eltern der Parteien haben vor dem Amtsgericht in
Bockenem (IV 7 bis 8/20) zwei gemeinschaftliche Testamente
folgenden Inhalts errichtet

a) am 15. Januar 1920:

" § 1. Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein.
Die Erben des Längstlebenden von uns sollen unsere
gemeinschaftlichen Kinder werden.

§ 2. Der Überlebende Ehegatte soll über den be-
weglichen Nachlaß frei verfügen können, der Grund-
besitz soll jedoch den gemeinschaftlichen Kindern
verbleiben. Der Überlebende Ehegatte soll aber frei
bestimmen können, wer von den Kindern den Grundbe-
sitz erhält und in welchen Teilen er auf die einzel-
nen Erben übergehen soll".



b) am 19. Januar 1920:

"Wir haben am 15. Januar 1950 vor dem Amtsgericht Bockenem ein gemeinschaftliches Testament errichtet.

Wir ändern den Inhalt des § 2 dieses Testaments wie folgt ab:

Der Überlebende Ehegatte soll auch über den Grundbesitz unter Lebenden frei verfügen können durch Veräußerung der Grundstücke an Dritte. Dieses Recht erlischt mit der Wiederverheiratung".

Auf Grund dieser Testamente wurde die Witwe Ida S. [REDACTED] am 6. Mai 1931 im Grundbuch von K. [REDACTED] Bd II Bl. 4 (jetzt Bd 9 Bl. 5) und am 31. Mai 1949 auch im Grundbuch von K. [REDACTED] Bd 5 Bl. 4 als Eigentümerin eingetragen. Im Grundbuch von K. [REDACTED] Bd 9 Bl. 5 steht in Abteilung II Nr 5 folgender Vermerk eingetragen: "Die Eigentümerin, Witwe Ida S. [REDACTED], geb. W. [REDACTED], ist nur berechtigt, unter Lebenden über den Grundbesitz zu verfügen. Dieses Recht erlischt mit der Wiederverheiratung der Eigentümerin".

Am 22. Mai 1952 hat die Witwe Ida S. [REDACTED] vor dem Notar H. [REDACTED] in B. [REDACTED] ein Testament errichtet, in dem sie ihren Sohn Helmut (Antragsgegner) zum Hoferben bestimmt, Ersatzerben eingesetzt und die Abfindungen der übrigen Kinder geregelt hat (IV 34/52 AG Bockenem). In einer notariellen Urkunde vom 27. August 1952 (Nr 5/1952 der Urkundenrolle des Notars Dr. Z. [REDACTED] in B. [REDACTED]), die sich bei den Höfeakten von K. [REDACTED] Bl. 5 befindet, hat sie fürsorglich die Erklärung, daß sie ihren Sohn Helmut zum Hoferben bestimme, wiederholt. Die Kutter der Parteien ist, ohne wieder geheiratet zu haben, am 26. September 1952 verstorben.

Der Antragsteller hat mit der Begründung, daß er kraft Gesetzes zur Erbfolge berufen sei, weil die Mutter als Vorerbin nicht das Recht gehabt habe, den Nacherben zu bestimmen, die Erteilung eines Hoffolgezeugnisses erbeten, daß er mit dem Tode der Mutter Hoferbe des Hofes geworden sei. Der Antragsgegner ist diesem Antrage entgegengetreten. Er ist der Auffassung, daß in den gemeinschaftlichen Testamenten der Eltern nicht die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft enthalten, vielmehr die Mutter nach dem Tode des Vaters Vollerbin geworden und deshalb ohne weiteres befugt gewesen sei, ihn zum Hoferben zu bestimmen. Er hat beantragt, festzustellen, daß er mit dem Tode der Mutter Hoferbe geworden sei.

