Urteilskopf

81 II 319

53. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Juli 1955 i. S. Bertschinger gegen Bertschinger.
Regeste (de):
Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Entscheid über die örtliche Zuständigkeit für die Testamentseröffnung (Art. 68 lit. b OG). Zulässigkeit dieses Rechtsmittels; Beschwerdelegitimation (Erw. 1).

Schweizerisch-badischer Staatsvertrag von 1856 betr. die gegenseitigen Bedingungen über Freizügigkeit und weitere nachbarliche Verhältnisse.

1. Gültigkeit. Prüfungsbefugnis der Gerichte (Erw. 4). Steht der Staatsvertrag von 1856, obwohl Baden nicht mehr ein eigener Staat ist, noch in Kraft a) als innerstaatliches Recht? b) als Vertrag regionalen Charakters? c) infolge ausdrücklicher oder stillschweigender Erneuerung zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reich, der Bundesrepublik Deutschland oder dem Lande Baden-Württemberg? Räumlicher Geltungsbereich auf deutscher Seite. Badisches Bürgerrecht (Erw. 5-9).

2. Tragweite von Art. 5, 6. Internationale Zuständigkeit im Erbfalle eines Schweizers mit Grundbesitz in Baden. Gegenüberstellung der aus dem Staatsvertrag und der aus dem NAG sich ergebenden Regelung (Erw. 2). Lage des Nachlasses im Sinne von Art. 6 des Staatsvertrags; Bedeutung des letzten Wohnsitzes des Erblassers (Erw. 2 Abs. 1). Art. 6 des Staatsvertrags gilt (unter Vorbehalt von Art. 5, der die Sicherung der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte betrifft) auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit in Erbsachen (Erw. 10).

Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ZGB und der Praxis zu Art. 6 des Staatsvertrags bei einer Person, die sich abwechslungsweise an zwei verschiedenen Orten aufzuhalten pflegt. Fall eines Dozenten an staatlichen Lehranstalten in der Schweiz, der hier auch das Stimmrecht ausübte und Steuern zahlte, das Wochenende aber regelmässig bei seiner Familie in Deutschland verbrachte (Erw. 3).

Regeste (fr):
Recours en nullité contre un jugement sur la compétence ratione loci de l'autorité chargée de l'ouverture des testaments (art. 68 lettre b OJ).

Admissibilité de ce moyen; qualité pour recourir (consid. 1).

Traité du 6 décembre 1856 entre la Confédération suisse et le Grand Duc de Bade touchant les conditions réciproques relatives à l'abolition des droits de détraction et autres rapports de voisinage.

1. Validité. Pouvoir d'examen des tribunaux (consid. 4). Bien que le Grand Duché de Bade ait cessé d'être un Etat souverain, le traité est-il encore en vigueur: a) à titre de droit interne? b) à titre de traité de caractère régional? c) par suite d'un renouvellement exprès ou tacite entre la Suisse et le Reich allemand, la République fédérale allemande ou le Pays de Bade-Wurtemberg? Champ d'application territorial du côté allemand. Droit de cité badois (consid. 5 à 9).

2. Portée des art. 5 et 6. Compétence internationale en cas de mort d'un Suisse propriétaire d'immeubles dans le Pays de Bade. Opposition de la réglementation résultant, d'une part, du traité et, d'autre part, de la LRDC (consid. 2). Situation de l'héritage dans le sens de l'art. 6 du traité: portée du dernier domicile du de cujus (consid. 2 al. 1). L'art. 6 du traité est également applicable en matière de juridiction gracieuse (sous réserve de l'art. 5 qui concerne la sauvegarde des biens faisant partie de la succession) (consid. 10).

Domicile au sens de l'art. 23 CC et de la jurisprudence relative à l'art. 6 du traité, s'agissant d'une personne qui a coutume de séjourner tour à tour dans deux endroits différents. Cas d'un professeur d'un établissement

d'éducation public en Suisse, qui y exerce ses droits politiques, y paye ses impôts mais passe régulièrement la fin de la semaine dans sa famille en Allemagne (consid. 3).

Regesto (it):
Ricorso per nullità contro una decisione sulla competenza ratione loci dell'autorità incaricata della pubblicazione dei testamenti (art. 68 lett. b OG). Ammissibilità di questo rimedio giuridico; veste per ricorrere (consid. 1).

Trattato 6 dicembre 1856 tra la Confederazione svizzera e il Granducato di Baden sulle condizioni reciproche per l'abolizione dei diritti di detrazione ed altri rapporti di vicinato.

1. Validità. Sindacato dei tribunali (consid. 4). Benchè il Granducato di Baden abbia cessato di essere uno Stato sovrano, il trattato è ancore in vigore: a) a titolo di diritto interno? b) a titolo di trattato con carattere regionale? c) in seguito a rinnovamento espresso o tacito tra la Svizzera e il Reich germanico, la Repubblica federale germanica o il Baden-Württemberg? Campo d'applicazione territoriale da parte tedesca. Cittadinanza badese (consid. 5 a 9).

2. Portata degli art. 5 e 6. Competenza internazionale nel caso della successione d'uno Svizzero proprietario di fondi nel paese di Baden. Confronto dell'ordinamento risultante dal trattato e dalla LR (consid. 2). Paese ove giace la sostanza a'sensi dell'art. 6 del trattato; importanza dell'ultimo domicilio del defunto (consid. 2 cp. 1). L'art. 6 del trattato è applicabile anche in materia di giurisdizione volontaria (riservato l'art. 5 che concerne le misure necessarie a salvaguardia dei beni facenti parte della successione (consid. 10).

