

1. 1. Steht im Falle der Aufhebung der Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten dessen Erben ein Recht zur Übernahme von Gegenständen gemäß § 1477 Abs. 2 BGB. gegenüber dem überlebenden Ehegatten zu?

2. Ist der von dem verstorbenen Ehegatten ernannte Testamentvollstrecker zur Ausübung des Übernahmerechts befugt?

3. Inwieweit unterliegt die Bestimmung des Zeitpunkts für die Ausübung des Übernahmerechts dem Ermessen des Testamentvollstreckers?

IV. Zivilsenat. Urtr. v. 2. März 1914 i. S. E. (Bekl.) und E. (Nebeninterv.) w. E. Testamentvollstr. (Kl.). Rep. IV. 635/13.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der am 12. November 1909 in Hamburg verstorbene Rentner E. hatte mit der Beklagten, seiner von ihm unter der Herrschaft des alten hamburgischen Rechtes von Tisch und Bett geschiedenen Ehefrau, bis zu seinem Tode in Gütergemeinschaft gelebt. In seinem Testamente hat er die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausgeschlossen, die Ehefrau auf den Pflichtteil gesetzt, eine Anzahl Vermächtnisse angeordnet, das Fräulein N., jetzt Frau U., zur Hälfte und seine beiden Töchter, Frau S. und Frau V., zu je einem Viertel als Vorerven eingesetzt, auf den Erbteil der Frau U. die von ihm ins Leben gerufene E.'sche historische Kunststiftung, auf die Erbteile der Töchter deren Nachkommenschaft als Nacherben berufen und schließlich eine Testamentvollstreckung angeordnet. Den Testamentvollstreckern, zu denen die Kläger an erster Stelle ernannt sind, ist der Auftrag erteilt worden, das Gesamtgut zu „konstituieren“, die Frauenhälfte an

die Witwe auszuantworten, die Pflichtteile auszuführen, die Vermächtnisse auszuführen und den Rest des Nachlasses dauernd bis zur Ausantwortung an die Nacherben zu verwalten. Der Frau A. ist ein von dem Erblasser in die Ehe eingebrachtes Grundstück als Vorausvermächtnis zugewiesen und dabei bestimmt worden, das Grundstück sei von den Testamentvollstreckern unmittelbar nach dem Tode des Erblassers an die Vermächtnisnehmerin aufzulassen.

Die Testamentvollstrecker wurden auf die Klage der Frau A. rechtskräftig verurteilt, bei der von ihnen hinsichtlich des Gesamtguts der Eheleute E. vorzunehmenden Auseinandersetzung mit der Witwe C. der Frau A. das Eigentum an dem Grundstück mit den im Testament angegebenen Beschränkungen zu verschaffen. Die Witwe C. lehnte das Verlangen der Testamentvollstrecker, ihren Anteil an dem Grundstück gegen Ersatz der Hälfte des Grundstückswerts auf die Erben zu übertragen, ab, und die Testamentvollstrecker haben darauf gegen sie den Klagerweg beschritten, indem sie ihren Anspruch auf § 1477 Abs. 2 BGB. stützten. Die Beklagte bestritt die Aktivlegitimation der Testamentvollstrecker zur Geltendmachung des Anspruchs aus § 1477 Abs. 2 BGB. und wendete ein, der Anspruch könne zurzeit nicht erhoben werden, weil die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts noch nicht erfolgt und die Gesamtgutsverbindlichkeiten noch nicht erfüllt seien. Das Landgericht verurteilte die Beklagte, den Klägern als den Testamentvollstreckern des E. ihren Halbanteil an dem Grundstück gegen Zahlung von 190 000 M abzüglich der halben Beschwörung zu übertragen und die alleinige Verfügung der Testamentvollstrecker über das Grundstück zu dulden. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten und der Frau E., die ihr als Nebenintervenientin beigetreten war, zurück. Die Revisionen der Beklagten und der Frau E. sind zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

