

**Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte im Umfeld  
des nationalsozialistischen Unrechtsregimes auf dem  
Gebiet des Privatrechts, unter Einschluss des  
internationalen Zivilprozess- und Vollstreckungsrechts  
(Schwerpunkt Ordre public)**

**Adolf Lüchinger**  
in Zusammenarbeit mit Raphael Lanz



## Inhaltsverzeichnis

1.	Gegenstand des Auftrags und Aufbau des Gutachtens	71
2.	Der Ordre public und seine Funktion	72
3.	Die Vollstreckung deutscher Urteile in der Schweiz	76
4.	Der Ordre public und das ausländische Devisenrecht	83
5.	Der Ordre public und die nationalsozialistische Zwangsverwaltung	86
6.	Die Erbfähigkeit von Juden als Verstoss gegen den Ordre public	91
7.	Der Ordre public und die Enteignung von Versicherungsansprüchen	93
8.	Exkurs	105
	a) Das deutsche Verbot der Eheschliessung zwischen Juden und «Ariern» und seine Auswirkungen in der Schweiz	105
	b) Bürgerrechtsverlust einer Schweizerin durch Eheschluss mit einem Ausländer und der Ordre public	109
	c) Aussagen in Zivilurteilen über Faschismus, Nationalsozialismus und Antisemitismus ohne Bezug zum Ordre public	111
9.	Schlussfolgerungen	117
10.	Anhang	120
	a) Berücksichtigte Entscheidungssammlungen und juristische Zeitschriften	120
	b) Zitierte Gerichtsurteile	121
	c) Ausgewählte Literatur	123



## 1. Gegenstand des Auftrags und Aufbau des Gutachtens

1.1 Auch Länder, die wie die Schweiz davor bewahrt blieben, selber Opfer des nationalsozialistischen Unrechtsregimes zu werden, sahen sich in manchen Bereichen des staatlichen Lebens mit den Auswirkungen dieses Regimes konfrontiert. Das war auch auf dem Gebiet der Rechtsprechung der Fall. Im Zivilrecht stellte sich für die schweizerischen Gerichte vor allem die Frage, ob sie verpflichtet seien, deutsche Gesetze mit nationalsozialistischem, insbesondere rassistischem Inhalt in der Schweiz zur Anwendung zu bringen. So hatten sowohl kantonale Gerichte als auch das Bundesgericht darüber zu entscheiden, ob deutsche Zivilurteile in der Schweiz anzuerkennen und zu vollstrecken seien, selbst wenn sie wegen ihres Inhalts in krasssem Widerspruch zum schweizerischen Rechtsempfinden standen. Und in Fällen, wo es nicht um die Anerkennung oder Vollstreckung ausländischer Urteile ging, sondern um die Beurteilung zivilrechtlicher Klagen durch schweizerische Gerichte, die hierfür das deutsche Recht anzuwenden hatten, stellte sich die gleiche Frage nach der Vereinbarkeit nationalsozialistischer Gesetzgebung mit der schweizerischen Rechtsauffassung. In all diesen Verfahren kam dem Begriff der öffentlichen Ordnung oder – wie es in der Fachsprache heisst – des *Ordre public* eine zentrale Bedeutung zu. Darauf soll in Kapitel 2 näher eingegangen werden.

1.2 Gegenstand des Begutachtungsauftrages ist es, anhand der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte und des Bundesgerichts auf dem Gebiet des Privatrechts abzuklären, wie sich die Konfrontation mit dem nationalsozialistischen Unrechtsregime auf die Urteilsfindung auswirkte. Die Suche nach einschlägigen Gerichtsurteilen musste sich dabei aus praktischen Gründen auf die Entscheidungssammlungen des Bundes und der Kantone sowie die wichtigeren juristischen Zeitschriften beschränken. Unveröffentlichte Urteile konnten nur berücksichtigt werden, soweit wir dank glücklicher Umstände darauf stiessen. Die berücksichtigten Entscheidungssammlungen und juristischen Zeitschriften werden im Anhang aufgeführt. Dort findet sich ebenfalls eine Liste der im Gutachten verarbeiteten Gerichtsentscheide.

