

der Erblasserin geschehen können. Zur Zeit ihres Todes sei aber eine Hinterlegung nicht mehr notwendig gewesen, indem Art. 24 leg. cit. für eine Genfer Bürgerin solches überflüssig gemacht habe. Soweit es sich hiebei um Interpretation von Basler Recht und speziell um die Frage handelt, ob das Testament mangels Hinterlegung nicht als definitive letzte Willenserklärung angesehen werden könne, hat das Bundesgericht nicht weiter nachzuprüfen, vielmehr ist dies ausschließlich Sache des kantonalen Richters. Im übrigen aber hat das Appellationsgericht in Übereinstimmung mit dem Civilgericht als erste Instanz anerkannt, daß für die Frage der Gültigkeit des Testaments das Heimatrecht der Erblasserin in Anwendung zu kommen habe, daß nun damit Art. 24 cit. verletzt worden sei, entbehrt jeder näheren Begründung. Dem genannten Artikel, der eine öffentlich rechtliche Vorschrift enthält, liegt der klare Wille des Gesetzgebers zu Grunde, alle Konflikte die zwischen Heimatrecht und Wohnsitzrecht entstehen könnten, zu beseitigen; es hat daher jene Bestimmung ihre Anwendung zu finden sowohl auf Testamente, die vor Erlaß des Bundesgesetzes betreffend civilrechtliche Verhältnisse errichtet wurden, als auf die seither errichteten Testamente (Amtliche Sammlung XXI, S. 118 in Sachen Martiny). Zudem könnte hier überhaupt nicht von einer unzulässigen Rückwirkung des genannten Bundesgesetzes gesprochen werden, indem dem im März 1890 errichteten Walderischen Testamente keine andere rechtliche Wirkung beigemessen wurde, als jene, die fragliches Testament zur Zeit seiner Errichtung nach Heimatrecht schon gehabt hätte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

132. Urteil vom 28. November 1895 in Sachen
Bühler und Konsorten.

A. Fräulein Marie Brunner war Bürgerin des Kantons Zug; sie wohnte in Luzern. Dasselbst errichtete sie unterm 29. November 1875 ein Testament, worin sie unter Ziffer 1 verfügte: „An meine sämtlichen Geschwister sollen nicht mehr von meinem ganzen Vermögen zukommen als das nach meinem Heimortort Zug gesetzliche Minimum von 10 Pfund Gold, circa fünf à sechs Franken.“ Durch weitere Bestimmungen wandte sie dann im genannten Testamente ihr Vermögen einer Reihe von andern Verwandten (Neffen, etc.) zu. Die Testatorin starb im Jahre 1894 in Luzern, woselbst ihre Erbschaft eröffnet wurde. Die Geschwister fochten nun als Intestaterben zweiter Klasse nach luzernischem und resp. zweiter Stammlinie nach zugerischem Rechte das Testament an, da selbes den nach § 428 des luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches, resp. 302 des zugerischen Privatrechts ihnen zustehenden Pflichtteil (die Hälfte) verlege. In zweiter Instanz wies das luzernische Obergericht die Klage ab, wesentlich aus folgenden Gründen: Formell sei das Testament gültig. Materiell sei zunächst zu bemerken, daß die Testatorin als Zugerin im Jahre 1875 gemäß dem damals noch bestehenden Konkordat vom 15. Juli 1822 befugt gewesen sei, zu bestimmen, daß die Erbfolge in ihren Nachlaß nach zugerischem Recht stattfinden solle. Damals habe in Zug noch das Erbrecht des alten Stadt- und Landbuches von 1432 und 1566 gegolten; diesem entspreche das Testament. Am 1. Januar 1876 sei zwar in Zug ein neues Erbrecht in Kraft getreten; dagegen anerkenne dasselbe in § 3 der Übergangsbestimmungen die vorher nach altem Recht errichteten Testamente. Am 1. Juli 1892 sei dann das Bundesgesetz betreffend civilrechtliche Verhältnisse in Kraft getreten; dasselbe sei, weil im Momente des Todes der Erblasserin gültig, in casu anzuwenden. Eine unzulässige Rückwirkung liege darin nicht. Art. 22, Abs. 1 leg. cit. statuiere nun als Regel das Wohnsitzrecht; dagegen könne man nach Abs. 2 gleichen Artikels durch letztwillige Verordnungen die Erbfolge dem Heimatrechte unterstellen. Dies gelte