„1. Die Aktivlegitimation der klagenden Testamentvollstrecker ist von der Beklagten bestritten worden, weil es sich bei dem im § 1477 Abs. 2 BGB. bestimmten Übernahmerecht um ein höchstpersönliches Recht handle, das, wenn es überhaupt auf die Erben des Ehegatten übergehe, von ihnen nur persönlich und keinesfalls gegen ihren ausdrücklich erklärten Willen von den Testamentvoll-

stredern ausgeübt werden könne. Das Berufungsgericht hat diesen Einwand aus folgenden Erwägungen verworfen. Den Erben sei durch die Anordnung des Vermächtnisses, das die Verschaffung eines zum Gesamtgute gehörenden Grundstücks zum Gegenstande habe, die Ausübung des im § 1477 Abs. 2 bestimmten Übernahmerechts vom Erblasser letztwillig zur Pflicht gemacht. Daraus ergebe sich, daß die Testamentsvollstrecker, die kraft ihres Amtes die den Erben als Rechtsnachfolgern des Erblassers obliegenden, zum Nachlasse gehörenden Pflichten zu erfüllen gehalten seien, kraft ihres Amtes nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet seien, das Grundstück durch Ausübung des Übernahmerechts zum Nachlasse zu ziehen und so das Vermächtnis zur Ausführung zu bringen.

Von beiden Revisionsklägerinnen wird hiergegen geltend gemacht, der Erblasser habe die Ausübung des höchstpersönlichen Übernahmerechts den Testamentsvollstreckern nicht wirksam übertragen können, jedenfalls müsse aber im Verhältnis zu der Beklagten die Weigerung der Erben zur Übernahme des Grundstücks der gegenteiligen Erklärung der Testamentsvollstrecker vorgehen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind allerdings nicht ausreichend, die angeregten Bedenken gegen die Aktivlegitimation der Testamentsvollstrecker zu entkräften. Zunächst folgt aus der Anordnung des Vermächtnisses noch nicht, daß die Erben zur Ausübung des Übernahmerechts gemäß § 1477 Abs. 2 BGB. verpflichtet werden sollten. Dem Erblasser kam es lediglich darauf an, daß Fräulein A. das Grundstück erhalten sollte. Die Testamentsvollstrecker sind von ihm demgemäß auch nur angewiesen worden, dem Fräulein A. das Grundstück aufzulassen. Darüber, auf welche Weise sie sich zur Ausführung dieser Anordnung in den Stand zu setzen hatten, enthält das Testament keine Bestimmung. Der Erblasser hat entweder irrtümlicherweise angenommen, daß die Testamentsvollstrecker auf Grund seiner Anordnung ohne weiteres zur Verfügung über das Grundstück berechtigt seien, wofür seine Bestimmung spricht, daß das Grundstück unmittelbar nach seinem Tode an die Vermächtnisnehmerin aufgelassen werden solle, oder er hat den Testamentsvollstreckern den Weg, auf dem sie der Vermächtnisnehmerin das Eigentum an dem Grundstücke verschaffen würden, überlassen wollen. Es muß daher untersucht werden, ob das Übernahmerecht

aus § 1477 Abs. 2 BGB. zum Nachlasse gehört und als solches der Verfügung der Testamentsvollstrecker unterliegt oder ob dies etwa, wie die Revisionen meinen, wegen der Eigenschaft dieses Rechtes als eines höchstpersönlichen Rechtes des Erblassers oder der Erben zu verneinen ist. Diese Untersuchung erübrigt sich aber auch dann nicht, wenn mit dem Berufungsgericht anzunehmen wäre, daß der Erblasser den Erben den Erwerb des Grundstücks im Wege des § 1477 Abs. 2 hat aufgeben und die Testamentsvollstrecker zur Ausübung des Übernahmerechts an Stelle der Erben hat ermächtigen und verpflichten wollen. Denn wenn das Übernahmerecht überhaupt nicht zum Nachlasse gehörte oder seine Ausübung doch von der persönlichen Entschliehung der Erben abhängig wäre, so würde seine Ausübung den Testamentsvollstreckern nicht wirksam haben übertragen werden können. Die Testamentsvollstrecker würden alsdann zur Geltendmachung des Übernahmerechts gegenüber der Beklagten nicht berechtigt sein, es würde sich vielmehr nur fragen, ob sie auf Grund des § 2208 Abs. 2 BGB. die Erben im Klagewege zur Ausübung des Übernahmerechts anhalten könnten.

