

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

1. Gesetz: Gesetz betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg vom 16. April 1860 (PrGS 165) § 10

Rechtssatz: Als abgefunden sind nur die Kinder anzusehen, die durch einen (gerichtlichen oder notariellen) Auseinandersetzungs- und Abfindungsvertrag vom Nachlaß des verstorbenen Elternteils abgefunden oder durch einen Erbverzichtsvertrag aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschieden sind.

2. Gesetz: Gesetz betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg vom 16. April 1860 (PrGS 165) § 10 Abs 4;
BGB §§ 2271, 2286

Rechtssatz: Die dem überlebenden Ehegatten nach westfälischem Güterrecht zustehende Befugnis zum Abschluß eines Übertrags (Übergabe-)vertrages kann durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag der Ehegatten ausgeschlossen werden.

Aktenzeichen: V ZB 23/54

AG Bielefeld

LG Bielefeld

Beschl des BGH vom 19. Oktober 1954

OIG Hamm

V ZB 23/54

B e s c h l u ß

In der Grundbuchsache

betreffend die im Grundbuch von Bielefeld Bd 243
Bl 5369 eingetragenen Grundstücke,

Beteiligte und Beschwerdeführer:

1. Witwe Charlotte R. geb. St. in
B., T.straße ,
2. Stadtinspektor Erich R. in B.,
P.straße ,

vertreten durch Rechtsanwalt und Notar
in ,

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der
Sitzung vom 19. Oktober 1954 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Hückinghaus, Dr. Oechßler, Dr. Piepenbrock und
Dr. Großmann

beschlossen:

Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß
der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Biele-
feld vom 31. Mai 1954 wird auf Kosten der Be-
schwerdeführer zurückgewiesen.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes beträgt
20 500 DM.

- 2 -

G r ü n d e :

1.

Im Grundbuch von Bielefeld Bd 243 Bl 5369 ist als Eigentümer der dort verzeichneten Grundstücke der am 10. März 1949 verstorbene Kaufmann Heinrich R. eingetragen. Er lebte mit seiner Ehefrau Charlotte geb. St. (der Beteiligten zu 1) im gesetzlichen Güterstand der westfälischen Gütergemeinschaft auf Grund des Gesetzes betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Re., E. und D. vom 16. April 1860 (PrGS 1860, 165). Aus der Ehe sind folgende Kinder hervorgegangen:

Charlotte, geboren am . 1900,
Heinrich, geboren am . 1901,
Erich, geboren am . 1904.

Am 2. Oktober 1947 errichteten die Eheleute R. vor dem Notar Dr. K. in B. (Urkundenrolle Nr. 354/47) ein gemeinschaftliches Testament folgenden Inhalts:

§ 1

Nach dem Tode des Letztlebenden (richtig: Erstversterbenden) von uns tritt fortgesetzte Gütergemeinschaft nach dem preußischen Gesetz vom 16. April 1860 ein. Nur insoweit, als Vermögen vorhanden ist, welches nicht in die fortgesetzte Gütergemeinschaft sollte fallen können, setzen wir uns gegenseitig zu Alleinerben ein.

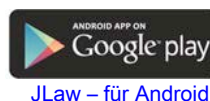
§ 2

Nach dem Tode des Letztlebenden von uns soll das gesamte zur fortgesetzten gütergemeinsamen Masse gehörende Vermögen und der Nachlaß des Letztlebenden unserer Tochter Charlotte, Ehefrau des Fabrikanten Heinrich Kl. in B., N., als Alleinerbin zufallen.

Zur Klarstellung wird bemerkt, dass unsere Tochter Charlotte nicht etwa Nacherbin sein soll.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

An die Stelle unserer Tochter Charlotte treten deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen, wenn unsere Tochter aus irgendeinem Grunde vor Eintritt des Erbfalles wegfallen sollte.

§ 3

Sollte unsere Tochter Charlotte vor dem Letztlebenden von uns wegfallen, ohne Abkömmlinge zu hinterlassen, so bestimmen wir unsere Enkelkinder

a) Hans R., geboren am . 1934,
b) Erich R., geboren am . 1936
als Ersatzerben zu gleichen Teilen. Sollte einer der Ersatzerben vor Eintritt des Ersatzerbfalles wegfallen, so soll der Überlebende von ihnen der alleinige Ersatzerbe sein.

Die Verwaltung und Nutznießung an dem den Ersatzerben nach § 3 dieses Testaments zufallenden Erwerb soll ihren Eltern entzogen sein.