1.3 Im Anschluss an die Erörterungen in Kapitel 2 zum *Ordre public* und seiner Funktion in der Zivilrechtspflege werden in den darauf folgenden Kapiteln die aufgrund des Begutachtungsauftrags gefundenen Gerichtsentscheide aufgeführt und, soweit erforderlich, gewürdigt. Zunächst wird über Verfahren betreffend die Anerkennung und Vollstreckung deutscher Zivilurteile in der Schweiz berichtet, die einen Bezug zum nationalsozialistischen Unrechtsregime hatten (Kapitel 3). Die Kapitel 4–7 befassen sich mit Entscheiden

schweizerischer Gerichte über zivilrechtliche Ansprüche, die nach deutschem Recht zu beurteilen waren und bei denen sich die Frage nach der Anwendbarkeit der nationalsozialistischen Gesetzgebung stellte. In einem Exkurs werden sodann drei Themen behandelt, die trotz grosser Gemeinsamkeiten mit dem Gegenstand des Gutachtens in einer bestimmten Hinsicht über diesen hinausgehen (Kapitel 8). Nicht unter den Begutachtungsauftrag fällt hingegen die schweizerische Rechtsprechung zum Handel mit Raubgut. Diese bildet Gegenstand des Rechtsgutachtens von Kurt Siehr zuhanden der UEK.<sup>1</sup> Darin wird insbesondere die Rechtsprechung der sogenannten Raubgutkammer des schweizerischen Bundesgerichts gewürdigt, die sich auf den BRB vom 10. Dezember 1945 betreffend Klagen auf Rückgabe in kriegsbesetzten Gebieten weggenommener Vermögenswerte<sup>2</sup> stützte.<sup>3</sup>

## 2. Der Ordre public und seine Funktion

**2.1** Die Frage nach dem Ordre public stellt sich, wenn der schweizerische Richter entweder einen Streitfall selber nach fremdem Recht zu beurteilen hat oder wenn er über die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils in der Schweiz entscheiden muss. In beiden Fällen ist die Beachtung des ausländischen Rechts an den Vorbehalt des Ordre public geknüpft, was bedeutet, dass sie im Ergebnis nicht fundamentalen Grundsätzen der eigenen Rechtsordnung widersprechen darf. Würde die Anwendung des ausländischen Rechts im konkreten Fall zu einem mit der schweizerischen Rechtsauffassung unvereinbaren Resultat führen, so muss der schweizerische Richter davon absehen, die hiefür verantwortlichen Bestimmungen des ausländischen Rechts heranzuziehen beziehungsweise die Vollstreckung des ausländischen Urteils zuzulassen. Da der Vorbehalt des Ordre public mit der Anwendung ausländischen Rechts eng zusammenhängt, bildet er einen Bestandteil des internationalen Privatrechts der Schweiz. Dieses regelt die Frage, nach welcher nationalen Privatrechtsordnung ein Sachverhalt zu beurteilen ist, der ein internationales Element enthält, das heisst ein solches, das über den schweizerischen Rechtsraum hinausweist. Der Ordre public bildet somit eine Schranke gegenüber der Anwendung des nach dem internationalen Privatrecht der Schweiz massgebenden ausländischen Rechts.

Die gleiche Funktion erfüllt der Ordre public gegenüber ausländischen Urteilen, die in der Schweiz anerkannt oder vollstreckt werden sollen. Die Anerken-

<sup>1</sup> Siehe in diesem Band, Siehr, S. 125.

<sup>2</sup> AS 1945, 1052.

