

diese fand jedoch, nach der Feststellung der Vorinstanz, frühestens am 9. August 1939 statt, d. h. mehr als 3 Wochen nach ihrem ersten Geschlechtsverkehr, wenn dieser Mitte Juli (wie Egle sowie die Klägerin in der Klage erklärten), bzw. ca. 5 Wochen nach demselben, wenn er (wie sie im Armenrechtsverfahren angab) Anfangs Juli erfolgt war.

Sodann und vor allem lag in dem 1935 entschiedenen Falle der Geschlechtsverkehr mit dem Beklagten Z. nur 283 Tage vor der Geburt, was einer normalen Schwangerschaftsdauer entspricht, während diese, wenn der Dritte B. der Erzeuger war, abnormal kurz gewesen wäre. Demgegenüber hätte im vorliegenden Falle die Schwangerschaft, wenn sie vom letzten Verkehr mit dem Beklagten (29. oder 30. April 1939) herrührte, 297 bzw. 296 Tage gedauert, würde also bis zu 3 bzw. 4 Tagen an die oberste vom Gesetz für die Vaterschaftsvermutung überhaupt noch berücksichtigte Grenze von 300 Tagen heranreichen und die normale Dauer um 3-4 Wochen überschreiten. Der abnormal kurzen Schwangerschaftsdauer im Falle der Vaterschaft des Dritten Egle (234 Tage) steht mithin eine ebenso abnormal lange bei der Zeugung durch den Beklagten gegenüber. Es konkurriert also nicht ein seltener Ausnahmefall mit einem Normalfall, sondern ein Ausnahmefall mit einem andern (entgegengesetzten) Ausnahmefall, die beide an die absoluten Grenzwerte ungefähr gleich nah heranreichen. Unter diesen Umständen kann — im Gegensatz zum früheren Fall — nicht gesagt werden, die Vaterschaft des Beklagten sei so viel wahrscheinlicher als die des Dritten, dass diese praktisch ausser Betracht falle; vielmehr sind sie beide, nach der Schwangerschaftsdauer beurteilt, ungefähr gleich wahrscheinlich oder unwahrscheinlich. Ein Übergewicht für die eine könnte sich bei dieser Sachlage unter Umständen wieder aus dem Reifegrad des Kindes ergeben. Sowenig aber dieses Zeichen einer Frühgeburt aufwies, sowenig ist hinsichtlich der letzten Schwangerschaftswochen und der Beschaffenheit der Frucht etwas bekannt, das für eine so starke Übertragung

sprache, wie sie eine Schwangerschaftsdauer von 296 Tagen darstellen würde.

Unter diesen Umständen wird die *exceptio* nicht durch die *replicatio* entkräftet. Es greift die allgemeine Regel Platz, wonach Mehrverkehr in der kritischen Zeit erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten begründet und damit die gesetzliche Vermutung gegen diesen zu Fall bringt.

Muss demnach die Klage in Anwendung von Art. 314 Abs. 2 ZGB abgewiesen werden, so braucht auf die Einrede aus Art. 315 nicht mehr eingegangen zu werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

IV. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Mai 1942

i. S. Association du Convict du Sacré-Cœur
gegen Brueker und Konsorten.

1. *Gerichtsstandsnormen in Staatsverträgen* fallen nicht unter Art. 87 Ziff. 3 OG. Vorbehalten bleibt staatsrechtliche Beschwerde.
2. *Ordensverbot* nach Art. 52 BV: Entscheidungsgewalt des Bundesrates.
3. Kein *Nachvermächtnis* ist die Zuweisung einer Sache zu Eigentum mit Vorbehalt der Nutzniessung einer andern Person. Unterschied zwischen *Nutzniessung* und *Vorvermächtnis*. Gleichwie *Nachvermächtnisse* sind auch andere *Vermächtnisse mit aufgeschobenem Anfall* zulässig. Annahme einer solchen Verfügung als *Eventuallösung* entsprechend dem mutmasslichen Willen des Erblassers. Art. 545 ZGB (ferner Art. 488/489/492).
4. *Höchstpersönlicher Charakter der letztwilligen Verfügungen*. Der Erblasser selbst muss den eingesetzten Erben und den Vermächtnisnehmer bezeichnen. Ungültigkeit der einem Andern zugewiesenen Wahlbefugnis (*faculté d'élire*), auch wenn dem Vermächtnis Auflagen angefügt sind. Art. 481 ff. ZGB.