a) Die Frage nach der höchstpersönlichen Natur des im § 1477 Abs. 2 bestimmten Übernahmerechts kann nicht im Sinne der Revisionsklägerinnen entschieden werden. Das jedem Ehegatten beigelegte Recht, gewisse zum Gesamtgute gehörende Gegenstände bei der Teilung gegen Ersatz des Wertes zu übernehmen, enthält eine Änderung der im übrigen auf die Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten für anwendbar erklärten allgemeinen Teilungsgrundsätze. Sie wird in den Motiven (Bd. 4 S. 415) durch Rücksichten der Billigkeit und die besonderen Verhältnisse der Gütergemeinschaft gerechtfertigt, bei der die Gatten regelmäßig auf eine dauernde Vereinigung des beiderseitigen Vermögens für ihre Lebenszeit rechneten. Daß dieses Recht kein höchstpersönliches, unveräußerliches und unvererbliches Recht sein sollte, hat in den Motiven klaren Ausdruck gefunden. Es wird dort in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung als selbstverständlich bezeichnet, daß das jedem der Gatten beigelegte Recht auch ihren etwaigen Rechtsnachfolgern, insbesondere den Erben, zustehe; ein hinreichender Grund für eine entgegengesetzte positive Bestimmung ist verneint worden, weil namentlich die Erben des Ehegatten ein Interesse daran haben könnten, die betreffenden

Gegenstände zu übernehmen und ihrer Familie zu erhalten (Mot. Bd. 4 S. 415). In der Kommissionsberatung wurde der Antrag gestellt, zu bestimmen, daß das Recht nicht auf die Erben übergehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt aus folgenden Erwägungen. Der Übergang des Anspruchs auf Übernahme gewisser Gegenstände auf die Erben sei in allen Fällen, wo Kinder oder Angehörige der Familie, aus welcher der zu übernehmende Gegenstand stamme, in Frage ständen, sicher nur zu billigen, namentlich da die zu übernehmenden Gegenstände oft nur für Angehörige Wert hätten, anderseits es sich auch um Grundstücke, die der Familie erhalten werden sollten usw. handele. Aber auch wenn Nichtverwandte, etwa Erbschaftskäufer, in Betracht kämen, sei kein Grund vorhanden, das Recht auf Übernahme auszuschließen (Mugdan, Materialien Bd. 4 S. 828). Wenn hiernach aus den Gesetzesmaterialien auch hervorgeht, daß für die Festsetzung des Übernahmerechts und für die Nichtausschließung seiner Übertragbarkeit im wesentlichen das Interesse des Ehegatten selbst und seiner Familie an der Erhaltung gewisser Gegenstände bestimmend gewesen ist, so erhellt doch anderseits mit aller Deutlichkeit, daß daraus kein Anlaß hat entnommen werden sollen, die Ausübung dieses Rechtes auf einen bestimmten Personenzreis zu beschränken, daß es vielmehr auf alle Rechtsnachfolger des Ehegatten ohne Rücksicht auf ein bestehendes Verwandtschaftsverhältnis hat übergehen und auch außerhalb des Weges der Erbfolge, z. B. im Wege des Erbschaftskaufs hat übertragbar sein sollen. Dieser Standpunkt hat auch im Gesetze selbst hinreichenden Ausdruck gefunden. Die §§ 1474 bis 1477 BGB. regeln die Art der Auseinandersetzung für alle Fälle der Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft und gelten insbesondere auch für den im § 1482 vorgesehenen Fall, daß die Gütergemeinschaft durch den Tod des einen Ehegatten erndigt und die Auseinandersetzung zwischen seinen Erben und dem überlebenden Ehegatten erfolgt. Hätte für diesen Fall etwas Abweichendes gelten, namentlich das Übernahmerecht des § 1477 Abs. 2 für die Erben des verstorbenen Gatten ausgeschlossen sein sollen, so würde diese Abweichung in gleicher Weise, wie es durch die §§ 1478, 1479 für die dort vorgesehenen besonderen Fälle geschehen ist, durch eine besondere Vorschrift festgesetzt worden sein. Das kann um so weniger bezweifelt werden, als das Gesetz für den Fall der Auseinander-

setzung nach beendeter fortgesetzter Gütergemeinschaft in Ansehung des dem überlebenden Ehegatten durch § 1502 Abs. 1 eingeräumten bedeutend weitergehenden Übernahmerechts einen ausdrücklichen Ausspruch, daß dieses Recht nicht auf die Erben übergehe, für notwendig erachtet und anderseits im § 1502 Abs. 2 für den dort vorgesehenen Fall den Eintritt des dem verstorbenen Gatten nach § 1477 Abs. 2 zustehenden Übernahmerechts für die anteilsberechtigten Abkömmlinge anerkannt hat.