<sup>3</sup> Vergleiche das in Anm. 1 erwähnte Gutachten, Kapitel 1.2.3.

nung und Vollstreckung solcher Urteile richtet sich in erster Linie nach den Bestimmungen der zu diesem Zweck von der Schweiz abgeschlossenen Staatsverträge und, bei Fehlen solcher Verträge, nach der internen Gesetzgebung über das Verfahren in Zivilsachen. Wegen ihrer engen Beziehung zum Zivilprozess werden diese Bestimmungen nebst andern als internationales Zivilprozessrecht der Schweiz bezeichnet.<sup>4</sup>

**2.2** Das internationale Privatrecht der Schweiz war bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG) am 1. Januar 1989 gesetzlich nur sehr lückenhaft geregelt. Massgebend war das hauptsächlich für interkantonale Verhältnisse geschaffene Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG) vom 25. Juni 1891.<sup>5</sup> Angesichts der Lückenhaftigkeit der darin enthaltenen Regelung kam der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf diesem Gebiet eine besonders grosse Bedeutung zu.

Weder das NAG noch ein anderes Gesetz enthielt eine Bestimmung über den *Ordre public*. Trotzdem war völlig unbestritten, dass der *Ordre-public*-Vorbehalt auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung bilde. Das Bundesgericht anerkannte und konkretisierte diesen Vorbehalt denn auch in einer weit zurückreichenden Rechtsprechung.<sup>6</sup>

Im Rahmen der vorliegenden Begutachtung war abzuklären, inwieweit die schweizerischen Gerichte vom Vorbehalt des *Ordre public* Gebrauch gemacht haben, um bei der Beurteilung privatrechtlicher Ansprüche aufgrund des anwendbaren ausländischen Rechts zu verhindern, dass die nationalsozialistischen Gesetze auch in der Schweiz Wirkungen entfalten konnten. Hierüber wird in den Kapiteln 4–7 Bericht erstattet.

**2.3** Im Unterschied zu dem auf dem NAG und der Praxis des Bundesgerichts beruhenden internen internationalen Privatrecht der Schweiz enthielten die mit andern Staaten abgeschlossenen Abkommen über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen einen ausdrücklichen Vorbehalt des *Ordre public*. Ein solcher Vorbehalt findet sich auch in

4 Guldener, Zivilprozessrecht, 1951, S. 1; Niederer, Einführung, 1956, S. 82 Ziff. 3; Schwander, Einführung, Bd. I, 2000, Rz. 597; Vogel, Grundriss, 1999, S. 52, Rz. 83 f.; Walter, Zivilprozessrecht, 1998, S. 47 f.

5 BS 2, 737 ff.

6 Vergleiche die BGE-Zitate in Kapitel 2.4 sowie Schnitzer, Handbuch, Bd. I, 1957, S. 240 ff.; Niederer, Problem, 1943, S. 1 ff.

Art. 4 Abs. 1 des schweizerisch-deutschen Vollstreckungsabkommens vom 2. November 1929.<sup>7</sup> Er lautet wie folgt:

«Die Anerkennung ist zu versagen, wenn durch die Entscheidung ein Rechtsverhältnis zur Verwirklichung gelangen soll, dem im Gebiete des Staates, wo die Entscheidung geltend gemacht wird, aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit die Gültigkeit, Verfolgbarkeit oder Klagbarkeit versagt ist.»

Im Vergleich zu andern Abkommen, in denen als Grund für die Verweigerung der Anerkennung beziehungsweise Vollstreckung einzig der Umstand angeführt wurde, dass ihr die öffentliche Ordnung des Vollstreckungsstaates entgegenstehe, wurde im schweizerisch-deutschen Vertrag mit der zitierten Bestimmung versucht, den *Ordre-public*-Vorbehalt etwas näher zu umschreiben.<sup>8</sup> Ein materieller Unterschied gegenüber den anders formulierten Klauseln ergibt sich jedoch daraus nicht. Im vorliegenden Gutachten war der Frage nachzugehen, wie die schweizerischen Gerichte den Vorbehalt des *Ordre public* angewendet haben, wenn es um die Vollstreckung deutscher Urteile ging, die auf Gesetzen mit nationalsozialistischem Inhalt beruhten. Das Ergebnis dieser Abklärungen wird nachfolgend in Kapitel 3 dargestellt.