1. *Les règles de for contenues dans des traités internationaux ne tombent pas sous l'application de l'art. 87 ch. 3 OJ. Le recours de droit public demeure réservé.*
 2. *Interdiction des ordres religieux* selon l'art. 52 CF : pouvoir de décision du Conseil fédéral.
 3. Ne constitue pas un *legs avec substitution fidéicommissaire* l'attribution d'une chose en propriété sous réserve de l'usufruit en faveur d'une autre personne. Différence entre l'*usufruit* et le *legs grevé de substitution*. Il est possible, à part les legs avec substitution fidéicommissaire, de faire d'autres *legs à dévolution différée*. Disposition de ce genre, admise comme correspondant à la volonté présumée du défunt. Art. 545 CC (en outre 488/9, 492).
 4. *Caractère éminemment personnel des dispositions de dernière volonté*. Le disposant doit désigner lui-même l'héritier institué et le légataire. Nullité de la faculté d'élire donnée à une autre personne, même lorsque des charges sont liées au legs. Art. 481 ss CC.
1. *Alle norme in materia di foro contenute nei trattati internazionali non è applicabile l'art. 87 cifra 3 OGF. Resta riservato il ricorso di diritto pubblico.*
 2. *Divieto degli ordini religiosi* secondo l'art. 52 CF : facoltà di decisione del Consiglio federale.
 3. Non costituisce un *legato con sostituzione fedecommissaria* l'attribuzione d'una cosa in proprietà, con riserva dell'*usufrutto* in favore di un'altra persona. Differenza tra l'*usufrutto* e il *legato gravato di sostituzione*. È possibile fare, oltre legati con sostituzione fedecommissaria, anche altri *legati con devoluzione differita*. Disposizione di questo genere ammessa come corrispondente alla volontà presunta del defunto. Art. 545 CC (inoltre art. 488/9, 492).
 4. *Carattere strettamente personale delle disposizioni a causa di morte*. Il testatore deve egli stesso designare l'erede istituito ed il legatario. Nullità della facoltà di sceglierlo conferita ad un terzo, anche se al legato sono annessi degli oneri. Art. 481 e seg. CC.

A. — August Brucker, von Kogenheim (Elsass), errichtete am 13. August 1937 auf seinem Schlosse Hünenberg in Ebikon bei Luzern, wo er seit mehreren Jahren wohnte, folgende letztwillige Verfügung mit öffentlicher Beurkundung :

« I. Er bestimmt, dass nach seinem Hinscheide sein Gut und Schloss Hünenberg in seinem ganzen Umfange mit dem dort befindlichen Mobiliar, dem Auto und der gesamten Ausstattung der Fräulein Berthe Bischoff, wohnhaft Schloss Hünenberg und der Fräulein Marie Moellinger in Kogenheim, Elsass, zur lebenslänglichen Nutzniessung zufallen soll...

II. Nach dem Ableben der beiden Nutzniesserinnen soll das Schloss und Gut Hünenberg, wie Testator selbes von Fr. Meland-Picard erworben und seither besessen hat an den katholischen Orden Sacré Cœur (Sacré-Cœur) im Elsass oder in der Schweiz zu Eigentum zufallen zur Verwendung als Erholungsheim für ältere und kränkliche röm.-katholische Priester ; inbegriffen Mobiliar.

Diese sind verpflichtet dafür zu sorgen, dass für die Seelenruhe des Vermächtnisgebers in der Kapelle auf Hünenberg täglich eine Hl. Messe gelesen wird.

Die Nutzniesserinnen haben zu bestimmen an welche Niederlassung des genannten Ordens im Elsass oder in der Schweiz das Gut zu Eigentum übergeben soll... »

Die letztere Weisung findet nach den von der Vorinstanz als glaubwürdig befundenen Aussagen der Schlossgouvernante Fräulein Bischoff (der einen Nutzniesserin) folgende Erklärung : Als der Urkundsbeamte zur Abfassung des Testamentes erschien, war man auf dem Schloss in grosser Aufregung. Man fand das Heftchen nicht, aus dem man hätte ersehen können, wo in der Schweiz der Orden Sacré-Cœur eine Niederlassung habe. In der Befürchtung, es möchte zu lange gehen, bis das Heftchen gefunden würde, sagte der Urkundsbeamte dem Erblasser, er könne es ja den Nutzniesserinnen überlassen, zu bestimmen, welcher Niederlassung das Schloss zukommen solle. Damit war der Erblasser einverstanden. Immerhin wollte er nur eine Niederlassung im Elsass oder in der Schweiz berücksichtigen.

