

auch bei anderen Verhältnissen, z. B. bei Lebensversicherungsverträgen, vorkommen könnten, doch nicht abschneiden.

Die Mehrheit der Komm. war dagegen der Ansicht, daß es geboten sei, den §. 1764 aufrechtzuerhalten. Sachlich sei die aufgestellte Regel für die regelmäßigen Fälle als richtig anzuerkennen, sie habe aber auch erhebliche Bedeutung für die Praxis. Es handele sich um eine Auslegung, welche dem Wortlaute der Verfügung widerspreche, und es sei durchaus zweckmäßig, den Richter hierauf hinzuweisen, um so mehr, als gerade bei den bedingten Zuwendungen eine unklare und unbestimmte Ausdrucksweise nicht selten sei.

Der Antrag 2 erweitert den Entw. nach der Richtung, daß die Regel des §. 1764 nicht nur gelten soll, wenn der Bedachte während seiner Lebenszeit eine Handlung zu unterlassen oder ein Thun fortzusetzen hat, sondern auch dann, wenn das Unterlassen oder Handeln „während eines anderen Zeitraums von unbestimmter Dauer“ als Bedingung gesetzt ist. Gegen die Ausdehnung wurden Bedenken laut, da es zweifelhaft sei, ob in den bezeichneten Fällen regelmäßig eine Resolutivbedingung als wirklich gewollt anzusehen sei. Die Mehrheit der Komm. erachtete indessen die vorgeschlagene Erweiterung für richtig und zweckmäßig. Im Uebrigen haben die Anträge 1 und 2 nur redactionelle Bedeutung.

VIII. Die Berathung des §. 1765 wurde begonnen, aber nicht zu Ende geführt.

334. (§. 6599 bis 6620.)

I. Zu §. 1765 war beantragt:

1. die Vorschrift zu streichen;
2. die Vorschrift zu fassen:

Besteht die Bedingung, von welcher eine letztwillige Verfügung abhängig gemacht ist, in dem bloßen Willen des Beschwerten oder eines Dritten, so ist die Verfügung nichtig.

3. folgende Fassung zu beschließen:

Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, daß ein Anderer bestimmen soll, ob sie gelten oder nicht gelten solle.

und folgenden Zusatz beizufügen:

Die Wirksamkeit einer Bestimmung, nach welcher bei einer bedingten Verfügung ein Anderer darüber entscheiden soll, ob die Bedingung erfüllt ist, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.

hierzu der Unterantrag:

4. unter Ablehnung des Zusatzes dem Antrage 3 folgenden Satz beizufügen:

Dies gilt auch, wenn die Bestimmung von dem Anderen nicht nach Willkür, sondern nach vernünftigem Ermessen getroffen werden soll.

Der Zusatzantrag 3 wurde zurückgezogen und unter Ablehnung der Anträge 1 und 2 der Antrag 3 mit dem Unterantrage 4 mit 9 gegen 8 Stimmen angenommen.

§. 1765.
auf Willkür
des
Beschwerten
oder eines
Dritten.

In den §§. 1765, 1770, 1777 wird die Frage behandelt, ob und inwieweit das bloße Wollen des Beschwerten oder eines Dritten über den Bestand der letztwilligen Verfügung überhaupt — §. 1765 —, über die Person des Bedachten — §. 1770 — und über den Gegenstand der Zuwendung — §. 1777 — entscheiden darf. Der Entw. erklärt die letztwillige Verfügung, welche auf das bloße Wollen abstellt, für nichtig, läßt also eine Vertretung im Willen ebensowenig zu, wie in der Erklärung des Willens — §. 1911 —, während nach den Mot. V S. 30 die Abstellung auf eine Potestativbedingung gestattet sein soll.

In der Komm. bestand darüber Einverständniß, daß eine letztwillige Verfügung nichtig sei, wenn sie dem Beschwerten oder einem Anderen bezüglich der Bestimmung der Person des Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung völlig freie Hand lasse, so daß der Erblasser von der Befugniß, letztwillige Verfügungen zu treffen, selbst Gebrauch machen müsse und eine Stellvertretung hier nicht zulässig sein dürfe. Dagegen bestand Streit darüber, wieweit dieses Prinzip trage, bezw. welche Konsequenzen aus ihm zu ziehen seien. Der Antrag 2 steht völlig auf dem Boden des Entw. und weicht von diesem nur redaktionell ab.

Der Antrag 1 will die Streichung des §. 1765. Diese wurde jedoch in verschiedenem Sinne gewünscht: von der einen Seite, weil der §. 1765 eine selbstverständliche Bestimmung enthalte, von der anderen Seite, um die Möglichkeit zu gewähren, eine in dem bloßen Wollen eines Anderen bestehende Bedingung zu setzen. Die Vertreter dieses Vorschlags wichen wiederum von einander bezüglich der Frage ab, ob die Bedingung auch im bloßen Wollen des Beschwerten oder nur im Wollen eines Dritten bestehen könne.

Der Antrag 3 spricht das Prinzip des Entw. aus, will jedoch, nach der Erklärung des Antragstellers, zum Unterschiede vom Entw. Potestativbedingungen nicht schlechthin für zulässig erklären; eine solche soll vielmehr dann Nichtigkeit der Verfügung begründen, wenn sie beigelegt ist, um demjenigen, von dessen Willen die Erfüllung der Bedingung abhängt, die Bestimmung der Geltung oder Nichtgeltung der letztwilligen Verfügung zu überlassen. Der Antrag 4 hebt ausdrücklich hervor, daß auch auf das vernünftige Ermessen eines Anderen nicht abgestellt werden dürfe, während der vom Antrage 3 vorgeschlagene Zusatz nur den Zweck hat, klarzustellen, daß die in dem Zusatz behandelten Fälle nicht hierher gehören.