offenbar nicht nur für die seit 1. Juli 1892 errichteten letztwilligen Verfügungen, sondern auch für die früheren, sofern sie mit Rücksicht auf die Zeit des Todes dem Bundesgesetze unterworfen seien, mit demselben in Einklang ständen und die Anwendung des Heimatrechts nach dem zur Zeit der Testamentserrichtung geltenden Rechte zulässig war. In casu sei dies freilich nicht nur zulässig, sondern laut Konkordat vorgeschrieben gewesen. Da aber die Testatorin der betreffenden Vorschrift nachlebte, werde sie durch Art. 22 Abs. 2 cit. geschützt und sei es gleichgültig, ob ihr damals die *professio juris* zugestanden habe oder nicht. Das geltende Recht, unter welches sie die Erbfolge stellte, sei das alte Zuger Recht, welches, laut Vorbehalt des § 3 der Übergangsbestimmungen, für das streitige Testament anwendbar geblieben. Daran habe das citierte Bundesgesetz nichts geändert. Frage sich noch, ob der Wille der Unterstellung unter das Heimatrecht genügend dokumentiert sei, so sei dies zu bejahen, indem die letztwillige Verordnung unter Anwendung und nach Maßgabe des Heimatrechts erfolgt sei.

B. Gegen dieses Urteil erklärten die Kinder Bühler und Konkorten den Rekurs an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei genanntes Urteil aufzuheben, das Luzerner, oder eventuell das seit 1. Januar 1876 in Kraft stehende materielle Erbrecht des Kantons Zug auf das in Frage stehende Testament anwendbar zu erklären und daher entweder die Anfechtungsklage der Rekurrenten gutzuheißen oder eventuell der Prozeß zu neuerlicher Beurteilung an das luzernische Obergericht zurückzuweisen, mit der Auflage, das Testament, resp. die streitige Frage der Testierbefugnis der Fräulein Brunner nach luzernischem, eventuell nach dem seit 1876 geltenden materiellen Zuger Erbrecht zu beurteilen, unter Kostenfolge. Zur Begründung wird bemerkt: Zur Zeit des Todes der Testatorin, 1894, sei das Bundesgesetz betreffend civilrechtliche Verhältnisse in Kraft gestanden; dasselbe müsse daher auch auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Nach Art. 22 leg. cit. gelte für die Erbfolge, auch für die testamentarische, das Recht des Wohnsitzes. Die Frage sei nun die, ob Abs. 2 des gleichen Artikels in casu daran etwas ändere. Diese Frage sei zu verneinen. Art. 22 Abs. 2 habe nicht die Bedeutung, daß Jeder-

mann nach seinem Heimatrechte testieren könne; vielmehr werde dasselbst für die Unterstellung unter das Heimatrecht ein Willensakt, eine ausdrückliche Erklärung verlangt. Man könne sogar annehmen, daß durch eine solche Erklärung nur die Intestaterbfolge des heimathlichen Rechtes angeordnet werden dürfe. Die Hauptfrage sei aber die, ob Art. 22 Abs. 2 auch einem vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes betreffend civilrechtliche Verhältnisse errichteten Testamente zu gute kommen könne. Dies sei zu verneinen. Das Wohnsitzrecht sei die Regel, das Heimatrecht die Ausnahme. Das citierte Bundesgesetz habe ausnahmsweise dem gehörig ausgesprochenen Willen die Kraft erteilt, das Heimatrecht zur Geltung zu bringen. Vor dem Bundesgesetze war dieser Wille unwirksam und eine *professio juris* ausgeschlossen, da das Heimatrecht schon zufolge des Konkordates unabhängig vom Willen des Einzelnen galt. Es wäre unzulässige Rückwirkung, die früher bedeutungslose Erklärung, daß man nach Heimatrecht testiere, *ex post* als Willensakt wirksam werden zu lassen, der die Kraft hätte, ein später neu eingeführtes Rechtsprinzip, das Domizilprinzip, auszuschließen. Die Willenserklärung laut Art. 22 Abs. 2 sei vor 1. Juli 1892, als dem Tage des Inkrafttretens des fraglichen Bundesgesetzes, unmöglich gewesen; sie liege nicht im fraglichen Testament und könne nicht darin liegen. Um den materiellen Bestand früherer, nach Heimatrecht errichteter, Testamente zu schützen, hätten die Übergangsbestimmungen eine bezügliche *clausula salvatoria* enthalten müssen; eine solche sei aber nicht aufgestellt worden. Die vor 1. Juli 1892 errichteten Testamente unterlägen daher alle dem Domizilrecht, als der *lex generalis*, in casu dem luzernischen Recht. Eventuell falle in Betracht, daß Art. 22 Abs. 2 bloß die Unterstellung unter ein bestehendes Heimatrecht gestatte (Italienischer Text: *diritto in vigore nel cantone d'origine*; ebenso der französische Text). Daraus ergebe sich als Rückschluß, daß die Unterstellung erst seit 1. Juli 1892 geschehen könne; ferner, daß altes aufgehobenes Recht nicht konserviert werden könne. Auch § 3 der Übergangsbestimmungen des zugerischen Erbrechts von 1876 könne nicht das Gegenteil bewirken; genannter § 3 sei überhaupt durch Art. 39 des Bundesgesetzes aufgehoben. Dazu komme, daß in Bezug auf die Testierbefugnis

ein Testament als im Moment des Todes des Erblassers errichtet betrachtet werde; es seien daher auch die Noterbrechtsbestimmungen des zur Zeit des Todes geltenden zugerischen Erbrechts anzuwenden. Dieselben seien *jus cogens*.