b) Ist hiernach davon auszugehen, daß durch § 1477 Abs. 2 BGB. kein höchstpersönliches Recht des Ehegatten oder seiner Erben hat festgesetzt, sondern bei der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft dem Anspruch auf Auseinandersetzung eine in gewissen Beziehungen von den allgemeinen Teilungsgrundsätzen abweichende Gestaltung seines Inhalts hat gegeben werden sollen, so erweist sich der Einwand der mangelnden Aktiolegitimation der klagenden Testamentsvollstrecker als unbegründet. Der Anteil des Erblassers am Gesamtgute gehört nach § 1482 BGB., da nach den maßgebenden Vorschriften des hamburgischen Rechtes der Erblasser die fortgesetzte Gütergemeinschaft wirksam ausgeschlossen hat, zu seinem Nachlasse. Daraus ergibt sich, daß auch der Anspruch auf Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts zum Nachlasse gehört und demgemäß der Verfügung der Testamentsvollstrecker unterliegt, denen der Erblasser die Vornahme der Auseinandersetzung zwischen den Erben, die Erfüllung der angeordneten Vermächnisse und die Verwaltung der einzelnen Erbteile während der Dauer der Vorerbschaft aufgetragen hat und die daher in erster Linie zu allen der Feststellung des Nachlassbestandes dienenden Maßnahmen als berechtigt gelten müssen. Die Testamentsvollstrecker sind demnach zur Ausübung aller sich aus dem Auseinandersetzungsanspruch ergebenden Befugnisse und mithin auch des Übernahmerechts aus § 1477 Abs. 2 BGB. berechtigt. Dies würde nur dann nicht der Fall sein, wenn anzunehmen wäre, daß sie dieses Recht nach dem Willen des Erblassers nicht haben sollen (§ 2208 Abs. 1 BGB.). Ein derartiges Bedenken gegen die Verfügungsmacht der Testamentsvollstrecker besteht indessen nicht und würde insbesondere auch nicht daraus herzuleiten sein, daß die Testamentsvollstrecker die Übernahme des Grundstücks aus dem Gesamtgute nur gegen Zahlung des Wertes des Grundstücks fordern können,

sie also möglicherweise Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen müssen. Denn der Auftrag des Erblassers zur Erfüllung eines Verschaffungsvermächtnisses enthält regelmäßig auch die nach § 2207 wirksame Ermächtigung für die Testamentsvollstrecker, die zu dem Erwerbe des Vermächtnisgegenstandes unumgänglichen Verpflichtungen für den Nachlaß einzugehen. Sind aber die Testamentsvollstrecker auf Grund der ihnen vom Erblasser erteilten Machtbefugnisse zur Vertretung des Nachlasses bei der Auseinandersetzung hinsichtlich des Gesamtguts berechtigt, so sind sie auch bei der Ausübung der hiermit verbundenen Befugnisse nicht an die Zustimmung der Erben gebunden. Die Erben können über die der Verwaltung der Testamentsvollstrecker unterliegenden Rechte nicht verfügen und sie nicht gerichtlich geltend machen (§§ 2211, 2212 BGB.), ihr Widerspruch vermag die Testamentsvollstrecker an der Geltendmachung der zum Nachlasse gehörenden Rechte nicht zu hindern, eine schuldhafte Verletzung der den Testamentsvollstreckern obliegenden Verpflichtung zur Wahrnehmung der Interessen der Erben kann für diese vielmehr nur gemäß § 2219 BGB. einen Schadensersatzanspruch gegen die Testamentsvollstrecker begründen und unter Umständen einen Antrag auf Entlassung der Testamentsvollstrecker rechtfertigen (§ 2227 BGB.). Die Tatsache, daß die neben der Frau A. als Erben eingesezten Töchter des Erblassers der Übernahme des in Rede stehenden Grundstücks aus dem Gesamtgut in die Nachlassmasse widersprochen haben, ist daher nicht geeignet, den Einwand der Beklagten gegen die Aktivlegitimation der Testamentsvollstrecker zur Ausübung des Übernahmerechts zu rechtfertigen. Das Berufungsgericht hat vielmehr diesen Einwand, wenn auch mit unzulänglicher Begründung, so doch im Ergebnis mit Recht verworfen.

