

Gesamt-
hypothek.

6. Bei der nunmehr folgenden Berathung über die in den Anträgen 4, 5 und 6 vorgeschlagene Bestimmung in Betreff der Gesamthypothek erklärten die Antragsteller zu 4 und 5 sich damit einverstanden, daß nach dem Antrage 6 die Vorschrift nur für den Fall aufgestellt werde, daß auch die anderen belasteten Grundstücke zum Nachlasse gehörten. Zur Begründung der Vorschrift überhaupt wurde ausgeführt, daß, wenn korreal verpfändete Grundstücke durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden aus einander verkauft würden, es wohl nie an einer Vereinbarung darüber fehlen werde, welcher der mehreren Eigenthümer die persönliche Schuld übernehmen bzw. wie dieselbe im Verhältnisse der mehreren Eigenthümer unter einander vertheilt werden solle. Für das Vermächtniß bedürfe es bei dem regelmäßig zu erwartenden Mangel diesbezüglicher letztwilliger Anordnungen einer gesetzlichen Vorschrift, wie sie in den Anträgen nach Rücksichten der Billigkeit und im Anschluß an das preuß. A.L.R. (I, 12 §. 327) vorgeschlagen sei (vergl. Dernburg, preuß. Priv.Recht III §. 140 bei Anm. 5; Bähr, Gegenentw. §. 1663; Mommsen, Erbrechtsentw. §. 396 Abs. 2).

Die Anträge wurden mit der Beschränkung auf Grundstücke, die zum Nachlasse gehören, eventuell angenommen. Demnächst gelangte in der definitiven Abstimmung die ganze auf die Tragung der persönlichen Schuld durch den Vermächtnißnehmer bezügliche Vorschrift mit den aus den eventuellen Beschlüssen resultirenden Maßgaben zur Annahme.

349. (C. 6935 bis 6948.)

Gesamt-
grundschuld.

I. Die Anträge Nr. 6 §. 1861a Abs. 2 und Nr. 7 auf C. 183 betreffen den Fall, daß an dem vermachten Grundstück und einem anderen Grundstück eine Gesamtgrundschuld oder Gesamttrentenschuld besteht. Der Antrag 6 setzt voraus, daß die anderen Grundstücke gleich dem vermachten Grundstücke zur Erbschaft gehören und erklärt auf diesen Fall die im Abs. 1 vorgeschlagene und in der vorigen Sitzung zum Beschluß erhobene Vorschrift über die verhältnismäßige Beitragspflicht des Vermächtnißnehmers für entsprechend anwendbar. Der Antrag 7 regelt im Abs. 2 diesen Fall in gleicher Weise. Im Abs. 1 wird dagegen von der gedachten Voraussetzung abgesehen und der Fall behandelt, daß der Erblasser dem Eigenthümer des anderen belasteten Grundstücks zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war oder aber seinerseits gegen denselben einen Anspruch auf Befriedigung des Gläubigers hatte. Hinsichtlich dieser zwischen den mehreren Eigenthümern bestehenden Verbindlichkeiten sollen bei dem Vermächtniß eines der belasteten Grundstücke die Vorschriften entsprechende Anwendung finden, welche bei der Hypothek hinsichtlich der Tilgung der persönlichen Forderung durch den Vermächtnißnehmer beschlossen sind (vergl. C. 191). Der Vermächtnißnehmer soll in dem einen Falle dem Erben gegenüber verpflichtet sein, die diesem im Verhältnisse zu dem Eigenthümer des anderen Grundstücks obliegende Befriedigung des Grundschuldgläubigers seinerseits herbeizuführen, in dem anderen Falle aber den Anspruch des Erben gegen den anderen Eigenthümer mit überkommen.

