

**letzte Aktualisierung:** 4.11.2021

OLG Braunschweig, Beschl. v. 29.6.2021 – 3 W 32/21

**HöfeO §§ 1 Abs. 7, 18 Abs. 2; HöfeVfO § 5; FamFG § 352e  
Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts bei Hofvermerk im Grundbuch**

1. Führt die Prüfung des Erbscheinsantrags wegen nicht behebbarer Mängel endgültig zu einem negativen Ergebnis, so ist der Antrag durch Beschluss zurückzuweisen; eine – für das Erbscheinsverfahren gesetzlich nicht geregelte – Zwischenverfügung kann allenfalls dann ergehen, wenn sie einen behebbaren Mangel betrifft.
2. Ist zum Zeitpunkt des Erbfalls ein Hofvermerk im Grundbuch eingetragen, so ist für die Entscheidung über einen Erbscheinsantrag ausschließlich das Landwirtschaftsgericht – und nicht das Nachlassgericht – zuständig, § 18 Abs. 2 HöfeO.
3. Allein das formale Kriterium des Hofvermerks begründet auch dann die Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls die Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs weggefallen war; gegebenenfalls hat das Landwirtschaftsgericht in der Sache bürgerliches Recht anzuwenden (Anschluss an OLG Celle, Beschluss vom 15. April 2011 – 7 W 23/11 [L] –).

# Rechtsprechung der niedersächsischen Justiz

## Keine Zuständigkeit des Nachlassgerichts bei Hofvermerk im Grundbuch

1. Führt die Prüfung des Erbscheinsantrags wegen nicht behebbarer Mängel endgültig zu einem negativen Ergebnis, so ist der Antrag durch Beschluss zurückzuweisen; eine – für das Erbscheinsverfahren gesetzlich nicht geregelte – Zwischenverfügung kann allenfalls dann ergehen, wenn sie einen behebbaren Mangel betrifft.
2. Ist zum Zeitpunkt des Erbfalls ein Hofvermerk im Grundbuch eingetragen, so ist für die Entscheidung über einen Erbscheinsantrag ausschließlich das Landwirtschaftsgericht – und nicht das Nachlassgericht – zuständig, § 18 Abs. 2 HöfeO.
3. Allein das formale Kriterium des Hofvermerks begründet auch dann die Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls die Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs weggefallen war; gegebenenfalls hat das Landwirtschaftsgericht in der Sache bürgerliches Recht anzuwenden (Anschluss an OLG Celle, Beschluss vom 15. April 2011 – 7 W 23/11 [L] –).

OLG Braunschweig 3. Zivilsenat, Beschluss vom 30[@]20210629.06.2021, 3 W 32/21,  
ECLI:DE:OLGBS:2021:0629.3W32.21.00

§ 1 HöfeO, § 1 Abs 7 HöfeO, § 18 Abs 2 HöfeO, § 5 HöfeVfO, § 38 Abs 3 FamFG, § 38 Abs 4 FamFG, § 39 FamFG

### VERFAHRENSGANG

vorgehend AG Einbeck, 18. Februar 2021, Az: 5 VI 296/20

### TENOR

Die Beschwerde vom 26. Februar 2021 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Einbeck – Nachlassgericht – vom 18. Februar 2021 – 5 VI 296/20 – wird zurückgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird festgesetzt auf 210.000,00 €.