2. Die Beklagte hat der Klage den Einwand entgegengesetzt, daß die Ausübung des Übernahmerechts aus § 1477 Abs. 2 BGB. nur nach Tilgung der Gesamtgutsverbindlichkeiten bei der Teilung statthaf sei, bisher aber weder die Gesamtgutsverbindlichkeiten getilgt seien, noch die Teilung in die Wege geleitet sei. Das Berufungsgericht hat im Anschluß an die Ausführungen in den Motiven (Bd. 4 S. 415) und in dem Urteile des Reichsgerichts vom 9. Februar 1910 (RGZ. Bd. 73 S. 41) angenommen, daß die Befugnis aus § 1477 Abs. 2 erst bei der Teilung ausgeübt werden könne,

jedoch den Einwand der Beklagten zurückgewiesen, weil die Befreiung des als Vermächtnis ausgelegten Grundstücks vom Miteigentumsrechte der Beklagten, die mit der Klage erstrebt werde, nichts anderes als ein Akt der Auseinandersetzung sei, deren Abwicklung hinsichtlich der Reihenfolge der einzelnen Geschäfte der freien Bestimmung der zu ihr berufenen Testamentsvollstrecker überlassen bleibe. Diese von beiden Revisionen bekämpften Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Zu beanstanden ist zunächst die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Testamentsvollstrecker zur Vornahme der Auseinandersetzung berufen seien, bei der die Ausübung des Übernahmerechts aus § 1477 Abs. 2 in Frage komme. Durch den Tod des Erblassers ist eine zweifache Auseinandersetzung notwendig geworden: zunächst die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts der bisher bestehenden ehelichen Gütergemeinschaft mit dem Ziele, festzustellen, was von dem Gesamtgute der Witwe C. zwecks Befriedigung wegen ihres Anteils und was dem Nachlaß auf den dazu gehörigen Anteil des Erblassers zufällt, sodann die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses mit dem Ziele, die letztwilligen Anordnungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Für die Ausübung des Übernahmerechts aus § 1477 Abs. 2 kommt nur die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts in Betracht, die begrifflich der Erbauseinandersetzung vorausgehen muß, weil sich bei ihrer Vornahme erst ergibt, welche einzelnen Vermögenswerte für die Ausführung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers zur Verfügung stehen. Den Testamentsvollstreckern liegt kraft ihres Amtes nur die Bewirkung der Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses ob (§ 2204 BGB.), bei der sie, ohne an die Wünsche oder die Zustimmung der Beteiligten gebunden zu sein, die Anordnungen des Erblassers nach pflichtmäßigem Ermessen zur Ausführung zu bringen haben (§ 2203 BGB.). Diese Machtbefugnis der Testamentsvollstrecker erstreckt sich auf alle Gegenstände, die auf Grund der Teilung des Gesamtguts zur Nachlassmasse fließen. Dagegen ist die Stellung, welche die Testamentsvollstrecker bei der Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts einnehmen, eine wesentlich beschränktere. Sie haben hierbei nur insoweit mitzuwirken, als der Nachlaß am Gesamtgute beteiligt ist. Die Auseinandersetzung selbst können sie nicht nach eigenem



Erkennen, sondern nur in Gemeinschaft mit der Beklagten vornehmen, die als Teilhaberin am Gesamtgut ihnen selbständig und gleichberechtigt gegenübersteht und in dieser Eigenschaft in ihren Rechten durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht beschränkt ist. Der Erblasser hat zwar anscheinend im § 5 des Testaments den Vollstreckern auch die Feststellung und Teilung des Gesamtguts übertragen wollen. Diese Anordnung vermag aber der Beklagten gegenüber keine Wirksamkeit zu äußern, da deren Anteil am Gesamtgute nicht zum Nachlasse des Erblassers gehört, auf den allein sich seine Befugnis zum Erlasse letztwilliger Anordnungen erstreckt hat. Es ist also nicht richtig, daß die Testamentsvollstrecker, wie das Berufungsgericht annimmt, zur Bewirkung der für das Übernahmerecht des § 1477 Abs. 2 in Betracht kommenden Auseinanderetzung berufen seien. Daraus ergibt sich aber ferner die Unhaltbarkeit der Ansicht, daß die Abwicklung dieser Auseinanderetzung hinsichtlich der Reihenfolge der einzelnen Akte der freien Bestimmung der Testamentsvollstrecker unterliege. Die Testamentsvollstrecker haben auch in dieser Hinsicht der Beklagten gegenüber keine weitergehenden Befugnisse, als sie die Erben haben dürften, wenn keine Testamentsvollstreckung stattfände.