Die Komm. entschied sich für die Aufnahme der Vorschrift in dem weiteren Umfange des Antrags 7. Man war der Ansicht, das von dem Antragsteller zu 6 geäußerte Bedenken, die Fälle lägen da, wo nicht sämtliche belasteten Grund-

stücke zur Erbschaft gehörten, zu verschieden, als daß sich eine Regel aufstellen lasse, sei nicht durchgreifend, und hielt es mit dem Antragsteller zu 7 für geboten, den Vermächtnisnehmer auch in Fällen solcher Art in die innere Ordnung unter den Beteiligten eintreten zu lassen. Die Mehrheit erklärte sich auch dagegen, die Auffindung der Analogie der Rechtswissenschaft zu überlassen, was schon wegen der Gleichheit der Redaktion nicht geschehen dürfe, da überall, wo für die Hypothek ein Satz aufgestellt sei, der auch für die Grundschuld und Rentenschuld gelten solle, dieser Rechte besonderer Erwähnung gethan sei. (Vergl. z. B. §§. 989, 1198 des Entw. II.) Die Fassung anlangend hielt man, um den ganzen Gedanken auszudrücken, die Verweisung auf den §. 1861a Abs. 1, 2 für genügend, sofern nur im Eingange bei den Worten „und an anderen Grundstücken“ durch Weglassung des im §. 1861a an der betreffenden Stelle befindlichen Zusatzes „zur Erbschaft gehörenden“ erkennbar gemacht werde, daß die Vorschrift auch den Fall umfassen solle, wo nicht alle mit der Gesamtgrund- oder Rentenschuld belasteten Grundstücke dem Erblasser gehörig gewesen seien.

II. Zu den §§. 1862 bis 1864, welche das Wahlvermächtniß und das Vermächtniß einer nur der Gattung nach bestimmten Sache behandeln, lagen folgende Anträge vor:

§§. 1862, 1863.
Unvollständige Bezeichnung des Gegenstandes:

1. die §§. 1862, 1863 zu fassen:

§. 1862. Hat der Erblasser angeordnet, daß von mehreren bezeichneten Gegenständen der Vermächtnisnehmer nur den einen oder den anderen erhalten soll, so finden die Vorschriften der §§. 219 bis 222 des Entw. II Anwendung.

Ist die Wahl unter den Gegenständen einem Dritten überlassen, so darf er im Zweifel nach seinem Belieben wählen; die Vorschriften der §. 268 Abs. 2, §. 269 des Entw. II finden entsprechende Anwendung. Kann oder will der Dritte die Wahl nicht treffen oder verzögert er sie, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerzten über.

§. 1863. Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache vermacht, so hat der Beschwerzte eine den Verhältnissen des Vermächtnisnehmers entsprechende Sache zu leisten. Die Vorschrift des §. 207 Abs. 2 des Entw. II findet Anwendung.

Ist die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten überlassen, so hat die Bestimmung in Berücksichtigung der Verhältnisse des Vermächtnisnehmers zu erfolgen; die Vorschriften der §. 268 Abs. 2, §. 269 des Entw. II, §. 1862 Abs. 2 Satz 2 finden entsprechende Anwendung.

den §. 1864 zu streichen;

2. die §§. 1862, 1863 zu fassen:

§. 1862. Sind durch Vermächtniß dem Vermächtnisnehmer mehrere Leistungen in der Weise zugewendet, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll (Wahlvermächtniß), so finden die Vorschriften der §§. 219 bis 222 entsprechende Anwendung.

Ist die Wahl unter den mehreren Leistungen einem Dritten eingeräumt und kann oder will dieser die Wahl nicht treffen oder ver-

zögert er dieselbe, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Das Gleiche gilt, wenn die Wahl mehreren Dritten eingeräumt ist und eine übereinstimmende Erklärung derselben nicht rechtzeitig erfolgt.

Die einem Dritten eingeräumte Wahl ist vollzogen, wenn sie dem Bedachten oder Beschwerten gegenüber erklärt ist; die Erklärung ist unwiderruflich.

§. 1863. Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache Gegenstand des Vermächtnisses, so ist eine Sache zu leisten, welche den Verhältnissen des Bedachten entspricht. Die hiernach zu treffende Bestimmung der Leistung hat in Ermangelung einer anderen Anordnung des Erblassers durch den Beschwerten zu erfolgen. Die Vorschrift des §. 207 Abs. 2 findet Anwendung.

