

Verhaftung auch in korrekionellen Fällen angeordnet werden soll, wenn der Angeschuldigte im Kanton keinen festen Wohnsitz hat, kann jener Auftrag nur als bedingter Verhaftsbefehl gedeutet und demnach in den Vorgängen vom 22. April 1916 auf dem Bahnhof Arth-Goldau ohne Zwang eine Verhaftung unter nachheriger Haftentlassung gegen Kautio gesehen werden. Ist dem so, so hat aber der Rekurrent dadurch den Anspruch auf Durchführung des im Auslieferungsgesetz vorgesehenen Verfahrens verwirkt, ohne dass etwas darauf ankäme, dass der Kanton Schwyz durch die Haftentlassung die tatsächliche Gewalt über ihn wieder preisgegeben hat. Aus § 81 in Verbindung mit § 106 der schwyzerischen StPO ergibt sich, dass die vom Angeschuldigten zu leistende Kautio nicht nur als Sicherstellung für sein Erscheinen vor den Strafbehörden, sondern auch als Objekt für die Vollziehung des auszufällenden Urteils zu dienen hat, sodass sie, soweit die Durchführung des Strafverfahrens bis zum Urteil und die Vollstreckung der durch dieses festgesetzten Geldleistungen in Frage steht, an Stelle der Person tritt und die Rechtslage insoweit dieselbe ist, wie wenn der Angeschuldigte selbst sich noch in der Macht des verfolgenden Kantons befände. Wie sich die Sache verhielte, wenn der Kanton Schwyz ein allfälliges verurteilendes Erkenntnis gegen die Person des Rekurrenten selbst vollziehen wollte, ist heute nicht zu entscheiden, da der Rekurs sich ausschliesslich dagegen richtet, dass gegen den Rekurrenten im Kanton Schwyz überhaupt ein Strafverfahren ohne Auslieferung eröffnet werde. Dieser Anspruch ist aber nach dem Gesagten unbegründet;

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

## XII. ORGANISATION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

### ORGANISATION JUDICIAIRE FÉDÉRALE

#### 51. Urteil vom 30. November 1916

i. S. **Baumberger** und **Rist**, gegen **St. Gallen, Regierungsrat.**

**Anordnung amtlicher Erbtellung auf Begehren eines Erben unter Berufung auf die sie unter dieser Voraussetzung vorsehende, auf den Vorbehalt des Art. 609 Abs. 3 ZGB sich stützende Vorschrift des kantonalen EG, trotz Einsetzung eines Willensvollstreckers durch den Erblasser. Die Rüge, dass die dem Willensvollstrecker durch das ZGB eingeräumten Befugnisse eine solche Massnahme ausschliessen, ist durch zivilrechtliche Beschwerde und nicht durch staatsrechtlichen Rekurs geltend zu machen.**

A. — Am 29. April 1916 verstarb in Lachen-Vonwil **Johannes Müller**, alt Fabrikdirektor unter Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung, worin er als Willensvollstrecker den Advokaten **Dr. M. Rist** in St. Gallen einsetzte. Bei Eröffnung des Testamentes durch das **Bezirksamt Gossau** erklärte **Dr. Rist** die Annahme des ihm erteilten Auftrages und begann auch in der Folge mit der **Vollziehung des letzten Willens**, indem er das öffentliche Inventar beehrte, nach Ablauf der Eingabefrist die Vermächtnisse ausrichtete, eine Erbenversammlung einberief, Guthaben einzog u. s. w. Am 17. Juli 1916 verlangte ein Erbe, **Johann Evangelist Walliser**, Knecht in **Langgenwil**, beim **Bezirksamt Gossau** amtliche Teilung, worauf das Amt den Willensvollstrecker aufforderte, ihm die sämtlichen Vermögenstitel, Barschaft, Akten des Nachlasses u. s. w. sowie einen Bericht über den gegenwärtigen Stand der Nachlassliquidation und der Teilung einzusenden. **Dr. Rist** weigerte sich, dieser Aufforderung nachzukom-

