

11. 1. Welche Folgen hat das Ausscheiden eines Kindes aus der westfälischen fortgesetzten Gütergemeinschaft gegen eine aus dem Gesamtgute gewährte Abfindung für die Bemessung der Anteile der übrigen an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligten Personen?

2. Welche Rechte stehen dem Ehegatten eines während der fortgesetzten Gütergemeinschaft kinderlos verstorbenen Kindes am Gesamtgute zu, der infolge Ausschlagung der übrigen nach § 1925 BGB. berufenen gesetzlichen Erben Alleinerbe des Kindes geworden ist?

3. Ist eine vom überlebenden Ehegatten getroffene letztwillige Verfügung deshalb unwirksam, weil er einem anteilberechtigten Kinde nicht gemäß § 10 Abj. 4 des Preuß. Gesetzes vom 16. April 1860 den Wert des Schichtteils zugewendet hat?

4. Kann der überlebende Ehegatte anderen Personen als unabgefundenen Kindern gemäß § 10 Abj. 5 des genannten Gesetzes auch einzelne Vermögensstücke des Gesamtgutes zuwenden?

Preuß. Gesetz, betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg, vom 16. April 1860 (GS. S. 165) in der Fassung des Art. 48 §§ 3 bis 8 des Preuß. N.G. z. BGB. §§ 7, 10, 16. BGB. §§ 1490, 1491, 1501, 1923, 1925, 1931, 2303.

IV. Zivilsenat. Ur. v. 30. Juni 1938 i. S. B. (Kl.) w. B. u. a. (Bekl.).
IV 41/38.

I. Landgericht Münster.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Eheleute Hermann B. sen. und Hermine B. geb. K. lebten in westfälischer Gütergemeinschaft. Nach dem am 26. Oktober 1895 eingetretenen Tode des Ehemannes setzte die Witwe (fortan Erblasserin genannt) mit ihren fünf Kindern Hermann, Fritz (dem Zweitbeklagten), Paul (dem Ehemanne der Klägerin), Josefa und Karl (dem Erstbeklagten und Vater der Drittbeklagten) die Gütergemeinschaft fort. Josefa starb um 1900 ledig und ohne Hinterlassung von Abkömmlingen. Der kinderlos verheiratete Sohn Hermann starb am 9. Oktober 1914. Er hatte seine Ehefrau durch letztwillige Verfügung zu seiner Alleinerbin eingesetzt. Diese schloß mit der Erblasserin zu

notariellem Protokoll am 24. Mai 1915 einen Abfindungsvertrag, durch den sie gegen Zahlung von 34000 M. auf alle Ansprüche am Nachlasse ihres Schwiegervaters, ihrer Schwägerin Josefa und ihres Ehemannes Hermann B. sowie auf das etwaige Erbrecht nach ihrer Schwiegermutter verzichtete. Die Abfindungssumme sollte aus dem Gesamtgute gezahlt werden; Vorbehaltsgut besaß die Erblasserin unstreitig nicht. An ihrem Todestage waren auf die Abfindungsforderung der Witwe Hermann B. jun. unstreitig noch 16000 RM. zu zahlen. Schließlich starb am 7. November 1930 der Ehemann der Klägerin ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung. Seine Alleinerbin wurde, da Abkömmlinge nicht vorhanden sind, die Klägerin, nachdem die Erblasserin, die Beklagten sowie der einzige Abkömmling des Zweitbeklagten die Erbschaft ausgeschlagen hatten.

Am 18./19. März 1931 kam es zwischen der Erblasserin einerseits, der Klägerin und ihrem Vater Dr. Hugo B., einem Bruder des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin, andererseits zu einer Vereinbarung, durch die die Erblasserin ohne Anerkennung und ohne Übernahme einer rechtlichen Verpflichtung für sich und ihre Erben der Klägerin zu deren Unterstützung, zur teilweisen Abdeckung der Nachlassschulden des Paul B. sowie zur Abgeltung aller etwaigen moralischen Ansprüche des Paul B. oder seiner Erben an das Vermögen seiner Eltern die Zahlung einer monatlichen Summe von 350 RM. vom 1. Januar 1931 an auf höchstens 3 Jahre zusagte. Am 16. Dezember 1931 schloß die Erblasserin mit dem Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten zu notariellem Protokoll einen Übertrags- und Erbvertrag, der jedoch, worüber die Parteien einig sind, durch die von der Erblasserin am 20. Juni 1932 wegen Irrtums erklärte Anfechtung hinfällig geworden ist.