Ist die Bestimmung der Leistung einem oder mehreren Dritten überlassen, so finden die Vorschriften des §. 1862 Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung.

3. a) in §. 1862 des Antrags 1 den Abs. 2 durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

Ist die Wahl unter den Gegenständen einem Dritten überlassen, so finden die Vorschriften des §. 1777 a Abs. 1, 2 der Vorl. Zus. entsprechende Anwendung. Kann der Dritte die Wahl nicht treffen oder trifft er sie nicht innerhalb der Frist, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über.

b) in §. 1863 des Antrags 1 den letzten Halbsatz des Abs. 2 durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

Ist die Bestimmung dem Bedachten überlassen, so finden die Vorschriften des §. 220 und des §. 221 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Ist die Bestimmung einem Dritten überlassen, so finden die Vorschriften des §. 1862 Abs. 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß das Recht, die Bestimmung zu treffen, auch dann auf den Beschwerten übergeht, wenn die von dem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Vermächtnisnehmers nicht entspricht.

4. die §§. 1862 bis 1864 zu fassen:

Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache oder sind mehrere Leistungen in der Weise, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, durch Vermächtniß dem Vermächtnisnehmer zugewendet, so finden die Vorschriften der §§. 207, 219 bis 222, und wenn die Bestimmung der Sache oder der Leistung durch einen Dritten erfolgen soll, diejenigen der §§. 268 bis 270 des Entw. II entsprechende Anwendung.

5. die §§. 1862 bis 1864 zu fassen:

Der Erblasser kann ein Vermächtniß in der Art anordnen, daß er die zu leistende Sache nur der Gattung nach bestimmt. Er kann mehrere Leistungen als Vermächtniß in der Art anordnen, daß nur eine bewirkt werden soll.

Hat der Erblasser die Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist eine den Verhältnissen des Vermächtnisnehmers entsprechende Sache zu leisten. Ist die Bestimmung der zu leistenden Sache dem Bedachten oder einem Dritten übertragen, so ist die getroffene Bestimmung für den Beschwerten und, wenn sie von dem Dritten getroffen worden ist, auch für den Bedachten nicht verbindlich, wenn sie den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht entspricht; in diesem Falle erfolgt die Bestimmung durch Urtheil.

Ist im Falle des Abs. 2 Satz 2 die Bestimmung der Sache dem Bedachten übertragen, so finden die für das Wahlrecht des Gläubigers geltenden Vorschriften des §. 220 und des §. 221 Abs. 2, soll die Bestimmung der Sache oder im Falle des Abs. 1 Satz 2 die Bestimmung der zu bewirkenden Leistung durch einen Dritten erfolgen, so finden die Vorschriften des §. 1777a Abs. 1, 2 der Vorl. Zus. entsprechende Anwendung. Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen oder trifft er sie nicht rechtzeitig, so ist das Vermächtniß so zu entrichten, wie wenn die Bestimmung nicht dem Dritten übertragen wäre.

Der Antrag 2 wurde zu Gunsten der Anträge 3 und 5 zurückgezogen. — Bei der Verathung wurde das Wahlvermächtniß und das Gattungsvermächtniß getrennt nach der Reihenfolge der Paragraphen behandelt.

