

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

047

HöfeO §§ 1, 19 Abs. 1

Hatte ein im Jahre 1945 verstorbener Erblasser, dem eine - nicht unter die Erbhofgesetzgebung fallende - landwirtschaftliche Besitzung gehörte, einen Vorerben sowie mehrere Nacherben eingesetzt und trat der Nacherbfall nach dem Inkrafttreten der Höfeordnung ein, findet die Höfeordnung keine Anwendung.

BGH, Reschl. v. 28. Oktober 1971 - V BLw 20/70 - OLG Schleswig
AG Nortorf

BUNDESGERICHTSHOF

V BLw 20/70

BESCHLUSS

in der Landwirtschaftssache

betreffend die Feststellung der Hofeigenschaft des im
Grundbuch von L [REDACTED] Blatt 97 eingetragenen Grundbesitzes

Beteiligte:

1. Frau Marianne Juliette T [REDACTED] in D [REDACTED], Le [REDACTED]weg [REDACTED],
Antragstellerin und Rechtsbeschwerdegegnerin,
- vertreten durch Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] in H [REDACTED] -
2. Frau Ursula R [REDACTED] geb. T [REDACTED] in Dü [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED],
3. Dipl.-Kaufmann Wolfgang T [REDACTED] in G [REDACTED], A [REDACTED]-
Straße [REDACTED],
zu 2 und 3 Antragsteller und Rechtsbeschwerdeführer,
- vertreten durch Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in Ki [REDACTED] -

1

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs als Senat für Landwirtschaftssachen hat in der Sitzung am 28. Oktober 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe und Dr. Grell sowie der landwirtschaftlichen Beisitzer Filter und Schmidt

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2) und 3) wird der Beschluß des 3. Zivilsenats - Senat für Landwirtschaftssachen - des Oberlandesgerichts in Schleswig vom 3. November 1970 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Gerichtskosten werden für das Rechtsbeschwerdeverfahren nicht erhoben.

Der Geschäftswert wird für das Rechtsbeschwerdeverfahren auf 60 000 DM festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Generaldirektor Erich T [REDACTED], D [REDACTED], war Eigentümer des im Grundbuch von Langwedel Band 3 Blatt 97, jetzt im Loseblatt-Grundbuch von L [REDACTED]



Blatt 97 verzeichneten Grundbesitzes. Dieser umfaßte die Hofstelle M[REDACTED] mit etwa 70 ha landwirtschaftlich genutzter Fläche, von denen etwa 58 ha im Jahre 1921, 1,5 ha in den Jahren 1926 und 1927 und etwa 13 ha im Jahre 1942 erworben worden sind. Weiter umfaßte der Grundbesitz etwa 112 ha Wasserfläche des Brahmsees, des Manhagener Sees und eines Teiles des Pohlsees, von denen etwa 38 ha im Jahre 1922, etwa 57 ha im Jahre 1938 und etwa 17 ha im Jahre 1939 erworben worden sind. Die Landwirtschaft mit Hofstelle und dem Fischereirecht auf dem Brahmsee ist seit dem Erwerb ständig verpachtet. Der Einheitswert beträgt für die Landwirtschaft 60 100 DM, für das übrige Grundvermögen 16 200 DM. Erich T[REDACTED] verstarb am [REDACTED] 1945. Er hinterließ ein Testament vom 28. März 1944. Darin hatte er seine Ehefrau Julie (Juliette) T[REDACTED] geb. J[REDACTED] zur befreiten Vorerbin eingesetzt. Weiter hatte er bestimmt, daß seine Kinder, nämlich die Beteiligten Marianne Juliette T[REDACTED], Wolfgang T[REDACTED] und Ursula R[REDACTED] geb. T[REDACTED] beim Tode der Vorerbin Nacherben werden sollten. Julie (Juliette) T[REDACTED] geb. J[REDACTED] starb am [REDACTED] 1968. Von den drei Nacherben ist keiner wirtschaftsfähig. Am 28. Juni 1950 wurde der Hofvermerk eingetragen.