Nachdem auf Grund der Vereinbarung vom 18./19. März 1931 an die Klägerin insgesamt 4550 RM. gezahlt worden waren, kam es am 18. Dezember 1931 zwischen der Klägerin einerseits und dem für die Erblasserin, für den Erstbeklagten und den Zweitbeklagten sowie für die Firma H. B. Kommanditgesellschaft in W., deren persönlich haftende Gesellschafterin die Erblasserin war, handelnden Notar Dr. W. andererseits zu einer notariell beurkundeten Abmachung. Durch diese versprach Dr. W. namens seiner Vollmachtgeber zur Abfindung aller Ansprüche der Klägerin als Erbin ihres verstorbenen Ehemannes gegenüber den Vollmachtgebern, insbesondere auch der

Ansprüche aus dem Nachlaß und Vermögen der Eheleute Hermann B. und Hermine geb. K., die Zahlung einer einmaligen Summe von 5000 RM. an die Klägerin. Beide Vertragsteile verzichteten auf alle gegenseitigen Rechte und Ansprüche. Die 5000 RM. hat die Klägerin alsbald erhalten.

Am 1. August 1932 errichtete die Erblasserin vor einem Notar durch Übergabe einer Schrift ein Testament, in dem sie unter Übergehung der Klägerin den Erstbeklagten und den Zweitbeklagten zu je $\frac{1}{3}$ und die Drittbeklagten zusammen zu $\frac{1}{3}$ zu Erben einsetzte und weiter u. a. bestimmte, daß von ihren 170 Anteilen im Nennbetrage von insgesamt 170 000 RM. an der Kommanditgesellschaft unter der Firma S. B. in W. der Erstbeklagte 57 Anteile, die Drittbeklagten zusammen ebenfalls 57 Anteile und der Zweitbeklagte 56 Anteile erhalten sollten. Ferner bestimmte sie:

Fritz und Karl haben . . . die Beträge zum Ausgleich zu bringen, welche sie aus der Firma S. B. zu W. entnommen haben. Ebenso müssen die vorgenannten Enkelkinder . . . sich dasjenige zum Ausgleich anrechnen lassen, was mein verstorbener Sohn Paul B. vorweg erhalten hat. Da die Kinder des Karl B. bezüglich des Erbanteils an die Stelle des verstorbenen Paul B. treten, ist es nicht mehr wie recht und billig, daß sie die Vorempfänge des Paul B. sich anrechnen lassen.

Die Erblasserin, die ihren letzten Wohnsitz in R. hatte, verstarb am 18. August 1932 in R.

Durch Schreiben vom 7. oder 17. September 1932 focht die Klägerin die Verträge vom 18./19. März und 18. Dezember 1931 gegenüber dem Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an und wiederholte durch Schreiben vom 21. oder 24. Oktober 1932 die Anfechtung gegenüber dem Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten sowie gegenüber der Firma S. B. Ferner focht sie durch Erklärung vom 7. Januar 1933, die beim Amtsgericht R. als Nachlaßgericht am 16. Januar 1933 einging, das Testament der Erblasserin vom 1. August 1932 „wegen Verletzung bzw. Übergehung ihrer Rechte an dem Nachlaß bzw. dem gütergemeinschaftlichen Vermögen sowie auch wegen Irrtums der Erblasserin über die Sach- und Rechtslage“ an.

Die Klägerin hält das Testament der Erblasserin vom 1. August 1932 wegen Verstoßes gegen § 10 des Gesetzes, betreffend das eheliche

Güterrecht in der Provinz Westfalen usw., vom 16. April 1860 für nichtig, weil die Erblasserin ihr nicht wenigstens den Schichtteil von dem Anteil ihres Schwiegervaters und den Pflichtteil von ihrem eigenen Nachlaß zugewandt habe, und ferner weil sie zu Gunsten der Kinder des noch lebenden Beklagten zu 1 verfügt habe. Die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments arglistig darauf ausgegangen, sie um ihre Rechte zu bringen. Infolge der Anfechtung der Verträge vom 18./19. März und 18. Dezember 1931 sei sie nach wie vor an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligt. Die Berufung der Beklagten auf diese Verträge verstoße auch gegen Treu und Glauben. Für den Fall der Gültigkeit des Testaments stünden ihr an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen $\frac{1}{6}$ als Schichtteil und $\frac{1}{12}$ als Pflichtteil zu. Beide Ansprüche zusammen beliefen sich auf mehr als 60 000 RM.

Im ersten Rechtszuge hat die Klägerin beantragt,

1. festzustellen, daß das Testament der Witwe Hermine B. vom 1. August 1932 ihr gegenüber nichtig sei,
2. festzustellen, daß sie an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen der Eheleute B. an Stelle ihres verstorbenen Ehemannes beteiligt sei,
3. hilfsweise: die Beklagten — unbeschadet der Mehrforderung der Klägerin — als Gesamtschuldner zur Zahlung von 20 000 RM. nebst 6 v. H. Zinsen seit Klagerhebung zu verurteilen.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten und eingewendet: § 10 des Gesetzes vom 16. April 1860 stehe der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen. Schichtteils- und Pflichtteilsansprüche der Klägerin seien nicht begründet, da bei einer Ausgleichung der Vorempfänge ihres verstorbenen Ehemannes für sie nichts mehr übrig bleibe. Die Klägerin habe überdies ihren Ehemann nur zur Hälfte beerbt, da die andere Hälfte kraft Gesetzes dem Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten angewachsen sei, was durch die Ausschlagung der Erbschaft nicht rückgängig gemacht worden sei. Ferner sei durch den Abfindungsvertrag vom 24. Mai 1915 der Anteil der Witwe Hermann B. jun. als besonderer Anteil auf die Erblasserin persönlich übergegangen. Infolgedessen belaufe sich der Schichtteil der Klägerin nur auf $\frac{1}{18}$ des gütergemeinschaftlichen Vermögens. Ein Pflichtteilsanspruch stehe ihr nicht zu, da ihr Mann vor der Erblasserin verstorben