A. Daß in einem Vermächtnisse mehrere Leistungen in der Art angeordnet werden können, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll (Wahlvermächtniß), wird in dem Antrage 5 mit Rücksicht auf die dem §. 1777 gegebene Fassung¹⁾ besonders ausgesprochen, während der Entw. wegen des in seinem §. 1777 getroffenen Vorbehalts keine derartige Bestimmung enthält. Mit dem Entw. stimmen sämmtliche Anträge darin überein, daß auf ein solches Vermächtniß im Allgemeinen die Vorschriften des zweiten Buches über die Wahlobligation (§§. 219 bis 222) Anwendung finden sollen; auch der Antrag 5 hat dies zur stillschweigenden Voraussetzung. Eine Verschiedenheit besteht zwischen den Anträgen für den Fall, daß die Wahl einem Dritten übertragen ist, und zwar hier in den beiden Punkten, wem gegenüber die Erklärung des Dritten zu erfolgen hat und wie sich das Wahlrecht im Falle der Nichtausübung seitens des Dritten gestaltet. Die Anträge 1 und 4 bestimmen, theils unmittelbar, theils mittelst des Citats der §§. 269, 270, daß die Erklärung sowohl dem Beschwerten wie dem Bedachten gegenüber abgegeben werden könne, und daß die Bestimmung ohne weiteres durch Urtheil erfolge bezw. auf den Beschwerten übergehe, wenn der Dritte die Wahl nicht treffen könne, nicht treffen wolle oder sie verzögere. Die Anträge 3 und 5 dagegen sprechen sich durch die Verweisung auf den §. 1777a²⁾ dafür aus, daß die Erklärung des Dritten nur dem Beschwerten

§. 1862.
Wahl-
vermächtniß,

¹⁾ Der §. 1777 lautet nach der Vorl. Zus.:

Der Erblasser kann die Bestimmung des Gegenstandes einer Zuwendung nicht einem Anderen überlassen.

²⁾ Der §. 1777a Abs. 1, 2 lautet nach der Vorl. Zus.:

Hat der Erblasser Mehrere mit einem Vermächtniß in der Weise bedacht, daß der Beschwerte oder ein Dritter bestimmen soll, was Jeder von dem

gegenüber solle erfolgen können, und daß bei Nichtausübung der Wahl durch den Dritten erst nach fruchtlosem Ablaufe der ihm vom Nachlaßgerichte gestellten Frist das Wahlrecht auf den Beschwerten übergehen solle.

Im Laufe der Berathung wurde deren Ergebniß in den beiden folgenden, sachlich übereinstimmenden Anträgen dahin gefaßt:

- a) Hat der Erblasser angeordnet, daß der Vermächtnißnehmer von mehreren bezeichneten Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll, so finden die Vorschriften der §§. 219 bis 222 Anwendung.

Ist die Wahl unter den Gegenständen einem Dritten überlassen, so erfolgt die Wahl durch Erklärung des Dritten dem Beschwerten gegenüber; die Erklärung ist unwiderruflich. Kann der Dritte die Wahl nicht treffen oder trifft er sie nicht innerhalb einer auf Antrag des Beschwerten oder des Bedachten von dem Nachlaßgericht ihm bestimmten Frist, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über.

- b) Hat der Erblasser ein Vermächtniß in der Art angeordnet, daß der Bedachte von mehreren bezeichneten Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll, so finden, wenn die Wahl einem Dritten übertragen ist, die Vorschriften des §. 1777a Abf. 1, 2 entsprechende Anwendung. Kann der Dritte die Wahl nicht treffen oder trifft er sie nicht rechtzeitig, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über.

Die Anträge wurden sachlich gebilligt und auf Anregung des Antragstellers zu 5 die Red.Komm. mit der Prüfung der Frage beauftragt, ob mit Rücksicht auf die Fassung des §. 1777 zum Ausdruck zu bringen sei, daß die Vorschriften der §§. 1862, 1863 eine Modifikation des im §. 1777 ausgesprochenen Prinzips enthalten.

Es wurde zur Erörterung gezogen, ob das im Entw. eingeklammerte Wort „Wahlvermächtniß“ als technischer Ausdruck im Gesetzestexte beizubehalten sei. Die Mehrheit lehnte die Beibehaltung ab, weil sie der Ansicht war, derartige Kunstausdrücke sollten vom Gesetzgeber nicht zum Gebrauch in der Rechtswissenschaft und der Praxis, sondern nur für seinen eigenen Gebrauch aufgestellt werden. Hiernach liege aber für das Wort kein Bedürfnis vor, da von einem Vermächtnisse der fraglichen Art außer im §. 1862 nur noch im §. 1863 gehandelt werde. Es wurde jedoch der Red.Komm. vorbehalten, den Kunstausdruck wieder einzuführen, wenn sich herausstellen sollte, daß der Begriff noch an anderen Stellen des B.G.B. wiederkehrt.