Das Amtsgericht (Landwirtschaftsgericht) hat unter Zurückweisung des Antrages des Antragstellers dem Feststellungsantrage des Antragsgegners entsprochen. Die sofortige Beschwerde des Antragstellers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde, mit welcher der Antragsteller seinen Antrag auf Erteilung des Hoffolgezeugnisses weiterverfolgt. Der Antragsgegner bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

II.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

1. Amtsgericht und Oberlandesgericht nehmen übereinstimmend an, daß die Witwe S. [REDACTED] befugt gewesen sei, den Antragsgegner zum Hoferben zu bestimmen. Das Oberlandesgericht ist jedoch im Gegensatz zu der Auffassung des Amtsgerichts, daß die Mutter der Parteien nach dem Tode ihres Ehemannes unbeschränkte Erbin geworden sei, der Ansicht, daß

die Witwe S [REDACTED] auf Grund der gemeinschaftlichen Testamente nicht Vollerbin, sondern nur befreite Vorerbin gewesen sei, aber auch als solche den Nacherben unter den Kindern habe auswählen können. Es führt dazu aus: Im § 1 des Testaments vom 15. Januar 1920 hätten die Eltern zwar gesagt, daß ihre gemeinschaftlichen Kinder Erben des Letztversterbenden sein sollten. Aus der Bindung des Grundbesitzes nach § 2 Satz 1 des Testaments ergebe sich jedoch, daß nach dem Willen der Erblasser der Längstlebende nur Vorerbe habe sein sollen. Im nachfolgenden Satz hätten die Eltern ihren Willen zum Ausdruck gebracht, daß die Bestimmung des oder der Nacherben dem Letztlebenden überlassen bleiben sollte. Durch den Nachtrag vom 19. Januar 1920 hätten die Eheleute S [REDACTED] den Längstlebenden, also den Vorerben, von dem sich aus der ursprünglichen Fassung des § 2 des Testaments und somit aus dem Recht der Vor- und Nacherbschaft ergebenden Verbot, über Grundstücke zu verfügen, befreit. Diese Befreiung sei dann unter die auflösende Bedingung der Wiederverheiratung gestellt worden, so daß der überlebende Ehegatte bei Wiederverheiratung normaler Vorerbe mit den gesetzlichen Beschränkungen geworden wäre. Der Nachtrag mache auch sonst den Längstlebenden nicht zum unbeschränkten Vollerben, da die ganz allgemeine Erbeinsetzung der gemeinschaftlichen Kinder und die Befugnis des überlebenden Ehegatten, den oder die Nacherben zu bestimmen, bestehen geblieben sei, so daß der Grundbuchrichter einen qualifizierten Nacherbenvermerk hätte eintragen müssen.

Die Witwe S [REDACTED] habe durch das Testament vom 22. Mai 1952 den Antragsgegner zum Hoferben bestimmt. Hierzu sei sie auch als Vorerbin befugt gewesen. Es handle sich bei der Bestimmung des Antragsgegners zum Hoferben um eine Erbeinsetzung nach Eöferecht, auf die auch die allgemeinen

Bestimmungen über Testamente Anwendung fänden. Die Einsetzung sei wirksam, weil der vorverstorbene Vater seiner Witwe die Bestimmung des Erben überlassen habe. Nach § 2065 Abs 2 BGB könne zwar der Erblasser grundsätzlich die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten solle, nicht einem anderen überlassen. Abgesehen davon, daß das Gesetz selbst von diesem Grundsatz in manchen Fällen abweiche, habe die Rechtsprechung Ausnahmen in solchen Fällen zugelassen, in denen die Bestimmung des Erben durch einen Dritten aus einem festumrissenen Kreis von Personen nach ganz bestimmten, vom Erblasser angegebenen Richtlinien erfolgen solle. Die Eheleute S. hätten den Personenkreis durch Erwähnung der gemeinschaftlichen Kinder zweifelsfrei bestimmt, ohne allerdings Gesichtspunkte zu nennen, nach denen der Überlebende Ehegatte den Erben auswählen sollte. Dies sei aber auch nicht erforderlich gewesen, weil die bei der Auswahl zu beachtenden Umstände sich aus den bestehenden familiären und bäuerlichen Verhältnissen ergeben hätten. Es sei selbstverständlich, daß der Überlebende Ehegatte den Hoferben nach den Maßstäben auswähle, die sonst ein Bauer bei der Auswahl des Hoferben anzuwenden pflege. Der Erbe müsse also Landwirt und geeignet sein, den Hof ordnungsmäßig zu bewirtschaften. Da die Auswahl auf die eigenen Kinder beschränkt gewesen sei, hätten sich weitere Einzelheiten erübrigt.