### GRÜNDE

#### I.

- 1 Der Antragsteller begeht einen Erbschein; das Nachlassgericht ist der Ansicht, es sei nicht zuständig, da bezüglich des im Nachlass enthaltenen Grundvermögens zum Zeitpunkt des Erbfalls noch ein Hofvermerk im Grundbuch eingetragen war.
- 2 Der Antragsteller ist einer von vier Abkömmlingen der Erblasserin und ihres im Jahr 2011 vorverstorbenen Ehemannes. Die Erblasserin und ihr Ehemann verfügen mit gemeinschaftlichem privatschriftlichem Testament vom 9. September 2009 (Bl. 3 d.BA 5 IV 202/11) wie folgt:
  - 3 *Ich, [der Ehemann der Erblasserin], bin Eigentümer des Hofs in ... Dieser ist eingetragen im Grundbuch von ..., Blatt ... Bei der Besitzung handelt es sich um einen Hof im Sinne der Höfeordnung.*
  - 4 *Dies vorausgeschickt, berufen wir uns gegenseitig zu Vorerben, wobei das hoffreie Vermögen, Sparguthaben, Wertpapiere, Erträge aus Versicherungen, Beteiligungen, in die Vorerbschaft einbezogen ist.*
  - 5 *Von den gesetzlichen Beschränkungen ist der Vorerbe befreit.*
  - 6 *Ich, [der Ehemann der Erblasserin], berufe meine Ehefrau außerdem zur Hofvorerbin. Sofern mich*

*meine Ehefrau überlebt, kann sie unter unseren Abkömmlingen den Hoferben bestimmen.*

- 7 *Weitere Verfügungen wollen wir nicht treffen. Unsere vorstehenden Verfügungen sind wechselbezüglich.*
- 8 Nach dem Tod des Ehemannes beantragte die Erblasserin zunächst mit notarieller Urkunde vom 12. Februar 2013 (Ablichtung Bl. 19 d.A.) die Löschung des Hofvermerks, die jedoch nicht erfolgte. Sodann beantragte sie ein Hoffolgezeugnis, das das Landwirtschaftsgericht am 16. Oktober 2013 (Bl. 59 d.BA 4 Lw 32/11) erteilte. Nach diesem Hoffolgezeugnis und Erbschein hat die Erblasserin ihren Ehemann bezüglich des Hofes und des hoffreien Vermögens als Vorerbin allein beerbt und sie kann den Nacherben unter den vier Abkömmlingen der Eheleute bestimmen. Die Erblasserin bestimmte jedoch keinen Nacherben.
- 9 Nach dem Tod der Erblasserin beantragte der Antragsteller zunächst bei dem Landwirtschaftsgericht mit notarieller Urkunde vom 23. Januar 2020 (Bl. 1–6 d.BA 4 Lw 24/20) die Erteilung eines auf ihn lautenden Hoffolgezeugnisses; er sei der Erstgeborene, habe auf dem Hof immer mitgearbeitet und sei als Landmaschinenmechaniker in der Lage, den Hof zu bewirtschaften. Diesen Antrag nahm er mit Schriftsatz vom 29. September 2020 zurück.
- 10 Auf Anregung der vier Abkömmlinge und Ersuchen des Landwirtschaftsgerichts löschte das Grundbuchamt den Hofvermerk am 12. Oktober 2020 von Amts wegen (Bl. 18 d.BA 4 Lw 24/20, Bl. 1–7 d.BA 4 Lw 42/20).
- 11 Mit notarieller Urkunde vom 21. Oktober 2020 (Bl. 1–6 d.A.) beantragte der Antragsteller sodann bei dem Nachlassgericht einen auf alle vier Abkömmlinge zu je  $\frac{1}{4}$  lautenden Erbschein. Ein Hof gemäß der Höfeordnung liege nicht mehr vor.
- 12 Mit Schreiben vom 8. Januar 2021 wies das Nachlassgericht darauf hin, dass gemäß § 5 HöfeVfO die Vermutung gelte, dass es sich zum Todeszeitpunkt der Erblasserin noch um einen Hof gehandelt habe, sodass das Nachlassgericht nicht zuständig sei.
- 13 Dem trat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 10. Februar 2021 entgegen. Der Hofbetrieb sei bereits 1997 eingestellt worden und sämtliche zum Hof gehörende Maschinen seien veräußert worden oder nicht betriebsfähig; die Hofstelle sei in einem nicht hoffähigen Zustand. Der Hof bestehe nur aus neun Hektar, die fremdverpachtet seien. Damit hätten im Jahr 1997 die Voraussetzungen für den Wegfall der Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs vorgelegen und die Höfeordnung sei nicht anwendbar.
- 14 Mit Schreiben vom 18. Februar 2021 – dem Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers zugestellt am 22. Februar 2021 – hat das Nachlassgericht darauf hingewiesen, dass nicht von einem offensichtlichen Wegfall der Hofeigenschaft ausgegangen werden könne. Noch im Jahr 2009 hätten die Eheleute in ihrem Testament klargestellt, dass es sich um einen Hof im Sinne der Höfeordnung handele und nach dem Tod des Ehemannes der Erblasserin sei ein Hofnachfolgezeugnis beantragt, erteilt und zur Grundbuchberichtigung genutzt worden.
- 15 Mit am 1. März 2021 eingegangenem Schreiben vom 26. Februar 2021 hat der Antragsteller „gegen die Zwischenverfügung ... vom 18.02.2021 sowie 08.01.2021 Beschwerde“ eingelegt. Bereits im Jahr 2013 habe die Erblasserin einen Antrag auf Löschung des Hofvermerks gestellt. Mit Schriftsatz vom 9. April 2021 hat er weiter zur Beschwerdebegründung vorgetragen.
- 16 Mit Beschluss vom 20. Mai 2021 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Selbst wenn die Hofeigenschaft hier außerhalb des Grundbuchs weggefallen sein sollte, sei nicht das Nachlassgericht, sondern das Landwirtschaftsgericht zuständig, denn dafür reiche gemäß § 18 Abs. 2 HöfeO aus, dass zum Zeitpunkt des Erbfalls ein Hofvermerk eingetragen gewesen sei.