sei. Den Ansprüchen der Klägerin stehe schließlich der in den Verträgen vom 18./19. März und 18. Dezember 1931 erklärte Verzicht entgegen. Die Rechtsgültigkeit dieser Verträge werde von der Klägerin zu Unrecht in Zweifel gezogen.

Das Landgericht hat unter Abweisung der beiden Hauptanträge die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 20000 RM. nebst $4\frac{1}{2}$ v. H. Zinsen seit Klagezustellung verurteilt. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Klägerin hat im zweiten Rechtszuge beantragt:

I. festzustellen,

- a) daß das Testament der Witwe Hermine B. vom 1. August 1932 nichtig sei,
- b) daß die Klägerin am gütergemeinschaftlichen Vermögen der Eheleute B. an Stelle ihres verstorbenen Ehemannes zu $\frac{1}{6}$ beteiligt sei,

II. Hilfsweise: die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin außer den bereits zuerkamten 20000 RM. weitere 127956 RM. nebst 5 v. H. Zinsen seit dem 16. Mai 1933 zu zahlen.

Die Klägerin hat noch vorgetragen, daß das Testament auch zufolge der von ihr erklärten Anfechtung gemäß § 2078 BGB. nichtig sei. Die Anfechtung sei gegebenenfalls auch nach § 2079 BGB. begründet. Für den Fall, daß ihr lediglich ein Wertanspruch zugebilligt werde, beanspruche sie nur noch $\frac{1}{6}$ des gütergemeinschaftlichen Vermögens, so daß auf ihren Pflichtteilsanspruch nicht zurückgegriffen zu werden brauche, obwohl sie grundsätzlich auch diesen für begründet halte. Die Anteile an der Kommanditgesellschaft seien mit dem sechsfachen Nennbetrage zu bewerten. Ihr Schichtteil betrage daher nach Abzug der Vorempfänge ihres verstorbenen Mannes mindestens 147956,16 RM.

Die Beklagten haben mit ihrer Berufung die völlige Abweisung der Klage begehrt.

Unstreitig ist, daß nach dem Gesellschaftsvertrage persönlich haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft S. B. u. a. war „die Witwe Fabrikant Hermann B., Hermine geb. R. in B., welche mit ihren Kindern Fritz, Paul und Karl in fortgesetzter westfälischer Gütergemeinschaft lebt“. Über die Bewertung der einzelnen Nachlassgegenstände mit Ausnahme der Anteile an der Kommanditgesellschaft, über die Höhe der Nachlassverbindlichkeiten sowie über die der Vor-

empfänge der einzelnen Kinder bestand am Schlusse der Berufungsverhandlung kein Streit mehr. Über den Wert der Anteile hat das Oberlandesgericht ein Gutachten des Sachverständigen M. eingeholt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. In teilweiser Beachtung der Berufung der Beklagten hat es deren Beurteilung dahin eingeschränkt, daß sie der Klägerin nur 15145,17 RM. nebst 4 v. H. Zinsen seit dem 16. Mai 1933 zu zahlen haben. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. . .

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision der Beklagten wurde dieses Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

I. Die Parteien streiten in erster Linie darüber, in welchem Maße die Klägerin an dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligt war. Dies hängt zunächst davon ab, welche Änderungen in dem Beteiligungsverhältnis der im Jahre 1914 eingetretene Tod des Sohnes Hermann und der mit seiner Witwe am 24. Mai 1915 geschlossene Abfindungsvertrag zur Folge gehabt haben. Die Klägerin ist der Auffassung, daß der Anteil der Erblasserin nach wie vor $\frac{1}{2}$, die Anteile der 3 an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligt gebliebenen Kinder aber statt je $\frac{1}{8}$ fortan je $\frac{1}{6}$ betragen hätten. Dagegen haben die Beklagten die Ansicht vertreten, daß der Anteil der Witwe Hermann B. jun. von $\frac{1}{8}$ als selbständiger Anteil auf die Erblasserin übergegangen sei, so daß diese nunmehr mit $\frac{5}{8}$ und die drei Kinder mit je $\frac{1}{8}$ beteiligt gewesen seien. Das Berufungsgericht ist keiner dieser Berechnungsarten gefolgt. Es geht davon aus, daß mit dem Ausscheiden eines Kindes gegen eine aus dem Gesamtgute gewährte Abfindung nicht nur das Kind, sondern auch das auf das Kind entfallende Vermögen wegfallt, so daß eine Zuwachsung seines Anteils zu den Anteilen der übrigen Kinder anders als im Falle des Todes eines Kindes (§ 16 Abs. 3 des Gesetzes vom 16. April 1860) nicht Platz greifen könne. Ein solches Ausscheiden lasse vielmehr den Umfang der Beteiligung der übrigen Teilhaber an der fortgesetzten Gütergemeinschaft unberührt. Diese seien daher im Verhältnis von $\frac{4}{8}$ zu $\frac{1}{8}$ zu $\frac{1}{8}$ zu $\frac{1}{8}$ gleich 4 zu 1 zu 1 zu 1 beteiligt geblieben. Das Ausscheiden der Witwe Hermann B. jun.