Im übrigen entspreche es auch einem praktischen Bedürfnis, dem Überlebenden Ehegatten weitgehende Bestimmungsbefugnisse zu gewähren, weil andernfalls der Erblasser seine Absicht nur dadurch verwirklichen könnte, daß er seine Witwe zur Vollerbin bestimme, was vom bäuerlichen Standpunkt aus nicht wünschenswert wäre. Aus diesen Erwägungen heraus habe auch der Gesetzgeber in § 14 Abs 3 HöfeO dem

überlebenden Ehegatten, der nicht Hoferbe geworden sei, ein gesetzliches, zeitlich und sachlich allerdings beschränktes Bestimmungsrecht verliehen. Diese Vorschrift könne zwar nicht unmittelbar Anwendung finden, weil der Antragsteller im Jahre 1952 bereits 43 Jahre alt gewesen sei, müsse aber nach ihrem Grundgedanken zu einer weitherzigen Auslegung des § 2065 BGB führen. Die Witwe S. [REDACTED] sei hiernach befugt gewesen, den Antragsgegner zum Hoferben zu bestimmen. Daß sie diese Befugnis etwa mißbräuchlich ausgenutzt habe, sei nicht behauptet und auch aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich.

2. Der Rechtsbeschwerdeführer ist der Auffassung, daß die Witwe S. [REDACTED] den Hoferben nicht wirksam habe bestimmen können, weil nach § 2065 Abs 2 BGB der Erblasser die Auswahl des Erben nicht einem anderen überlassen könne. Er führt dazu aus: Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in verschiedenen Fällen Ausnahmen von dem im § 2065 Abs 2 BGB gegebenen Verbot zugelassen habe, könne nicht gefolgert werden, daß dieses Verbot unbeachtet bleiben könne, wenn es zweckmäßig erscheine. Auch in der Rechtsprechung werde an der Ansicht, daß der Erblasser die Auswahl des Erben nicht einem anderen überlassen könne, festgehalten. Die Person des Erben müsse danach vom Erblasser so bestimmt sein, daß sie allein auf Grund des Testaments ermittelt werden könne. Die Bestimmung des § 2 des Testaments vom 15. Januar 1920 bedeute nichts anderes, als daß der überlebende Ehegatte den Hoferben nach seinem Gutdünken auswählen könne. Wenn man das für K. [REDACTED] geltende Gewohnheitsrecht anwenden wollte, so sei der Antragsteller als ältester Sohn als der nach dem Willen des Erblassers bestimmte Hoferbe anzusehen. Die von der Witwe S. [REDACTED] getroffene Bestimmung stehe mit diesem Gewohnheitsrecht und dem erkennbaren Willen des Erblassers im Widerspruch. Die Ansicht des Oberlandesgerichts könne auch nicht mit Zweck-