men, weil darin ein unzulässiger Eingriff in seine Befugnisse als Willensvollstrecker liege. Nach Einholung einer Ansichtsausserung des kantonalen Justizdepartementes teilte ihm jedoch der Bezirksamman am 1. August 1916 mit, dass er an seinem Standpunkt festhalte und gestützt auf § 119 EG zum ZGB die begehrte amtliche Teilung endgiltig anordne. Der angeführte § 119 EG lautet: «Ausser in dem durch Art. 609 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Falle ist auch auf Begehren eines Erben durch den Bezirksamman eine amtliche Teilung vorzunehmen. Ergeben sich bei der amtlichen Teilung Widersprüche, so trifft der Bezirksamman die gutscheinende Entscheidung und setzt eine Frist an, innert welcher der Richter angerufen werden kann. Bleibt die Frist unbenützt, so nimmt die Teilung ihren Fortgang, die gerichtliche Anfechtung der abgeschlossenen Teilung bleibt vorbehalten.»

Dr. Rist rekurierte hiegegen im Sinne des § 32 EG an den Regierungsrat, indem er vorbrachte: nach Art. 518 in Verbindung mit Art. 595 und 596 ZGB komme im Falle der Bezeichnung eines Willensvollstreckers mangels einschränkender Verfügungen des Erblassers, die hier nicht vorlägen, die gesamte Nachlassliquidation, Verwaltung wie Vornahme der Teilung diesem zu. Wenn Johann Evangelist Walliser mit einzelnen vom Willensvollstrecker getroffenen oder noch zu treffenden Massnahmen nicht einverstanden sei, so stehe es ihm frei, dagegen nach Art. 596 Abs. 3 ZGB Beschwerde zu führen. Für eine amtliche Teilung durch das Bezirksamt bleibe neben der vom Erblasser angeordneten Willensvollstreckung kein Raum. Im übrigen frage es sich, ob überhaupt der Regierungsrat zuständig sei, eine Entscheidung über die Stellung von Art. 518 ZGB zu § 119 EG zu treffen oder ob dies nicht eine «Frage der richterlichen Kognition sei.»

Durch Entscheid vom 13. Oktober 1916 wies der Regierungsrat den Rekurs im Wesentlichen mit nachstehender Begründung ab: die zwischen dem Willensvollstrecker des Johannes Müller und dem Bezirksamt Gossau ent-

standene Meinungsverschiedenheit unterliege nicht der richterlichen Beurteilung, da man es dabei nicht mit einem Rechtsstreit zwischen zwei Zivilparteien, sondern mit gegensätzlichen Auffassungen über die Befugnisse und den Pflichtenkreis einer administrativen Amtsstelle zu tun habe. Differenzen dieser Art seien durch Beschwerde an die Aufsichtsbehörde der betreffenden Amtsstelle auszutragen. Da das Bezirksamt seine Verfügung als Teilungsbehörde unter Berufung auf die ihm durch das EG zum ZGB eingeräumten Befugnisse getroffen und gegen auf dieses Gesetz gestützte Anordnungen des Bezirksammans nach § 32 ebenda an den Regierungsrat rekuriert werden könne, sei sonach dessen Zuständigkeit gegeben. In der Sache selbst sei richtig, dass nach Art. 609 Abs. 1 ZGB die Behörde von Bundesrechts wegen nur «auf Verlangen eines Gläubigers, der den Anspruch eines Erben auf eine angefallene Erbschaft erworben oder gepfändet habe oder gegen ihn Verlustscheine besitze», bei der Teilung mitzuwirken habe. Abs. 2 ebenda behalte aber dem kantonalen Recht vor, die amtliche Mitwirkung noch «für weitere Fälle vorzusehen». Da dieser Vorbehalt ganz allgemein und ausnahmslos laute, stehe es daher den Kantonen frei, dieselbe selbst ohne Begehren eines Erben, nicht nur um eine richtige und billige Teilung herbeizuführen, sondern auch zu Steuerzwecken und dgl. eintreten zu lassen, wie dies übrigens in den Erläuterungen des Gesetzesredaktors ausdrücklich anerkannt werde. Die in § 119 des st. gallischen EG vorgesehene bezirksamtliche Teilung sei demnach nicht bloss eine kantonalrechtlich begründete sondern eine bundesrechtlich vorbehaltene und gewährleistete Rechtseinrichtung. Dafür, dass sie durch die Bezeichnung eines Willensvollstreckers seitens des Erblassers ausgeschlossen werde, biete das ZGB keinen Anhaltspunkt. Wäre dies die Meinung des Gesetzgebers gewesen, so hätte er offenbar nicht unterlassen, in Art. 609 Abs. 2 eine entsprechende Ausnahme zu machen. Auch könne