## II.

- 17 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.
- 18 1. Die Beschwerde ist statthaft, denn das Schreiben des Nachlassgerichts vom 18. Februar 2021 ist als Zurückweisung des Erbscheinsantrags im Sinne des § 352e FamFG zu werten (a); die Beschwerde ist auch ansonsten zulässig (b).
- 19 a) Führt die Prüfung des Erbscheinsantrags wegen nicht behebbarer Mängel endgültig zu einem negativen Ergebnis, so ist der Antrag zurückzuweisen. Dies muss durch Beschluss erfolgen, der stets zu begründen und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen ist, § 38 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4, § 39 FamFG. (Grziwotz, in: MüKo FamFG, 3. Auflage 2019, § 352e, Rn. 53; Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Auflage 2019, § 352e, Rn. 25; Zimmermann, in: Keidel, FamFG, 20. Auflage 2020, § 352e, Rn. 109). Das Schreiben vom 18. Februar 2021 ist hier trotz der fehlenden Bezeichnung als Beschluss und der fehlenden

Rechtsbehelfsbelehrung als Zurückweisungsbeschluss zu werten, denn das Nachlassgericht hat darin abschließend klargestellt, dass es sich – auch unter Berücksichtigung des Vorbringens des Antragstellers im Schriftsatz vom 10. Februar 2021 – als nicht zuständig für die Entscheidung über den Erbscheinsantrag ansieht.