Domicilio a'sensi dell'art. 23 CC e della giurisprudenza relativa all'art. 6 del trattato, quando si tratta di persona solita a soggiornare alternativamente in due luoghi differenti. Caso d'un docente che insegna in scuole pubbliche svizzere, che esercita i diritti politici nella Svizzera, vi paga le imposte, ma trascorre regolarmente la fine della settimana con la propria famiglia in Germania (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 321

A.- Am 29. September 1954 starb in Singen am Hohentwiel (Deutschland) Prof. Dr. ing. Robert Bertschinger, geb. 16. November 1887, Bürger von Zürich und Zumikon (Kt. Zürich), der in Öhningen (Landkreis Konstanz) ein Haus und in Zürich eine Wohnung besessen hatte und an beiden Orten polizeilich angemeldet gewesen war. Gemäss Auszug aus dem Familienregister der Stadt Zürich vom 30. November 1954 hinterliess er einen Sohn aus seiner durch Scheidung gelösten ersten Ehe, Robert Walter, geb. 1914, seine vierte Ehefrau Anna Augusta geb. Hess, die er am 10. Februar 1951 in Öhningen geheiratet hatte, und einen Sohn aus dieser vierten Ehe. Mit eigenhändigem Testament, datiert Öhningen 21. August 1954, hatte er seine Ehefrau Anna Augusta Bertschinger geb. Hess zu seiner Alleinerbin emgesetzt.

B.- Bei der amtlichen Inventarisierung der Fahrhabe, die sich in der Wohnung des Erblassers in Zürich befand, legte dessen Ehefrau das erwähnte Testament vor. Das Steueramt der Stadt Zürich übermittelte es am 6. Oktober 1954 dem Einzelrichter für nichtstreitige Rechtssachen beim Bezirksgericht Zürich zur Eröffnung. Mit Eingabe vom 11. Oktober 1954 machte die Ehefrau geltend, das zürcherische Gericht sei für diese Amtshandlung nicht zuständig. Der Einzelrichter eröffnete das Testament am 28. Oktober 1954 und wies die Unzuständigkeitseinrede der Ehefrau mit Verfügung vom 1. November 1954 ab.

Das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer), an das die Ehefrau rekurrierte, hat am 13. Januar 1955 im gleichen Sinne entschieden. Dieser Entscheid beruht im wesentlichen auf folgenden Erwägungen: Hätte der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Zürich gehabt, so wäre die Zuständigkeit des zürcherischen Richters gemäss Art. 538 ZGB und § 5 der zürcherischen ZPO unmittelbar gegeben. Der letzte Wohnsitz des Erblassers habe sich aber in Öhningen befunden. Gemäss Art. 25 des deutschen EG zum BGB werde ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande (Deutschland) hatte, nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte. Gemäss Art. 28 des Bundesgesetzes betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 (NAG) seien Schweizer mit Wohnsitz im Ausland, die nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Rechte nicht unterworfen seien, hinsichtlich der erbrechtlichen Verhältnisse dem Recht und Gerichtsstand des Heimatkantons unterstellt, soweit nicht Staatsverträge besondere Bestimmungen enthalten. Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden vom 6. Dezember 1856 betr. die gegenseitigen Bedingungen über Freizügigkeit und weitere nachbarliche Verhältnisse (BS 11 S. 611) bestimme in Art. 6: "Sollte unter denjenigen, welche auf die gleiche Verlassenschaft Anspruch machen, über die Erbberechtigung Streit entstehen, so wird nach den Gesetzen und durch die Gerichte desjenigen Landes entschieden werden, in welchem das Eigentum sich befindet. Liegt der Nachlass in beiden Staaten, so sind die Behörden desjenigen Staates kompetent, dem der Erblasser bürgerrechtlich angehört, oder in welchem er zur Zeit des Todes wohnte, wenn er nicht Bürger eines der kontrahierenden Staaten war." Diese Vorschrift beziehe sich nicht nur auf Streitigkeiten, sondern auch auf die freiwillige Gerichtsbarkeit in Erbsachen. Rechte an beweglichen Sachen und Forderungen seien bei Anwendung dieser Vorschrift als am letzten Wohnsitz des Erblassers gelegen zu betrachten. Da der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der badischen Ortschaft

Öhningen gehabt und in der Schweiz keine Liegenschaften besessen habe, wären also im vorliegenden Falle, wenn der erwähnte Staatsvertrag noch gälte, nach dessen Art. 6 Abs. 1 die badischen Gerichte zuständig und das deutsche Recht anwendbar. Dieser Staatsvertrag sei jedoch dahingefallen, weil das Land Baden infolge des deutschen Gesetzes über den Neuaufbau des Reiches vom 30. Januar 1934 als Subjekt des Völkerrechts zu bestehen aufgehört habe und nicht angenommen werden könne, dass die vertraglichen Pflichten infolge Universalsukzession oder kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Übernahme auf einen Nachfolgestaat (das Deutsche Reich, die Bundesrepublik Deutschland oder das Bundesland Baden-Württemberg) übergegangen seien. Deshalb sei nach dem Gesagten das Heimatrecht des Erblassers (d.h. das schweizerische ZGB) anwendbar und der zürcherische Richter zuständig.

C.- Gegen diesen Entscheid hat Frau Bertschinger Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag, er sei aufzuheben und ihre Unzuständigkeitseinrede sei zu schützen, weil der Staatsvertrag von 1856 noch gültig sei. Robert Walter Bertschinger macht in seiner Vernehmlassung geltend, der Erblasser habe seinen letzten Wohnsitz in Zürich gehabt. Im übrigen habe die Vorinstanz mit Recht angenommen, dass der Staatsvertrag nicht mehr gelte.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der angefochtene Entscheid ist ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid in einer Zivilsache, die als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht der Berufung unterliegt (vgl.BGE 77 II 280). Gegen solche Entscheide ist nach Art. 68 lit. b OG wegen Verletzung von Vorschriften des eidgenössischen Rechts mit Einschluss von Staatsverträgen des Bundes über die sachliche oder örtliche Zuständigkeit der Behörden die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig.