Für die Streichung des §. 1765 wurde von einer Seite geltend gemacht:

Das Prinzip, daß der Erblasser sich in Bezug auf seinen letzten Willen nicht vertreten lassen dürfe, folge einerseits daraus, daß der Erblasser die sittliche Verantwortlichkeit für den in der letztwilligen Verfügung liegenden Eingriff in das Intestaterbrecht, in das an und für sich seinen Verwandten zustehende Recht auf den Nachlaß, nicht von sich abwälzen dürfe, andererseits daraus, daß bei einer solchen Vertretung die Gefahr bestehe, der Wille des Erblassers möchte nicht unverfälscht zum Ausdruck kommen. Im §. 1765 handele es sich nun aber nicht um dieses Prinzip, sondern um die Frage, ob dieses Prinzip so weit trage, daß es auch den im §. 1765 behandelten Fall mitumfasse. Der Erblasser überlasse im Falle des §. 1765 nicht die Bestimmung dessen, was

nach seinem Tode eintreten solle, einem Anderen; er treffe vielmehr eine Verfügung, sowohl was die Person des Bedachten oder Beschwerten, als den Gegenstand der Zuwendung anbelange, und räume nur einem Anderen die Macht ein, die Verfügung aufzuheben. Die Gründe, welche dazu führten, eine Vertretung im letzten Willen auszuschließen, träfen hier nicht zu, insbesondere wolle der Erblasser nicht die sittliche Verantwortung für seine Verfügung von sich abwälzen. Halte man hieran fest, so sei kein Grund einzusehen, eine letztwillige Verfügung dieser Art für ungültig zu erklären. Dagegen seien Fälle wohl denkbar, in welchen ein Bedürfnis für eine derartige letztwillige Verfügung bestehe, so wenn eine Frau oder ein Kind die Zuwendung an die Bedingung der Zustimmung des Mannes oder des Vaters knüpfe. Für die Zulassung solcher Verfügungen spreche auch, daß der Erblasser die Gestaltung der Zukunft, insbesondere die Verhältnisse in der Zeit zwischen der Errichtung der letztwilligen Verfügung und seinem Tode, nicht immer überblicken und zu jeder Zeit neu testieren könne, deshalb aber die Möglichkeit haben müsse, Jemand, dem er vertraue und der seine Absichten kenne, die Befugnis zu geben, über die Aufrechterhaltung der Verfügung zu entscheiden. Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft habe man übrigens auch anerkannt, daß solche Verfügungen gültig seien; man habe sogar (§§. 1388 bis 1390) vorgeschrieben, daß gewisse letztwillige Verfügungen ohne die Einwilligung des anderen Theiles ungültig seien.

Bleibe man beim Entw. stehen, so ergebe sich das Resultat, daß eine im nackten Willen eines Anderen bestehende Bedingung unzulässig, dagegen eine auf das vernünftige Ermessen oder eine Handlung abstellende Bedingung zulässig sei, daß also z. B. die letztwillige Verfügung, A solle Erbe sein, wenn B wolle, nichtig, dagegen die Verfügung, A solle Erbe sein, wenn B seine Zustimmung bei Gericht erkläre, oder wenn B nach vernünftigem Ermessen es für gut finde, gültig sei. Ein wesentlicher, insbesondere ein gerade auf die gegen eine Stellvertretung im letzten Willen sprechenden Gründe sich stützender Unterschied zwischen der im nackten Willen, der im vernünftigen Ermessen und der in einer Willkürhandlung eines Anderen bestehenden Bedingung sei jedoch nicht vorhanden. Namentlich sei in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die auf den nackten Willen eines anderen gestellte Bedingung im Sinne und in der Absicht des Erblassers als auf das vernünftige Ermessen des Anderen gestellt anzusehen. Der Unterschied werde zwar, wie die Mot. V S. 30 hervorheben, darin gefunden, daß bei den Potestativbedingungen auch andere Umstände als der Wunsch, dem Bedachten eine Gunst zu erweisen, den Dritten zur Vornahme oder Unterlassung der Handlung bewegen könnten, allein die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergebe sich schon aus dem obigen Beispiele.

Das röm. Recht habe in der hier in Frage stehenden Beziehung eine geschichtliche Entwicklung durchgemacht, die wohl nicht zum Abschlusse gelangt sei, deren Konsequenz aber dahin ziele, die im nackten Willen, im vernünftigen Ermessen und in reinen Willkürhandlungen bestehenden Bedingungen einander völlig gleichzustellen und sie sämtlich für zulässig zu erklären.

Halte man es für bedenklich, die auf das bloße Wollen abstellende Bedingung für gültig zu erklären, so möge man die Konsequenz ziehen, alle drei Bedingungsarten einander gleichzustellen und alle drei auszuschließen. Ein hin-

reichender Grund hierfür bestehe aber nicht; deshalb müsse man die Bedingungen zulassen und die Vorschrift des §. 1765 streichen, wie sich denn auch die Vorschrift in keiner der neueren Gesetzgebungen finde; nur das sächs. G.B. behandle den Fall des §. 1765, treffe jedoch die Entscheidung, wenigstens nach dem Wortlaute der Bestimmung, im entgegengesetzten Sinne.