- 20 Das Schreiben ist insbesondere nicht als Zwischenverfügung zu werten, denn nicht behebbare Mängel können nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein. Das Nachlassgericht hat im Antragsverfahren auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken und auf rechtliche Gesichtspunkte hinzuweisen, die es anders beurteilt als die Beteiligten, § 28 Abs. 2 und Abs. 1 Satz 2 FamFG. Es hat insbesondere auf fehlende Unterlagen (zum Beispiel Personenstandsakten) sowie sonstige behebbare Mängel des Antrags hinzuweisen, um den Beteiligten Gelegenheit zu geben, diese Mängel zu beheben. Dies kann auch im Wege einer – im Erbscheinsverfahren nicht gesetzlich geregelt – Zwischenverfügung erfolgen (*Harders*, in: *Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG, 12. Auflage 2019, § 352e, Rn. 19; *Zimmermann*, in: *Keidel*, FamFG, 20. Auflage 2020, § 352e, Rn. 109). Eine Zwischenverfügung kann aber nur bezüglich solcher Mängel ergehen, die vom Antragsteller in Reaktion darauf beseitigt werden können; kann ein Mangel nicht behoben werden, ist für eine Zwischenverfügung kein Raum (*Harders*, a.a.O.; *Zimmermann*, a.a.O.; vgl. auch OLG Braunschweig, Beschluss vom 16. April 2019 – 1 W 59/17 –, juris, Rn. 20 zu § 18 GBO m.w.N.). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der nicht behebbare Mangel darin besteht, dass das Nachlassgericht nicht zuständig ist (im Einzelnen siehe dazu unten, Abschnitt 2), denn der Erlass einer Zwischenverfügung setzt denknotwendig voraus, dass das Nachlassgericht zuständig ist (*Gierl*, in: *Burandt/Rojahn, Erbrecht*, 3. Auflage 2019, § 352e FamFG, Rn. 205) oder seine Zuständigkeit durch Behebung des Mangels zumindest begründet werden kann.
- 21 Wertete man das Schreiben des Nachlassgerichts vom 18. Februar 2021 als Zwischenverfügung, wäre zudem die Beschwerde des Antragstellers nicht statthaft. Zwischenverfügungen erledigen das Verfahren weder ganz noch teilweise und sind deshalb grundsätzlich nicht mit der Beschwerde anfechtbar, § 58 Abs. 1 FamFG – es sei denn, dies ist im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (vgl. etwa § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG und §§ 18, 71 GBO); dies ist im Erbscheinsverfahren aber nicht der Fall (*Gierl*, a.a.O.; *Harders*, a.a.O., Rn. 19; *Waxenberger*, in: *Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, 5. Auflage 2019, § 30, Rn. 218). Vor diesem Hintergrund wäre dem Antragsteller nach Maßgabe des Meistbegünstigungsgrundsatzes das Rechtsmittel zuzubilligen, das bei richtiger Rechtsanwendung statthaft wäre (*Fischer*, in: *MüKo FamFG*, 3. Auflage 2018, § 58, Rn. 144 m.w.N.); das wäre hier die Beschwerde (gegen den Zurückweisungsbeschluss), die dem Antragsteller bei entsprechender Auslegung des Schreibens vom 18. Februar 2021 auch direkt offensteht.