habe mithin zur Folge gehabt, daß nunmehr der Anteil der Erblasserin $\frac{4}{7}$, und die Anteile der Kinder je $\frac{1}{7}$, betragen hätten.

Ob diese Ausführungen auf einer richtigen Anwendung des Gesetzes vom 16. April 1860 beruhen, ist nach § 549 Abs. 1 ZPO. in der Fassung des Gesetzes vom 27. Oktober 1933 vom Revisionsgericht nachzuprüfen, da sich der Geltungsbereich des genannten preußischen Gesetzes über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus auf Teile des Bezirks des Oberlandesgerichts Düsseldorf erstreckt.

Der erkennende Senat vermag sich der Berechnungsweise des Berufungsgerichts nicht anzuschließen. Vorauszuschiden ist zunächst, daß das Gesetz vom 16. April 1860 keine ausdrückliche Regelung des hier gegebenen Falles enthält. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat ihn in den §§ 1491, 1501 in Verb. mit § 1490 dahin geregelt, daß der Anteil eines durch Verzicht ausscheidenden Abkömmlings den Anteilen der übrigen anteilsberechtigten Abkömmlinge anwächst, daß aber — mangels einer abweichenden Vereinbarung — die dem Abkömmling für den Verzicht aus dem Gesamtgut gewährte Abfindung bei der späteren Auseinandersetzung in das Gesamtgut eingerechnet und auf die den Abkömmlingen gebührende Hälfte angerechnet wird. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die fortgesetzte Gütergemeinschaft sind nun zwar auf die westfälische fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht unmittelbar anwendbar, denn nach Art. 48 § 2 Preuß. UG. z. BGB. treten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit an die Stelle der Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, als diese bisher für die Ehe in Geltung waren; da dem Allgemeinen Landrecht die Rechtseinrichtung der fortgesetzten Gütergemeinschaft unbekannt war, so fehlt es insoweit an Vorschriften, an deren Stelle diejenigen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die fortgesetzte Gütergemeinschaft hätten treten können (RGZ. Bd. 60 S. 165, besonders S. 167 und 171; Urteile vom 25. September 1911 IV 707/10 und vom 10. November 1916 VII 297/16). Das hindert aber nicht, zur Ausfüllung einer Lücke des Provinzialrechts auf Rechtsgedanken des allgemeinen Rechts zurückzugreifen, zumal wenn es sich, wie hier, um eine in ihren Besonderheiten absterbende, aus dem Rechtsleben ohnehin mehr und mehr verschwindende Rechtseinrichtung handelt. Im vorliegenden Falle würde dies dazu geführt haben, daß nach dem Ausscheiden der Witwe Hermann W. jun. die Anteile der drei beteiligt gebliebenen Kinder

je $\frac{1}{6}$ betrogen und daß die Gewährung einer Abfindung aus dem Gesamtgut erst bei der späteren Auseinandersetzung zu berücksichtigen war. Den Standpunkt, daß der Anteil des Hermann B. jun. den Anteilen der übrigen Kinder angewachsen sei, hatte auch der Beklagte zu 2 ohne Widerspruch der übrigen Beklagten für den Fall, daß dieser Anteil nicht der Mutter allein zugefallen sein sollte, als den dem Gesetz und der bisherigen Gerichtspraxis entsprechenden bezeichnet und ausgeführt, daß auch beim Wegfall eines Kindes der Anteil des überlebenden Ehegatten nach wie vor nur die Hälfte betrage. In der Tat findet die Berechnungsweise des Berufungsgerichts, die im Gegensatz zu der das Gesetz vom 16. April 1860 beherrschenden Hälfteteilung (§ 7 des Gesetzes vom 16. April 1860; § 639 II 1 A. N.) zu einer verschiedenen Bemessung des Elternanteils und des Kinderanteils führt, im Gesetz keine ausreichende Stütze. Sie wird, soweit ersichtlich, im Schrifttum nur von Brenken bei Gruchot Bd. 39 S. 70 in Note 42 vertreten, auf den sich das Berufungsgericht auch beruft. Brenken meint, daß die Absichtung eines einzelnen Kindes ebenso wie die Abfindung eines Vorkindes des verstorbenen Elternanteils wirke; er hebt aber (S. 68 in Note 37) selbst hervor, daß die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. IV S. 490 in Verbindung mit S. 489 (richtig: S. 480 in Verbindung mit S. 478 flg.) es auch für diesen Fall als zweifelhaft bezeichnen, ob die von ihm angewendete Berechnung der Anteile dem Gesetze vom 16. April 1860 entspricht. Hingewiesen sei auch noch darauf, daß die Erblasserin in dem von ihr später angefochtenen Übertragungs- und Erbvertrage vom 16. Dezember 1931 ausdrücklich erklärt hatte, die Anteile der weggefallenen Kinder, darunter auch der des Sohnes Hermann, seien den übrigen Kindern gleichmäßig angewachsen. Daraus geht hervor, daß auch die Erblasserin selbst nach wie vor nur einen Hälftanteil für sich in Anspruch genommen hat.