Wenn durch den Wegfall unserer Tochter Charlotte unsere Enkel Hans und Erich R. erben sollten und zu dem Nachlaß noch das Hausgrundstück Tu. Straße 41 gehören sollte, so bestimmen wir, daß die Auseinandersetzung über dieses im Grundbuch von Bielefeld Bd 243 Bl 5369 eingetragene Grundstück bis zum 1. Oktober 1977 ausgeschlossen sein soll.

§ 4

Unsere Söhne Heinrich und Erich haben dadurch, daß wir ihnen ihr Studium ermöglicht und finanziert und ihnen außerdem laufend Zuwendungen gegeben haben, erhebliche Vorempfänge erhalten, mit denen sie vom elterlichen Vermögen vollständig abgefunden sind. Sie sollten deshalb vom elterlichen Vermögen nichts mehr erhalten. Sollten sie mit unserem Testament nicht einverstanden sein, so setzen wir sie hiermit auf den Pflichtteil von unser beider Nachlaß und bestimmen, daß unsere Söhne Heinrich und Erich sich hierauf alles anrechnen lassen müssen, was nach dem Gesetz zulässig ist."

Die als Erbin eingesetzte Tochter Charlotte ist nach ihrem Vater ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorben. Die zu Ersatzerben bestimmten Enkel sind Kinder der beiden Söhne der Erblasser.

Die Beteiligten zu 1 schloß nach dem Tode ihrer Tochter mit ihrem Sohn Erich (dem Beteiligten zu 2) am 19. November 1953 vor dem Notar [REDACTED] in [REDACTED] einen als Übertragsvertrag bezeichneten Vertrag, durch den sie die im Grundbuch von Bielefeld Bd 243 Bl 5369 eingetragenen Grundstücke (Einheitswert derselben 20 500 DM) dem Beteiligten zu 2 übertrug. Dieser verpflichtete sich, als Entgelt für die Überlassung der Grundstücke seiner Mutter eine Leibrente und ein Altenteil zu gewähren und etwaige Hypothekengewinnabgaben zu übernehmen. Die Beteiligten erklärten in dem Vertrag auch die Auflassung und bewilligten und beantragten die Umschreibung im Grundbuch.

Durch Zwischenverfügung vom 14. Januar 1954 wies das Grundbuchamt darauf hin, daß die Übertragsgeberin an das gemeinschaftliche Testament gebunden sei und deshalb ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter der als Ersatzerben eingesetzten Enkelkinder und ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht durch Übergabevertrag über den Grundbesitz verfügen könne. Zur Beibringung der Zustimmungserklärungen und der vormundschaftlichen Genehmigung wurde den Beteiligten eine Frist von vier Wochen gesetzt. Die Beschwerde der Beteiligten gegen diese Beanstandung hat das Landgericht zurückgewiesen mit der Begründung, daß der Übergabevertrag, weil er mit dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute R. in Widerspruch stehe, unwirksam sei. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten, mit der sie die Aufhebung der Vorentscheidungen beantragen.

Das Oberlandesgericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich aber an dieser Entschei-

dung gehindert, weil es bei der Auslegung der §§ 2286, 2271 Abs 2 BGB von den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone (OGHZ 2, 160) und des Bundesgerichtshofs vom 19. Februar 1952 (V BLw 14/51; Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk, Nr 4 zu § 17 HöfeO = RechtdLandw 1952, 132) abweichen würde. Es hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

In dem vom Obersten Gerichtshof entschiedenen Fall, der eine nicht der Höfeordnung unterliegende Besetzung betraf, hatten Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament sich gegenseitig zu Erben und zum Erben des Letztlebenden ihren Sohn eingesetzt. Nach dem Tode der Mutter übertrug der Vater das gesamte Vermögen seiner Tochter. Zur Frage der Wirksamkeit dieser Übertragung hat der Oberste Gerichtshof ausgeführt, die Bindung an ein wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament bedeute lediglich den Ausschluß des Widerrufs durch letztwillige Verfügung oder die ihr gleichkommende Rücktrittserklärung gemäß §§ 2271, 2296 BGB, nicht dagegen das Verbot von Verfügungsgeschäften unter Lebenden, die wirtschaftlich dem Ziel des gemeinschaftlichen Testaments widersprächen. Die Freiheit des überlebenden Ehegatten, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verfügen, werde vom Gesetz nur durch die auch auf bindend gewordene gemeinschaftliche Testamente anwendbaren Vorschriften der §§ 2287 ff BGB beschränkt. Die Übertragung des gesamten Vermögens könne zwar gegenüber einer bindenden Erbeinsetzung unter Umständen im Einzelfall als ein unwirksamer Versuch der Umgehung des Widerrufsverbo-

tes aus § 2271 Abs 2 BGB angesehen werden. Grundsätzlich sei dies jedoch nicht der Fall, auch wenn die Übertragung des Vermögens wirtschaftlich als vorweggenommene Erbfolge anzusprechen sei.