Die Beteiligten zu 1) hat beantragt,

festzustellen, daß der Grundbesitz I [REDACTED]
lose Blatt 97 Hof im Sinne der HöfeO und
daß sie Hoferbin geworden ist.

Die Beteiligten zu 2) und 3) haben diesem Feststellungsbegehren widersprochen und beantragt,

festzustellen, daß der Grundbesitz mit Inkrafttreten der HöfeO und später kein Hof geworden ist,

hilfsweise,

daß er seine Hofeigenschaft mit dem Tod der Vorerbin verloren hat.

Das Landwirtschaftsgericht hat entschieden, daß der Grundbesitz kein Hof im Sinne der Höfeordnung ist.

Dagegen hat sich die Beteiligte zu 1) mit der sofortigen Beschwerde gewandt. Sie hat beantragt, in Abänderung des landwirtschaftsgerichtlichen Beschlusses festzustellen,

- a) daß der im Grundbuch von L [REDACTED] Blatt 97 bezeichnete Grundbesitz Hof im Sinne des § 1 der HöfeO ist,
- b) daß sie, Frau Marianne T [REDACTED], nach dem Tode ihrer Mutter am 15. Januar 1968 Hoferbe des vorbezeichneten Hofes geworden ist.

Die Beteiligten zu 2) und 3) haben um Zurückweisung des Rechtsmittels gebeten.

Das Oberlandesgericht hat den Beschluß des Landwirtschaftsgerichts abgeändert und festgestellt, daß der im Grundbuch von L [REDACTED] Blatt 97 bezeichnete

Grundbesitz am 15. Januar 1968 Hof im Sinne des § 1 der HöfeO war. Ferner hat das Beschwerdegericht entschieden, daß die Beteiligte zu 1) nach dem Tod ihrer am 15. Januar 1968 verstorbenen Mutter Julie (Juliette) T[REDACTED] geb. J[REDACTED] Hoferbin geworden ist. Das Oberlandesgericht hat die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Die Beteiligten zu 2) und 3) haben Rechtsbeschwerde eingelegt und beantragen, unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses festzustellen, daß der Grundbesitz mit dem Tod der Vorerbin am 15. Januar 1968 eine etwaige Hofeigenschaft verloren hat. Die Beteiligte zu 1) bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

II.

A) Das Oberlandesgericht hat ausgeführt: Am 15. Januar 1968 sei die Besitzung ein Hof nach § 1 HöfeO gewesen. Sie habe zu diesem Zeitpunkt im Alleineigentum der Witwe Julie T[REDACTED] gestanden; auch das durch Vorerbfolge erworbene Eigentum sei Eigentum im Sinne des § 1 HöfeO. Auf den Nacherbfall sei die Erbregelung der Höfeordnung anzuwenden. Der Gesetzgeber der Höfeordnung habe bewußt in Kauf genommen, daß die Regelung des § 1 HöfeO die Nacherben in ihrer Anwartschaftsstellung beeinträchtigt. Gegen die Gültigkeit des § 1 HöfeO beständen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Demzufolge erweise sich der Antrag der Beteiligten zu 1) auf Feststellung der Hofeigenschaft als gerechtfertigt. Nach § 6 Abs. 1 HöfeO sei ferner festzustellen, daß die Beteiligte zu 1) am 15. Januar 1968 Hoferbin geworden sei.

Sie sei die älteste Erbin. Sie sei zwar nicht wirtschaftsfähig. Da die anderen Erben aber auch nicht wirtschaftsfähig seien, bleibe der Mangel der Wirtschaftsfähigkeit nach § 6 Abs. 6 HöfeO unbeachtet.