§. 1863.
Gattungs-
vermächtniß.

B. Mit Rücksicht auf die dem §. 1862 gegebene Fassung wurde von den Antragstellern der Anträge 1 und 5 zu §. 1863 beantragt:

- a) den Abf. 2 des Antrags 1 durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

Ist die Auswahl der Sache dem Bedachten oder einem Dritten überlassen, so haben auch sie eine den Verhältnissen des Vermächtniß-

vermachten Gegenstand erhalten soll, so erfolgt die Bestimmung des Beschwerten durch Erklärung gegenüber dem Bedachten, die Bestimmung des Dritten durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten; die Bestimmung ist unwiderruflich.

Auf Antrag eines Theilhabenden hat das Nachlaßgericht dem Beschwerten oder dem Dritten zur Vornahme der Bestimmung eine Frist zu stellen.

nehmers entsprechende Sache auszuwählen. Für das Wahlrecht des Bedachten gelten die Vorschriften des §. 220 und des §. 221 Abs. 2 des Entw. II, für das Wahlrecht des Dritten gelten die Vorschriften des §. 1862 Abs. 2;

b) den §. 1863 zu fassen:

Hat der Erblasser die vermachte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten.

Ist die Bestimmung der zu leistenden Sache dem Bedachten oder einem Dritten übertragen, so finden die im Falle des §. 1862 für die Wahl geltenden Vorschriften und die Vorschriften des §. 270 Abs. 1 des Entw. II entsprechende Anwendung.

Zwischen dem Antrage b (wie auch dem zu 5 mitgetheilten Antrag) einerseits und dem Antrag 1 unter II sowie dem Entw. andererseits besteht eine Verschiedenheit darin, daß in dem ersteren nicht besonders ausgesprochen wird, daß beim Gattungsvermächtniß in Ermangelung einer abweichenden Anordnung des Erblassers die Bestimmung der zu leistenden Sache dem Beschwerten gebührt. Es wurde hierfür geltend gemacht, daß eine eigentliche Genusobligation überhaupt nur da vorliege, wo die Auswahl des Gegenstandes dem Schuldner zustehe, während in den Fällen, in welchen der Gläubiger oder ein Dritter zu wählen habe, das Schuldverhältniß die Leistung eines Gegenstandes zum Inhalte habe, der zwar nicht von Anfang an, aber doch vor der Erfüllungsthätigkeit des Schuldners bereits ein bestimmter sei. Man würde den Sinn des §. 207 und die Absicht, welche dort zur Streichung des Satzes geführt habe, verdunkeln, wenn man denselben beim Gattungsvermächtnisse wieder aufnehmen wollte. — Dieser Ausführung wurde zugestimmt.

In Uebereinstimmung mit dem Entw. bestimmen sämtliche Anträge bis auf den Antrag 4, daß zur Erfüllung des Gattungsvermächtnisses eine den Verhältnissen des Vermächtnisnehmers entsprechende Sache zu leisten sei. Der Antragsteller zu 4, der auch in diesem Punkte die allgemeinen Grundsätze der Gattungsobligation gelten lassen will, nach welchen eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten ist (§. 207), begründete dies damit, daß bei der Seltenheit der Fälle kein hinreichender Grund vorliege, für das Gattungsvermächtniß einen abweichenden Satz aufzustellen, und daß im Gebiete des franz. Rechtes, welches den Unterschied nicht kenne, der Mangel desselben nicht als Nachtheil empfunden werde. Die Mehrheit der Komm. entschied sich jedoch mit der Mehrzahl der Anträge für die Regelung des Entw. Man nahm an, daß der auch vom preuß. A.L.R. (I, 12 §§. 403, 404) anerkannte Satz des Entw. nur eine konsequente Fortbildung der im Obligationenrecht aufgestellten Regel darstelle, insofern er auf dem anzunehmenden Willen des Erblassers beruhe. Wenn es bei Rechtsgeschäften unter Lebenden in Ermangelung abweichender Vereinbarungen als Wille der Parteien angesehen werden müsse, daß eine Sache von mittlerer Art und Güte geleistet werde, so dürfe bei den auf eine Begünstigung des Bedachten abzielenden letztwilligen Verfügungen auch ohne besondere Erklärung als Absicht des Erblassers gelten, daß der zu leistende Gegenstand den Verhältnissen des