Der Bundesgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung (vgl die Beschlüsse des erkennenden Senats vom 30. Januar 1951 V BLw 57/49 RechtdLandw 1951, 129 = DNotZ 1951, 344, vom 13. März 1951 V BLw 133/50 RechtdLandw 1951, 301, vom 20. November 1951 V BLw 70/50, vom 19. Februar 1952 V BLw 14/51 RechtdLandw 1952, 133 mit Anmerkung von Wöhrmann und vom 14. Oktober 1952 V BLw 2/52 RechtdLandw 1953, 53 Nr 17; ferner auch BGHZ 8, 23 [33]) die Auffassung vertreten, der Übergabevertrag habe eine doppelte Natur: Er sei einerseits Rechtsgeschäft unter Lebenden, andererseits eine vorweggenommene Erbfolge und dadurch von anderen Grundstücksveräußerungen unter Lebenden verschieden. Diese Doppelnatur komme nicht nur einem Vertrag zu, durch den ein Hof im Sinne der Höfeordnung übergeben werde, sondern in gleicher Weise einem Übergabevertrag, dessen Gegenstand eine nicht der Höfeordnung unterliegende landwirtschaftliche Besitzung sei. In beiden Fällen handele es sich um gleichartige wirtschaftliche Vorgänge. Für die Übertragung eines Hofes im Sinne der Höfeordnung habe das Gesetz jedoch in den §§ 7, 17 HöfeO besondere Bestimmungen getroffen, die keine Geltung hätten für Besitzungen, die nicht der Höfeordnung unterlägen. Die doppelte Natur des Übergabevertrages bleibe daher bei Besitzungen, auf welche die Höfeordnung keine Anwendung finde,

außer Betracht. Der Übergabevertrag sei in einem solchen Fall lediglich als eine Veräußerung unter Lebenden zu behandeln.

Das vorlegende Oberlandesgericht glaubt, dieser Auffassung nicht folgen zu können. Es geht zunächst davon aus, daß nach dem Tode des Ehemanns der Beteiligten zu 1 fortgesetzte Gütergemeinschaft nach dem Gesetz vom 16. April 1860 eingetreten sei und daß es sich bei dem Vertrag vom 19. November 1953 um einen Übertragungsvertrag im Sinne dieses Gesetzes handele. Es führt dann weiter aus, aus dem Wesen des Übergabevertrages ergebe sich, daß er nicht ein reiner Vertrag unter Lebenden sei, sondern zugleich erbrechtliche Bestandteile enthalte, da er die Erbfolge vorwegnehme. Dies zwinge aber zu dem Schluß, daß § 7 HöfeO keine Sonderbestimmung für Höfe darstelle, sondern nur einen allgemeinen Gedanken zum Ausdruck bringe. Die rechtliche Natur eines Übergabevertrages könne deshalb bei Höfen im Sinne der Höfeordnung und bei Besitzungen, die nicht der Höfeordnung unterlägen, nicht verschieden beurteilt werden. Vielmehr müsse die doppelte Natur des Übergabevertrages für alle Übertragungsverträge gelten ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen Hof im Sinne der Höfeordnung handele oder nicht. Ein Übergabevertrag sei deshalb in seinen erbrechtlichen Bestimmungen wie eine Verfügung von Todes wegen zu behandeln und dürfe mit einem unwiderruflich gewordenen wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testament nicht im Widerspruch stehen. Aus diesen Gründen hält das Oberlandesgericht den Vertrag vom 19. November 1953 für unwirksam.

II.