B) Hiergegen bringt die Rechtsbeschwerde zunächst im wesentlichen folgendes vor:

1. a) Die Feststellung des Beschwerdegerichts, daß "der" Grundbesitz am 15. Januar 1968 Hof im Sinne der Höfeordnung gewesen und die Beteiligte zu 1) Hof-erbin sei, sei prozessual unzulässig. Die Beteiligten zu 2) und 3) hätten darauf hingewiesen, daß die Entscheidung des Landwirtschaftsgerichts nur als Teilentscheidung anzusehen sei und der Prüfung des Oberlandesgerichts demgemäß nur der im ersten Rechtszug entschiedene Teil des Streitgegenstands unterliege. Die Wirkung der rechtskräftigen Feststellung der Hofeigenschaft berge die Gefahr in sich, daß die Nichtzugehörigkeit einzelner Teile des Hofes zur Besitzung später nicht mehr festgestellt werden könne.

b) Das Beschwerdegericht hätte über die Feststellung der Hofeigenschaft und der Hoferbin nur auf Grund mündlicher Verhandlung entscheiden dürfen. Der Vorsitzende des Beschwerdegerichts habe erklärt, wenn der Senat in seiner für Mitte September 1970 vorgesehenen Beratung zum Ergebnis kommen sollte, daß tatsächliche Fragen von Bedeutung sein könnten, würde erneut Termin zur mündlichen Verhandlung in Manhagen anberaumt werden.

c) Die Beteiligten zu 2) und 3) hätten eingehend dargelegt, daß sie wirtschaftsfähig seien. Das Beschwerdegericht hätte hierüber nicht ohne Beweisaufnahme hinweggehen dürfen. Es hätte gemäß dem Vorbringen der Beteiligten zu 2) und 3) "besser" aufklären müssen, welche Teile der Besitzung nicht von einer etwa sonst bestehenden Hofeigenschaft erfaßt werden könnten.

d) Das Beschwerdegericht habe den Beteiligten zu 2) und 3) nicht ausreichend rechtliches Gehör gewährt. Sie seien durch die Feststellungen des angefochtenen Beschlusses "überrascht" worden. Sie hätten nicht damit rechnen können, daß trotz Richterwechsel ohne Beweisaufnahme und ohne mündliche Verhandlung mit der Feststellung der Hofeigenschaft "implizite" über die Hofzugehörigkeit aller Teile des Hofes entschieden und weiter festgestellt würde, daß die Beteiligte zu 1) Hoferbin ist. Sie hätten sonst hilfsweise "zweckmäßige" Sachanträge gestellt.

e) Der Beschwerdebeschuß hätte sich mit der Frage befassen müssen, wie im Hinblick auf die Teilnichtigkeit des Testaments dem Willen des Erblassers noch am ehesten zum Recht verholffen werden konnte. Durch Auslegung des Testaments und des Testamentsentwurfs hätte es zu dem Ergebnis kommen müssen, daß nach dem Willen des Erblassers die Beteiligte zu 1) keineswegs Hoferbin sein sollte. Ein solcher Wille wäre durch Benennung von Zeugen unter Beweis gestellt worden.

C) 1. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

Die Beteiligten zu 2) und 3) sind als Rechtsbeschwerdeführer entgegen der in der Rechtsbeschwerdebeantwortung vertretenen Auffassung beschwerdeberechtigt. Durch die angefochtene Entscheidung sind sie in ihren Rechten beeinträchtigt. Das Oberlandesgericht hat der Rechtsbeschwerdegegnerin die Stellung der Hoferbin und Alleineigentümerin des Grundbesitzes zuerkannt. Demgegenüber sind die Rechtsbeschwerdeführer der Meinung, als Mitnacherben nach Erich T. Miteigentümer des im Grundbuch von Langwedel Blatt 97 bezeichneten Grundbesitzes zu sein. Darüberhinaus ist der Beteiligte zu 3) insoweit beschwert, als er schon im ersten Rechtszug zu erkennen gegeben hat, daß er bei Annahme der Hofeigenschaft den Hof auf Grund Hoferbenrechts für sich in Anspruch nimmt. In der Rechtsbeschwerdebeantwortung wird insoweit verkannt, daß das Gericht im vorliegenden Verfahren an Sachanträge nicht gebunden ist (vgl. Senatsbeschluß vom 5. Februar 1954 - V BLw 38/53, RdL 1954, 132, 134).