Streitig könne dabei höchstens sein, ob man auch zulassen solle, daß die Bedingung auf das nackte Wollen des Beschwerten gestellt werden dürfe. Dagegen spreche, daß solchen Falles die Verfügung keinen reellen Inhalt habe; eines besonderen Ausdrucks bedürfe dies indessen nicht, es ergebe sich vielmehr aus allgemeinen Grundsätzen.

Dem wurde jedoch von Vertretern der dargelegten Ansicht widersprochen und für die Zulassung auch der auf das nackte Wollen des Beschwerten abgestellten Bedingung ausgeführt:

Die Gründe, welche im Obligationenrechte gegen die Zulässigkeit einer im nackten Wollen des Verpflichteten bestehenden Bedingung maßgebend gewesen seien, träfen hier nicht zu, wohl aber sprächen für die Zulässigkeit einer solchen die nämlichen Gründe, die für die Zulassung der im nackten Wollen eines Dritten bestehenden Bedingung geltend gemacht worden seien; insbesondere seien Fälle denkbar, in welchen der Erblasser ein berechtigtes Interesse daran haben könne, daß eine Zuwendung von dem Willen des mit seinen Absichten vertrauten Beschwerten abhängige, z. B. bei einem Vermächtniß an Dienstboten zu Lasten des zum Erben eingesetzten Ehegatten.

Von anderer Seite wurde der Antrag auf Streichung des §. 1765 folgendermaßen begründet:

Die Vorschrift des §. 1765 sei zwar richtig, jedoch nicht nothwendig. Klar sei dies für den Fall, daß der Erblasser auf das nackte Wollen des Beschwerten abgestellt habe; deshalb habe man auch den §. 138 Satz 2, in welchem das Gleiche allgemein ausgesprochen sei, gestrichen. Die Entbehrlichkeit des §. 1765 könne aber auch für die Fälle, daß die Bedingung im bloßen Wollen eines Dritten bestehe, nicht zweifelhaft sein. Die Bedeutung des Satzes, daß der Erblasser sich im letzten Willen nicht vertreten lassen könne, liege nicht in der Vorschrift des §. 1765, sondern in den späteren Bestimmungen, namentlich in den §§. 1770, 1777. Das Prinzip lasse sich aus den Einzelvorschriften leicht erkennen, zudem seien die Fälle, daß der Erblasser vom nackten Wollen eines Dritten seine Verfügung abhängig mache, äußerst selten. Streiche man daher die Bestimmung des §. 1765, so bringe dies keinen Nachtheil, habe dagegen den Vortheil, daß man nicht in Widerspruch mit dem Satze gerathen werde, daß die Auslegung zu begünstigen sei, bei welcher der letzte Wille möglichst aufrecht erhalten werde.

Die Gründe der Mehrheit waren:

Es wäre eine Ueberspannung der Testirfreiheit, wollte man dem Erblasser die Befugniß geben, das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode nicht von seinem, sondern von eines Anderen Willen abhängig zu machen; das Erbrecht beruhe auf der Familie und dieser müsse das Vermögen möglichst erhalten bleiben; die Testirfreiheit sei nur zugelassen, um den individuellen Verhältnissen des einzelnen Falles Rechnung tragen zu können.

Ueber dieses Prinzip sei man allseitig einig. Streitig sei nur, wieweit dasselbe trage.

Allerdings müsse der Erblasser das Recht und die Möglichkeit haben, auf die zwischen der Errichtung seiner Verfügung und seinem Tode oder später eintretende Gestaltung der Dinge Rücksicht zu nehmen, aber immerhin müsse er eine Verfügung treffen. Umstände, die er nicht habe voraussehen können, könne er eben nicht berücksichtigen und es gehe nicht an, daß er zu ihrer Berücksichtigung sich des Willens eines Anderen bediene; denn sonst treffe nicht er, sondern jener Andere die Verfügung. In solchen Fällen sei der Erblasser sich über seinen letzten Willen nicht vollständig klar, mit seinem Urtheile noch nicht fertig gewesen; sei dies aber der Fall, dann gehe es nicht an, daß er die Anordnung einem Anderen überlasse, vielmehr solle er eben dann den Dingen ihren natürlichen Lauf lassen, der eventuell zur Intestaterbfolge führe. Endlich aber sei eine Verfügung, bei der ein Anderer bestimmen solle, ob sie gelten solle oder nicht, auch gefährlich, da sie der Erbschleicherei Vorschub leisten werde und daher nicht zugelassen werden könne.