1. Die Voraussetzungen für eine Vorlegung der weiteren Beschwerde an den Bundesgerichtshof sind gegeben, weil das Oberlandesgericht bei der Auslegung von das Grundbuchrecht betreffenden reichsgesetzlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts von einer Entscheidung des früheren Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone und auch von der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs abweichen will (§ 79 Abs 2 GBO). Es kommt hierbei nicht darauf an, ob auch der Bundesgerichtshof die Beantwortung der Rechtsfrage für die Entscheidung über die weitere Beschwerde für wesentlich erachtet. Es genügt vielmehr, daß, wie das hier der Fall ist, von dem Standpunkt aus, von dem das Oberlandesgericht in seinem Vorlagebeschluß ausgeht, eine Stellungnahme zu der Rechtsfrage notwendig ist (vgl RGZ 136, 405; 155, 213 = KG JFG 16, 77; Güthe-Triebe! GBO 6. Aufl § 79 Anm 19; für die entsprechende Vorschrift des § 28 Abs 2 FGG vgl BGHZ 7, 341; Schlegelberger FGG 6. Aufl § 28 Anm 5; Keidel FGG 6. Aufl § 28 Bem 3 a).

2. Die weitere Beschwerde ist gemäß §§ 78, 80 GBO zulässig, sachlich jedoch nicht begründet.

Die Bedenken des Grundbuchamts gegen die beantragte Umschreibung des Eigentums sind gerechtfertigt, wenn der Vertrag vom 19. November 1953 zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter der Ersatz-erben und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Die Vorinstanzen haben die Unwirksamkeit des Vertrages im Ergebnis zutreffend bejaht. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts bedarf es jedoch

im gegenwärtigen Verfahren keiner Stellungnahme zu der Frage, ob ein Übergabevertrag, der eine nicht der Höfeordnung unterliegende Besitzung betrifft, nur als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder ebenso wie ein Hofübergabevertrag wegen seiner erbrechtlichen Wirkungen wie eine Verfügung von Todes wegen zu behandeln ist.

a) Die Entscheidung hängt allein davon ab, ob das gemeinschaftliche Testament vom 2. Oktober 1947 der Gültigkeit des Vertrages vom 19. November 1953 entgegensteht. Das Testament der Eheleute Rahe ist ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB. Der Widerruf solcher Verfügungen erfolgt nach § 2271 BGB bei Lebzeiten der Ehegatten nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2296 BGB. Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten. Die Bindung des überlebenden Ehegatten an ein gemeinschaftliches Testament bedeutet danach, wie der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone in der oben erwähnten Entscheidung ausgeführt hat, lediglich den Ausschluß des Widerrufs durch letztwillige Verfügung oder die ihr gleichkommende Rücktrittserklärung, dagegen nach der auch auf gemeinschaftliche Testamente entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 2286 BGB, sofern es sich nicht um böswillige Schenkungen und Vereitelung von Vermächtnissen (§§ 2287, 2288 BGB) handelt, nicht das Verbot von Verfügungsgeschäften unter Lebenden, die wirtschaftlich dem Ziel des gemeinschaftlichen Testa-

ments widersprechen, es sei denn, daß es sich nur der äußeren Form nach um ein "Rechtsgeschäft unter Lebenden", der Sache nach aber um die Vorwegnahme der Ausführung einer nicht zulässigen "Verfügung von Todes wegen" handelt (BGH vom 8. Juli 1954 IV ZR 229/53).

b) Das Landgericht hat zu der Frage, ob die Gütergemeinschaft zwischen der Witwe Rahe und ihren Söhnen noch fortbesteht, nicht abschließend Stellung genommen. Nach § 10 Abs 1 des Gesetzes vom 16. April 1860 setzt der überlebende Ehegatte - sei es der Vater oder die Mutter - mit den unabgefundenen eigenen Kindern die Gütergemeinschaft fort, sofern nicht die sofortige Schichtung von dem Verstorbenen letztwillig angeordnet ist. Es heißt zwar in dem Testament vom 2. Oktober 1947, daß die Söhne durch ihre Berufsausbildung und weitere Zuwendungen vom elterlichen Vermögen vollständig abgefunden seien. Als abgefunden im Sinne des Gesetzes sind aber, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, nur diejenigen Kinder anzusehen, die abgeschichtet sind, die also durch einen gerichtlichen oder notariellen Auseinandersetzungs- und Abfindungsvertrag vom Nachlaß des verstorbenen Elternteiles abgefunden oder durch einen Erbverzichtsvertrag aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschieden sind (vgl OLG Hamm bei Niesert, Aus dem westfälischen Güterrecht, Heft 6, 60; 7, 25 /29/ und die weiteren dort angeführten Entscheidungen). Die Annahme, daß mit der Erklärung im Testament über die Abfindung der Söhne lediglich die Erbeinsetzung der Tochter habe begründet werden sollen, ist deshalb nicht zu beanstanden. In Überein-

stimmung mit der Auffassung des Oberlandesgerichts ist davon auszugehen, daß die Witwe Rahe nach dem Tode ihres Ehemannes die Gütergemeinschaft nicht nur mit ihrer Tochter, sondern auch mit ihren beiden Söhnen fortgesetzt hat und daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft auch nach dem Tode der Tochter fortbesteht.