B. — Der Erblasser starb auf seinem Schlosse noch am gleichen Tage (so nach den Aussagen der Fräulein Bischoff, einem Brief des Notars Neidhardt, Schlettstatt, vom 29. Januar 1938 und einem nachträglich zu den Akten gekommenen Leidzirkular) oder im September 1937 (wie dies die Parteien übereinstimmend angeben). Als gesetzliche Erben hinterliess er Neffen und Nichten. Deren Vertreter lud die Nutzniesserinnen ein, die ihnen vom Erblasser aufgetragene Wahl zu treffen. Er wies darauf hin, dass

nach seinen Erkundigungen in der Schweiz kein Orden und keine Kongregation des Namens Sacré-Cœur niedergelassen sei, wogegen fünf solcher Ordenshäuser im Bistum Strassburg vorhanden seien. Die Nutzniesserinnen bestimmten indessen zunächst als zum Erwerb berechtigt die Niederlassung des Ordens Sacré-Cœur in Binningen, Baselland. Am 2. November 1938 kamen sie darauf zurück, weil in Binningen gar keine Niederlassung, sondern eine blossе Missionsprokura besteht. Sie erklärten nun, dass das Schloss und Gut Hünenberg mit dem Mobiliar, belastet mit ihrer lebenslänglichen Nutzniessung, an die am 13. September 1938 in Freiburg/Schweiz als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB gegründete Klägerin « mit sofortiger Wirkung zu Eigentum übergeben soll ».

C. — Die Rechte der Nutzniesserinnen wurden von niemand bestritten. Dagegen liessen die als Eigentümer der Grundstücke eingetragenen gesetzlichen Erben einen gegenwärtigen oder zukünftigen erbrechtlichen Erwerb der Klägerin nicht gelten. Diese erlangte die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Ziff. 1 ZGB am Grundbuch. Am 19. November 1938 erhob sie ferner beim Amtsgericht Luzern-Land gegen die gesetzlichen Erben Klage. Die aufrechterhaltenen Begehren lauten dahin: Die Grundstücke mit Mobiliar seien der Klägerin mit Vorbehalt der Rechte der Nutzniesserinnen als Eigentum zuzuweisen, und die Klägerin sei zu ermächtigen, das Eigentum eintragen zu lassen. Eventuell sei festzustellen, dass die Klägerin gegenüber den Beklagten und deren Rechtsnachfolgern nach dem Ableben der beiden Nutzniesserinnen Anspruch auf unbelastete Aushingabe der Grundstücke und des Mobiliars habe, und den Beklagten sei die Veräusserung oder Belastung der erwähnten Vermögensstücke zu untersagen.

D. — Von beiden kantonalen Instanzen, dem Obergericht des Kantons Luzern mit Urteil vom 18. Dezember 1941, abgewiesen, hält die Klägerin mit der vorliegenden Berufung an ihren Begehren fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Gerichtsstandsfrage war angesichts der französischen Staatsangehörigkeit des Erblassers auf Grund von Art. 5 des schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrages von 1869 zu beurteilen. Sie bildete Gegenstand eines Vorentscheides des Amtsgerichtes, der vom Obergericht am 18. Januar 1940 bestätigt wurde, im Sinne der Bejahung der Zuständigkeit der luzernischen Gerichte. Es wurde keine staatsrechtliche Beschwerde ergriffen. Einen andern Weg, diese Gerichtsstandsfrage dem Bundesgericht zu unterbreiten, gibt es nicht. Wohl hat die staatsrechtliche Abteilung seit Inkrafttreten des Art. 87 Ziff. 3 OG die Frage aufgeworfen, ob nunmehr in Zivilsachen eine Verletzung staatsvertraglicher Gerichtsstandsnormen mit zivilrechtlicher Beschwerde gerügt werden könne (BGE 56 I 183). Die I. Zivilabteilung hat aber an der frühern Rechtsprechung (BGE 44 II 440) festgehalten und nach wie vor als das zutreffende Rechtsmittel die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten, also auf Staatsvertrag beruhende Gerichtsstandsnormen nicht dem Art. 87 Ziff. 3 OG unterstellt (BGE 56 II 116). Davon ist nicht abzugehen. Wäre übrigens zivilrechtliche Beschwerde zulässig gewesen, so hätte sie binnen gesetzlicher Frist (Art. 90 OG) gegen den letztinstanzlichen kantonalen Gerichtsstandsentscheid eingereicht werden müssen. Im vorliegenden Berufungsverfahren ist zu den erneuten Ausführungen der Vorinstanz in der Gerichtsstandsfrage nicht Stellung zu nehmen.