Anderer könnte es sich möglicherweise dann verhalten, wenn in dem zwischen der Erblasserin und der Witwe Hermann B. jun. am 24. Mai 1915 geschlossenen Vertrage zugleich eine Übertragung des der Witwe Hermann B. jun. als Alleinerbin ihres Mannes an der Gütergemeinschaft zustehenden Anteils auf die übrigen Mitbeteiligten der Gütergemeinschaft zu erblicken wäre. Eine solche Übertragung wäre nach § 16 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. April 1860 zulässig gewesen. Die hierfür etwa erforderliche Form des § 2033 BGB. wäre

gewahrt. Es ist eine Frage der dem Tatrichter obliegenden Auslegung des Vertrags, ob eine solche Übertragung des Anteils von den Beteiligten gewollt war. Wäre dies zu bejahen, so läge es nahe, daß der Anteil den übrigen Beteiligten nach Maßgabe ihrer Beteiligung an der Gütergemeinschaft übertragen werden sollte, wenn, wie das hier der Fall ist, die als „Abfindung“ bezeichnete Gegenleistung aus dem Gesamtgut entnommen worden ist. Es würde sich dann die vom Einzelrichter des Berufungsgerichts in der Sitzungsniederschrift vom 5. April 1935 den Parteien vorgeschlagene Berechnung der Anteile ergeben. Bisher hat der Tatrichter hierzu nicht Stellung genommen.

Die Revision ist hiernach insoweit begründet, als sie sich dagegen wendet, daß der der Klägerin am Gesamtgut zustehende Anteil vom Berufungsgericht statt auf $\frac{1}{6}$ nur auf $\frac{1}{7}$ bemessen worden ist. Dagegen kann die von der Anschlußrevision erbetene Nachprüfung, ob das Berufungsgericht mit Recht den Übergang des Anteils der Witwe Hermann B. jun. auf die Erblasserin verneint hat, zu keiner von der des Berufungsgerichts abweichenden Beurteilung führen. Ein solcher Übergang ließe sich ebenfalls nur unter dem Gesichtspunkte des § 16 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. April 1860 und nur unter der Voraussetzung rechtfertigen, daß die Erblasserin die Abfindung aus Vorbehaltsgut gezahlt hätte. Das ist unstreitig nicht der Fall.

Die Parteien streiten weiter darüber, welche Folgen der im Jahre 1930 eingetretene Tod des Ehemannes der Klägerin, Paul B., für die Bemessung der Anteile am Gesamtgute gehabt hat. Nach Ansicht der Beklagten ist der Anteil des Paul B. gemäß § 1931 BGB. nur zur Hälfte auf die Klägerin übergegangen, zur anderen Hälfte aber gemäß § 16 Abs. 3 des Gesetzes vom 16. April 1860 den Anteilen der Beklagten zu 1 und 2 zugewachsen, ohne daß diese Zuwachsung durch die von ihnen erklärte Erbausechlagung wieder hinfällig geworden wäre. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, daß die Zuwachsung des Anteils eines verstorbenen Kindes zu den Anteilen der übrigen Kinder nach § 16 Abs. 3 des Gesetzes vom 16. April 1860 nur eintrete, sofern der Anteil des verstorbenen Kindes nicht auf Grund anderer Bestimmungen auf seine Abkömmlinge oder auf seinen hinterlassenen Ehegatten übergehe. Nach § 16 Abs. 1 gehe aber der Anteil eines während der fortgesetzten Gütergemeinschaft verstorbenen Kindes insoweit auf den hinterlassenen Ehegatten über, als diesem ein Anteil am Nachlasse des Kindes gebühre. Sei mithin der Ehegatte des Kindes

dessen Alleinerbe, so trete er in vollem Umfang an Stelle des Kindes auch in die fortgesetzte Gütergemeinschaft ein. Ob er die Stellung eines Alleinerben durch eine Erbausschlagung — mit rückwirkender Kraft nach § 1953 Abs. 2 BGB. — erhalte oder ob es dazu einer Ausschlagung nicht bedürft habe, sei ohne Bedeutung. — Diesen Rechtsausführungen des Berufungsgerichts ist lebighch beizutreten. Der die gegenteilige Auffassung vertretenden Anschlußrevision kann nicht gefolgt werden. Sie bezieht sich für ihre Auffassung auf die Ausführungen im RGKomm.z.BGB. § 1951 Num. 2, Bd. V S. 40 unten, S. 41 oben über den Fall mehrfacher Berufung durch das Gesetz. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Auch wenn er vorläge, würde den Beklagten die Vorschrift des § 1949 Abs. 2 BGB. entgegenstehen, nach der sich die Ausschlagung im Zweifel auf alle Berufsungsgründe erstreckt, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind.