c) Nach § 10 Abs 2 des Gesetzes vom 16. April 1860 gebührt dem überlebenden Ehegatten während der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht allein der Nießbrauch des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens, sondern auch die Verwaltung und Verfügung darüber in demselben Umfang, wie solche dem Manne nach § 3 während der Ehe zusteht. Der überlebende Ehegatte kann deshalb ohne Einwilligung der Kinder über alle zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Gegenstände durch lästige Verträge verfügen. Er ist aber nicht berechtigt, ohne Einwilligung der Kinder über Grundstücke oder über das gesamte bewegliche Vermögen oder einen Teil desselben unentgeltlich zu verfügen. Nach § 10 Abs 4 des Gesetzes hat der überlebende Ehegatte ein über die Vorschriften des bürgerlichen Rechts hinausgehendes Verfügungsrecht. Er ist für sich allein berechtigt, durch Übergabeverträge oder letztwillige Verfügungen unter den unabgefundenen Kindern die Sukzession in das gütergemeinschaftliche Vermögen zu regeln. Der Begriff der unabgefundenen Kinder ist derselbe wie im § 10 Abs 1 des Gesetzes. Der Grundsatz der Gleichberechtigung steht entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde der Gültigkeit der durch Art 200 EGBGB aufrechterhaltenen Bestimmungen des westfälischen Güterrechts nicht entgegen, da

Mann und Frau in der fortgesetzten Gütergemeinschaft gleiche Rechte haben. Unerheblich ist, daß der Güterstand, in dem die Eheleute Rahe lebten, nicht auf Vereinbarung beruht, sondern kraft Gesetzes eingetreten ist.

Die Annahme des Landgerichts, daß es sich bei dem Vertrag vom 19. November 1953 um einen Übertragsvertrag im Sinne des Gesetzes vom 16. April 1860 handele, ist rechtlich bedenkenfrei. Das Gesetz bezeichnet im § 3 Abs 3 als Übertragsverträge solche Verträge, durch welche das gemeinschaftliche Vermögen ganz oder teilweise schon bei Lebzeiten der Eheleute in Rücksicht auf eine künftige Erbfolge abgetreten wird. Auf die Art und Größe des übertragenen Grundbesitzes kommt es nicht an. Gegenstand des Übertragsvertrages kann auch eine städtische Besitzung sein. Die Beteiligten haben den Vertrag vom 19. November 1953 im Eingang der Urkunde selbst als Übertragsvertrag bezeichnet, jedoch im Beschwerdeverfahren, insbesondere in der weiteren Beschwerde in Zweifel gezogen, ob der Vertrag ein Übertragsvertrag sei, da es sich um eine entgeltliche Übertragung handele. Der Übergabe- oder Übertragsvertrag ist nicht auf den Austausch von Leistungen und Gegenleistungen gerichtet. Die Vereinbarung einer Gegenleistung steht allerdings dem Begriff des Übergabevertrages nicht entgegen. Nach der von der weiteren Beschwerde nicht beanstandeten Feststellung des Landgerichts hat die Witwe Rahe mit dem Grundbesitz praktisch ihr gesamtes Vermögen ihrem Sohn übertragen, der sich, abgesehen von geringfügigen Grundgerechtigkeiten, lediglich zur Leistung eines Wohnrechts und zum lebenslänglichen Unterhalt

seiner Mutter sowie zur Übernahme des Lastenausgleichs verpflichtet, damit jedoch angesichts eines Grundstückswertes von über 20 000 DM keine volle Gegenleistung im Sinne eines Kaufvertrages übernommen hat. Die Abgrenzung zwischen Grundstückskauf- und Übergabevertrag mag in manchen Fällen zweifelhaft sein. Sie kann nur aus dem Inhalt, dem Sinn und Zweck des Vertrages beurteilt werden. Das wesentliche Merkmal eines Übergabevertrages ist die Vorwegnahme der Erbfolge, wobei in der Regel die Übergeber für sich einen ausreichenden Lebensunterhalt, ein sogenanntes Altenteil, und für die außer dem Übernehmer noch vorhandenen Abkömmlinge eine Abfindung ausbedingen (vgl dazu BGH-Urteil vom 17. Oktober 1952 V ZR 157/51 RechtsdLandw 1953, 10; Wulff RechtsdLandw 1952, 113 ff; Lange-Wulff HöfeO 4. Aufl Anm. 219 ff; Wöhrmann Landwirtschaftsrecht HöfeO § 17 Bem II). Es kann danach nicht zweifelhaft sein, daß es sich bei dem Vertrag vom 19. November 1953 um einen reinen Übertragsvertrag handelt.