- 22 b) Die Beschwerde ist auch ansonsten zulässig, insbesondere ist sie frist- und formgerecht eingelegt worden (§§ 63, 64 FamFG). Der Beschwerdeführer ist gegen den angegriffenen Beschluss nach § 352e FamFG auch beschwerdeberechtigt, da er einen Erbschein begehrt, den ihm das Nachlassgericht nicht erteilen will (vgl. *Meyer-Holz*, in: *Keidel*, FamFG, 20. Auflage 2020, § 59, Rn. 77 m.w.N.; *Zimmermann*, ebenda, § 352e, Rn. 126 f., jeweils m.w.N.).
- 23 2. Die Beschwerde hat aber in der Sache keinen Erfolg. Das Nachlassgericht ist hier für die Entscheidung über den Erbscheinsantrag vom 21. Oktober 2020 nicht zuständig, da ausschließlich das Landwirtschaftsgericht zuständig ist. Die Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts ergibt sich daraus, dass zum Zeitpunkt des Erbfalls ein Hofvermerk eingetragen gewesen ist (a). Dabei kann dahinstehen, ob es diesbezüglich auf den Zeitpunkt des Vor- oder des Nacherbfalls ankommt (b) und es kann ebenfalls dahinstehen, ob die Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs weggefallen ist (c).
- 24 a) Gemäß § 18 Abs. 2 HöfeO ist das Landwirtschaftsgericht zuständig für die Entscheidung der Frage, wer kraft Gesetzes oder kraft Verfügung von Todes wegen Hoferbe eines Hofs geworden ist, und für die Ausstellung eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Dies umfasst auch die Zuständigkeit für die Erteilung eines Erbscheins, der ausschließlich das hoffreie Vermögen betrifft (BGH, Beschluss vom 8. Juni 1988 – I ARZ 388/88 –, BGHZ 104, 363–369 = juris, Rn. 8 ff. m.w.N.; Brinkmann, in: *Lüdtke-Handjery/v. Jeinsen, HöfeO*, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 18 m.w.N.; *Düsing/Sieverdingbeck*, in: *Düsing/Martinez, Agrarrecht*, 1. Auflage 2016, § 18 HöfeO, Rn. 11 m.w.N.; Graß, HöfeO, 1. Online-Auflage 2018, § 18, Rn. 1, 16 m.w.N.; *Krätschel*, in: *Firsching/Graf, Nachlassrecht*, 11. Auflage 2019, § 38, Rn. 16).
- 25 Dabei reicht es für die Begründung der Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts gemäß § 18 Abs. 2 HöfeO aus, dass zum Nachlass eine Besitzung gehört, für die im Zeitpunkt des Erbfalls ein Hofvermerk eingetragen war, selbst wenn die Hofeigenschaft zum Zeitpunkt des Erbfalls außerhalb des Grundbuchs entfallen war (OLG Celle, Beschluss vom 15. April 2011 – 7 W 23/11 [L] –, juris, Rn. 38, 42 m.w.N.; ebenso für den verwaisten Hof: *Düsing/Sieverdingbeck*, a.a.O., Rn. 9; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. Juli 1955 – V BLw 2/55 –, NJW 1955, S. 1397 [1398]). Das Landwirtschaftsgericht – und nicht das Nachlassgericht – ist auch dann noch zuständig, wenn der Hofvermerk nach dem Erbfall von Amts wegen gelöscht worden ist, sich die Beteiligten einig sind, dass im Zeitpunkt des Erbfalls kein Hof vorhanden war und die äußeren