II. Die Klägerin hatte zunächst den Standpunkt vertreten, daß sie am Gesamtgute nicht bloß zu $\frac{1}{6}$, sondern zu $\frac{1}{3}$ beteiligt sei, weil sie nach § 16 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. April 1860 in vollem Umfang an die Stelle ihres Chemannes getreten und dieser nicht nur gegenüber seinem Vater, sondern auch gegenüber seiner Mutter erbberechtigt gewesen sei. Daraus hatte sie die Rechtsfolge hergeleitet, daß ihr neben dem Schichtteil an dem auf die Kinder übergegangenen Anteile des Chemannes der Erblasserin in Höhe von $\frac{1}{3}$ (= $\frac{1}{6}$ des gesamten gütergemeinschaftlichen Vermögens) noch ein Pflichtteil in Höhe von $\frac{1}{6}$ an dem Anteile der Erblasserin (= $\frac{1}{12}$ des gesamten gütergemeinschaftlichen Vermögens) gebühre, den die Erblasserin ihr gemäß § 10 Abs. 4, 5 des Gesetzes vom 16. April 1860 nicht habe entziehen können. Danach würde die Klägerin insgesamt $\frac{1}{4}$ des Gesamtvermögens zu beanspruchen haben. Das Landgericht hatte diesen Standpunkt der Klägerin für berechtigt erachtet. Im zweiten Rechtszuge hat die Klägerin darauf erklärt, daß sie nur noch $\frac{1}{6}$ als ihren Anteil am gütergemeinschaftlichen Vermögen beanspruche. Demgemäß hat sie mit ihrem im vorigen Rechtszuge zuletzt gestellten Hauptantrage unter Ib die Feststellung begehrt, daß sie am gütergemeinschaftlichen Vermögen zu $\frac{1}{6}$ beteiligt sei. Das Berufungsgericht hat das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs der Klägerin gegenüber der Erblasserin verneint und hierzu — und zwar im Zusammenhang mit seiner Stellungnahme zu der auf § 2079 BGB. gestützten Anfechtung des Testaments — ausgeführt: Die Klägerin

gehöre nicht zu den nach § 2303 BGB. allein pflichtteilsberechtigten nächsten Verwandten. Das Gesetz vom 16. April 1860 habe bei Übertragungen des gütergemeinschaftlichen Vermögens die Wahrung des Pflichtteils neben der des Schichtteils nur insoweit vorgesehen, als ein Pflichtteilsanspruch ohnehin bestehe, nicht aber habe es neue Pflichtteilsansprüche schaffen wollen. Die Ansicht, daß ihr ein Pflichtteilsanspruch zustehende, werde auch von der Klägerin selbst nicht mehr ernstlich vertreten.

Die Revision erhebt gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts verfahrensrechtliche und sachlich-rechtliche Rügen. Sie hält an dem von der Klägerin vor dem Tatrichter vertretenen Standpunkt fest, daß die Klägerin an sich am gesamten gütergemeinschaftlichen Vermögen zu $\frac{1}{3}$ beteiligt sei und daß ihr daher zum mindesten neben ihrem Anteil von $\frac{1}{3}$ an dem Anteile des Ehemannes der Erblasserin ein unentziehbarer Pflichtteilsanspruch in Höhe von $\frac{1}{6}$ des Anteils der Erblasserin zustehende. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Klägerin das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs nicht mehr ernstlich vertreten habe, bezeichnet die Revision als aktenwidrig und rügt ferner, daß das Berufungsgericht trotz der Fassung des Hauptantrags unter Ib nicht auf den Pflichtteilsanspruch zurückgegriffen habe, wenn es den Wert des Schichtteils auf weniger als 147956 M. berechne.