die Behauptung, dass in einem solchen Falle keinerlei Bedürfnis für ein amtliches Eingreifen in die Teilung bestehe, nicht als richtig anerkannt werden. Es sei sehr wohl denkbar, dass das Amt berechnigte Interessen der Erbmasse oder einzelner Erben oder der Allgemeinheit zu wahren habe, die vom Willensvollstrecker verkannt oder vernachlässigt würden. Es könnten Erbenversammlungen, Beschlussfassungen der Erben über die Erbberichtigung, die Ermittlung der Aktiven und Passiven, die Pflichtteilsrechte, die Erbschaftsquoten, die Ausgleichung des zu Lebzeiten Bezogenen und anderes mehr nötig werden, die ohne die amtliche Mitwirkung nicht stattfänden oder doch am besten amtlich veranlasst und geleitet würden. Dass dem Willensvollstrecker die ihm durch das ZGB eingeräumten Rechte nicht entzogen werden dürften und dass deren Ausscheidung von den Kompetenzen des Amtes Schwierigkeiten bieten könne, sei zuzugeben, bilde aber keinen Grund, die amtliche Mitwirkung überhaupt auszuschliessen. Jene Befugnisse bezögen sich vornehmlich auf die Vollzugshandlungen, die Verwaltung, Liquidation, Ausbezahlung der Schulden, Ausrichtung der Vermächtnisse, Erbteile und Erbobjekte. Hievon unterscheide sich wesentlich die leitende, organisierende, überwachende und entscheidende Tätigkeit der Behörde, welche besonders dann nötig werden könne, wenn wie hier Differenzen zwischen den Erben beständen. Bei gutem Willen werde sich unschwer ein *modus vivendi* finden lassen, wie denn auch das Bezirksamt erkläre, dass es den Beschwerdeführer in seinen Rechten nicht zu beeinträchtigen beabsichtige. Im übrigen könne das Amt die vom Beschwerdeführer verweigerte Vorlage der Akten, Wertschriften u. s. w. auch noch aus einem andern Titel verlangen. Nach Art. 518, 595 ZGB sei der Willensvollstrecker einem amtlichen Erbschaftsverwalter gleichgestellt und stehe daher gleich diesem unter der Aufsicht der Behörde, d. h. des Bezirksamtes. Diese Aufsicht sei von Amtes wegen und auch ohne Begehren eines Erben

auszuüben und erstrecke sich auf die gesamte Tätigkeit des Willensvollstreckers. Sie könne aber nicht geführt werden, wenn der Behörde die Akten, Bücher, Wertschriften u. s. w. sowie bezügliche Berichte und Auskünfte vorenthalten würden.

B. — Gegen diesen Entscheid des Regierungsrats hat Advokat Dr. Rist für sich und namens der Erben des Johannes Müller — mit Ausnahme des Johann Evangelist Walliser — am 13. November 1916 die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, ihn als verfassungswidrig aufzuheben. Zur Begründung wird ausgeführt :

a) Die Rekurrenten hielten daran fest, dass die Beurteilung der Streitfrage, ob « neben dem Willensvollstrecker die bezirksamtliche Teilung zulässig sei », dem Richter und nicht den Verwaltungsbehörden zukomme, weil es sich dabei um die Feststellung der dem Willensvollstrecker durch das ZGB eingeräumten Befugnisse handle, für die Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen aber einzig die Gerichte zuständig seien. Der Rekurs an den Regierungsrat sei nur vorsichtshalber und diesem Standpunkte unpräjudizierlich, um nichts zu versäumen, ergriffen wurden.