BGE 81 II 319 S. 324

Die Beschwerdeführerin, die im kantonalen Verfahren Partei war, ist zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert, wenn sie durch den angefochtenen Entscheid beschwert wird. Man könnte versucht sein, dies mit der Begründung zu verneinen, das Testament sei in Gegenwart der Beteiligten bzw. ihrer Vertreter eröffnet worden; den Beteiligten sei auch eine Abschrift davon zugestellt worden; ob dies durch den zuständigen Richter geschehen sei, sei belanglos; eine nochmalige Eröffnung durch das von der Beschwerdeführerin als zuständig erachtete Notariat Radolfzell sei daher überflüssig; die im angefochtenen Entscheid angestellten Erwägungen über die internationale Zuständigkeit seien für einen allfälligen Zivilprozess über die Erbberechtigung nicht massgebend. Die Bedeutung der Testamentseröffnung und der damit verbundenen Mitteilung des Testamentsinhalts an die Beteiligten (Art. 557 /58 ZGB, §§ 2260 /62 BGB) erschöpft sich jedoch nicht darin, dass diese dadurch Kenntnis vom Testament erhalten. Vielmehr knüpfen sich an die Testamentseröffnung rechtliche Folgen. Insbesondere ist sie eine Voraussetzung für die Ausstellung einer Erbbescheinigung (Erteilung eines Erbscheins) an die eingesetzten Erben (Art. 559 ZGB; STAUDINGER, 9. Aufl., Bd. V S. 1046, Ziff. IV 1 der Bem. zu §§ 2354-2356 BGB; vgl. auch ebenda S. 799 Mitte). Ferner ist sie für den Beginn der Ausschlagungsfrist von Bedeutung (Art. 567 ZGB; § 1944 BGB). Es besteht keine Gewähr dafür, dass eine durch ein unzuständiges schweizerisches Gericht erfolgte Testamentseröffnung in Deutschland die im deutschen Recht vorgesehenen Wirkungen auszulösen vermag. Die Beschwerdeführerin, die der Ansicht ist, dass die deutschen Behörden sich in Anwendung deutschen Rechts mit dem Nachlass des Erblassers zu befassen haben, hat daher ein rechtliches Interesse daran, dass abgeklärt wird, ob der zürcherische Richter zur Eröffnung des streitigen Testaments zuständig war oder nicht.

2. Nimmt man an, dass der schweizerisch-badische

BGE 81 II 319 S. 325

Staatsvertrag von 1856 noch in Kraft stehe und in Art. 6 neben der Zuständigkeit für die Beurteilung von Erbstreitigkeiten auch die Zuständigkeit für die freiwillige Gerichtsbarkeit in Erbsachen, insbesondere für die Testamentseröffnung regle, so sind die schweizerischen Behörden für die Eröffnung des streitigen Testaments zuständig, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Zürich hatte. Nach der Rechtsprechung zur erwähnten Bestimmung und dem mit ihrem ersten Absatz im wesentlichen übereinstimmenden Art. VI des schweizerisch-amerikanischen Staatsvertrags von 1850 (BS 11 S. 773) gelten nämlich Immobiliarrechte als am Orte ihres Gegenstands, Rechte an beweglichen Sachen und Forderungen dagegen als am letzten Wohnsitz des Erblassers gelegen (BGE 41 I 338und dort zit. Entscheide; vgl. auch den Bericht des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements an das badische Justizministerium vom 14. August 1925 in BURCKHARDT, Schweiz. Bundesrecht, Bd. IV Nr. 1602 II). An dieser Praxis, die allein zu einer praktikablen Lösung führt, ist trotz der Kritik von NUSSBAUM (Deutsches IPR, 1932, S. 375 Anm. 1) und FRANKENSTEIN (IPR, 1935, IV S. 296 Anm. 55)

in Übereinstimmung mit LEWALD (Das deutsche IPR, 1931, S. 288), H. MÜLLER (Internationales Erbrecht nach dem Badisch-Schweizer Vertrag von 1856, in Festschrift für Raape, 1948, S. 229 ff., insbes. 232 /33) und FERID FIRSCHING (Internat. Erbrecht, 1955, Abschnitt Schweiz, Randziffer 18 S. 16) festzuhalten. Hatte der Erblasser seinen Wohnsitz zuletzt in Zürich, so ist also anzunehmen, dass der eine Liegenschaft in Öhningen, Fahrnis und wohl auch Forderungen umfassende Nachlass im Sinne von Art. 6 des Staatsvertrags von 1856 "in beiden Staaten" (d.h. teils in Baden, teils in der Schweiz) liege. Liegt der Nachlass in beiden Staaten und gehört der Erblasser einem dieser Staaten an, so sind nach Art. 6 Abs. 2 die Behörden des Heimatstaates des Erblassers zuständig. Das sind hier die schweizerischen Behörden. Wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Zürich