mäßigkeitsgründen oder mit dem Hinweis auf die Vorschrift des § 14 Abs 3 HGB gerechtfertigt werden. Ein praktisches Bedürfnis für die Ausschaltung des § 2065^{Abs 2} BGB bestehe überhaupt nicht. Die Witwe S. habe auch mit der kurz vor ihrem Tode getroffenen Bestimmung des Antragsgegners zum Hoferben dem Antragsteller gegenüber die Grundsätze von Treu und Glauben in schwerster Weise verletzt, da der Antragsteller von vornherein von seinen Eltern als Hoferbe vorgesehen gewesen sei, die entsprechende Ausbildung als Bauer erhalten und die Bewirtschaftung des Hofes seit 1929 in dem Glauben geführt habe, daß er nach dem Tode der Mutter Hoferbe sein werde. Dies sei nicht nur vom Vater, sondern auch von der Mutter immer gesagt worden. Der Antragsteller habe seine Ausbildung darauf eingestellt, daß der väterliche Hof seine Existenzgrundlage sein werde. Das Oberlandesgericht habe diesen Sachverhalt nicht richtig gewürdigt und zu Unrecht angenommen, die Mutter der Parteien habe von dem ihr zugebilligten Auswahlrecht keinen mißbräuchlichen Gebrauch gemacht. Die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Bestimmung über das Auswahlrecht könne nur die Bedeutung haben, daß der Überlebende Elternteil die Möglichkeit haben sollte, eines der Kinder zum Hoferben zu bestimmen, falls der Antragsteller aus einem wichtigen Grunde fortfiere. Da aber zur Übergehung des Antragstellers nicht der geringste Grund vorliege, stelle die Auswahl des Antragsgegners zum Hoferben eine mißbräuchliche Ausübung des Wahlrechts dar, zumal da der Antragsgegner nicht die berufliche Vorbildung besitze wie der Antragsteller, der durch die Entscheidung seiner Mutter die Existenzgrundlage verliere.

3. Die von den Vorinstanzen angenommene Wirksamkeit der Bestimmung des Antragsgegners zum Hoferben ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Die Frage, ob die Witwe S. [REDACTED] nach dem Tode ihres Ehemannes, wie das Amtsgericht meint, gemäß § 2269 BGB Vollerbin oder, wie das Oberlandesgericht annimmt, befreite Vorerbin geworden ist, hängt von der Auslegung der Testamente ab. Wenn die Witwe S. [REDACTED] unbeschränkte Erbin gewesen ist, konnte sie ohne weiteres gemäß § 7 HÖfO unter den Abkömmlingen den Hoferben frei auswählen. Aber auch wenn man der Auffassung des Oberlandesgerichts, die Witwe S. [REDACTED] sei nur befreite Vorerbin geworden, folgt, muß die Bestimmung des Antragsgegners zum Hoferben, wie unten näher ausgeführt wird, als wirksam angesehen werden. Die Frage, welche Rechtsstellung die Witwe S. [REDACTED] nach dem Tode ihres Ehemannes erlangt hat, kann deshalb für die Entscheidung dahingestellt bleiben.

b) Gegen die Begründung, mit der das Beschwerdegericht die dem Überlebenden Ehegatten verliehene Bestimmungsbefugnis für zulässig erachtet, bestehen allerdings Bedenken. Im Zeitpunkt der Testamenterrichtung und auch des Erbfalles war der Erblasser hinsichtlich der Erbeinsetzung keinen Beschränkungen unterworfen. Er konnte seine sämtlichen Kinder zu Nacherben bestimmen mit der Wirkung, daß der Grundbesitz den Kindern als Nacherben in Erbengemeinschaft zufiel. Der Nacherbe ist nicht Erbe des Vorerben, sondern ebenso wie der Vorerbe Erbe des Erblassers. Auch wenn der Vorerbfall unter dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingetreten ist, kann sich die Nacherbfolge in einen Hof doch nur nach dem Recht zur Zeit des Nacherbfalles vollziehen. Für einen Nacherbfall, der bei einer inzwischen Hof im Sinne der Höfeordnung gewordenen Besitzung unter der Geltung der Höfeordnung eintritt, sind deshalb die Vorschriften der Höfeordnung maßgebend (vgl. Beschluß des Senats vom 17. Dezember 1952, V Blw 6/52, RechtsdLandw 1953, 107). Die Berufung der gemeinschaft-

lichen Kinder der Eheleute S. [REDACTED] zu Nacherben würde, wenn diese Anordnung bestehen geblieben wäre, wegen Verstoßes gegen die zwingenden Vorschriften der §§ 4, 16 Abs 1 HÖfeO nichtig sein.