2. Im übrigen ist zu den Angriffen der Rechtsbeschwerde folgendes zu bemerken: Es kann dahingestellt bleiben, ob die unter B 1 a - d aufgeführten Rügen, die ebenso wie die Rüge zu B 1 e nur zu einer Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht zur erneuten Prüfung und Entscheidung führen können, durchgreifen. Jedenfalls kann dem zu B 1 e genannten Angriff der Erfolg nicht versagt werden.

Das Beschwerdegericht geht davon aus, daß die testamentarische Einsetzung der Beteiligten zu 1) bis 3) als Nacherben nach §§ 4, 16 HÖfO unwirksam ist und damit die gesetzliche Hoferbenordnung Platz greift. Es hat dabei verkannt, daß bei Teilunwirksamkeit des Testaments zunächst zu prüfen ist, ob sich die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft etwa als eine Verfügung mit der Folge darstellt, daß § 139 BGB anzuwenden ist (vgl. BGH Beschl. vom 14. Juli 1965 - V BLw 11/65 S. 18). Wäre das ganze Testament nichtig und wäre gesetzliche Erbfolge nach Erich T. eingetreten, hätte die landwirtschaftliche Besitzung offensichtlich kein Hof werden können. Wenn jedoch die Teilnichtigkeit nicht die Unwirksamkeit des ganzen Testaments zur Folge hat, muß die Frage geprüft werden, ob der nichtige Teil der letztwilligen Verfügung in anderer wirksamer Form aufrechterhalten werden kann; gegebenenfalls hätte das Beschwerdegericht im Weg der ergänzenden Testamentsauslegung untersuchen müssen, was der Erblasser verfügt hätte, wenn ihm die Unwirksamkeit seiner letztwilligen Verfügung bekannt gewesen wäre (vgl. Wöhrmann, Landwirtschaftsrecht 2. Aufl. § 16 Rdn. 4). Für diesen Fall gewinnt die schon in der Tatsacheninstanz aufgestellte Behauptung der Beteiligten zu 2) und 3) Bedeutung, es widerspreche "dem klar geäußerten letzten Willen ihres Vaters", daß die Beteiligte zu 1) - alleinige - Hofnacherbin sein sollte. Der Tatrichter hat bei Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung insoweit seiner Aufklärungs- und Ermittlungspflicht nicht genügt. Die Ermittlungen sind soweit auszudehnen, bis der Sach-

verhalt vollständig aufgeklärt ist, und erst dann abzuschließen, wenn von weiteren Ermittlungen ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist (Senatsbeschluß vom 25. Mai 1966 - V BLw 4/66, RdL 1966, 204, 206). Schon aus diesen Gründen kann die angefochtene Entscheidung nicht bei Bestand bleiben.

D) Indessen begegnet der angefochtene Beschluß auch folgenden materiell-rechtlichen Bedenken.

Der einst Erich T. [REDACTED] gehörende Grundbesitz war kein Erbhof. Ein Hof im Sinne des § 1 HöfeO könnte der Besitz erst zwei Jahre nach dem Anfall der Erbschaft an die Witwe des Erblassers mit dem Inkrafttreten der Höfeordnung am 24. April 1947 geworden sein. Es handelte sich um eine landwirtschaftliche Besitzung mit einer zur Bewirtschaftung geeigneten Hofstelle, die sich im Alleineigentum einer natürlichen Person befand und deren steuerlicher Einheitswert mehr als 10 000 DM betrug. Daran hätte der Umstand nichts geändert, daß die Witwe des Erblassers nach Auffassung des Tatrichters nur seine - alleinige - Vorerbin war. Auch der Vorerbe ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 2100 ff) Eigentümer der zum Nachlaß gehörenden Sachen, wenn der Vorerbe auch gewissen Beschränkungen in der Verfügung über Grundstücke unterworfen ist (aA Faßbender, NJW 1966, 1062, 1063 f; Rötzelmann, DNotZ 1969, 415, 417). Daß die Höfeordnung auf einen Sachverhalt, wie er nach tatrichterlicher Feststellung hier gegeben ist, nicht angewendet werden kann, ergibt sich jedoch aus folgenden Gründen.