Wenn dagegen der Entw. eine Potestativbedingung zulasse, so sei allerdings mit der Minderheit der Unterschied zwischen einer im bloßen Willen eines Anderen und einer in einer Willkürhandlung eines Anderen bestehenden Bedingung als ein rein äußerlicher und formeller zu bezeichnen. Der im bloßen Willen eines Anderen bestehenden Bedingung müsse vielmehr die Potestativbedingung dann gleichgestellt werden, wenn der Erblasser die Potestativbedingung nur in der Absicht beigefügt hat, damit derjenige, von dessen Willkürhandlung die Erfüllung der Bedingung abhängt, über die Geltung oder Nichtgeltung der letztwilligen Verfügung entscheide. Eine solche Potestativbedingung sei ebenso wie die im nackten Willen eines Anderen bestehende Bedingung nur scheinbar eine Bedingung. Denn bei wirklichen Bedingungen vergegenwärtige sich der die Bedingung Setzende selbst die Zukunft, er sage sich, daß die Lage so oder so sein könne, und treffe, je nachdem diese sich in der einen oder der anderen Art gestalte, die eine bezw. die andere Entscheidung, gebe also mehrere Entscheidungen. Bei den erwähnten Potestativbedingungen aber und bei der im nackten Willen eines Anderen bestehenden Bedingung treffe der Erblasser nur eine Entscheidung, eben die Entscheidung, über deren Aufrechterhaltung oder Nichtaufrechterhaltung der Andere befinden solle. Eine solche Potestativbedingung müsse aber auch um deswillen wie die im bloßen Willen bestehende Bedingung behandelt werden, weil sonst die Gefahr einer Umgehung des Verbots einer auf den bloßen Willen eines Anderen gestellten Bedingung zu groß wäre. Dagegen sei kein Grund vorhanden, andere Potestativbedingungen zu verbieten, also solche Potestativbedingungen, bei denen der Erblasser in der That von der Vornahme der Handlung selbst den Bestand seiner letztwilligen Verfügung abhängig gemacht habe.

Was dabei die auf das billige oder vernünftige Ermessen eines Anderen abstellende Verfügung anbelange, so müsse zunächst betont werden, daß der Entw., wie die Mot. V S. 35 anerkennen, eine derartige Verfügung nicht zulasse. Dies sei auch im Allgemeinen als Prinzip zu billigen. Denn wenn die Grundlagen nicht angegeben seien, nach welchen geprüft werden solle, ob das Ermessen ein billiges, ein vernünftiges sei, so sei das sog. vernünftige Er-

maßen in Wahrheit doch nur ein willkürliches, nacktes Wollen. Der Antrag 4 wolle den Satz ausdrücklich aussprechen, daß, was von einer im bloßen Wollen bestehenden Bedingung und von einer ihr nach den vorstehenden Ausführungen gleich zu behandelnden Potestativbedingung gelte, auch von einer auf das vernünftige Ermessen eines Anderen abstellenden Verfügung gelten solle. Dies scheine sich zu empfehlen; ob es aber unbedingt geboten sei, werde von der Red.Komm. zu prüfen sein.

Von den jetzt in Frage stehenden Fällen sei übrigens der Fall verschieden, daß in einer bedingten letztwilligen Verfügung die Bestimmung getroffen sei, über die Frage, ob die Bedingung erfüllt sei, solle ein Anderer, sei dies nun der Beschwerte oder ein Dritter, entscheiden. In solchen Fällen handele es sich nicht um eine Verfügung an Stelle des Erblassers, sondern an Stelle des sonst zur Entscheidung der Frage über den Eintritt der Bedingung berufenen Richters. Es handele sich also gewissermaßen um die letztwillige Ernennung eines Schiedsrichters, dessen Entscheidung der Erblasser der richterlichen Nachprüfung entziehen wolle. Daß dies, ähnlich wie man es beim Schiedsvertrag in gewissen Grenzen und bei der Ernennung eines Preisrichters schlechthin (§. 592 des Entw. II) zugelassen habe, auch hier zulässig sein müsse, verstehe sich von selbst und bedürfe keines besonderen Ausspruchs, wie ihn der Antrag 3 zusätzlich vorgeschlagen habe. Dagegen sei zu beachten, daß der Erblasser die Unzulässigkeit einer richterlichen Korrektur keineswegs ausdrücklich vorschreiben müsse. Es komme eben auf seine Absicht an. Regelmäßig werde diese auf den Ausschluß richterlicher Nachprüfung gerichtet sein (vergl. Striethorst, Archiv 31 S. 4 ff.), was für Verfügungen, die auf das vernünftige Ermessen abstellten, besonders wichtig sei.

Zu Unrecht beziehe man sich auf die bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft möglichen letztwilligen Verfügungen. Denn wenn zur Errichtung solcher Verfügungen die Zustimmung der Beteiligten gefordert werde, so habe dies eben seinen Grund darin, daß es sich um Verfügungen über dem Verfügenden nicht allein gehöriges Vermögen, über Gesamtgut handele; und ebenso wenig könne zugegeben werden, daß für die grundsätzliche Zulassung einer auf das nackte Wollen, das vernünftige Ermessen oder eine reine Willkürhandlung eines Anderen abstellenden Verfügung ein praktischer Bedürfnis vorliege. Hier handele es sich nur um das Prinzip, daß der Erblasser nicht auf seine Verfügungsmacht zu Gunsten Anderer verzichten dürfe; wieweit man dann aber in den einzelnen Anwendungsfällen, welche die §§. 1766 ff. behandelten, dem erwähnten Bedürfnisse Rechnung tragen müsse, sei später zu entscheiden. Die Entscheidung werde wohl für Erbeinsetzungen anders als für Vermächtnisse, Auflagen und Theilungsanordnungen, für nacktes Wollen anders ausfallen müssen, als für Ermessen mit Angabe des Maßstabs zur Beurtheilung, ob das Ermessen ein vernünftiges sei oder nicht. Namentlich werde es sich fragen, ob auf dem Gebiete des gemeinschaftlichen Testaments, wenn ein solches zugelassen werden sollte, insbesondere beim Testamente von Ehegatten, und im Auerbenrechte nicht Ausnahmen zu machen seien.