Aus der HÖfeordnung läßt sich die Befugnis des Überlebenden Ehegatten zur Bestimmung des Nacherben nicht herleiten. Nach § 14 Abs 3 HÖfeO kann der Überlebende Ehegatte, wenn ihm der Eigentümer durch Verfügung von Todes wegen eine dahingehende Befugnis erteilt hat, bis zu seiner Wiederverheiratung oder bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des gesetzlichen Hoferben einen anderen Abkömmling des Eigentümers als Hoferben auswählen. Diese Bestimmung, die im wesentlichen mit der in einzelnen Anerbengesetzen enthaltenen Regelung (z.B. § 21 des HÖfegesetzes für die Provinz Hannover idF vom 9. August 1909, PrGS S 663; § 29 des Waldeckischen Anerbengesetzes vom 27. Dezember 1909, WaldRegBl S 1) übereinstimmt, darf jedoch als Ausnahmeregelung nicht erweiternd auf andere Fälle ausgedehnt werden. Dasselbe gilt von der Vorschrift des § 8 Abs 3 HÖfeO, wonach beim Ehegattenhof der Überlebende Ehegatte, auch wenn er nur Hofvorerbe geworden ist, den weiteren Hoferben aus einem näher bezeichneten Personenkreis allein bestimmen kann, obwohl gerade der Umstand, daß dem Überlebenden Ehegatten als Hofvorerben schon kraft Gesetzes das Recht zur Bestimmung des weiteren Hoferben zusteht, die Annahme nahelegen könnte, daß auch der Überlebende Ehegatte, dem der Eigentümer durch letztwillige Verfügung eine entsprechende Befugnis erteilt hat, zur Bestimmung des Nacherben berechtigt sein müßte. Aber auch § 8 Abs 3 HÖfeO ist als Ausnahmebestimmung eng auszulegen.

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Bestimmung des Nacherben durch den Überlebenden Ehegatten könnten insbe-

sondere aus der Vorschrift des § 2065 Abs 2 BGB hergeleitet werden, wonach der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem anderen überlassen kann. Von diesem Verbot hat allerdings, worauf das Oberlandesgericht zutreffend hinweist, das Gesetz in einigen Fällen Ausnahmen zugelassen. Darüber hinaus hat das Reichsgericht (RGZ 159, 296 [299] = DR 1939, 310 mit zustimmender Anmerkung von Vogels) es für zulässig erachtet, daß der Erblasser, ohne seinen Erben namentlich zu bestimmen, einen begrenzten Kreis von Personen bezeichnet, aus dem der Erbe nach bestimmten Gesichtspunkten, z.B. nach seiner Eignung für eine besondere Aufgabe, durch einen Dritten bindend ausgewählt werden soll, sofern nur der Personenkreis so eng begrenzt ist und die Gesichtspunkte für die Auswahl so genau festgelegt sind, daß für eine Willkür des Dritten kein Raum bleibt, die Entscheidung vielmehr auf sein Urteil über das Vorliegen jener Voraussetzungen abgestellt ist, mag dieses auch ein reines Werturteil darstellen oder in sich schließen (vgl dazu Wöhrmann, Landwirtschaftsrecht, HöfeO § 16 Anm IV 12 und RechtdLandw 1950, 99 sowie Herminghausen, RechtdLandw 1950, 191; OLG Hamm DNotZ 1951, 369; OLG Oldenburg RechtdLandw 1951, 183).

c) Die Frage, ob und in welchen Fällen eine Ausnahme von der Vorschrift des § 2065 Abs 2 BGB zugelassen werden könnte, braucht jedoch im gegenwärtigen Verfahren nicht entschieden zu werden; denn es handelt sich überhaupt nicht um einen Fall, in dem die Bestimmung des Erben einem anderen überlassen werden sollte. Die Testaments vom 15. und 19. Januar 1920 enthalten, wenn man der Auffassung des Oberlandesgerichts, daß die Witwe S. befreite Vorerbin gewesen sei, folgt, keine endgültige Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft. Aus der Tatsache, daß die gemeinschaft-