Die Besitzung Erich Tgahrts stand im Zeitpunkt seines Todes in seinem freien Eigentum. Mit dem Erbfall wurde seine Vorerbin zwar wahre Erbin. Ihr Erbrecht war aber zeitlich beschränkt und durch den "Voranfall" der Nacherbschaft "gleichsam belastet" (vgl. Palandt, BGB 30. Aufl. § 2100 Anm. 3; ferner Bartholomeyczik, Erbrecht 9. Aufl. S. 278; Planck, BGB 4. Aufl. vor § 2100 Anm. 4 b). Die Nacherben erwarben beim Erbfall bereits ein gegenwärtiges, unentziehbares und unbeschränkbares, vererbliches und übertragbares Anwartschaftsrecht (vgl. BGHZ 37, 319, 325; Staudinger, BGB 11. Aufl. Anm. 3 vor § 2100 BGB). Ihnen war alles "verfangen", was zur Erbschaft gehörte (vgl. Kipp/Coing, Erbrecht 12. Aufl. § 50 I 1 und § 49 1). Diese Rechtsstellung hatten sie unzweifelhaft bis zum Inkrafttreten der Höfeordnung am 24. April 1947 inne. Wollte man nun in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des § 1 HöfeO als erfüllt ansehen und Höferecht anwenden, würde sich die Hoferbfolge nach §§ 4 ff HöfeO richten: Es könnte beim Eintritt des Nacherbfalles nur noch einer der Nacherben den Hof erben. Den beiden anderen Nacherben wäre das Anwartschaftsrecht hinsichtlich des Hofes entzogen. Eine Entschädigung dafür sieht die Höfeordnung nicht vor. Es wirft sich daher die Frage auf, ob ein so schwerwiegender Eingriff in erworbene Rechte vom Gesetzgeber der Höfeordnung gewollt war.

Vor- und Nacherben sind wahre Erben desselben Erblassers und ein- und derselben Erbschaft (BGHZ 3,

254, 255). Grundsätzlich richten sich Vor- und Nacherbfolge nach dem Recht, das für den Erbfall gegolten hat (vgl. OLG Celle, NdsRpfl 1950, 71, 72; Staudinger aaO Einl. vor § 2064 Rdn. 17, 18). Die letztgenannte Rechtsauffassung herrschte nicht im Geltungsbereich des Reichserbhofgesetzes. Zwar besagte § 57 Abs. 2 REG, daß das Gesetz (nur) Wirkung für die Erbfälle hatte, die nach dem 1. Oktober 1933 eintraten (vgl. Vogels, REG 4. Aufl. § 57 Rdn. 10). Der Gesetzgeber hatte aber in § 68 Abs. 2 der 1.DV-REG und später in § 51 EHRV ausdrücklich angeordnet, daß die Entstehung eines Erbhofs nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß die Besitzung dem Eigentümer nur als Vorerben gehöre und daß beim Eintritt der Nacherbfolge der Erbhof demjenigen als Anerben anfalle, der Anerbe wäre, wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Falles der Nacherbfolge verstorben wäre. Das Kontrollratsgesetz Nr. 45 hat diesen Rechtsstandpunkt mit Wirkung vom 24. April 1947 beseitigt. Die Höfeordnung weist dem § 51 EHRV gleiche oder ähnliche Bestimmungen nicht auf. Schon das spricht dafür, daß der damalige Gesetzgeber jene ihm bekannte Regelung des Reichserbhofgesetzes jedenfalls für Besitzungen, die keine Erbhöfe waren, nicht einführen wollte (vgl. Herminghausen, DNotZ 1960, 345, 346 und Faßbender, NJW 1966, 1062). Wie Herminghausen aaO S. 347 mit Recht bemerkt, wird diese Auffassung durch die Behandlung einer anderen erbhofrechtlichen Vorschrift gestützt. Gemäß § 52 EHRV erlangte auch eine Besitzung, die dem Eigentümer teils als Volleigentümer und teils als Vorerbe gehörte, Erbhofeigenschaft.