b) Auch materiell sei der angefochtene Entscheid unhaltbar. Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers sei in Art. 517 und 518 ZGB genau umschrieben. Sie dürfe durch das kantonale Recht oder durch dessen falsche und willkürliche Anwendung weder eingeschränkt noch verändert werden. Hierauf laufe aber das Vorgehen der kantonalen Instanzen hinaus. Nach § 199 des alten st. gallischen Erbgesetzes habe im Falle — der auf Begehren eines Erben anzuordnenden — amtlichen Teilung die ganze Erbschaftsverwaltung und Teilung in den Händen des Bezirksamanns gelegen. Es hätten ihm also alle Befugnisse zugestanden, die Art. 517 und 518 ZGB dem Willensvollstrecker einräumten. § 119 EG zum ZGB habe einfach dieses alte kantonalrechtliche Institut

beibehalten. Auch heute noch würden bei der bezirksamtlichen Teilung Erbschaftsverwaltung und Teilung im ganzen Umfang vom Bezirksamman ausgeführt. Weder das EG noch die Praxis kennen eine Teilung, bei der dem Bezirksamt lediglich die « leitende, organisierende, vermittelnde und entscheidende Tätigkeit — übrigens lauter unklare und nichtssagende Begriffe — zukomme, während andere Kompetenzen Drittpersonen zufielen. Die Anordnung der amtlichen Teilung trotz Bezeichnung eines Willensvollstreckers durch den Erblasser komme somit einer vollständigen Ausschaltung jenes, einem willkürlichen Entzuge des ihm vom Erblasser erteilten Mandates und einer verfassungswidrigen Kompetenzumfassung der Behörde gleich. Die vom Regierungsrat dagegen angeführten Erwägungen seien bloss Scheingründe und beruhten auf einer vollständigen Verkennung von Inhalt und Sinn des Bundesrechts. Auch ohne dass Art. 609 Abs. 2 ZGB dies ausdrücklich sage, sei klar, dass die hier vorbehaltene Einführung der amtlichen Mitwirkung bei der Teilung für weitere Fälle durch die Kantone nur soweit statthaft sei, als das Bundesrecht sie nicht selbst ausschliesse. Dies sei aber eben da, wo der Erblasser einen Willensvollstrecker ernannt habe, der Fall, weil dann dieser die Verwaltung und Teilung des Nachlasses auszuführen verpflichtet sei. Deshalb bestimme denn auch Art. 554 Abs. 2 ZGB, dass in den Fällen des Abs. 1 Ziff. 1-3 ebenda, wenn ein Willensvollstrecker vorhanden sei, die amtliche Erbschaftsverwaltung diesem übergeben werden müsse. Was hier für die Verwaltung ausgesprochen werde, treffe aber in erhöhtem Masse für die Teilung zu. Eventuell dürfte jedenfalls die amtliche Mitwirkung inhaltlich nur so beschaffen sein, wie sie das Bundesrecht vorsehe. Dieses räume aber in Art. 609 Abs. 1 der Behörde durchaus keine präponderierende, leitende Stellung ein, sondern umschreibe ihre Befugnisse dahin, dass sie an die Stelle des betreffenden Erben trete. Nur in diesem Sinne seien deshalb auch die Kantone befugt, die Mitwirkung der

Behörde noch auf weitere Fälle auszudehnen. Eine amtliche Teilung, wie sie das frühere st. gallische Recht und das EG vorgesehen, sei nach dem ZGB überhaupt nicht mehr zulässig. Indem der Regierungsrat sie dennoch aufrechterhalten wolle, setze er in willkürlicher Weise « das Bundesrecht zu Gunsten einer alten kantonalrechtlichen Institution ausser Kraft. »

c) Ebenso sei die weitere Annahme, dass das Bezirksamt schon gestützt auf die ihm zustehenden Aufsichtsbefugnisse zu den an den Rekurrenten Dr. Rist gestellten Ansinnen befugt gewesen wäre, willkürlich und verfassungswidrig. Da Art. 518 ZGB den Willensvollstrecker einem amtlichen Erbschaftsverwalter im Sinne von Art. 595 ZGB gleichstelle, amtlicher Erbschaftsliquidator im Kanton St. Gallen aber nach § 30 des EG der Bezirksamman sei, der dafür nach § 32 der Aufsicht der Regierung unterstehe, müssten auch Beschwerden gegen den Willensvollstrecker an den Regierungsrat gerichtet werden. Dem Bezirksamt kämen gegenüber einem solchen keinerlei Aufsichtskompetenzen zu.

#### Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Soweit mit der Beschwerde die Kompetenz des Regierungsrats zur Fällung des angefochtenen Entscheides bestritten wird, kann darauf schon deshalb nicht eingetreten werden, weil in dieser Beziehung kein staatsrechtlicher Beschwerdegrund geltend gemacht, insbesondere nicht etwa behauptet wird, dass in der Bejahung jener Kompetenz ein Verstoss gegen Art. 4 BV oder Art. 2 Uebergangsbestimmungen zur BV oder gegen den kantonalrechtlichen Grundsatz der Gewaltentrennung liege. Nach Art. 175, 178 OG kann aber die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht nur wegen Verletzung von Verfassungsvorschriften, Konkordaten oder Staatsverträgen, nicht schon wegen blosser Unrichtigkeit eines Entscheides ergriffen werden, so dass die Angabe der ver-

fassungsmässigen Rechte, in denen der Beschwerdeführer verletzt sein will, zur Begründung der Beschwerde nach Art. 178 Ziff. 3 l. c. gehört.

2. — Auch die weitere Frage der Zulässigkeit der angeordneten amtlichen Teilung entzieht sich der Beurteilung durch das Bundesgericht als Staatsgerichtshof. Aus der oben *sub A* gegebenen Tatbestandsdarstellung erhellt, dass die kantonalen Behörden — Bezirksamt und Regierungsrat — sich für diese Anordnung auf kantonales Recht, nämlich auf § 119 des EG zum ZGB stützen, das nach ihrer Ansicht mit dem Bundesrecht vereinbar ist, während die Rekurrenten behaupten, dass das kantonale Recht, so wie es hier angewendet worden sei, dem Bundesrecht widerspreche. Man hat es demnach mit einer Beschwerde wegen Missachtung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Rechte zu tun, wie denn auch nach der Sachlage ein anderer Beschwerdegrund hier nicht in Betracht fallen kann. Nach Art. 87 Ziff. 1 OG ist aber die Rüge der Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts gegenüber letztinstanzlichen, der Berufung nicht unterliegenden kantonalen Entscheiden in Zivilsachen durch das Rechtsmittel der zivilrechtlichen Beschwerde und nicht durch staatsrechtlichen Rekurs geltend zu machen. Als Zivilentscheide im Sinne der angeführten Bestimmung sind dabei noch dem Beschlusse des Gesamtbundesgerichts vom 16. November 1915 in Sachen Siegenthaler gegen Stofer (AS 41 II S. 762 ff.) auch Entscheide von Administrativbehörden, insbesondere in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu betrachten, sofern es sich in der Hauptsache um eine Frage des Zivilrechts handelt. Diese Erfordernisse sind hier erfüllt. Zu entscheiden ist, ob der Nachlass des Johannes Müller durch den Willensvollstrecker allein oder unter Mitwirkung der Behörde zu teilen sei. Das ist aber eine Frage des Erbgangs nach dem ZGB und damit des Zivilrechts, weil ihre Beantwortung von dem Umfang der Befugnisse, die jenes dem