lichen Kinder als Nacherben eingesetzt sind, dem Überlebenden Ehegatten jedoch die Befugnis eingeräumt ist zu bestimmen, wer von den Kindern den Grundbesitz bekommen soll, ergibt sich, daß die Kinder nur unter der aufschiebenden Bedingung zu Nacherben berufen sind, daß der Überlebende Ehegatte keine anderweitige Bestimmung trifft. Eine solche aufschiebend bedingte Nacherbschaft wird in der Rechtsprechung und auch im Schrifttum (vgl. RGZ 95, 278 ff = JW 1920, 286 mit zustimmender Anmerkung von Kipp; dazu Raape ArchZivPrax 140, 239 ff; Rg JW 1925, 2121 mit zustimmender Anmerkung von Siber; RG DNotZ 1942, 374; KG JFG 20, 139 1457; OGH JR 1950, 536; BGHZ 2, 35 = NJW 1951, 959; Kipp-Coing, Erbrecht, § 28 III 2 d; BGB RGRK § 2065 Anm 2; Palandt § 2065 Anm 4 b; Erman § 2065 Anm 2) im Hinblick auf die §§ 2108 Abs 2, 2075 BGB für zulässig erklärt, ohne daß darin ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 2065 Abs 2 BGB zu erblicken wäre; denn in der Anordnung des Erblassers liegt keine dem Vorerben verliehene Testierbefugnis, sondern die Ermächtigung, die Nacherbschaft zu beseitigen. Die Witwe S. hat durch die Bestimmung des Antragsgegners zum Hoferben nicht etwaige Rechte eines Nacherben verletzt, sondern in Übereinstimmung mit dem Willen des Erblassers den Fall der Nacherbfolge vereitelt und ist damit Vollerbin geworden. Aus diesem Grunde konnte sie nach § 7 HÖfeO unter den Abkömmlingen den Hoferben frei bestimmen. Zur Klarstellung mag jedoch darauf hingewiesen werden, daß eine Vorerbeinsetzung des Überlebenden Ehegatten bei Vorhandensein von Abkömmlingen unter der Geltung der HÖfeordnung nicht mehr ohne weiteres zulässig ist, sondern nach § 7 Abs 2 HÖfeO der Zustimmung des Landwirtschaftsrichters bedarf (BGHZ 3, 254 = RechtdLandw 1952, 20 = NJW 1952, 102).

d) Zu Unrecht sieht die Rechtsbeschwerde in der Berufung des Antragsgegners zum Hoferben einen Mißbrauch des

Bestimmungsrechts. Die Auffassung des Oberlandesgerichts, daß aus dem vorgetragenen Sachverhalt eine mißbräuchliche Ausnutzung des Bestimmungsrechts nicht ersichtlich sei, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Wenn auch Fälle denkbar sein mögen, in denen die Bestimmung des Hoferben einen Verstoß gegen die guten Sitten mit der Folge der Nichtigkeit darstellen kann, muß doch grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß die Auswahl des Hoferben, die dem freien Ermessen des Hofeigentümers unterliegt, in der Regel einer Nachprüfung durch das Gericht entzogen ist. Daß der Antragsgegner etwa nicht wirtschaftsfähig sei, behauptet der Antragsteller selbst nicht. Die Tatsache, daß der Antragsteller angeblich ursprünglich von den Eltern als Hoferbe vorgesehen war und sich auch für den künftigen Hoferben gehalten hat, genügt allein nicht, um die Bestimmung des Antragsgegners zum Hoferben als einen Mißbrauch des Bestimmungsrechts bezeichnen zu können, zumal da der Hof bisher nicht die Existenzgrundlage für den Antragsteller und seine Familie gebildet hat. Die Annahme des Antragstellers, daß er als gesetzlicher Hoferbe nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes übergangen werden könne, ist unzutreffend. Ein solcher angeblicher Wille der Eltern hat in den Testamenten keinen Ausdruck gefunden. Das Beschwerdegericht hat danach ohne Rechtsverstoß einen Mißbrauch des Bestimmungsrechts verneint.

4. Die Rechtsbeschwerde mußte deshalb als unbegründet zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 59 Satz 2 LVG, § 10 LVR in Verbindung mit :§ 42, 43, 50 LVO. Ein Anlaß,

die Erstattung außerhalb des Rechtsbeschwerdeverfahrens entstandener Kosten anzuordnen (§ 51 LVO), bestand nicht.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Dr. Piepenbrock