Jedenfalls aber müsse darauf Werth gelegt werden, daß das im Antrage 3 enthaltene Prinzip zum Ausdruck gelange. Wenn dagegen geltend gemacht

worden sei, der Satz des §. 1765 verstehe sich von selbst, so genüge hier schon der Hinweis darauf, daß die Vertreter der Zulässigkeit der im §. 1765 behandelten Verfügung durch die Streichung des §. 1765 die Gültigkeit der erwähnten Verfügung zum Ausdruck bringen wollten, der Streichung also den entgegengesetzten Sinn beilegen. Im preuß. A.L.R. sei der Satz des §. 1765 auch nicht enthalten; die Praxis zeige aber, daß trotz des A.L.R. I, 12 §. 49 über die Geltung des Satzes Streit bestehe (Dernburg, preuß. Privatrecht III §. 119).

II. Zu §. 1766 lagen die Anträge vor:

1. die Vorschrift zu streichen;
2. folgende Fassung zu beschließen:

§. 1766.
Beliebige
Leistungszeit.

Ist die Zeit der Erfüllung eines Vermächtnisses dem freien Belieben des Beschwerten überlassen, so wird die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig.

und diese Vorschrift als §. 1869a einzustellen, sodann im §. 1886 auch auf den §. 1869a mitzuverweisen.

Der Antrag 2 weicht vom Entw. sachlich nicht ab; insbesondere soll, wie sich aus der Verweisung des §. 1886 auf den §. 1869a ergibt, die Vorschrift auch für Auflagen gelten. Der Antrag 1 will gleichfalls keine sachliche Abweichung vom Entw.

Die Komm. billigte unter Ablehnung des Streichungsantrags sachlich den Entw. und überließ die Prüfung des Antrags 2 der Red.Komm.

Für den Antrag 1 wurde geltend gemacht:

Wenn die letztwillige Verfügung überhaupt einen reellen Inhalt haben sollte, so müsse die Leistung doch mindestens mit dem Tode des Beschwerten fällig werden. Die Vorschrift des §. 1766 sei also überflüssig und, da man Auslegungsregeln nur geben dürfe, wenn ein Bedürfnis für dieselben vorliege, zu streichen. Die Entbehrlichkeit des §. 1766 werde auch von den Mot. V S. 31 anerkannt. Eine gleiche Bestimmung habe man im Obligationenrechte nicht getroffen, obgleich sie dort doch ziemlich nahe gelegen habe; auch sei die Auslegungsregel des §. 1766 nicht für alle Fälle richtig, da keineswegs als Regel angenommen werden dürfe, daß der Wille des Erblassers dahin gegangen sei, die Zuwendung solle erst mit dem Tode des Beschwerten fällig werden.

Die Mehrheit hatte erwogen:

Insofern die Vorschrift des §. 1766 nur eine Auslegungsregel enthalte, sei sie vielleicht überflüssig. Der Schwerpunkt des §. 1766 liege aber darin, daß mindestens mit dem Tode des Beschwerten die Leistung fällig werde; in dieser Hinsicht sei die Bestimmung nicht entbehrlich. Daß die Auslegungsregel für die Mehrzahl der Fälle nicht passe, könne nicht zugegeben werden. Im Obligationenrechte liege die Sache anders, da dort bei der Abstellung des Leistungstermins auf die Willkür des Schuldners unter Umständen fraglich sein könne, ob nicht die Leistung überhaupt vom Belieben des Schuldners abhängen solle, was in den Fällen des §. 1766 ausgeschlossen sei.

III. Der §. 1767 wurde nicht beanstandet.

Willens-
erklärung:
§. 1767.

IV. Die Komm. ging zur Berathung der auf die Person des letztwillig Bedachten bezüglichen Auslegungsregeln der §§. 1768 bis 1776 über.

Ergänzungs-
vorbehalt.

§. 1768.
Person des
Bedachten.
Ungewißheit
der Person.

Zu §. 1768 war beantragt:

1. die Vorschrift zu streichen;
2. die Vorschrift zu fassen:

Ist bei einer letztwilligen Verfügung nicht zu ermitteln, welche von mehreren Personen der Erblasser hat bedenken wollen, so sind die mehreren Personen als gemeinschaftlich bedacht zu behandeln.

Der Antrag 1 will die Streichung der Vorschrift des §. 1768 wegen der Entbehrlichkeit derselben, der Antrag 2 will in sachlicher Abweichung vom Entw. und in Anlehnung an das preuß. A.L.R. nicht Richtigkeit, sondern Aufrechterhaltung der Verfügung in der Weise, daß die mehreren möglicherweise bedachten Personen mit einander theilen sollen.

Der Antrag 1 wurde abgelehnt, der Antrag 2 angenommen.