Der Senat hat hierzu in seiner Entscheidung vom 9. Oktober 1951 - V BLw 25/50 (NJW 1952, 423) festgestellt, der aus Vorerben- und Vollerbeigentum zusammengesetzte Erbhof sei über die zeitliche Geltung des Erbhofrechts hinaus nicht den besonderen Erbfolgevorschriften des § 52 EHRV unterstellt worden; da es in der Höfeordnung insoweit an Sondervorschriften für die Vererbung fehle, vererbten sich die einzelnen Teile des Hofes verschieden. Bedenkt man, daß die Normierungen in den §§ 51 und 52 EHRV in engem Zusammenhang stehen, liegt es nahe, das Schweigen der Höfeordnung zu einer Regelung, wie sie in § 51 EHRV getroffen war, so auszulegen, daß der letzte Wille des Erblassers verwirklicht wird.

Im Hinblick auf die bei Inkrafttreten der Höfeordnung den Nacherben erwachsene Rechtsstellung erfordert die Annahme, daß diese Position wieder entfallen sein soll, eine klare Grundlage im Gesetz; sie findet angesichts der Schwere des Eingriffs im Schweigen des Gesetzes keine ausreichende Rechtfertigung. Allein dieses Ergebnis kann aus rechtsstaatlicher Sicht vom Willen des Gesetzgebers der Höfeordnung getragen sein (vgl. Herminghausen aaO S. 348).

Wöhrmann (RdL 1968, 225, 226 f) meint demgegenüber, die Testierfreiheit des Erblassers müsse in einem Fall wie dem vorliegenden den im öffentlich-rechtlichen Interesse erlassenen zwingenden Vorschriften des Höferechts weichen (vgl. auch Palandt, BGB 30. Aufl. § 2111 Anm. 6 und Scheyhing, HöfeO § 1

Rdn. 9). Er hält dem hier vertretenen Standpunkt entgegen, mit ihm werde "die Rechtsstellung der Nacherben doch wohl überschätzt"; sie hätten bis zum Eintritt des Nacherbfalls noch kein Eigentum oder eine eigentumsähnliche Stellung erworben, "sondern höchstens eine Anwartschaft". Damit verkennt er aber den Gehalt der den Nacherben zugewachsenen Rechtsposition, wie sie vorstehend dargelegt ist. Vor dem Erbfall hat der Nacherbe nicht mehr als eine Hoffnung, künftig nach dem Vorerben Erbe des Erblassers zu werden. Nach dem Erbfall besitzt der Nacherbe aber ein Recht, das nur noch durch eine gesetzliche Bestimmung entzogen werden kann. Im übrigen setzt die Auffassung Wöhrmanns ohne überzeugende Begründung den Willen des Erblassers außer Kraft.

Im Beschluß vom 17. Dezember 1952 - V BLw 6/52, RdL 1953, 107 = MDR 1953, 220) hat der Senat allerdings die Ansicht vertreten, daß für den Nacherbfall die Vorschriften der Höfeordnung maßgebend sind, wenn für die Vererbung einer landwirtschaftlichen Besitzung bei Eintritt des Vorerbfalls das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs galt und der Nacherbfall bei dieser inzwischen Hof im Sinne der Höfeordnung gewordenen Besitzung unter der Geltung der Höfeordnung eintritt (vgl. ferner die Beschlüsse des Senats vom 17. November 1953 - V BLw 55/53, RdL 1954, 78 und vom 13. Mai 1965 - V BLw 44/64, RdL 1965, 176, 177). Wie das Oberlandesgericht aber zutreffend bemerkt, war nach dem jener Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt der Hof Erbhof gewesen (vgl.