2. — In der Sache selbst wendet die Vorinstanz entsprechend der Stellungnahme beider Parteien schweizerisches Erbrecht an. Die massgebende Rechtsanwendungsnorm ist in Art. 5 des Gerichtsstandsvertrages von 1869 zu finden. Dort wird im Anschluss an den Grundsatz, dass die Erbschaft eines in der Schweiz gestorbenen Franzosen oder eines in Frankreich gestorbenen Schweizerers dem Gerichtsstand des Heimatstaates untersteht, bestimmt: « Toutefois on devra, pour le partage, la licitation

ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation.» Die Tragweite dieser Norm ist umstritten. Nach dem unter 1 Gesagten ist hier nicht zu prüfen, ob sie, wenn schon als Rechtsanwendungsnorm gefasst, zugleich eine spezielle Gerichtsstandsnorm enthalte. Es besteht aber ferner keine einhellige Meinung darüber, ob das Recht der gelegenen Sache gegenüber dem Heimatrecht des Erblassers nur für bestimmte Massnahmen, nämlich die Teilung und Veräusserung der Grundstücke vorbehalten sei, oder ob es die gesamte Erbfolge in die Grundstücke beherrsche. Letzteres wird in Frankreich überwiegend angenommen (vgl. SIREY, 1903, 2, 201 ff. mit Bemerkungen von AUDINET). Das Bundesgericht hat bisher ohne nähere Präzisierung bemerkt, dem Richter sei « in bestimmter Richtung », « sous certains rapports », die Beobachtung der Gesetze des Landes der gelegenen Sache zur Pflicht gemacht (BGE 11 S. 341, 24 I 311, 29 I 336). Eine enge Auslegung hat den Wortlaut für sich. Die weitere Auslegung entspricht jedoch dem beim Vertragschluss kundgegebenen Willen. Grundlage der Norm war die Erklärung der französischen Regierung, sie könne auf Grundstücke, die in Frankreich liegen, keine fremde Gesetzgebung anwenden (« qu'il ne pouvait appliquer aux immeubles situés en France aucune législation étrangère »): Ausführungen zu Art. 5 des Staatsvertrages in der Botschaft des Bundesrates, Bundesblatt 1869 II, deutsche Ausgabe S. 492, französische S. 508. Damit übereinstimmend heisst es zu Art. 6, im Konkurse « wie in allen andern rechtlichen Beziehungen », « comme sous tous les autres rapports juridiques » seien die Grundstücke dem Recht der gelegenen Sache unterstellt. Dieser Willensmeinung der Kontrahenten des Staatsvertrages ist Nachachtung zu schaffen, so wenig sie im Vertrag selbst einen klaren Ausdruck gefunden hat. (So in der schweizerischen Lehre namentlich ROGGIN, *Conflicts des lois suisses* S. 395 ff., und CHATENAY, *Les successions en droit franco-suisse* S. 49 ff.). Die von der Klägerin geltend gemachten erb-

rechtlichen Ansprüche hinsichtlich der in der Schweiz gelegenen Grundstücke sind also nach schweizerischem Rechte zu beurteilen. Das auf den Grundstücken befindliche Mobilium, das der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung mit den Grundstücken zusammengefasst hat, teilt deren erbrechtliches Schicksal.

3. — Die Klägerin meint, die Beklagten seien mit ihren Einwendungen gar nicht zu hören; denn mit der Einladung an die Nutzniesserinnen, die diesen vom Erblasser aufgegebene Wahl zu treffen, hätten sie zum vornherein die Ansprüche der Klägerin anerkannt. Dieser Standpunkt ist nicht begründet. Jene Einladung mochte die möglichst rasche Bezeichnung der Person bezwecken, mit der dann erst die Auseinandersetzung stattzufinden hatte. Jedenfalls enthält sie keine Erklärung an die Klägerin oder überhaupt an die damals noch unbekannte, erst eben zu bezeichnende Ordensniederlassung.

Die Klägerin spricht den Beklagten ferner ein schutzwürdiges Interesse an der Bestreitung der eingeklagten Ansprüche ab. Sie behauptet, bei Verneinung ihres Erwerbsanspruches wären an ihrer Stelle einfach die Beklagten als gesetzliche Erben mit der Auflage belastet, ein Erholungsheim für Priester einzurichten und in der Kapelle täglich eine Seelenmesse lesen zu lassen. Durch diese Belastung wäre nach Auffassung der Klägerin der Wert der Besetzung mit Mobilium aufgewogen. Das steht jedoch dahin, und im übrigen ist hier gar nicht zu entscheiden, ob bei Ablehnung der Ansprüche der Klägerin jemand anderes, allenfalls die gesetzlichen Erben, mit den in Rede stehenden Auflagen belastet sei.