hatte, ist sein Testament aber auch unter der Voraussetzung, dass der Staatsvertrag von 1856 dahingefallen oder für die Testamentseröffnung nicht massgebend sei, in der Schweiz zu eröffnen. Nach dem autonomen schweizerischen Kollisionsrecht, das unter dieser Voraussetzung anzuwenden ist, sind nämlich für die Eröffnung des Testaments eines Schweizers, der Liegenschaften oder anderes Vermögen im Ausland besass, seinen letzten Wohnsitz aber in der Schweiz hatte, die Behörden des letzten Wohnsitzes zuständig. Eine Vorschrift, die dies ausdrücklich sagen würde, besteht zwar nicht. Der für das interkantonale Verhältnis aufgestellte und auf Ausländer in der Schweiz gemäss Art. 32 NAG entsprechend anwendbare Art. 23 NAG bestimmt jedoch, die "Eröffnung der Erbschaft", worunter die gesamte formelle Nachlassbehandlung, d.h. die Gesamtheit der Massnahmen zu verstehen ist, die die Sicherung der Verlassenschaft und des Erbgangs und auch den Vollzug der Erbfolge zum Zwecke haben (BGE 32 I 497/98,BGE 33 I 125, und STAUFFER N. 2 zu Art. 23 NAG), erfolge stets für die Gesamtheit des Vermögens am letzten Wohnsitze des Erblassers. Gilt dies für Ausländer in der Schweiz, so muss es erst recht auch für Schweizer mit Vermögen im Ausland gelten, die ihren letzten Wohnsitz in der Schweiz hatten. Ob der Staatsvertrag von 1856 gültig und auf die Testamentseröffnung anwendbar sei, kann also dahingestellt bleiben, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Zürich hatte. Anders ist es dagegen, wenn sich sein letzter Wohnsitz in Öhningen befand. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, sind in diesem Falle je nachdem, ob der Staatsvertrag (Art. 6 Abs. 1) oder das autonome schweizerische Kollisionsrecht (Art. 28 NAG in Verbindung mit Art. 25 des deutschen EG zum BGB) zur Anwendung kommt, die badischen oder die schweizerischen Behörden für die Testamentseröffnung zuständig.

3. Der Wohnsitz einer Person befindet sich gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB am Orte, wo sie sich mit der Absicht

dauernden Verbleibens aufhält. Hält sich eine Person abwechslungsweise und nicht bloss vorübergehend an zwei verschiedenen Orten auf, so gilt als Wohnsitz derjenige der beiden Orte, zu dem sie die stärkeren Beziehungen hat (vgl. z.B.BGE 68 I 139,BGE 77 I 119,BGE 78 I 315/16). Bei unselbständig erwerbenden Personen, die am einen Orte arbeiten, am andern ihre Familie haben, ist dies in der Regel der Familienort, sofern sie ihre arbeitsfreie Zeit regelmässig hier verbringen (BGE 68 I 139). So war es nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz beim Erblasser. Er hielt sich darnach seit seiner letzten Heirat bei seiner Familie in Öhningen auf, so oft seine Tätigkeit als Dozent an der Eidgenössischen Technischen Hochschule in Zürich und am Tech-

nikum Winterthur es ihm erlaubte, was nach der Art dieser Tätigkeit auf jeden Fall am Wochenende zutraf. Seine Wohnung in Zürich diente ihm nur während der Zeit, da ihn sein Beruf in der Schweiz festhielt, also höchstens während der Arbeitswoche, als Aufenthalt. Unter diesen Umständen ist anzunehmen, dass seit seiner letzten Heirat seine Beziehungen zu Öhningen stärker waren als diejenigen zu Zürich. Die Tatsache, dass er nicht nur in Öhningen, sondern auch in Zürich polizeilich angemeldet war und dass er, wie der Beschwerdegegner behauptet, in Zürich Steuern zahlte und sein Stimmrecht ausübte, kann hieran nichts ändern. Richtig ist zwar, dass das für die Ausübung des Stimmrechts erforderliche politische Domizil sich in der Regel mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ZGB deckt (GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweiz. Kantone, S. 213, und FLEINER /GIACOMETTI, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 438). Wenn jedoch der Erblasser, der mit seiner dritten Ehefrau in Zürich gelebt hatte, nach der Gründung einer neuen Familie in Öhningen fortfuhr, in Zürich das Stimmrecht auszuüben, so folgt daraus keineswegs zwingend, dass er seinen Wohnsitz in Zürich beibehalten habe, sondern dieser Umstand beweist höchstens, dass die zürcherischen Behörden, denen offenbar die Verhältnisse des Erblassers nicht

näher bekannt waren, nach wie vor annahmen, er habe in Zürich Wohnsitz. Der Umstand, dass er in Zürich (wohl für seine Besoldung) Steuern zahlte, lässt einen Rückschluss auf seinen Wohnsitz um so weniger zu, als Einkünfte aus öffentlichem Dienst gemäss Art. 5 des nach der Praxis (vgl. z.B.BGE 78 I 131/132, BGE 80 I 205 ff.) noch gültigen schweizerisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommens vom 15. Juli 1931 (BS 12 S. 601), von den hier nicht zutreffenden Ausnahmen gemäss Schlussprotokoll abgesehen, nur im Schuldnerstaat besteuert werden, sodass der Erblasser seine Einkünfte aus seiner Lehrtätigkeit an der Eidgenössischen Technischen Hochschule und am (kantonalen) Technikum Winterthur auch dann, wenn er in Öhningen Wohnsitz hatte, in der Schweiz versteuern musste. Auch die Tatsache, dass er in Zürich ein Postcheckkonto unterhielt, ist kein schlüssiges Indiz für einen Wohnsitz in Zürich. Art. 24 Abs. 1 ZGB, den der Beschwerdegegner im kantonalen Verfahren angerufen hat, kommt nicht zur Anwendung, weil eben auf Grund der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz angenommen werden muss, dass der Erblasser bei seiner vierten Heirat in Öhningen einen neuen Wohnsitz erworben habe, obwohl er die während der dritten Ehe benützte Wohnung in Zürich beibehielt. Mutmassungen darüber anzustellen, welchen Ort der Erblasser als seinen Wohnsitz bezeichnen würde, wenn er noch am Leben wäre, ist müssig. Mit der Feststellung, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz gemäss Art. 23 ZGB in Öhningen gehabt habe, ist es nun freilich nicht ohne weiteres getan. Für die Anwendung von Art. 28 NAG ist zwar der Wohnsitz im Sinne des schweizerischen ZGB (Art. 23-26) massgebend (vgl.BGE 56 II 337/38,BGE 61 II 16). Bei Prüfung der Frage, ob das deutsche Kollisionsrecht den Erblasser im Sinne von Art. 28 NAG dem ausländischen (deutschen) Recht unterwerfe, braucht nicht untersucht zu werden, wo der Erblasser nach deutschem Recht Wohnsitz gehabt habe, weil das deutsche Kollisionsrecht nach herrschender Meinung