Man hatte erwogen:

Wenn man mit dem Entw. Richtigkeit der Verfügung eintreten lasse, so werde man dem Willen der Erblassers nach keiner Richtung gerecht. Freilich stimme auch die im Antrage 2 vorgeschlagene Art der Aufrechterhaltung des letzten Willens mit der Absicht des Erblassers nicht vollkommen überein; aber sie werde dem Willen des Erblassers wenigstens insofern gerecht, als derjenige, welchen der Erblasser bedenken wollte, etwas bekomme, während er nach dem Entw. nichts erhalte. Die Regelung des Entw. widerspreche aber nicht nur dem Satze, daß man letztwillige Verfügungen nach Möglichkeit aufrechterhalten solle, sondern auch der Billigkeit. Denn nach dem Entw. hätten diejenigen den Vortheil der Zuwendung, welchen der Erblasser sicherlich nichts zuwenden wollte, nämlich die Beschwerten. Die Unbilligkeit der Entscheidung des Entw. zeige sich namentlich dann, wenn sich etwa die mehreren möglicherweise Bedachten geeinigt hätten und von dem Beschwerten verlangten, ihnen gemeinsam gegenüber die Zuwendung zu leisten. Es sei auch in der That nur Sache der mehreren möglichen Bedachten, unter sich auszumachen, wer der wirklich vom Erblasser Gemeinte sei; der Beschwerte sei an der Entscheidung dieser Frage an sich unbetheiligt, er könne nur Sicherheit dafür verlangen, daß er nicht doppelt in Anspruch genommen werde. Selbstverständlich sei die aufgestellte Vorschrift nur eine Auslegungsregel, die ent falle, wenn ein gegentheiliger Wille des Erblassers erhelle. Daß der Richter, wie behauptet worden sei, durch die Vorschrift dazu verleitet werde, die Nachforschung nach dem wahren Willen des Erblassers zu unterlassen und nach der Schablone zu entscheiden, könne nicht zugegeben werden. Unbegründet sei auch der Einwand, daß die Vorschrift unausführbar sein werde, wenn der Erblasser den Bedachten nur mit seinem Familiennamen bezeichnet habe und dieser an dem in Frage kommenden Orte von einer großen Anzahl von Personen geführt werde. Denn es handele sich nur um die Fälle, in denen der Kreis der möglicherweise Bedachten ein umgrenzter sei und nur bekannte Personen in Betracht kämen, von denen auch feststehe, daß sich der wirklich Gemeinte unter ihnen befinde. Aus letzterem Grunde erledige sich auch der Einwand, daß der wirklich Gemeinte möglicherweise schon todt sei; auch werde die Red.Komm. jene Begrenzung durch eine präzisere Fassung eventuell außer Zweifel zu stellen haben.

V. Zu §. 1769, mit dessen Berathung diejenige des §. 1770 verbunden wurde, lagen die Anträge vor:

§. 1769.
In-
vollständige
Personen-
bezeichnung.

1. den §. 1769 zu streichen und den §. 1770 mit dem §. 1777 dahin zu verbinden:

Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, welche eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstandes einer Zuwendung einem Anderen nicht überlassen.

2. den Abs. 1 des §. 1769 zu streichen;
3. an Stelle des §. 1769 und des §. 1770 Satz 2 zu bestimmen:

§. 1791 a. Hat der Erblasser Mehrere in der Weise eingesetzt, daß nur der Eine oder der Andere der Erbe sein soll, so erhalten sie die Erbschaft als Miterben.

§. 1791 b. Hat der Erblasser die Wahl des Erben unter mehreren von ihm bezeichneten Personen einem Dritten überlassen, so erfolgt die Wahl durch Erklärung des Dritten gegenüber einer dieser Personen; die Erklärung ist unwiderruflich.

Kann oder will der Dritte die Wahl nicht vornehmen, so erhalten die Personen die Erbschaft als Miterben. Der Verweigerung der Wahl steht es gleich, wenn der Dritte nicht innerhalb einer auf den Antrag eines der Betheiligten von dem Nachlaßgerichte bestimmten Frist die Wahl vollzieht.

§. 1845 a. Hat der Erblasser Mehrere mit einem Vermächtniß in der Weise bedacht, daß nur der Eine oder der Andere das Vermächtniß erhalten soll, oder hat der Erblasser dem Beschwerten die Wahl des Bedachten unter mehreren von ihm bezeichneten Personen überlassen, so sind die in solcher Weise Bedachten Gesammtgläubiger. Derjenige, welcher das Vermächtniß erhält, ist im Zweifel nicht zur Theilung verpflichtet.

Das Gleiche gilt, wenn der Erblasser einem Dritten die Wahl des Bedachten unter mehreren von ihm bezeichneten Personen überlassen hat und der Dritte die Wahl nicht vornehmen kann oder will. Auf die Wahl finden die Vorschriften des §. 1791 b Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Anwendung.

4. dem §. 1845 a Abs. 2 in der Fassung des Antrags 3 folgenden Zusatz zu geben:

Ist dem Beschwerten die Wahl des Bedachten überlassen, so erlöschen mit der Vollziehung der Wahl die Rechte der übrigen Gläubiger. Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Wählenden; sie ist unwiderruflich.

5. den Satz 1 des §. 1770 mit dem Satze 1⁴⁾ des §. 1777 dahin zusammenzufassen:

Der Erblasser kann nicht die Bestimmung der Person, welche eine Zuwendung erhalten soll, oder die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung einem Anderen überlassen.

⁴⁾ Hinsichtlich des vom Antrage 5 vorgeschlagenen Erlasses des übrigen Inhalts des §. 1777 vergl. S. 39.

6. der vom Antrage 5 (eventuell der vom Antrag 1) vorgeschlagenen Vorschrift folgenden Zusatz zu geben:

es wäre denn, daß sich aus dem Inhalte der Verfügung oder den Umständen die für die Bestimmung maßgebenden Absichten des Erblassers ergeben, in welchem Falle der §. 266 Abs. 2 des Entw. II. Anwendung findet und die Verfügung unwirksam wird, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will.