Die Klage kann also nicht unter diesen Gesichtspunkten ohne weiteres gutgeheissen werden. Ihre rechtlichen Grundlagen und die von den Beklagten erhobenen Einwendungen sind zu prüfen.

4. — Die erste Einwendung geht dahin, die Ernennung der Klägerin verstosse gegen die letztwillige Verfügung. Diese sehe nur eine einzige Wahl vor; die Aufgabe der

Nutzniesserinnen habe sich somit in der Ernennung der wenigleich nur vermeintlichen Niederlassung in Binningen erschöpft. Das kann aber nicht als Wille des Erblassers angesehen werden. Vielmehr handelten die Nutzniesserinnen augenscheinlich auftragsgemäss, indem sie auf die unwirksame erste Ernennung zurückkamen.

5. — Sodann bestreiten die Beklagten die Rechtsfähigkeit der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des Verbotes der Errichtung neuer und der Wiederherstellung aufgehobener Klöster oder religiöser Orden auf dem Gebiete der Schweiz (Art. 52 BV). Dieser Einwand erledigt sich durch die von der Klägerin beigebrachte Erklärung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 27. April 1939. Darnach fällt die Freiburger Niederlassung der Pères du Sacré-Cœur de Saint-Quentin nicht unter das Ordensverbot, weil sie nur dem Betrieb eines Konviktes für Theologiestudenten dient und keine Tätigkeit zur Erfüllung des eigentlichen Zweckes der Kongregation ausübt. (Diese, benannt Congregatio sacerdotum a Sancto Corde Jesu, wurde im Jahr 1878 gegründet von Dion, Kanonikus an der Kathedrale zu Saint-Quentin. Das Generalat ist in Rom. Niederlassungen bestehen in zahlreichen Ländern.) Die erwähnte Erklärung des Justiz- und Polizeidepartementes hat als Ausdruck der Auffassung des Bundesrates zu gelten, wenn und solange dieser nichts Abweichendes verfügt. Die Zivilgerichte haben sich daran zu halten. Ein weitergehender Nachweis, wofür vor allem das Vorliegen der Statuten unerlässlich wäre, liegt der Klägerin nicht ob.

6. — Nach Art. 543 ZGB muss der Vermächtnisnehmer den Erbgang in erbfähigem Zustand erleben. Er muss nach zutreffender Lehre beim Eintritt des Erbfalles *noch*, aber auch *schon* existieren. Nur die natürlichen Personen betrifft die in Art. 544 vorgesehene Milderung zu Gunsten noch nicht geborener, aber bereits gezeugter Kinder. Anderseits gestattet Art. 545 Zuwendungen von Todes wegen an Personen, die zur Zeit des Erbfalles noch nicht leben, auf

dem Wege der Nacherbeneinsetzung oder des Nachvermächtnisses. Dem Erblasser August Brucker schwebte eine Verfügung des letztern Inhaltes nicht vor. Er war der Meinung, eine Ordensniederlassung zu bedenken, die bei Abfassung des Testamentes bereits bestand. Man suchte ja nach einem Heftchen, um daraus eine geeignete Adresse zu ersehen, und nur, weil man es nicht gerade fand und beeilt war, die Verurkundung zum Abschluss zu bringen, verfiel man darauf, den Nutzniesserinnen die Bezeichnung der zum Erwerbe berechtigten Ordensniederlassung anheimzugeben. Indessen war für diese Bezeichnung keine Frist vorgesehen, und dem Erblasser konnte gleichgültig sein, ob dereinst eine Ordensniederlassung berufen werde, die bereits bei seinem Tode bestanden hatte, oder eine erst seither gegründete. Ihm konnte nur darauf ankommen, dass die betreffende Ordensniederlassung in der Lage sein werde, das Gut mit Zubehörenden dann beim Wegfall der Nutzniessung zu Eigentum zu übernehmen. Darnach würde man dem Willen des Erblassers keineswegs gerecht mit einer Ablehnung der Ansprüche der Klägerin aus dem Grunde, dass sie erst seit seinem Tode gegründet wurde. Und Art. 545 ZGB gestattet, diese dem Willen des Erblassers als gleichwertige Eventuallösung entsprechende Bezeichnung zu schützen, sofern keine andern Gründe dies ausschliessen. Ein Nachvermächtnis liegt zwar nicht vor. Die beiden Frauen, denen nur Nutzniessung zugewiesen ist, sind im Verhältnis zu der Ordensniederlassung, die das Eigentum erwerben soll, nicht « Vorvermächtnisnehmerinnen ». Dem kann nicht entgegengehalten werden, ein Vorvermächtnis laufe sozusagen auf blosser Nutzniessung hinaus, daher könne umgekehrt Nutzniessung gegenüber einem die nämliche Sache betreffenden Eigentumsvermächtnis als Vorvermächtnis gelten. Diese Betrachtungsweise übersieht einen grundlegenden Unterschied: Wenn lediglich Nutzniessung auf Lebenszeit zugewiesen ist, dessen Recht hört mit seinem Tod auf und ist unvererblich. Wer aber eine Erbschaftssache als Vorvermächtnis zu