für die Beerbung von Ausländern ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Erblassers dessen Heimatrecht massgebend sein lässt und damit für solche Erbfälle dem Grundsatze nach zugleich die internationale Zuständigkeit der deutschen Behörden verneint (FERID /FIRSCHING, a.a.O., Abschnitt Deutschland, Randziffern 39 und 61). Dagegen ist fraglich, ob bei der Anwendung des Staatsvertrags von 1856, soweit es darnach für die Entscheidung über die Belegenheit des Nachlasses auf den letzten Wohnsitz des Erblassers ankommt, einfach von der heutigen schweizerischen Regelung des Wohnsitzes ausgegangen werden darf (vgl. GULDENER, Das in-

ternationale u. interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, S. 120 Ziff. 3). Diese Frage braucht jedoch im vorliegenden Falle nicht näher erörtert zu werden. Auch wenn man nämlich die Ansicht vertreten will, im Bereiche des Staatsvertrags gelte grundsätzlich ein besonderer Wohnsitzbegriff, muss doch angenommen werden, dass eine bestimmte Person im Sinne des Staatsvertrags wie im Sinne des schweizerischen ZGB nur an einem Orte Wohnsitz haben kann, weil es eben nach dem Staatsvertrag auf den letzten Wohnsitz ankommt, und ist bei der Bestimmung des Wohnsitzes von Personen, die abwechslungsweise an zwei verschiedenen Orten zu verweilen pflegen, nach dem Staatsvertrag wie nach dem schweizerischen ZGB zu untersuchen, zu welchem dieser Orte die Beziehungen stärker sind, wo sich der sog. Mittelpunkt oder Schwerpunkt der Lebensverhältnisse befindet (vgl. H. MÜLLER, a.a.O. S. 233 /34 unter c; siehe auch Art. 8 Abs. 2 des schweizerisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommens von 1931). Der Wohnsitz im Sinne des Staatsvertrags von 1856 kann daher im vorliegenden Falle kein anderer sein als derjenige im Sinne von Art. 23 ZGB. 4 - Die Aufnahme des Staatsvertrags von 1856 in die Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848-1947 (BS) hat nicht etwa die Bedeutung einer gemäss Art. 113 Abs. 3 BV für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung des Bundesgesetzgebers, dass dieser Vertrag

an dem für die Aufnahme eines Erlasses in diese Sammlung massgebenden Stichtag (1. Januar 1948) noch gültig gewesen sei. Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 12. März 1948 über die Rechtskraft der BS und über die neue Reihe der Sammlung (AS 1949 S. 1523) besteht die Rechtswirkung der bereinigten Sammlung nur darin, dass die nicht aufgenommenenBundesgesetze, Bundesbeschlüsse, Bundesratsbeschlüsse, Verordnungen und Verfügungen aufgehoben sind. Hinsichtlich der Staatsverträge der Eidgenossenschaft hat die BS, wie in Art. 4 des Bundesratsbeschlusses vom 10. Dezember 1951 (AS 1951 S. 1151) ausgesprochen, nicht einmal diese negative, geschweige denn eine positive Wirkung. Der Vorinstanz ist auch darin beizustimmen, dass der Richter bei der Entscheidung über die Gültigkeit eines Staatsvertrags nicht an die Auffassung der politischen Behörden gebunden ist, die ihn abgeschlossen haben. Diese sind zwar allein zuständig, den Vertrag zu kündigen und allenfalls zum Zwecke der Retorsion anzuordnen, dass er einstweilen nicht zu vollziehen sei. Solche Massnahmen der politischen Behörden sind daher von den Gerichten zu beachten. Im übrigen aber haben die Gerichte in den ihrer Beurteilung unterliegenden Rechtsfällen über die Anwendbarkeit staatsvertraglicher Abmachungen selbständig zu entscheiden, auch wenn der Streit nicht bloss darum geht, ob der konkrete Tatbestand unter einen bestimmten Staatsvertrag falle und wie dieser auszulegen sei, sondern wenn in erster Linie streitig ist, ob dieser Vertrag noch gelte (vgl.BGE 78 I 130Erw. 3). Dies bedeutet indes nicht, dass die Gerichte sich, wie die Vorinstanz angenommen hat, um die Auffassung der politischen Behörden überhaupt nicht zu kümmern haben. Vielmehr ist für sie als Faktor der eigenen Meinungsbildung neben der Lehre und der Gerichts- und Verwaltungspraxis ohne Zweifel nicht zuletzt auch die Stellungnahme dieser Behörden von wesentlichem Interesse. Der bundesgerichtliche Instruktionsrichter hat daher von Amtes wegen das

Eidgenössische Politische Departement und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement um Mitteilung ihrer Auffassung über die Geltung des Vertrags von 1856 ersucht. Die Einholung einer solchen Meinungsäusserung, die nicht der Ermittlung von Tatsachen, sondern der Dokumentation über eine Rechtsfrage grundsätzlicher Art dient, ist prozessual (unter dem Gesichtpunkte von Art. 63, 64 und 74 OG) so gut zulässig wie etwa der Beizug neuer Literatur. Die übereinstimmende Auffassung der beiden angefragten Departemente ist in einem Berichte vom 2. Juli 1955 niedergelegt, den das Politische Departement im Einvernehmen mit dem Justiz- und

Polizeidepartement ausgearbeitet hat.