§ 51 EHRV); er war in der Erbhöferolle eingetragen und auf Grund des § 19 Abs. 1 HöfeO mit deren Inkrafttreten am 24. April 1947 unwiderlegbar ein Hof im Sinne der Höfeordnung geworden (vgl. Faßbender aaO S. 1063 und DNotZ 1969, 308, 310). Auf diese Umstände hat der Senat bei der Würdigung in den Gründen der Entscheidung vom 17. Dezember 1952 ausdrücklich hingewiesen. So liegt es aber im vorliegenden Fall nicht; die Erich T. [REDACTED] gehörende Besitzung war kein Erbhof; § 19 Abs. 1 HöfeO greift nicht Platz. Eine dieser Bestimmung entsprechende Regelung für Nicht-Erbhöfe fehlt aber in der Höfeordnung.

Nach alledem ist festzustellen, daß die Höfeordnung auf den vom Tatrichter gewürdigten Sachverhalt keine Anwendung findet (im Ergebnis ebenso Herminghausen, Faßbender aaO; Rötelsmann, NJW 1969, 1945 f). § 37 Abs. 4 S. 2 LV0 steht nicht entgegen; er bezieht sich auf die sachlichen Voraussetzungen der Hofeigenschaft und nicht auf die Frage, ob ein diese Voraussetzungen an sich erfüllendes Besitztum vom Höferecht überhaupt erfaßt wurde. Es bedarf keiner Prüfung der von der Rechtsbeschwerde aufgeworfenen Frage mehr, ob die Rechtsanwendung des Beschwerdegerichts gegen Art. 14 des - mit Ablauf des Tages der Verkündung, des 23. Mai 1949, in Kraft getretenen - Grundgesetzes verstößt und eine verfassungskonforme Auslegung der Höfeordnung der Rechtsbeschwerde ebenfalls zum Erfolg verhelfen müßte.

III.

Somit muß die angefochtene Entscheidung aufgehoben werden. Der Senat vermag aber den Sachverhalt noch nicht abschließend zu beurteilen. Die Beteiligte zu 1) hat in der Rechtsbeschwerdebeantwortung unter Wiederholung ihres entsprechenden Vorbringens in der Tatsacheninstanz (Schriftsatz vom 3. Januar 1969 Bl. 21 f) angeführt, der Erblasser Erich T. habe sicher nicht "die reale Aufteilung Manhagens durch seine Kinder oder einen Verkauf des Anwesens gegebenenfalls im Wege der Zwangsversteigerung gemäß §§ 180 ff ZVG" gewollt; das komme auch in seinem Testament vom 28. März 1944 zum Ausdruck; das eine oder das andere wäre aber die unausweichliche Folge, wenn das Anwesen an alle drei Erben als Gesamthandsgemeinschaft fiele. Diesen Vortrag hat der Tatrichter noch nicht in seiner Bedeutung für eine Auslegung des Testaments erörtert, die nach Meinung der Beteiligten zu 1) zur Erhaltung des Anwesens in der Hand eines Kindes führen muß. Da vom Ergebnis der hierauf zu richtenden Ermittlungen die Anwendbarkeit des Höferechts (wenn etwa Vor- und Nacherbschaft vom Erblasser in Wirklichkeit nicht angeordnet war) und die endgültige Beurteilung des Falles abhängt, ist die Sache zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen. Damit erhalten die Beteiligten zu 2) und 3) auch Gelegenheit, ihren im ersten Rechtszug gestellten Feststellungsantrag weiterzuverfolgen, daß die Besitzung des Erblassers mit dem Inkrafttreten der Höfeordnung und später kein Hof geworden ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 33, 34 LwVG
in Verbindung mit § 131 KostO.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Grell