Eigentum erhält, kann sie endgültig und als vererbliches Gut behalten, wenn das Nachvermächtnis aus irgendeinem Grunde dahinfällt, es sei denn, dass der Erblasser für diesen Fall eine Ersatzverfügung getroffen habe, die sich ihrerseits als vollziehbar erweist (analog Art. 489 Abs. 3 und Art. 492 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 488 Abs. 3 ZGB). Die Klägerin kann sich aber auf Art. 545 ZGB deshalb berufen, weil daraus, abgesehen vom Falle des eigentlichen Nachvermächtnisses, auf Zulässigkeit von Vermächtnissen mit aufgeschobenem Zeitpunkt des Anfalles überhaupt zu schliessen ist. Denn für die Zulässigkeit eines eigentlichen Nachvermächtnisses, wovon die erwähnte Vorschrift allein spricht, zu Gunsten einer beim Eintritt des Erbfalles noch nicht existierenden Person liegen keine besondern Gründe vor, die nicht auch andere Arten von Vermächtnissen mit aufgeschobenem Anfalltermin rechtfertigen würden. Zur Aussetzung eines derartigen Vermächtnisses kann der Erblasser gerade dann Veranlassung finden, wenn vorerst eine Nutzniessung Platz greifen soll. Im vorliegenden Testamente findet sich dieser Gedanke darin ausgedrückt, dass der Erwerb des Eigentums durch eine Ordensniederlassung erst für den Zeitpunkt der Beendigung der Nutzniessungsrechte vorgesehen ist. Es mag zweifelhaft sein, ob der Erblasser dabei an einen Aufschub des Anfalles dachte oder bloss mit Rücksicht auf die Nutzniessungsrechte das volle Eigentum einer- und den Beginn der Auflagepflichten andererseits aufschieben wollte. Jedenfalls aber entspricht seinem Willen gleichwie der allfällige Erwerb zu Eigentum durch eine erst nach seinem Tode gegründete Ordensniederlassung auch der solchenfalls notwendig gegebene Aufschub des Anfalles, mindestens bis zur Gründung der betreffenden Niederlassung. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem in den Erläuterungen zum Vorentwurf, Absatz 3 der Bemerkungen zu den Art. 507-511 erwähnten. Es schlägt auch nichts, dass die letztwillige Verfügung nicht vorsieht, wer bis zum Erwerb durch die Ordensniederlassung Eigentümer (be-

lastet mit der Nutzniessung) sein soll. Das sind analog Art. 545 Abs. 2 ZGB einfach die gesetzlichen Erben, gegen die sich der Anspruch des Vermächtnisnehmers ohnehin richtet (Art. 562 ZGB).

7. — Eine Frage für sich ist, ob dieser Anspruch nach dem Willen des Erblassers entgegen dem Wortlaut seiner Verfügung schon während der Dauer der Nutzniessung erhoben werden könne, wie dies die Hauptbegehren der Klage voraussetzen. Ferner fragt sich, ob nicht jeglicher Gutheissung der Klage, und sei es auch nur der Eventualbegehren, zur Zeit die dem Testamente zu entnehmende Bedingung entgegenstehe, dass das Gut nur einer Ordensniederlassung zufallen soll, die dereinst beim Aufhören der Nutzniessungsrechte noch rechtsfähig und zur Übernahme des Eigentums mit Auflagen imstande sei, worüber sich heute noch gar nicht entscheiden lässt.

Wie dem auch sei, muss nun aber die Klage, Haupt- und Eventualbegehren, jedenfalls aus dem folgenden Grunde abgewiesen werden :