5. Es steht ausser Zweifel, dass der Vertrag von 1856 in seinen erbrechtlichen Bestimmungen (Art. 3-6) unter den Verfassungen des Deutschen Reiches von 1871 und 1919 noch in Kraft stand. Dagegen ist in der Lehre umstritten, ob er erloschen sei, weil das deutsche Gesetz vom 30. Januar 1934 über den Neuaufbau des Reiches den deutschen Ländern ihre Eigenstaatlichkeit entzog und sie zu blossen Verwaltungsbezirken des Reiches machte und demzufolge die Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5. Februar 1934 auch die Staatsangehörigkeit in den deutschen Ländern als hinfällig erklärte, oder ob der Vertrag trotz diesen Vorgängen gültig geblieben sei. Die Weitergeltung verneinen SCHNORR VON CAROLSFELD (Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 12. Jahrgang 1938 /39, S. 285 ff.) und SCHNITZER (Handbuch des IPR, 3. Aufl. 1950, Bd. II S. 502). Zweifel an der Wirksamkeit des erwähnten Vertrages äussern auch FERID u. FIRSCHING (a.a.O., Abschnitt Schweiz, Randziffer 18). PALANDT (Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 1955) erklärt in N. 1 zu Art. 56 EG (S. 2012) in allgemeiner Weise, dass die alten Verträge der deutschen Länder nicht mehr rechtsverbindlich seien. Auf der andern Seite hat sich H. MÜLLER in der bereits zitierten Abhandlung (Festschrift für Raape, 1948, S. 229 /31) für die

Weitergeltung von Art. 3-6 des streitigen Vertrages ausgesprochen. Zur gleichen Ansicht bekennen sich WENGLER (Neue Juristische Wochenschrift 1951 S. 301) und BOSCHAN (Europäisches Familienrecht, 2. Aufl. 1954, S. 287), ohne ihre Auffassung näher zu begründen. GULDENER führt den Vertrag von 1856 im bereits angeführten, 1951 erschienenen Werk unter den geltenden Staatsverträgen des Bundes über Gerichtsstandsrecht auf (S. 122), und WOLFF (Das IPR Deutschlands, 3. Aufl. 1954, S. 225) erwähnt ihn unter den Quellen des internationalen Erbrechts. Was die Gerichts- und Verwaltungspraxis und die Stellungnahme der politischen Behörden anbelangt, so hat das deutsche Reichsgericht in einem Entscheide vom 13. August 1936 festgestellt, dass die Auslieferungsverträge Frankreichs mit den deutschen Ländern seit dem Gesetz vom 30. Januar 1934 hinfällig geworden seien (Jur. Wochenschrift 1936 III S. 3198 Nr. 20 = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 70 S. 286 ff.). Ein seit 1934 ergangener Gerichtsentscheid über die Gültigkeit des heute in Frage stehenden Vertrages ist dem Bundesgericht, vom angefochtenen Entscheide abgesehen, nicht bekannt. Dagegen hat die Justizabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements in ihrem Bescheid vom 13. Januar 1948 Art. 6 dieses Vertrags als noch gültig betrachtet (Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 1949 S. 252 Nr. 27). Eine Anmerkung des Referenten E. ALEXANDER besagt, dass die Praxis diese Bestimmung "auch in andern Fällen aus jüngster Zeit" als noch immer in Kraft stehend erachtet habe. Das Justizministerium Baden-Württemberg hat sodann in seinem Erlass vom 25. Mai 1954 über den Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in Zivilsachen festgestellt: "Im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe sind für die Nachlassbehandlung die Art. 5, 6 des badisch-schweizerischen Staatsvertrages vom 6. Dezember 1856 (Bad. Regierungsblatt 1857 S. 431) massgebend" (Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg, 3. Jahrgang S. 208; vgl. auch

FERID /FIRSCHING, a.a.O. Abschnitt Deutschland S. 32 unten). Auf Grund einer einlässlichen Untersuchung sind auch die vom Instruktionsrichter angefragten Eidgenössischen Departemente zum Schlusse gelangt, dass die erbrechtlichen Bestimmungen des Vertrages von 1856 "noch heute zwischen der Schweiz und dem Lande Baden-Württemberg, und zwar beim letzteren wohl im Gebiete des Landes Baden in seiner Gestalt vor 1934, weitergelten."

6. H. MÜLLER nimmt an, die internationalprivatrechtlichen Bestimmungen des Vertrags von 1856, der in Baden und in der Schweiz in der vorgeschriebenen Form veröffentlicht wurde, seien nach 1934 in beiden Ländern auf jeden Fall als innerstaatliches Recht in Kraft geblieben, weil ein diese Bestimmungen aufhebendes oder inhaltlich davon abweichendes Gesetz in keinem der beiden Länder ergangen sei und diese Bestimmungen auch nicht gegenstandslos oder undurchführbar geworden seien (a.a.O. S. 229 /30). Ob diese von der Vorinstanz abgelehnte Auffassung stichhaltig sei oder nicht, kann dahingestellt bleiben, wenn sich ergibt, dass die erwähnten Bestimmungen als staatsvertragliche Vorschriften in Kraft geblieben sind.