Diese Angriffe können keinen Erfolg haben. Die Ansicht der Klägerin, daß ihr an Stelle ihres verstorbenen Ehemannes ein gesetzliches Erbrecht auch am Nachlasse der Erblasserin und demgemäß auch ein Pflichtteilsanspruch gegenüber diesem Nachlasse zustehende, ist unrichtig. Sie findet nach den zutreffenden Darlegungen des Berufungsgerichts keine Stütze in § 10 des Gesetzes vom 16. April 1860. Mit dem Tode des überlebenden Ehegatten endigt die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Sein Anteil am Gesamtgute bildet, ebenso wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, seinen Nachlaß. Für die Erbfolge sind nicht die Vorschriften des Gesetzes vom 16. April 1860, sondern die des allgemeinen Erbrechts maßgebend (Welter-Schulz Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen, 2. Ausgabe, S. 393), jetzt also die des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Da Paul B. vor seiner Mutter gestorben ist, konnte er nicht ihr Erbe werden (§ 1923 Abs. 1 BGB.) und demgemäß auch keinen Pflichtteilsanspruch gegen ihren Nachlaß erlangen (§ 2303 BGB.). Jrgendwelche erbrechtlichen An-

sprüche, die nach § 16 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. April 1860 auf die Klägerin hätten übergehen können, standen ihm bei seinen Lebzeiten am künftigen Nachlasse seiner Mutter daher nicht zu. Die Klägerin selbst aber gehört als Schwiegertochter weder zu den gesetzlichen Erben noch zu den Pflichtteilsberechtigten.

III. Bevor auf die Angriffe eingegangen wird, die die Klägerin gegen das Testament der Erblasserin vom 1. August 1932 richtet, bedarf es der Erörterung, ob die Beklagten berechtigt sind, der Klägerin den im Vertrage vom 18. Dezember 1931 von ihr erklärten Verzicht auf alle Ansprüche an das gütergemeinschaftliche Vermögen entgegenzuhalten. Wäre dies der Fall, so wäre schon damit dem gegen das Testament gerichteten Vorgehen der Klägerin die rechtliche Grundlage entzogen. Insbesondere stünde ihr das Anfechtungsrecht nach § 2078 BGB. nicht zu, da die Aufhebung der letztwilligen Verfügung ihr nicht zustatten kommen würde (§ 2080 Abs. 1 BGB.).

Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob die von der Klägerin wegen Irrtums und arglistiger Täuschung erklärte Anfechtung des Verzichtsvertrages begründet ist. Es nimmt an, daß die Beklagten sich auf den Vertrag, auch wenn er an sich wirksam zustande gekommen sei, nicht berufen können, weil sie damit gegen Treu und Glauben verstießen und weil sie außerdem nach den Grundsätzen über das Verschulden beim Vertragsschluß gehalten seien, die Klägerin so zu stellen, als ob sie den Verzichtsvertrag nicht geschlossen hätte . . . (Die von der Anschlußrevision hiergegen erhobenen Angriffe werden zurückgewiesen.)

IV. Zur Begründung der von ihr behaupteten Nichtigkeit des Testaments hat sich die Klägerin zunächst auf die Vorschrift des § 10 Abs. 4 des Gesetzes vom 16. April 1860 berufen, die bestimmt, daß der überlebende Ehegatte für sich allein berechtigt ist, durch Übertragungsverträge oder letztwillige Verfügungen unter den unabgefundenen Kindern die Nachfolge in das gemeinschaftliche Vermögen zu regeln, daß aber jedem Kinde wenigstens der Wert des ihm nach § 15 zustehenden Anteils (des Schichtteils), im Falle einer letztwilligen Verfügung aber außerdem seines Pflichtteils zugewendet werden muß. Ein Pflichtteilsanspruch, der sich nur auf die Vermögenshälften des überlebenden Ehegatten beziehen könnte (Wüttrich Die westfälische Gütergemeinschaft, 4. Aufl., S. 90), kommt nach dem oben unter II Ausgeführten für die Klägerin nicht in Betracht. Ihr stand an Stelle

ihres verstorbenen Ehemannes nur der Schichtteilsanspruch an der auf die Kinder nach § 7 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. April 1860 vererbten Vermögenshälfte des Ehemannes der Erblasserin zu. Die Klägerin will in Übereinstimmung mit der dem Urteile des Oberlandesgerichts Frankfurt in JW. 1929 S. 210 Nr. 10 zugrunde liegenden Auffassung die Vorschrift des § 10 Abs. 4 dahin ausgelegt wissen, daß die Unterlassung der Zuwendung des Wertes ihres Schichtteils die Nichtigkeit des Testaments zur Folge habe. Das Berufungsgericht ist dem nicht gefolgt. Es hat vielmehr den § 10 Abs. 4 entsprechend seiner bisherigen festen Rechtsprechung dahin ausgelegt, daß die Unterlassung der Zuwendung des Wertes des Schichtteils die Wirksamkeit des Testaments nicht in Frage stelle, sondern nur zur Folge habe, daß der Klägerin gegen die Erben ein schuldrechtlicher Wertanspruch in Höhe ihres Schichtteils erwachse. Die Revision hält diese Auslegung mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes, nach dem der überlebende Ehegatte jedem Kinde mindestens den Wert des Schichtteils zuwenden muß, für unrichtig. Es besteht jedoch keine Veranlassung, der vom Berufungsgericht bisher ständig festgehaltenen Handhabung des Gesetzes entgegenzutreten. Vom Standpunkte dieser Rechtsprechung aus stellt sich die Vorschrift des § 10 Abs. 4 nicht, wie das Oberlandesgericht Frankfurt unter Heranziehung der §§ 1518, 134 BGB. angenommen hat, als ein gesetzliches Verbot dar, sondern lediglich als die Zubilligung eines durch abweichende letztwillige Verfügungen nicht zu beseitigenden Anspruchs auf den Wert des Schichtteils. Sie entspricht also der in § 2303 BGB. für den Pflichtteilsanspruch getroffenen Regelung. Übrigens hat der erkennende Senat in dem — soweit ersichtlich — nicht abgedruckten Urteile vom 14. Dezember 1931 IV 223/31 die Auffassung vertreten, es sei, da das Gesetz vom 16. April 1860 hierüber nichts sage, nach allgemeinen Vorschriften zu entscheiden, welche rechtlichen Folgen eintreten, wenn der überlebende Ehegatte letztwillige Verfügungen trifft, die der Vorschrift des § 10 Abs. 4 zuwider Schichtteils- und Pflichtteilsrechte der Kinder verletzen. Auch von diesem Standpunkt aus hat er die Ansicht, daß eine solche Verletzung die Gültigkeit des Testaments nicht in Frage stellen könne, als unbedenklich bezeichnet.