Bedachten entsprechen solle. Für den Fall übrigens, daß hieraus ein Anhalt nicht zu gewinnen sei, wurde ohne Widerspruch bemerkt, daß subsidiär auch beim Vermächtniß einer nur der Gattung nach bestimmten Sache die allgemeine Regel, d. h. Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte, zur Anwendung komme.

Man ging zur Erörterung des Falles über, daß durch die Anordnung des Erblassers die Bestimmung des zu leistenden Gegenstandes dem Bedachten oder einem Dritten übertragen ist. Ob hinsichtlich des Bedachten die §§. 220, 221 Abs. 2 anzuziehen oder ob nur allgemein auf die für das Wahlvermächtniß geltenden Vorschriften zu verweisen sei, wurde als redactionelle Frage betrachtet; auch war man darüber einverstanden, daß die Ausübung des Bestimmungsrechts durch den Dritten und die Folgen der Nichtausübung in gleicher Weise wie im §. 1862 geregelt werden sollten. Zu einer längeren Debatte gab dagegen die Frage Anlaß, unter welchen Voraussetzungen die von dem Bedachten bezw. dem Dritten getroffene Bestimmung für den Beschwerten (und den Bedachten) bindend und wie, wenn dieselbe nicht als bindend anerkannt werde, die Rechtslage zu gestalten sei.

Der Antrag b will für beide Fragen die Entscheidung durch die Verweisung auf die Vorschriften des §. 270 Abs. 1 treffen. Er will in erster Reihe vorschreiben, daß die Bestimmung des Bedachten oder des Dritten nur dann für den Beschwerten bezw. den Bedachten nicht bindend sein soll, wenn dieselbe den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht entspricht. Vom Antragsteller wurde in dieser Beziehung ausgeführt, es dürfe einerseits die vom Bedachten oder dem Dritten getroffene Bestimmung nicht, wie die Entscheidung bei einer Preisbewerbung (§. 592 des Entw. II), jeder richterlichen Nachprüfung entzogen werden; es genüge auch nicht, den Dritten wegen seines etwaigen arglistigen Verhaltens für haftbar zu erklären, vielmehr müsse der in unzutreffender Weise erfolgten Bestimmung die Wirksamkeit abgesprochen werden. Wie jedoch nach §. 270 bei Verträgen die von einem Dritten nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung der Leistung nur dann für die Vertragsschließenden nicht verbindlich sei, wenn sie der Billigkeit offenbar widerspreche, so dürfe bei einem Vermächtnisse der in Rede stehenden Art nicht jede Verschiedenheit in der Auffassung des Beschwerten oder des Richters von der des Bedachten oder des Dritten über das, was den Verhältnissen des Bedachten entspreche, sondern nur ein Mißbrauch der übertragenen Befugniß oder ein grober Irrthum des Bestimmungsberechtigten zur Umstoßung der von dem letzteren getroffenen Entscheidung den Grund geben. Denn der Erblasser habe in solchen Fällen die Bestimmung der zu leistenden Sache nicht dem Beschwerten oder dem Richter, sondern der von ihm bezeichneten Person übertragen wollen und dieser Wille müsse aufrechterhalten werden, solange nicht ein offener Fehlgriß und damit ein augenscheinlicher Widerspruch gegen die eigenen Absichten des Erblassers vorliege.