7. Die Beschwerdeführerin macht vor Bundesgericht mit Recht nicht mehr geltend, das Gesetz vom 30. Januar 1934 könne die Gültigkeit des Staatsvertrags von 1856 schon deswegen nicht in Frage stellen, weil es nichtig sei. Sie vermochte eine deutsche Rechtspraxis, die dieses Gesetz als nichtig betrachten würde, nicht nachzuweisen. Die Weitergeltung des Vertrags von 1856 über das Jahr 1934 hinaus lässt sich auch nicht aus dem völkerrechtlichen Grundsatze herleiten, dass Verträge regionalen Charakters (d.h. solche, die sich auf ein bestimmtes, begrenztes Gebiet beziehen) im Falle der Staatensukzession ohne weiteres den Folgestaat berechtigen und verpflichten (vgl. GUGGENHEIM, Lehrbuch des Völkerrechts, 1948, Bd. I, S. 426 /27). Im Unterschied etwa zu den

schweizerisch-badischen Verträgen über Eisenbahnlinien im Grenzgebiet, die Schiffahrt auf Untersee und Rhein, die Vogeljagd auf diesen Grenzgewässern usw. hat der streitige Vertrag, der internationalprivatrechtliche Vorschriften mit Wirkung für das ganze Gebiet der Vertragsstaaten aufstellt, nicht regionalen Charakter. Dass der Vertrag von 1856 seine völkerrechtliche Gültigkeit über das Jahr 1934 hinaus bewahrt habe und heute noch gelte, kann unter diesen Umständen nur angenommen werden, wenn er im Verhältnis zwischen der Schweiz einerseits, dem Deutschen Reich und später der Bundesrepublik Deutschland oder dem Lande Baden-Württemberg anderseits ausdrücklich oder stillschweigend (durch schlüssiges Verhalten) erneuert worden ist. Die Weitergeltung des streitigen Vertrags bis zum heutigen Tag hat eine solche Übernahme durch die Bundesrepublik oder das Land Baden-Württemberg auch dann zur Voraussetzung, wenn man annimmt, das Land Baden, das nach dem Zusammenbruch der staatlichen Ordnung des Deutschen Reiches und vor der Schaffung der Bundesrepublik auf dem südlichen, zur französischen Besetzungszone gehörenden Teil des frühern badischen Staatsgebiets entstanden ist, sei ohne weiteres in die Rechte und Pflichten aus den Staatsverträgen des frühern Landes Baden eingetreten. Denn das neue Land Baden hat infolge der Vereinigung der Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern zum Lande Baden-Württemberg im Jahre 1953 aufgehört, als eigener Staat zu bestehen.

8. Eine ausdrückliche Erneuerung des Vertrages von 1856, d.h. ein Austausch dahingehender Erklärungen zwischen den zum Abschluss von Staatsverträgen zuständigen staatlichen Organen auf deutscher und schweizerischer Seite, hat nach dem 30. Januar 1934 nicht stattgefunden. (Die in der Beschwerdeschrift enthaltenen Ausführungen über ein Verzeichnis der nach schweizerischer Auffassung noch geltenden Verträge, das die Gesandtschaft der Bundesrepublik Deutschland im Einvernehmen

mit dem Eidgenössischen Politischen Departement erstellt habe, sind als neue Vorbringen gemäss Art. 55 lit.

c OG unbeachtlich und würden im übrigen nicht genügen, um eine ausdrückliche Erneuerung des streitigen Vertrages darzutun.) Es kann sich daher nur noch fragen, ob der Vertrag stillschweigend erneuert worden sei.

9. Die erbrechtlichen Bestimmungen des Staatsvertrags von 1856 haben, wie H. MÜLLER (a.a.O. S. 231) ausführt, ihren Grund in den besondern wirtschaftlichen und persönlichen Beziehungen, die zwischen Baden, insbesondere seinem südlichen Teil, und der Schweiz seit alters bestehen. Die Anwendung von Art. 6, der im vorliegenden Falle im Vordergrund steht, bietet gegenüber der Anwendung der Kollisionsvorschriften des autonomen deutschen und schweizerischen Rechts den Vorteil, dass sie Gerichtsstandskonflikte verhindert und dass sich dabei die Frage, welche Sachnormen massgebend seien, beidseits der Grenze immer gleich beantwortet, während die Lösungen, die sich aus dem autonomen deutschen und schweizerischen Kollisionsrecht ergeben, in gewissen Fällen voneinander abweichen. (Deutsche in der Schweiz werden gemäss Art. 32 und 22 NAG grundsätzlich nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes, also nach schweizerischem Recht, gemäss Art. 24 Abs. 1 des deutschen EGBGB dagegen nach den deutschen Gesetzen beerbt.) Der von SCHNORR VON CAROLSFELD hervorgehobene Nachteil, dass beim Entscheid über die Verlassenschaft eines in Baden wohnhaft gewesenen Schweizers (ohne Grundbesitz in der Schweiz) die badischen Gerichte auf Grund des Staatsvertrags deutsches, andere deutsche Gerichte dagegen gemäss Art. 25 EG schweizerisches Recht anzuwenden haben, fällt demgegenüber praktisch weniger ins Gewicht. Ein Interesse an der Weitergeltung der in Frage stehenden staatsvertraglichen Bestimmungen lässt sich daher nicht leugnen. Hiezu kommt, dass bei der Umwandlung eines Bundesstaats in einen Einheitsstaat und bei der Vereinigung mehrerer Gliedstaaten eines Bundesstaats die Änderung