Umstände gegen das Bestehen eines Hofes im Zeitpunkt des Erbfalls sprechen (OLG Celle, Beschluss vom 13. Januar 1976 – 7 Wx 2/75 –, FHZivR 22 Nr. 8123; *Zimmermann*, in: Keidel, FamFG, 20. Auflage 2020, § 343, Rn. 52).

- 26 Diese Anknüpfung an das formale Kriterium des Hofvermerks ist auch sinnvoll: Ob und zu welchem Zeitpunkt ein Hofvermerk vorgelegen hat, ist anhand des Grundbuchs ohne weiteres festzustellen; auf diese Weise ist es nicht erforderlich, bereits bei der Frage der Zuständigkeit die oft schwierig zu beantwortende materiell-rechtliche Frage der Hofeigenschaft im Sinne des § 1 HöfeO zu klären, zumal ein möglicher Wegfall der Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs meist für weit zurückliegende Zeitpunkte geklärt werden muss (vgl. *Graß*, HöfeO, 1. Online-Auflage 2018, § 1, Rn. 45). Diese Anknüpfung entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, Streitigkeiten im Zusammenhang mit höferechtlichen Rechtsverhältnissen grundsätzlich der Entscheidungskompetenz der Landwirtschaftsgerichte zu überlassen (vgl. *Düsing/Sieverdingbeck*, a.a.O., Rn. 1), denn die Entscheidung über die Frage der Hofeigenschaft bleibt so dem sächnäheren Landwirtschaftsgericht vorbehalten.
- 27 Dem steht hier nicht entgegen, dass die Erblasserin bereits im Jahr 2013 die Löschung des Hofvermerks beantragt hat. Zwar wird vertreten, dass bei einer vom Hofeigentümer vor dem Erbfall abgegebenen und beim Landwirtschaftsgericht eingegangenen negativen Hoferklärung die spätere Löschung des Hofvermerks auf den Zeitpunkt des Eingangs der Erklärung zurückwirke (vgl. § 1 Abs. 7 HöfeO), die Hofeigenschaft nachträglich entfallen lasse und zu einem nachträglichen Wegfall der Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts führe (*Brinkmann*, in: Lüdtke-Handjery/v. Jeensen, HöfeO, 11. Auflage 2015, § 18, Rn. 7). Hier hat das Landwirtschaftsgericht dem Löschungsantrag der Erblasserin vom 12. Februar 2013 aber gerade nicht stattgegeben; auch die Erblasserin selbst hat das Löschungsbegehren nicht weiterverfolgt und wenig später ein Hoffolgezeugnis beantragt, das sie unter dem 16. Oktober 2013 erhalten hat. Die Löschung des Hofvermerks am 12. Oktober 2020 stellt keine Löschung aufgrund des Antrags der Erblasserin vom 12. Februar 2013 dar und lässt die Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts nicht rückwirkend entfallen.
- 28 b) Vor dem Hintergrund, dass der Hofvermerk sowohl zum Zeitpunkt des Vorerfalls – dem Versterben des Ehemannes der Erblasserin im Jahr 2011 – als auch zum Zeitpunkt des Nacherfalls – dem Versterben der Erblasserin am 11. Oktober 2019 – im Grundbuch enthalten war, kann hier dahinstehen, ob der Zeitpunkt des Vorerfalls oder des Nacherfalls entscheidend ist. Dabei spricht allerdings einiges dafür, dass auch schon das Vorhandensein eines Hofvermerks zum Zeitpunkt des Vorerfalls ausreichend wäre, um die Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts sowohl bezüglich der Vor- als auch bezüglich der Nacherfolge zu begründen (vgl. OLG Braunschweig, Beschluss vom 26. Juni 2019 – 1 W 73/17 –, juris, Rn. 33 m.w.N.).
- 29 c) Für die Frage der Zuständigkeit kann hier ebenfalls dahinstehen, ob die Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs weggefallen ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Antragsteller angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs; dort hat – trotz Wegfalls der Hofeigenschaft – das Landwirtschaftsgericht entschieden, was der Bundesgerichtshof unbeanstandet gelassen hat (BGH, Beschluss vom 29. November 2013 – BLw 4/12 –, ZEV 2014, S. 548). Die Frage der Zuständigkeit des Nachlassgerichts einerseits und des Landwirtschaftsgerichts andererseits richtet sich allein danach, ob zum Zeitpunkt des Erbfalls ein Hofvermerk eingetragen gewesen ist, unabhängig davon, ob dessen materielle Voraussetzungen (noch) vorgelegen haben; auf diese Weise ist die Frage des Wegfalls der Hofeigenschaft von dem sächnäheren Landwirtschaftsgericht zu entscheiden (siehe oben, Abschnitt a); dieses hat gegebenenfalls einen Erbschein nach den Regeln des bürgerlichen Rechts zu erteilen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 15. April 2011 – 7 W 23/11 [L] –, juris, Rn. 42).

### III.

- 30 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 81, 84 FamFG.
- 31 Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens ist mit 210.000,00 € zu bemessen; der Antragsteller begeht einen Erbschein, durch den der gesamte Nachlass – der ausweislich des Erbscheinsantrags einen Wert von 210.000,00 € (Bl. 5 d.A.) hat – zugewiesen wird. Dieser Antrag ist insgesamt zurückgewiesen worden.
- 32 Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG besteht kein Anlass.

---

☞ Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie **genau dieses Dokument** verlinken möchten:  
<https://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE222552021&psml=bsndprod.psml&max=true>