Gegen diese Ausführungen wurde von anderer Seite eingewendet, die Gleichstellung des gegenwärtigen Falles mit dem im §. 270 vorausgesetzten sei nicht unzweifelhaft. Dort handele es sich um eine ganz unbestimmte, nur durch die allgemeinen Rücksichten der Billigkeit beschränkte Verbindlichkeit, hier um ein durch den Hinweis auf die Verhältnisse des Bedachten, eventuell durch die mitt-

lere Art und Güte, näher geregeltes Schuldverhältniß. Es liege daher hier ein weit geringeres Bedürfniß vor als im §. 270, eine Beschränkung der richterlichen Nachprüfung vorzuschreiben. Zudem enthalte der §. 270 eine derartige Vorschrift nur für die von einem Dritten getroffene Bestimmung, während, wenn die Bestimmung einem der Vertragsschließenden überlassen sei, nach §. 266 jede Abweichung von der Billigkeit die Entscheidung durch Richterspruch zur Folge habe. Dementsprechend müsse beim Gattungsvermächtnisse mindestens in denjenigen Fällen, wo das Bestimmungsrecht dem Bedachten zustehe, der Beschwerzte auf richterliche Entscheidung antragen können, sobald die getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten irgendwie nicht entspreche. Gegen das Zitat des §. 270 spreche ferner, auch wenn man den Gedanken des Antragstellers für richtig halte, der Umstand, daß das dort behandelte subjektive Ermessen geeignet sei, bei der Anwendung der Vorschrift auf den Fall des §. 1863 die dem letzteren gegebene objektive Grundlage in Frage zu stellen. Es sei daher auf jeden Fall zweckmäßiger, statt des Zitats in der Fassung des §. 1863 den Gedanken zu entwickeln, noch besser aber, die Frage im Gesetze zu übergehen und die Entscheidung der Auslegung des letzten Willens zu überlassen.

Man einigte sich dahin, daß eine Unterscheidung zwischen der Bestimmung des Bedachten und der des Dritten nicht zu machen, die Frage vielmehr für beide Fälle gleichmäßig in dem einen oder dem anderen Sinne zu lösen sei. Dagegen machte der Antragsteller, der anderen Anregung folgend, den Vorschlag, in dem Antrage b Abs. 2 die Worte „und die Vorschriften des §. 270 Abs. 1“ zu streichen und als Abs. 3 hinzuzufügen:

Entspricht die getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht, so steht die Bestimmung dem Beschwerzten zu.

Bezüglich der Frage, was Rechtens sein solle, wenn die Wahl des zunächst zur Bestimmung Berufenen als unverbindlich anerkannt werde, von wem alsdann die Bestimmung zu treffen sei und wie sich der Uebergang zu vollziehen habe, waren die Meinungen gleichfalls getheilt. Von der einen Seite wurde die Ansicht vertreten, wenn die Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten nicht bzw. offenbar nicht entspreche, so sei die getroffene Entscheidung als nicht vorhanden zu betrachten; der Beschwerzte habe dem Bedachten nach §. 221 Abs. 2 eine Frist zu setzen oder, wenn ein Dritter zur Bestimmung berufen sei, sie diesem gemäß §§. 1777 a, 1862 setzen zu lassen, und wenn eine neue Bestimmung innerhalb dieser Frist nicht oder abermals in unzutreffender Weise erfolge, seinerseits die Wahl zu vollziehen. Dem wurde entgegnet, daß die verfehlt getroffene Bestimmung unmöglich ohne Weiteres einer nicht getroffenen Bestimmung gleichgestellt werden könne, die Frage, ob ein Fehlgriff vorliege, müsse vielmehr im Streitfalle durch Richterspruch festgestellt sein, bevor eine Aenderung in den Befugnissen der Betheiligten eintrete. Dabei war Meinungsverschiedenheit darüber, wer alsdann die Bestimmung zu treffen habe. Es wurde die Ansicht geäußert, die Bestimmung habe hier wie im Falle des §. 270 Abs. 1 durch das Gericht zu erfolgen, was ohne Bedenken sei, weil der Kläger in seinem Antrag einen durch das Gericht zu wählenden Gegenstand fordern könne und damit den verlangten Gegenstand bezeichnet habe. Hierauf wurde erwidert, diese Regelung führe über die Aufgabe des Gerichts hinaus. Das Gericht könne beim Gattungs-