Sind hiernach die Gründe, aus denen das Berufungsgericht die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Übernahmerechts als gegeben angesehen hat, nicht zu billigen, so ist doch die Entscheidung auch in dieser Beziehung im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Das Recht, die Auseinanderetzung zu betreiben, steht nach der Aufhebung der Gütergemeinschaft jedem Teilhaber zu. Die Testamentsvollstrecker waren daher sofort nach ihrem Amtsantritt dazu berechtigt. Der Regel nach ist bei der Auseinanderetzung derart zu verfahren, daß zunächst die Gesamtverbindlichkeiten getilgt werden und hierfür das Gesamtgut, soweit erforderlich, in Geld umgesetzt wird, daß der danach verbleibende Überschuß zur Verteilung gebracht wird und daß dabei geltend gemachte Rechte zur Übernahme einzelner Gegenstände berücksichtigt werden (§§ 1475, 1476 BGB.). Wenn hiernach auch, wie in dem Urteile des Reichsgerichts vom 9. Februar 1910 (RGZ. Bd. 73 S. 41) näher dargelegt ist, das Übernahmerecht nur an dem nach der Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verbleibenden Überschusse geltend gemacht werden

darf, so ist doch andererseits nicht unbedingt erforderlich, daß sämtliche Gesamtgutsverbindlichkeiten bereits tatsächlich getilgt sein müssen. Das Gesetz erkennt selbst an, daß die Erfüllung sämtlicher Gesamtgutsverbindlichkeiten keine notwendige Voraussetzung der Teilung ist, indem es im § 1475 Abs. 1 Satz 2 bei dem Vorhandensein streitiger oder noch nicht fälliger Gesamtgutsverbindlichkeiten die Zurückbehaltung des zur Berichtigung Erforderlichen vorschreibt und damit für genügend erklärt. Die Ausübung des Übernahmerechts muß hiernach für zulässig erachtet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, daß der nach der Ausschreibung der zu übernehmenden Gegenstände verbleibende Teil des Gesamtguts zur Berichtigung aller Gesamtgutsverbindlichkeiten ausreicht, daß es mithin zur Schuldentilgung der Verschilberung der Gegenstände, deren Herausgabe ein Teilhaber auf Grund des § 1477 Abs. 2 verlangt, nicht bedarf. Der andere Teil ist nicht berechtigt, diesem Verlangen mit der Begründung entgegenzutreten, daß er gerade die Verschilberung dieser Gegenstände zur Beschaffung der zur Schuldentilgung nötigen Barmittel beanspruche. Das Recht des Teilhabers, die Versteigerung der zum Gesamtgute gehörenden Gegenstände zu betreiben, reicht dem Übernahmerechte des anderen Teilhabers gegenüber nur so weit, als die Verschilberung des Gesamtguts für die Tilgung der Gesamtgutsverbindlichkeiten erforderlich ist (§ 1475 Abs. 3 BGB.), und das ist insoweit nicht der Fall, als andere Gesamtgutsgegenstände zur Verschilberung zur Verfügung stehen. Der Senat hält demnach an seiner in dem Urteile vom 2. November 1911 (IV. 59/11) ausgesprochenen Ansicht fest, daß das Übernahmerecht dem Rechte des anderen Teilhabers, die Versteigerung zu betreiben, nicht nachzustehen hat. Ebenjowenig vermag der Umstand, daß der Durchführung der Teilung in Ansehung des dafür verfügbaren Überschusses zufolge Streitigkeiten zwischen den Teilhabern oder aus sonstigen Gründen Hindernisse entgegenstehen, eine Einrede gegen die Geltendmachung des Übernahmerechts zu begründen. Eine Vorschrift, daß das Übernahmerecht erst bei dem Abschlusse der Teilung ausgeübt werden könnte, besteht nicht, die Ausübung dieses Rechtes, die nur gegen Ersatz des Wertes der Übernahmestücke zur Teilungsmasse geschehen kann, dient vielmehr in gleicher Weise wie ein teilungshalber vorgenommener Verkauf der Vorbereitung der endgültigen Teilung und kann daher dieser vorausgehen. Den eigent-

lichen Gegenstand der Teilung bildet nicht das Übernahmestück, sondern der für seine Übernahme an die Teilungsmasse zu entrichtende Preis. Sobald die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§ 1475, 1476 BGB. zu einer Teilung unter die Teilhaber am Gesamtgute geschritten werden darf, kann auch die Ausantwortung der im § 1477 Abs. 2 bezeichneten Gegenstände an den Übernahmehberechtigten gegen Ersatz des Wertes gefordert werden.

Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Tatbestand ist das Begehren der klagenden Testamentsvollstrecker auf Überlassung des bezeichneten Grundstücks nicht zu beanstanden.“  
(Wird näher ausgeführt.)