Die Klägerin erhebt Anspruch auf ein Vermächtnis, ohne vom Erblasser selbst als Vermächtnisnehmerin bezeichnet zu sein. Sie stützt sich auf eine letztwillige Verfügung, wonach « eine Niederlassung des Ordens Sacré-Cœur im Elsass oder in der Schweiz » nach Wahl der Nutzniesserinnen die Besitzung erwerben soll, und auf die Wahlerklärung der Nutzniesserinnen. Ein derartiges Vermächtnis kann nach schweizerischem Recht nicht geschützt werden. Das ZGB geht von der gesetzlichen Erbfolge aus. Es kennt letztwillige Verfügungen nur als solche, die in ihrem ganzen wesentlichen Inhalt vom Erblasser selbst getroffen worden sind. Zum wesentlichen Inhalt eines Vermächtnisses gehört die Person des Vermächtnisnehmers. Das ZGB weiss nichts davon, dass der Erblasser die Bezeichnung dieser Person dem vernünftigen Ermessen eines Andern anheimgeben oder auch nur die Wahl aus einem von ihm selbst festgesetzten engen Kreis von Personen einem Andern überlassen könnte. Wie nach schweizeri-

schem Recht nur derjenige als Erbe eingesetzt ist, den der Erblasser selbst eingesetzt hat, so ist Vermächtnisnehmer nur, wem der Erblasser selbst die betreffende Sache, Forderung usw. vermacht hat. Anspruch auf ein Vermächtnis hat also nur, wer aus der Verfügung des Erblassers unmittelbar als in dieser Weise Bedachter hervorgeht. Das ZGB weicht darin von andern Rechtsordnungen ab: nicht nur vom römischen und gemeinen Recht, sondern auch von gewissen modernen Gesetzen (vgl. darüber MOSER in der Schweizerischen Juristenzeitung 12 S. 241 ff.). Insbesondere kann nach § 2151 des deutschen BGB der Erblasser « Mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den Mehreren das Vermächtnis erhalten soll ». Ähnlich Art. 834 des frühern und Art. 177 des neuen italienischen Codice civile von 1941. Diese Gesetze ordnen auch den Fall, dass der mit der Wahl des Vermächtnisnehmers Betraute den Auftrag nicht ausführen kann oder will. Dies alles ist dem schweizerischen ZGB fremd. Da das Problem als solches längst bekannt war, folgt aus dem Schweigen des Gesetzes die Ablehnung einer solchen Ergänzung des erblasserischen Willens durch einen vom Erblasser Beauftragten. Diese Auffassung wird von Kommentatoren, und andern Autoren geteilt. Die damit gegebene Entscheidung liegt in der Linie der Rechtsprechung. Darnach kann der Wille des Erblassers nicht durch einen Willensvollstrecker ergänzt werden (EGE 48 II 313). Ebenso ist unzulässig, den letzten Willen aus andern Urkunden zu ergänzen, z. B. aus der letztwilligen Verfügung eines Andern (BGE 56 II 351).

8. — In zweiter kantonaler Instanz hat die Klägerin behauptet, sie brauche sich gar nicht auf die Wahlerklärung der Nutzniesserinnen zu berufen, denn sie sei im Elsass und in der Schweiz zur Zeit überhaupt die einzige rechtsfähige Niederlassung des Ordens Sacré-Cœur. Auf diese neue Behauptung ist das Obergericht nicht eingegangen, offenbar aus prozessualen Gründen, wobei es für das

Bundesgericht bleiben muss. Daher braucht nicht geprüft zu werden, ob der nunmehr behauptete Sachverhalt den soeben erörterten Mangel der letztwilligen Verfügung, die von einer zur Wahl stehenden Anzahl von Niederlassungen im Elsass und in der Schweiz ausging, zu heben vermöchte.

9. — Der den Nutzniesserinnen aufgetragenen Wahl möchte die Klägerin eine wesentliche Bedeutung absprechen: Dem Erblasser sei es darauf angekommen, den Orden Sacré-Cœur zu bedenken; die speziell zu berücksichtigende Niederlassung spiele eine untergeordnete Rolle. Allein damit ist für die Klägerin nichts gewonnen. Auch wenn dem Erblasser gleichgültig gewesen sein sollte, welche Niederlassung des Ordens im Elsass oder in der Schweiz das Vermächtnis erhalte, lag ihm und ihm allein die Bezeichnung der berechtigten Niederlassung ob. Will aber die Klägerin behaupten, im Grunde sei die ganze Kongregation als Bedachte zu betrachten, so setzt sie sich mit ihrer Klage in Widerspruch. Die Kongregation als solche tritt nicht als Klägerin auf. Sie könnte es wohl auch nicht. Wurde doch die Klägerin vom Verbot des Art. 52 BV nur wegen ihres besondern, vom Kongregationszwecke verschiedenen Zweckes der Einrichtung und Führung eines Konviktes ausgenommen (was auch in dem vorgelegten Gutachten von Prof. Lampert hervorgehoben wird). Im übrigen aber erhellt aus der letztwilligen Verfügung und den von Fräulein Eischoff als Zeugin gegebenen Erläuterungen, dass der Erblasser nur eine in der Schweiz oder im Elsass befindliche Niederlassung bedenken wollte. Es handelt sich also in der Tat um die Wahl zwischen mehreren juristischen Personen mit getrenntem Vermögen, deren Sitz sich in verschiedenen Ländern befindet und die — mit oder ohne Wissen des Erblassers — nicht notwendig den gleichen Zweck verfolgen.