der staatlichen Zuständigkeit im Gebiet der bisherigen Gliedstaaten nicht so radikal ist wie die Änderung, die bei der Einverleibung eines Gebiets durch einen fremden Staat eintritt, sodass die Absicht, die in einem bestimmten Gebiet bisher geltenden Staatsverträge weitergelten zu lassen, unter sonst gleichen Umständen im ersten Falle eher vermutet werden darf als im zweiten. Hätte das Deutsche Reich oder die Schweiz den streitigen Vertrag nach dem Aufhören der Eigenstaatlichkeit des Landes Baden im Jahre 1934 nicht mehr gelten lassen wollen, so hätte also der betreffende Staat Anlass gehabt, diesen Willen ausdrücklich kundzugeben. Eine solche Kundgabe ist nicht erfolgt. Auch nach der Bildung des Landes Baden-Württemberg, in welchem das nach dem deutschen Zusammenbruch neu erstandene Land Baden aufging, ist dies nicht geschehen. Vielmehr betrachten das Eidgenössische Politische Departement und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement den Vertrag in seinem erbrechtlichen Teil als noch gültig, wie dies die Praxis der Justizabteilung auch schon 1948 getan hatte (oben Erw. 5). Das Justizministerium Baden-Württemberg hat sich im angeführten Erlass über den Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland zur gleichen Auffassung bekannt. Der in diesem Erlass erwähnte Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe deckt sich mit dem Lande Baden in seiner Gestalt vor 1934, für welchen Bereich die schweizerischen Behörden den Vertrag als weitergeltend erachten. Es ist nichts davon bekannt, dass etwa die deutsche Bundesregierung der vom Justizministerium Baden-Württemberg geäusserten Auffassung entgegengetreten wäre. Unter diesen Umständen darf unbedenklich angenommen werden, dass die Art. 5 und 6 des Vertrags von 1856 in der Schweiz und im Lande Baden in seiner Gestalt vor 1934, zu dem Öhningen gehört, infolge stillschweigender Erneuerung des Vertrags heute noch anwendbar sind. Ob man auf deutscher Seite die Bundesrepublik Deutschland oder das Land Baden-Württemberg

als Vertragspartner ansieht, ist nur von theoretischem Interesse. Eine Schwierigkeit ergibt sich freilich daraus, dass Art. 6 des Staatsvertrags für den Fall der Belegenheit des Nachlasses in beiden Staaten auf das Bürgerrecht abstellt und dass eine badische Staatsangehörigkeit heute nicht mehr besteht. Diese Schwierigkeit lässt sich jedoch überwinden. Die Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5. Februar 1934, welche die Staatsangehörigkeit in den deutschen Ländern als hinfällig erklärte, bestimmte in § 4: "Soweit es nach geltenden Gesetzen rechtserheblich ist, welche deutsche Landesangehörigkeit ein Reichsangehöriger besitzt, ist fortan massgebend, in welchem Lande der Reichsangehörige seine Niederlassung hat. Fehlt dieses Merkmal, so treten an seine Stelle der Reihe nach: 1. die bisherige Landesangehörigkeit;
2. die letzte Niederlassung im Inlande;
3. die bisherige Landesangehörigkeit der Vorfahren;
4. die letzte Niederlassung der Vorfahren im Inlande.
Im Zweifel entscheidet der Reichskommissär des Innern."
Auf Grund dieser Vorschrift liess sich nach 1934 bestimmen, ob ein Deutscher im Sinne von Art. 6 Abs. 2 des Staatsvertrags die badische Staatsangehörigkeit besass. Will man aber annehmen, dort, wo der Staatsvertrag auf das Bürgerrecht abstellt, dürfe die Niederlassung (oder die letzte Niederlassung) in Deutschland keine Rolle spielen, so blieb immer noch die Möglichkeit, an die bisherige Landesangehörigkeit des Erblassers oder seiner Vorfahren anzuknüpfen. In entsprechender Weise lässt sich die Frage, ob ein Deutscher im Sinne von Art. 6 Abs. 2 des Staatsvertrags das badische Bürgerrecht besitze, auch heute noch beantworten. Diese Bestimmung ist daher nicht etwa undurchführbar geworden.

10. Art. 6 des Staatsvertrags von 1856 regelt seinem Wortlaut nach nur die Rechtsanwendung und die Zuständigkeit im Falle, dass "über die Erbberechtigung Streit

entsteht". Es rechtfertigt sich jedoch, dieser Bestimmung in Übereinstimmung mit der Auffassung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (Bericht vom 23. März 1923 in BURCKHARDT, a.a.O. Nr. 1602 I) und H. MüLLERS (a.a.O. S. 242) auch die freiwillige Gerichtsbarkeit in Nachlasssachen zu unterstellen. Diese analoge Anwendung gebietet sich vor allem mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche den Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei der Beurteilung von Erbstreitigkeiten zukommen kann. Art. 5 des Staatsvertrags steht ihr nicht im Wege. Diese Bestimmung schafft nur eine Ausnahme mit Bezug auf die "Obsorge" für die Erbgüter, d.h. mit Bezug auf die Massnahmen zur Sicherung der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte. Solche Massnahmen soll nach Art. 5 die Behörde am Ort der gelegenen Sache treffen können (vgl. MÜLLER a.a.O. S. 243; das ZGB sieht in Art. 551 Abs. 3 eine ähnliche Ausnahme von der nach diesem Gesetz sonst geltenden Zuständigkeit der Behörden am letzten Wohnsitze des Erblassers vor). Die Testamentseröffnung gehört nicht zu diesen Massnahmen. Der zürcherische Richter ist demnach zur Eröffnung des streitigen Testaments nicht zuständig. Er wird es dem für Öhningen zuständigen Nachlassgericht zu übermitteln haben. Nach den vorliegenden Akten ist dies das Notariat Radolfzell.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 13. Januar 1955 aufgehoben und festgestellt, dass die zürcherischen Behörden zur Eröffnung des Testaments von Prof. Dr. Robert Bertschinger nicht zuständig sind.