7. den vom Antrage 3 vorgeschlagenen §. 1791b Abs. 1 durch die Einschaltung abzuändern:

durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte.

Alternative
Erbeinsetzung.

A. Zunächst wurde der Abs. 1 des §. 1769 berathen. Hierher einschlägig sind:

- a) die Anträge 1 und 2, welche Streichung vorschlagen;
- b) der §. 1791a des Antrags 3.

Der letzte Antrag weicht vom Entw. nur redactionell ab. Dagegen enthält der Streichungsvorschlag eine sachliche Abweichung. Der Entw. will nämlich eine Verfügung der im Abs. 1 bezeichneten Art in Anlehnung an das gemeine Recht als konjunktive Erbeinsetzung aufrechterhalten; durch die Streichung soll jedoch der Auslegung völlig freie Hand gelassen werden.

Der Streichungsantrag wurde angenommen, der andere Antrag abgelehnt.

Man hatte erwogen:

Wie die Mot. V S. 33 mit Recht ausführten, sei der im §. 1768 behandelte Fall von dem Falle des §. 1769 verschieden. Die im Abs. 1 des §. 1769 aufgestellte Regel gelte zwar zufolge der Konstitution Justinians in l. 4 C. 6. 38 im gemeinen Rechte, sei aber auch für dieses, z. B. von Dernburg, Pand. III §. 78 Anm. 12, als nicht verbindlich bezeichnet worden. Im einzelnen Falle könne zweifelhaft sein, was der Erblasser gewollt habe. Regelmäßig werde in der disjunktiven Erbeinsetzung eine Substitution liegen (vergl. Seuffert, Archiv 17 Nr. 150). Möglich sei aber auch, daß der Erblasser durch die zweite Benennung die erste rückgängig machen wolle oder daß er mit seinem Urtheil überhaupt noch nicht fertig gewesen sei, in welcher letzterem Falle die Erbeinsetzung der gehörigen Bestimmtheit entbehre und deshalb als nichtig erscheine. Das Beste sei darum, keine Vorschrift zu geben, den Abs. 1 vielmehr in dem Sinne zu streichen, daß die Auslegung völlige Freiheit habe. Dies sei auch der im geltenden Rechte überwiegend vertretene Standpunkt. Weder der code civil noch das italienische oder spanische Gesetzbuch noch das preuß. A.L.R. oder der bayr. Entw. enthielten in der fraglichen Beziehung eine Bestimmung. Unbegründet sei der Einwand, beim Mangel einer Bestimmung werde man annehmen, es komme lediglich auf die Prävention und die dadurch gewonnene Parteilichkeit an. Diese Befürchtung könne wohl bei §. 1768 zutreffen, nicht aber hier.

Alternatives
Vermächtniß:
Bestimmung
durch den
Beschwerten,

B. Hierauf folgte die Berathung des Abs. 2 des §. 1769.

Der Entw. behandelt hier den Fall des alternativen Vermächtnisses und hält auch dieses durch Umdeutung in eine konjunktive Zuwendung aufrecht. Verwandt mit dem Abs. 2 ist die Vorschrift des Sages 2 des §. 1770. Der

Entw. bestimmt hier, daß, wenn der Erblasser mehrere Personen bezeichnete, unter welchen die Wahl getroffen werden sollte, der §. 1769 Anwendung findet. Mit der Verathung des Abs. 2 wurde deshalb die Verathung des Satzes 2 des §. 1770 insoweit verbunden, als derselbe sich auf Vermächtnisse bezieht und den Fall betrifft, daß die Wahl unter den mehreren mit dem Vermächtnisse Bedachten dem Beschwerten überlassen ist. Ausgekehrt wurde die Entscheidung für die Fälle, daß die Wahl unter mehreren zu Erben eingesetzten oder mit einem Vermächtnisse bedachten Personen einem Dritten überlassen ist.

Von den Anträgen sind in dieser Hinsicht einschlägig:

a) der Antrag 1, welcher die Streichung des Abs. 2 des §. 1769 und des Satzes 2 des §. 1770 vorschlägt;

b) der §. 1845a Abs. 1 des Antrags 3;

c) der Antrag 4, welcher einen Zusatz zu §. 1845a Abs. 1 des Antrags 3 enthält.

Der Antrag 4 wurde in der Sitzung durch folgenden Antrag ersetzt:

Hat der Erblasser Mehrere mit einem Vermächtniß in der Weise bedacht, daß dem Beschwerten die Wahl des Bedachten zusteht, so sind die in solcher Weise Bedachten Gesamtgläubiger. Derjenige, welcher das Vermächtniß erhält, ist im Zweifel nicht zur Theilung verpflichtet. Mit der Vollziehung der Wahl erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger. Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Wählenden; sie ist unwiderruflich.

Hat der Erblasser Mehrere in der Weise mit einem Vermächtnisse bedacht, daß nur der eine oder der andere das Vermächtniß erhalten soll, so steht die Wahl dem Beschwerten zu.

Dieser Antrag wurde von der Mehrheit der Komm. unter Ablehnung der übrigen Anträge gebilligt.