Die Nichtigkeit des Testaments hat die Klägerin weiter aus der Vorschrift des § 10 Abs. 5 hergeleitet, nach der der überlebende Ehegatte zu Gunsten anderer Personen als der unabhängenen Kinder

nur über seinen Anteil an der Gemeinschaft, mit Vorbehalt der Pflichtteile der Kinder, letztwillig verfügen kann. Ein solcher Fall ist hier insofern gegeben, als die Erblasserin auch zu Gunsten der Kinder des Erstbeklagten, die nicht zu den an der Gütergemeinschaft beteiligten unabhgefundenen Kindern im Sinne des § 10 Abs. 5 gehören, verfügt hat. Die genannte Vorschrift ist nach der ihr vom Berufungsgericht gegebenen Auslegung dahin zu verstehen, daß sie nicht nur die Zuwendung des Anteils als solchen, sondern auch die Zuwendung einzelner Vermögensstücke des Gesamtgutes gestattet, sofern nur ihr Wert nicht höher ist als der des Anteils als solchen. Der Wert der den Drittbeklagten gemachten Zuwendungen sei aber offensichtlich geringer als der Wert des Anteils der Erblasserin am Gesamtgute. Während dieser sich auf $\frac{4}{7}$ belaufe, habe sie den Drittbeklagten insgesamt nur $\frac{1}{3}$ des Gesamtgutes zugewendet.

Was die Revision hiergegen vorbringt, kann ihr nicht zum Erfolge verhelfen. Die Berufung der Klägerin auf die Vorschrift des § 10 Abs. 5 muß schon daran scheitern, daß ihr, wie oben ausgeführt, kein Pflichtteilrecht gegenüber dem Nachlasse der Erblasserin zusteht. Im übrigen ist die dem § 10 Abs. 5 vom Berufungsgericht gegebene „wertmäßige Auslegung“ auch nicht zu beanstanden. Die von der Revision angezogenen Ausführungen bei Welker-Schulz Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen, 2. Ausg., S. 363, 364 enthalten nichts, was dieser Auslegung entgegenstünde. Als unzulässig ist es dort nur bezeichnet, daß der überlebende Ehegatte, der über seinen Anteil an der Gemeinschaft zugunsten eines Dritten letztwillig verfügt, auch hinsichtlich der Kinderhälfte noch verordnet, daß die Kinder diese nur ihrem Werte nach dem Dritten gegenüber erhalten sollen. In dieser Weise hat die Erblasserin nicht verfügt. Sie hat vielmehr die Beklagten zu 1 und 2 zu insgesamt $\frac{2}{3}$ des Gesamtnachlasses als Erben eingesetzt, also zu einem die Kinderhälfte noch übersteigenden Bruchteil. Über die ihr durch § 10 Abs. 5 eingeräumte Befugnis ist die Erblasserin auch dann nicht hinausgegangen, wenn der ihr zustehende Anteil am Gesamtgute nicht mit dem Berufungsgericht auf $\frac{4}{7}$, sondern nur auf die Hälfte bemessen wird.

V. Erfolg muß die Revision aber insoweit haben, als das Berufungsgericht die auf § 2078 BGB. gestützte Anfechtung des Testaments für unbegründet erklärt hat . . . (Dies wird näher ausgeführt und dann fortgefahren:)

Hätte die Klägerin mit der Anfechtung des Testaments Erfolg, so wären ihre auf Feststellung gerichteten Hauptanträge begründet. Aus diesem Grunde sowie wegen des oben unter I erörterten, die Bemessung des Urteils der Klägerin betreffenden Mangels muß das angefochtene Urteil auf die Revision, zugleich aber auch auf die Anschlußrevision aufgehoben werden, da sich im Falle der Berechtigung der Hauptanträge die auf den Hilfsantrag ausgesprochene Verurteilung der Beklagten nicht aufrechterhalten ließe . . .