Die Witwe R. würde zum Abschluß eines solchen Übergabevertrages berechtigt sein, wenn nicht die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments vom 2. Oktober 1947 entgegenständen. Die Befugnis, durch Übertragsverträge oder letztwillige Verfügungen die Erbfolge in das gütergemeinschaftliche Vermögen zu regeln, steht dem überlebenden Ehegatten dann nicht mehr zu, wenn die Eheleute, wie das hier der Fall ist, durch ein Testament bereits gemeinschaftlich über das Vermögen verfügt haben. Das Testament enthält die Erbinsetzung der Tochter und die Berufung der Enkelkin-

der zu Ersatzerben. Diese Bestimmung, an welche die Beteiligte zu 1 gebunden ist, bedeutet gleichzeitig den Ausschluß der sonst dem überlebenden Ehegatten nach § 10 Abs 4 des Gesetzes zustehenden Befugnisse. Das Oberlandesgericht Hamm hat in einem Urteil vom 9. September 1936 (abgedruckt bei Niesert aaO Heft 7, 25) die Frage, ob in westfälischer Gütergemeinschaft lebende Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament bestimmen können, daß der überlebende Ehegatte bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nicht die Befugnis zum Abschluß eines Übergabevertrages haben solle, offengelassen. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Bestimmung bestehen jedoch keine Bedenken; denn wenn die Eheleute die Aufhebung der Gütergemeinschaft nach dem Tode des Erstversterbenden und damit die Nichtgeltung des ganzen § 10 des Gesetzes anordnen können, so müssen sie auch berechtigt sein, durch Testament anzuordnen, daß eine einzelne Vorschrift des § 10, der die Befugnis zum Abschluß von Übertragsverträgen betrifft, keine Anwendung finden solle. § 10 Abs 4 des Gesetzes vom 16. April 1860 kann deshalb, wie bereits das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Beschluß vom 3. Juni 1909 (KGJ 39, 294 [296 ff]) zutreffend ausgeführt hat, nur dahin verstanden werden, daß dem überlebenden Ehegatten die Befugnis, die Erbfolge durch Übergabevertrag oder letztwillige Verfügung zu regeln, nur insoweit zusteht, als nicht schon eine gemeinschaftliche Verfügung beider Ehegatten vorliegt (so auch Brenken in der Abhandlung über die fortgesetzte westfälische Gütergemeinschaft bei Gruch 39, 78 Anm 57). Die Witwe R. war deshalb nicht befugt, durch Übertragsvertrag oder letztwillige

Verfügung dem gemeinschaftlichen Testament entgegenstehende Anordnungen zu treffen. Daraus folgt, daß der Übertragsvertrag vom 19. November 1953, weil er mit dem Testament vom 2. Oktober 1947 im Widerspruch steht, unwirksam ist. Infolgedessen bleibt die Frage, ob der Übergabevertrag, weil er eine nicht der Höfeordnung unterliegende Besitzung betrifft, nur als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden im Sinne des § 2286 BGB oder wegen seiner erbrechtlichen Wirkungen ebenso wie ein Hofübergabevertrag auch als Verfügung von Todes wegen zu behandeln ist, für die Entscheidung dahingestellt, da es sich im gegenwärtigen Verfahren lediglich um die durch gemeinschaftliches Testament erfolgte Ausschließung einer dem überlebenden Ehegatten nach westfälischem Güterrecht zustehenden besonderen Befugnis handelt, die durch die Vorschrift des § 2286 BGB nicht berührt wird.

Da somit die Beanstandung des Grundbuchamts zu Recht besteht und die angefochtene Entscheidung auch

im übrigen keine Rechtsverletzung erkennen läßt,
mußte die weitere Beschwerde als unbegründet zurück-
gewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 2 KostO.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Dr. Oechßler

Dr. Piepenbrock

Dr. Großmann