Willensvollstrecker einräumt und die unstreitig zivilrechtlicher Natur sind, abhängt. Gleichwie sich der Willensvollstrecker für die Unzulässigkeit des behördlichen Eingreifens ausschliesslich auf die ihm nach dem ZGB zukommenden Rechte beruft, so verfolgt auch die Behörde mit diesem Eingreifen nicht etwa vom Erbgang unabhängige öffentliche Interessen, sondern will damit Funktionen ausüben, die im ZGB im Zusammenhang mit der Ordnung des Erbgangs und als Bestandteil dieses geregelt und vorbehalten sind. Es fragt sich somit lediglich, wie der Konflikt zwischen den Rechten des Willensvollstreckers einerseits und der amtlichen Mitwirkung der Behörde, wie sie das ZGB direkt oder durch Vermittlung des kantonalen Rechts als eine Art der freiwilligen Gerichtsbarkeit beim Erbgang vorsieht, andererseits, zu lösen sei, d. h. ob und inwiefern jene Rechte die Ausübung dieser freiwilligen Gerichtsbarkeit auszuschliessen vermögen. Die Bestimmung der Rechtsstellung des Willensvollstreckers erscheint danach nicht etwa nur als präjudizielle Frage in einer administrativen Streitigkeit, sondern als der eigentliche Streitpunkt, durch dessen Entscheidung sich der ganze Anstand als solcher ohne weiteres erledigt, sodass die Voraussetzungen der zivilrechtlichen Beschwerde in dem oben umschriebenen Sinne — Vorliegen eines Entscheides in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der sich auf eine Frage des Zivilrechts bezieht — gegeben sind. Ist dem so, so kann es aber nichts verschlagen, dass die Beschwerdeschrift sich zur Anfechtung des regierungsrätlichen Entscheides nicht bloss auf den Grundsatz der derogatorischen Kraft des eidgenössischen Rechts stützt, sondern daneben auch noch Art. 4 BV anruft. Da das Bundesgericht als zivilrechtliche Beschwerdeinstanz bei der Entscheidung darüber, ob unzulässiger Weise kantonales statt eidgenössischen Rechtes angewendet worden sei, den Inhalt und Sinn des letztern frei zu ermitteln hat, ist es unzweifelhaft auch befugt nachzuprüfen, ob dessen

Bestimmungen in willkürlicher und daher gegen Art. 4 BV verstossender Weise ausgelegt worden seien, wie denn auch diese Kompetenzattraktion auf einem verwandten Gebiete, bei der Ausscheidung der Rekurskompetenzen zwischen Bundersat und Bundesgericht stets anerkannt worden ist.

3. — Bei dieser Sachlage muss aber das Eintreten auch hinsichtlich der weiteren Rügen abgelehnt werden, die sich gegen die Annahme richten, dass der Bezirksammann schon als Aufsichtsbehörde im Sinne des Art. 595 Abs. 3 ZGB vom Rekurrenten Dr. Rist die Vorlage der Akten, Wertschriften u. s. w. hätte verlangen können, weil es sich dabei nur um ein eventuelles, sekundäres Entscheidungsmotiv handelt, das für sich allein nicht mit dem staatsrechtlichen Rekurse angefochten werden kann.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

## B. STRAFRECHT — DROIT PÉNAL

### I. MILITÄRORGANISATION

#### ORGANISATION MILITAIRE

##### 52. Urteil des Kassationshofes vom 31. Oktober 1916

i. S. Schweiz. Bundesanwaltschaft, Kassationsklägerin,  
gegen Weill, Kassationsbeklagter.

Art. 213 Abs. 3 MO; eine strafbare Uebertretung dieser Bestimmung liegt nicht nur bei rechtswidrigem Vorsatz, sondern auch bei Fahrlässigkeit vor.

A. — Der Kassationsbeklagte Emil Weill, Pferdehändler in Langenthal, hat zugestandenermassen am 8. März 1915 ein durch Eintrag in den Gemeindepferdestellungsbefehl von Affoltern auf Pikett gestelltes, vierjähriges, damals ungebranntes, seither mit den Hufnummern 1177/76 gezeichnetes Pferd, das er kurz vorher von Gottfried Dubach, Landwirt in Affoltern, gekauft hatte, dem Thad. Fritz, Pferdehändler in Zug, weiterverkauft und übergeben, ohne für diese Besitzesentäusserung die Bewilligung der zuständigen Militärbehörden eingeholt zu haben.

B. — Durch Urteil vom 24. Juni 1916 hat die erste Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Bern den Kassationsbeklagten, den das Schweiz. Justiz- und Polizeidepartement durch Verfügung vom 13. Dezember 1915 den Behörden des Kantons Bern zur Bestrafung wegen Übertretung des Art. 213 Abs. 3 MO überwiesen hatte, von Schuld und Strafe freigesprochen. Das Obergericht