**2.4** Rechtsprechung und Lehre waren bereits in der hier interessierenden Zeitperiode, also in den Jahren nach 1930, übereinstimmend der auch heute vorherrschenden Auffassung, dass eine Definition des *Ordre public* im Sinne einer allgemein gültigen inhaltlichen Festlegung des Begriffs nicht möglich sei.<sup>9</sup> Hingegen liess beziehungsweise lässt sich immerhin die Aufgabe, die dem *Ordre public* zukommt, in allgemein gültiger Weise umschreiben. So definierte das Bundesgericht die Funktion des *Ordre public* in einem Entscheid vom 1. Februar 1938 wie folgt:

«Der *ordre public* soll in Fällen, wo grundsätzlich ausländisches Recht anwendbar ist, die Anwendung eines inländischen Rechtssatzes gewährleisten oder die Anwendung eines ausländischen verhindern, wenn sonst das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt würde.»<sup>10</sup>

Und in einem Entscheid vom 11. Juni 1958, wo es um die Bedeutung des Vorbehalts des *Ordre public* in Art. 4 Abs. 1 des schweizerisch-deutschen

<sup>7</sup> SR 0.276.191.361.

<sup>8</sup> Vergleiche dazu Guldener, Zivilprozessrecht, 1951, S. 147.

<sup>9</sup> BGE 64 II 88 E. 5, S. 97; 84 I 119 E. 5, S. 122; Schnitzer, Handbuch, Bd. I, 1957, S. 234; Niederer, Einführung, 1956, S. 284 ff., insbesondere S. 287; Niederer, Problem, 1943, S. 7 ff.; Kallmann, Anerkennung, 1946, S. 228 ff.; Vischer, Kommentar, 1993, Art. 17, N. 5; Mächler-Erne, Basler Kommentar, Art. 17 IPRG, N. 5; Dutoit, Droit international, 1996, Art. 17 IPRG, N. 3; Knoepfler/Schweizer, Droit, 1995, S. 158, Rz. 351.

<sup>10</sup> BGE 64 II 88 E. 5, S. 97 f.



Vollstreckungsabkommens vom 2. November 1929 ging,<sup>11</sup> umschrieb das Bundesgericht die Aufgabe des Ordre-public-Vorbehalts folgendermassen:<sup>12</sup>

«Dieser Vorbehalt des ordre public hat allgemein zu verhindern, dass ausländisches Recht im Inland Beachtung findet, das mit der eigenen Rechtsordnung unvereinbar ist, das ihrem Sinn und Geist widerspricht. Zu diesem Behufe ermöglicht er es, einzelne Vorschriften des kollisionsrechtlich an sich anwendbaren fremden Rechts ausnahmsweise nicht anzuwenden und, wenn nötig, durch Bestimmungen des einheimischen Rechts zu ersetzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts greift dieser Vorbehalt immer dann Platz, wenn sonst das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt würde (BGE 64 II 97/98, 76 I 129, 81 I 145 Erw. 5, 84 I 50 a), wenn grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden (BGE 76 I 129, 78 II 250 c, 81 I 145 Erw. 5), wenn das schweizerische Rechtsdenken zwingend den Vorrang gegenüber dem anwendbaren (oder angewendeten) ausländischen Recht erheischt (BGE 78 II 251).»

Über die dem Richter bei der Anwendung des Ordre-public-Vorbehalts zufallende Aufgabe hat das Bundesgericht im gleichen Entscheid unmittelbar im Anschluss an die zitierten Ausführungen folgende Überlegungen angestellt, die von grundsätzlichem Interesse sind:

«Mit der unbestimmten Fassung dieser Umschreibungen hat das Bundesgericht zum Ausdruck gebracht, dass es kaum möglich ist, den ordre public in allgemein gültiger Weise zu definieren (BGE 64 II 97 Erw. 5). Ob die Vorbehaltsklausel eingzugreifen habe, kann vielmehr nur aus den Gegebenheiten des Einzelfalles heraus entschieden werden. Der Richter hat dabei festzustellen, ob ein einheimischer Rechtsgrundsatz auf dem Spiele stehe, der des Schutzes bedürfe, und ob der an sich anzuwendende fremde Rechtsatz der zu schützenden einheimischen Rechtsauffassung widerspreche. Beides kann der Richter nur beurteilen, wenn er in die Rangordnung der Werte eindringt, die dem eigenen – geschriebenen und ungeschriebenen – Recht zugrunde liegt und bis in die einzelnen Rechtsinstitute hinein ihre Ausprägung findet. Da sich diese Rangordnung nicht als ein einheitliches und geschlossenes Ganzes darbietet, sieht sich der Richter letztlich auf sein eigenes Wertbewusstsein, sein «Rechtsgefühl» verwiesen [...].»<sup>13</sup>

Die Auffassung des Bundesgerichts, dass die Aufgabe des Richters bei der Anwendung des Ordre-public-Vorbehalts deshalb so bedeutungsvoll ist, weil

<sup>11</sup> Vergleiche Kapitel 2.3.

<sup>12</sup> BGE 84 I 119 E. 2, S. 121 f.

<sup>13</sup> BGE 84 I 119 E. 2, S. 122.

sich der Begriff des *Ordre public* nicht in allgemein gültiger Weise definieren lässt, trifft zweifellos zu. Damit hängt eng zusammen, dass die dem Richter in diesem Bereich zukommende Funktion über das positive Recht hinausreicht. Der Richter wird auf das der eigenen Rechtsordnung zugrunde liegende Gerechtigkeitspostulat – oder, mit den Worten des Bundesgerichts, auf sein Wertbewusstsein, beziehungsweise Rechtsgefühl – verwiesen.<sup>14</sup> Bei der Konfrontation mit einer auf ganz anderen Grundlagen beruhenden Rechtsordnung wie jener des Nationalsozialismus zeigt sich, ob sich der Richter der Wichtigkeit seiner Aufgabe bewusst ist.

**2.5** Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat in Übereinstimmung mit der Lehre stets hervorgehoben, dass bezüglich der Tragweite des *Ordre-public*-Vorbehalts ein Unterschied zu machen ist je nachdem, ob es um die Vollstreckung eines ausländischen Urteils in der Schweiz geht oder ob der schweizerische Richter einen Rechtsstreit selber nach ausländischem Recht zu beurteilen hat. Dem Vorbehalt des *Ordre public*, der als Ausnahmevorschrift an sich schon einschränkend auszulegen ist, sind engere Grenzen gesetzt, wo über die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils in der Schweiz entschieden werden muss, als dort, wo der schweizerische Richter ausländisches Recht direkt anzuwenden hat. Mit der zurückhaltenderen Anwendung des *Ordre-public*-Vorbehalts bei der Urteilsvollstreckung soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass über den Sachverhalt im Ausland bereits endgültig entschieden worden ist und international hinkende Rechtsverhältnisse (das heisst solche, die in verschiedenen Ländern rechtlich unterschiedlich behandelt werden) nach Möglichkeit vermieden werden sollen.<sup>15</sup>

### **3. Die Vollstreckung deutscher Urteile in der Schweiz**

**3.1** Die Anerkennung und Vollstreckung deutscher Urteile in der Schweiz richtete sich nach dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom

<sup>14</sup> Vergleiche Niederer, Problem, 1943, S. 10; Marti, Vorbehalt, 1940, S. 92.

<sup>15</sup> BGE 78 II 243 E. 4c, S. 251; 81 I 139 E. 5, S. 145; 84 I 39 E. 5b, S. 49, und E. 6c, S. 52; 56 E. 4b, S. 61; 119 E. 2, S. 123; Schnitzer, Handbuch, Bd. I, 1957, S. 238; Kallmann, Anerkennung, 1946, S. 228 f., Anm. 1, und S. 235 f.; Marti, Vorbehalt, 1940, S. 83 ff.; Vischer, Kommentar, 1993, Art. 17, N. 24; Volken, IPRG Kommentar, 1993, Art. 27, N. 22–24; Dutoit, Droit international, 1996, Art. 27 IPRG, N. 4; Walter, Zivilprozessrecht, 1998, S. 355.