C. Die rekursbeklagte Partei (Frau Brunner und 7 Konforten) beantragen Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge. Sie führen aus: Das Bundesgericht sei nur kompetent, zu prüfen, ob das Bundesgesetz betreffend civilrechtliche Verhältnisse verletzt sei. Art. 22 Abs. 2 beziehe sich nicht nur auf das Intestaterbrecht, sondern auch auf das testamentarische Erbrecht der Heimat. Die Unterstellung unter das Heimatrecht sei ausdrücklich erfolgt; ein Willensakt liege vor. Derselbe gelte, obwohl vor Inkrafttreten des mehrgenannten Bundesgesetzes erfolgt, auch nach demselben. Geltendes Recht für die vor 1876 errichteten Testamente sei im Kanton Zug das alte Landbuch; übrigens sei selbstverständlich, daß das Bundesgesetz sich nicht darum kümmern, welches kantonale Recht, ob altes oder neues, zur Anwendung komme. Es könne das Bundesgericht nicht prüfen, ob das kantonale Zuger Recht richtig angewendet worden sei, u. s. w.

D. Das luzernische Obergericht verzichtete auf eine Vernehmung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Zunächst steht unbestritten fest, daß das Testament der Fräulein Brunner vom 29. November 1875 nach zugerischem Rechte, welches gemäß dem auch zwischen ihrem Wohnort Luzern und ihrem Heimorte Zug bestehenden Konkordate von 1882 anwendbar war, gültig war; es gilt dies insbesondere von der Beschränkung der Geschwister, heutigen Rekurrenten, auf das Minimum von „10 Pfund Gold, circa 5 à 6 Fr.“ Als dann im Jahre 1876 im Heimatkanton der Testatorin, Zug, ein neues Erbrecht in Kraft trat, blieb zufolge der Übergangsbestimmungen das früher errichtete Testament unbestrittenermaßen gültig. Die Testatorin starb 1894; damals war das Bundesgesetz betreffend civilrechtliche Verhältnisse (seit 1. Juli 1892) in Kraft. Dasselbe war zweifellos auch auf den Nachlaß der Fräulein Brunner anzuwenden. Die Rekurrenten haben dies zwar bestritten und geltend gemacht, daß die einschlägigen Vorschriften des Bundesgesetzes (Art. 22)

nur auf die Intestaterbfolge Bezug hätten; indes spricht genannter Artikel ganz allgemein von der Erbfolge, und ist darunter sowohl die testamentarische als die Intestaterbfolge zu verstehen. Es ist daher Art. 22 maßgebend für die Frage, nach welchem Rechte der Inhalt des Testaments der Fräulein Brunner zu beurteilen sei. Diesbezüglich ist zwischen den Parteien streitig, ob die Testatorin im Sinne von Art. 22 Abs. 2 die Erbfolge in ihren Nachlaß in gültiger Weise dem Rechte ihres Heimatkantons unterstellt habe. Diesen Willen hat die Testatorin in fraglichem Testament bestimmt und ausdrücklich ausgesprochen; sie verfügt nämlich unter Ziffer 1 des Testaments, daß an ihre Geschwister „nicht mehr als das nach ihrem Heimorte Zug gesetzliche Minimum“ gelangen solle. Dagegen bemerken die Rekurrenten, diese Verfügung sei im Jahre 1875 getroffen worden; damals sei das Bundesgesetz betreffend civilrechtliche Verhältnisse nicht in Kraft gestanden und habe eine Erklärung im Sinne von Art. 22 Abs. 2 desselben nicht abgegeben werden können; der Testator habe das Recht zu einer solchen Erklärung und daherigem Ausschluß des Wohnsitzrechts noch nicht gehabt. Erst das genannte Bundesgesetz habe ihm dies Recht verliehen. Unter der Herrschaft desselben aber habe die Testatorin eine Erklärung gemäß Art. 22 Abs. 2 nicht abgegeben; daher sei, laut der Regel des Art. 22 Abs. 1, das Wohnsitzrecht zur Anwendung zu bringen. Hiezu ist zu bemerken: Die Testatorin hat fragliche Erklärung zwar im Jahre 1875 abgegeben; dagegen hat sie dieselbe bis zu ihrem Tode bestehen lassen; dieselbe ist zu beurteilen, als wenn sie im Momente des Todes der Testatorin abgegeben worden wäre. Nun entspricht sie dem im Momente des Todes geltenden Rechte, speziell dem Art. 22 Abs. 2; derselbe erfordert insbesondere nicht, daß die Unterstellung unter das Heimatrecht durch eine besondere Urkunde erfolge, sondern läßt genannte Unterstellung ausdrücklich durch „letztwillige Verfügung“ geschehen. Da diesem Erfordernis in casu ein Genüge getan ist, untersteht das fragliche Testament mit Bezug auf seinen Inhalt dem Heimatrechte der Testatorin, und hat die Vorinstanz, indem sie in diesem Sinne entschied, das Bundesgesetz betreffend civilrechtliche Verhältnisse in keiner Weise verletzt.