Der Antrag 1 will mit der Streichung ein Doppeltes erreichen: im Falle des Abs. 2 des §. 1769 soll aus den nämlichen Gründen, welche zur Streichung des Abs. 1 des §. 1769 führten, die Auslegung freie Hand haben; im Falle des Satzes 2 des §. 1770 soll die Verfügung Mangels der nöthigen Bestimmtheit nichtig sein. Der Antrag 3 steht auf dem Standpunkte des Entw., von welchem er sich nur redaktionell unterscheidet. Der vom Antrage 4 vorgeschlagene Zusatz entspricht dem §. 220 Abs. 1 des Entw. II. Der in der Sitzung gestellte Antrag kommt, wenn man den Antrag 3 mit dem Antrage 4 verbindet, im praktischen Resultat auf das Gleiche hinaus wie der Antrag 3, unterscheidet sich jedoch von diesem dadurch, daß er nicht erst durch die Leistung, sondern schon durch die bloße Wahl das Alternativvermächtniß wirksam werden läßt, das *jus variandi* des Beschwerten mithin ausschließt.

Für die Annahme dieses Antrags waren folgende Gründe maßgebend:

Man müsse von dem im Satze 2 des §. 1770 behandelten Falle ausgehen, da dieser hauptsächlich vorkommen werde. Es frage sich nun in erster Linie, ob man eine solche Verfügung überhaupt zulassen solle. Diese Frage sei unbedenklich zu bejahen. Die Verfügung des Erblassers sei allerdings nicht völlig bestimmt, da sie die Person des Vermächtnißnehmers der Wahl des Beschwerten überlasse und damit zum Ausdruck bringe, daß es dem Erblasser gleichgültig sei, wer das Vermächtniß bekomme. Allein abgesehen davon, daß

doch immer nur ein beschränkter Kreis von Personen, unter denen auszuwählen sei, in Frage komme, sei das Bedürfnis des praktischen Lebens entscheidend. Es lasse sich nichts dagegen einwenden, wenn der Erblasser dem mit seinen Absichten vertrauten Beschwerten oder dessen besserer Einsicht die Wahl überlasse. Von einer Uebertragung der Testirbefugnis könne hier keine Rede sein. Dazu komme, daß der Erblasser die künftige Gestaltung der Dinge nicht voraussehen könne und ihm deshalb bei seiner letztwilligen Verfügung ein gewisser Spielraum und eine Heranziehung des Urtheils Dritter gestattet werden müsse. Dies zeige sich z. B., wenn der Erblasser dem unter Mehreren Würdigsten und Bedürftigsten ein Vermächtnis zuwenden wolle; auch die Fälle einer fiduciarischen Stiftung von Stipendien kämen hier in Betracht, soweit eine solche Stiftung im einzelnen Falle als Vermächtnisanordnung aufgefaßt werden könne. In zweiter Linie frage es sich, ob die Vorschrift ausdrücklich auszusprechen sei, und auch das müsse, schon mit Rücksicht auf den §. 1765, bejaht werden.

Die Art der Regelung betreffend, so sei die vom Entw. gewählte Konstruktion eines Gesamtgläubigerverhältnisses richtig, einmal weil sie dem vermuthlichen Willen des Erblassers entspreche, sodann weil nur auf diesem Wege auf den Beschwerten ein Zwang, die Wahl vorzunehmen, ausgeübt werden könne. Jeder der möglichen Bedachten könne nach dem Entw. gegen den Beschwerten auf Leistung klagen. Freilich liege es in der Hand des Beschwerten, diesen Prozeß dadurch zu beenden, daß er unter den Auszuwählenden einen anderen als den Kläger wähle; allein auch dies sei dem Kläger gegenüber Erfüllung und die Prozeßkosten habe der Beschwerte jedenfalls zu tragen. Insofern sei jedoch dem Entw. nicht beizutreten, als nach diesem erst durch die wirkliche Erfüllung die Konzentration des Alternativvermächtnisses eintrete. Der Absicht des Erblassers und dem natürlichen Gefühl entspreche es vielmehr, der bloßen Wahl des Beschwerten bereits die Wirkung der Konzentration beizulegen. Unbegründet sei der hiergegen geltend gemachte Einwand, daß bei dieser Regelung dem Beschwerten die Möglichkeit eines unlauteren Handels durch die Wahl desjenigen Bedachten, der von ihm am Wenigsten verlange, eröffnet werde. Diese Möglichkeit habe der Beschwerte auch nach dem Entw., da ein zwischen ihm und einem Auszuwählenden vereinbarter Erlaßvertrag stets zulässig sein und konzentrirend wirken würde (§. 366 des Entw. II).

Im Falle des §. 1769 Abs. 2 wäre an sich auch der jetzt zu §. 1768 eingeschlagene Weg möglich. Allein dieser würde hier augenscheinlich gegen den Willen des Erblassers verstoßen. Richtigkeit der Verfügung anzunehmen, bestehe jetzt, da eine Verfügung der im §. 1768 bezeichneten Art aufrecht erhalten werde, keine Veranlassung; eine Streichung der Vorschrift endlich sei unthunlich, weil sonst die Bestimmungen über die Solidarobligationen keine Anwendung fänden. Die geeignetste Entscheidung sei die des Entw., diesen Fall mit dem des Satzes 2 des §. 1770 gleich zu behandeln, wie denn auch beide Fälle innerlich und nach dem Willen des Erblassers einander gleich ständen. — Redaktionell wurde die Zusammenfassung der beiden Absätze des angenommenen Antrags angeregt, die Prüfung dieser Frage indeß der Red.Komm. überwiesen.

C. Die weitere Berathung des §. 1770 wurde begonnen, jedoch nicht zu Ende geführt.