10. — Die Klägerin glaubt endlich auf den eingeklagten Ansprüchen bestehen zu können wegen der dem Vermächtnis angefügten Aufagen. Darin sei der eigentliche Zweck des Vermächtnisses zu sehen. Die dadurch gegebene Be-

lastung erschöpfe den Wert der Beszung. Das einer Ordensniederlassung zugewiesene Eigentum schaffe nur die Voraussetzung für die Erfüllung der Auflagen. Die von den Nutzniesserinnen getroffene Wahl bedeute also keine Begünstigung der Klägerin, sondern die Zuweisung einer Aufgabe im Sinne einer unselbständigen Stiftung.

Auch diese Argumentation vermag die den Nutzniesserinnen übertragene Wahlbefugnis (« faculté d'élire » nach Ausdrucksweise der französischen Lehre vom Vermächtnis, vgl. PLANIOL et RIPERT, traité pratique, tome V n° 600) nicht gültig zu machen. Es steht nicht einmal fest, wie weit der Wert der Beszung durch die Auflagen aufgewogen wäre (vgl. oben Erw. 3). Aber auch abgesehen davon untersteht ein mit Auflagen beschwertes Vermächtnis den gewöhnlichen Regeln, insbesondere dem Erfordernis der Bezeichnung des Vermächtnisnehmers durch den Erblasser selbst. Für eine Ausnahme, wie sie die Klägerin für sich in Anspruch nehmen möchte, besteht im ZGB kein Anhaltspunkt.

Der auf ein unvollständiges Testament und eine ungültige Wahl durch Beauftragte des Erblassers gestützte Anspruch der Klägerin auf Eigentumserwerb ist demnach abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 18. Dezember 1941 bestätigt.

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Juni 1942

i. S. Hug & Co. A.-G. gegen Holzschuhfabriken A.-G. Lotzwil.

Leistungsunmöglichkeit (Art. 119 Abs. 1 OR); *veränderte Verhältnisse*.

Keine Unmöglichkeit bei blosser Erschwerung der Leistung infolge kriegswirtschaftlicher Massnahmen; eine durch sie notwendig werdende Umstellung eines Teils eines Fabrikationsbetriebes kann auch nicht zur Aufhebung oder Abänderung der Vereinbarung wegen veränderter Verhältnisse führen (Erw. 1 und 2).

Übermässigkeit der Konventionalstrafe (Art. 163 Abs. 3 OR).

Dafür fällt ausser dem Interesse der Parteien an Bestand und Aufrechterhaltung der Vereinbarung, dem Verschulden sowie dem eingetretenen Schaden auch in Betracht, ob die Strafe nur einmal oder nach jeder Übertretung neu gefordert werden kann (Erw. 3).

Impossibilité d'exécuter (art. 119 al. 1 CO); *modification des circonstances*.

Il n'y a pas impossibilité lorsque l'exécution est simplement devenue plus onéreuse par suite de mesures d'économie de guerre. La nécessité pour l'entreprise de transformer de ce fait une branche de sa fabrication ne justifie pas l'annulation ou la modification du contrat du chef de circonstances nouvelles (consid. 1 et 2).

Peine conventionnelle excessive (art. 163 al. 3 CO).

Il faut prendre en considération, outre l'intérêt des parties à la conclusion et au maintien de la convention, outre la faute commise et le dommage causé, le fait que la peine est due une seule fois ou qu'au contraire elle est encourue à chaque nouvelle infraction à l'engagement (consid. 3).

Impossibilità dell'adempimento (art. 119 cp. 1 CO); *mutamento delle circostanze*.

Non esiste impossibilità, quando l'adempimento è diventato più oneroso semplicemente a motivo di misure dell'economia di guerra. La necessità da esse imposta di trasformare una parte della fabbricazione di un'azienda non giustifica l'annullamento o la modifica del contratto per mutate circostanze (Consid. 1 e 2).

Pena convenzionale eccessiva (art. 163 cp. 3 CO).

Oltre l'interesse delle parti alla conclusione e al mantenimento del contratto, oltre la colpa commessa e il danno causato, devesi considerare se la pena è dovuta una volta sola oppure ad ogni nuova infrazione (Consid. 3).