2. Rekurrenten haben im weitem eventuell geltend gemacht, daß

das Bundesgesetz nur die Unterstellung unter ein bestehendes Heimatrecht zulasse. In Zug bestehe jetzt das Erbrecht vom 1. Januar 1876, welches als disponible Quote bloß die Hälfte des Nachlasses festsetze. Demgemäß könne der Nachlaß der Fräulein Brunner nur diesem Erbrecht von 1876, nicht aber dem früheren, abgeschafften unterstellt werden. Indem das luzernische Obergericht das fragliche Testament nach dem nicht mehr bestehenden Zuger Recht beurteilt habe, habe es das genannte Bundesgesetz verletzt. Es sind jedoch auch diese Ausführungen nicht stichhaltig. Es ist Sache des kantonalen Gesetzesrechts, zu bestimmen, ob ein im Jahre 1875 errichtetes, nach Zuger Recht zu beurteilendes Testament dem alten anno 1875 geltenden materiellen Rechte oder demjenigen vom Jahre 1876 unterstehe. Das Bundesgesetz betreffend civilrechtliche Verhältnisse enthält über diese Frage der zeitlichen Rechtsanwendung weder in Art. 22 noch sonstwo irgend welche Vorschriften; es gestattet die testamentarische Erbfolge dem heimathlichen Rechte zu unterstellen; heimathliches Recht war aber örtlich auch das vor 1876 in Kraft gestandene so gut wie das 1876 in Kraft getretene. Welches von beiden anzuwenden sei, speziell, ob in casu das frühere Zuger Erbrecht gestützt auf die Übergangsbestimmungen Art. 3 des neuen Zuger Erbrechts Anwendung zu finden habe, hatte einzig der kantonale Richter zu entscheiden; das Bundesgericht hat auf die betreffende Frage gar nicht einzutreten. Ebenso wenig kann dasselbe prüfen, ob die rekurrirte Behörde den Inhalt des einschlägigen Zuger Rechts richtig bestimmt habe.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

Kompetenzüberschreitungen kantonaler Behörden.

Abus de compétence des autorités cantonales.

133. Urteil vom 2. November 1895 in Sachen
Gemeinde Jegenbohl.

Am 25. Juli und 9. August sprach die Kassationsbehörde des Kantons Schwyz die Kassation eines Beschlusses der Bezirksgemeinde Schwyz — vom 6. Mai 1894 — aus, durch welchen letztere einen — damals der Gemeinde Jegenbohl obliegenden — Teil des Unterhaltes einer neuen Brücke zu Lasten des Bezirkes übernommen hatte. Gegen den Kassationsbeschluss rekurrirte die Gemeinde Jegenbohl an das Bundesgericht; dasselbe wies sie jedoch zunächst an den Großen Rat des Kantons Schwyz, indem es ihr zugleich für den Fall, daß der Große Rat sich inkompetent erklären sollte, die Rekursfrist wahrte, — siehe Entscheidung vom 20. März 1895, woraus das Tatsächliche ersichtlich ist. — Am 9. August 1895 beschloß der schwyzerische Kantonsrat, an welchem Jegenbohl gelangt war, Nichtzutreten, wegen Inkompetenz, indem er zur Begründung auf die §§ 42 und 60 K.-V., sowie auch § 39 derselben verwies. Unterm 25. August 1895 reichte darauf die Gemeinde Jegenbohl beim Bundesgericht wieder ihre frühere Beschwerde ein, indem sie wieder das Begehren stellte, es sei der Kassationsentscheid der Kassationsbehörde, wonach der Beschluß der Bezirksgemeinde vom 6. Mai 1894 kassiert wurde, aufzu-