vermächtnisse wie bei jeder anderen Gattungsschuld immer nur abstrakt die Grundsätze aufstellen, nach welchen die Auswahl des zu leistenden Gegenstandes habe erfolgen müssen. Sei beim Gattungsvermächtnisse zunächst der Bedachte oder ein Dritter zu der Bestimmung berufen gewesen, so müsse nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers angenommen werden, daß der Wahlberechtigte mit dem einmal gethanen Fehlgriffe seine Befugniß verwirkt habe und nicht zu einer nochmaligen Bestimmung berufen sei; das Vertrauen, das der Erblasser ihm entgegengebracht habe, bestehe nicht mehr, nachdem er sich einen Mißbrauch seiner Befugniß oder einen groben Irrthum habe zu Schulden kommen lassen. Wenn dann der nunmehr zur Auswahl berechnigte Beschwerte einen Gegenstand anbiete, der nach der Meinung des Bedachten ebenfalls ungeeignet sei, so bleibe dem letzteren unbenommen, im Prozesse diese seine Ansicht geltend zu machen. Es liege die Sache beim Gattungsvermächtnisse nicht anders als im Falle des §. 270, welcher nach seiner in der Fassung allerdings nicht genügend zum Ausdruck gekommenen Absicht die Gattungsschuld mit umfasse und die Bestimmung „durch Urtheil“ nur in dem vorstehend entwickelten Sinne verstehe.

Diese Auffassung wurde schließlich von allen Seiten als zutreffend anerkannt, und es fand eine Abstimmung nur darüber statt, ob, falls ein Zusatz des in dem letzten Antrag ausgedrückten Inhalts aufgenommen werde, der Uebergang des Bestimmungsrechts auf den Beschwerten davon abhängig gemacht werden solle, daß die vom Bedachten oder dem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht entspreche. Die Frage wurde in eventueller Abstimmung bejaht und demnach die Aufnahme des fraglichen Zusatzes endgültig beschlossen:

350. (C. 6949 bis 6964.)

I. Zu §. 1864 wurde von verschiedenen Seiten beantragt:
die Bestimmung zu streichen.

Der Antrag wurde angenommen. Zu seiner Begründung war geltend gemacht worden:

Nach §. 1864 sollten die Vorschriften über das Wahlvermächtniß Anwendung finden, wenn bei einem Vermächtnisse, dessen Gegenstand eine nur der Gattung nach bestimmte Sache sei, der Wille des Erblassers erhele, daß die Auswahl auf die in dem Nachlasse befindlichen Sachen beschränkt sein solle. Eine entsprechende Bestimmung sei für das gemischt-generische Schuldverhältniß nicht gegeben; man sei hierbei von der Voraussetzung ausgegangen, daß es der Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen bleiben könne, ob ein Wahlschuldverhältniß oder ein Gattungsschuldverhältniß gemeint sei. Diese Voraussetzung treffe nach Ansicht der Mot. V C. 174 für das gemischt-generische Vermächtniß nicht zu, weil eine letztwillige Verfügung des erwähnten Inhalts meist keinen oder einen nur unsicheren Anhalt für die Ermittlung des Willens des Erblassers biete. Hiergegen wurde bemerkt, daß die Ermittlung des Willens des Erblassers in den erwähnten Fällen, wenn auch häufig nicht ganz leicht, doch keineswegs unmöglich sei. Jedenfalls dürften die Schwierigkeiten, welche der Auslegung erwüchsen, nicht zur Aufstellung einer Regel führen, bei deren An-