2. November 1929, das am 1. September 1930 in Kraft getreten war.<sup>16</sup> Danach waren rechtskräftige deutsche Urteile in der Schweiz grundsätzlich ohne Nachprüfung ihres Inhalts anzuerkennen, sofern die deutschen Gerichte nach den Bestimmungen des Staatsvertrages für die Beurteilung der Streitsache zuständig waren. Vorbehalten blieb nach Art. 4 Abs. 1 des Abkommens allerdings der *Ordre public*.<sup>17</sup>

Zwei von den Zürcher Gerichten in den Jahren 1936 und 1937 beurteilte Fälle, die an das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen wurden, gaben dem obersten Gericht Gelegenheit, sich zur Anwendung des im Staatsvertrag enthaltenen Vorbehalts des *Ordre public* hinsichtlich der nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten in Deutschland eingetretenen Veränderungen auszusprechen. Die in diesen beiden Verfahren gefällten Bundesgerichtsurteile wurden in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide nicht veröffentlicht.

**3.2** Im ersten Fall hatten der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich als erste und das Obergericht des Kantons Zürich als zweite Instanz ein Begehren des Volksstaates Hessen um Vollstreckbarerklärung eines Urteils des Hessischen Landgerichts gegen Gustav Hartung gutgeheissen. Darin war Hartung zur Bezahlung von 3000 Reichsmark an den Volksstaat Hessen verpflichtet worden. Es handelte sich dabei um die Rückzahlung des Restbetrags eines Darlehens in der ursprünglichen Höhe von 16 000 Reichsmark, das er vom Hessischen Staat im Zusammenhang mit seiner Anstellung als Generalintendant des Hessischen Landestheaters in Darmstadt für die Zeit vom 1. August 1931 bis 31. Juli 1934 erhalten hatte. Zur Darlehensrückzahlung durften nach dem Vertrag monatliche Raten von je 760 Reichsmark vom Gehalt abgezogen werden. Das Darlehen sollte sofort zur Rückzahlung fällig werden, wenn das Dienstverhältnis aus irgend einem Grund endigte. Nach dem nationalsozialistischen Umsturz im März 1933 wurde Hartung aus wichtigen Gründen im Sinne von § 626 BGB fristlos entlassen, weil er beruflich als Vertreter einer Kulturrichtung gegolten habe, welcher durch den nationalsozialistischen Umsturz gerade ein Ende habe gesetzt werden wollen. Das Hessische Landgericht in Darmstadt verurteilte Hartung am 9. Oktober 1934 auf Klage des Hessischen Volksstaates, den noch offenen Darlehensbetrag nebst Zinsen zu bezahlen und die Prozesskosten zu tragen. Eine Aufrechnung der Darlehensschuld mit Gehalts- oder Schadenersatzansprüchen des fristlos entlassenen Hartung lehnte das Gericht ab.

<sup>16</sup> SR 0.276.191.361.

<sup>17</sup> Vergleiche die Wiedergabe des Wortlauts dieser Bestimmung in Kapitel 2.3.

Das Bundesgericht hob den die Vollstreckung dieses Urteils bewilligenden Entscheid des Zürcher Obergerichts in Gutheissung einer von Hartung erhobenen staatsrechtlichen Beschwerde mit Urteil vom 11. September 1936 auf. In der Begründung seines Entscheids ging es davon aus, dass die Bestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Dienstherrn sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland dem *Ordre public* zuzurechnen seien. Dies treffe somit auch für Art. 353 OR zu. Nach dem damaligen Wortlaut dieser Bestimmung war bei fristloser Entlassung aus wichtigen Gründen derjenige, der den wichtigen Grund durch vertragswidriges Verhalten gesetzt hatte, zur Leistung vollen Schadenersatzes an den andern Teil verpflichtet (Abs. 1). In den übrigen Fällen, das heisst dort, wo die wichtigen Gründe nicht im vertragswidrigen Verhalten einer der Vertragsparteien lagen, waren die vermögensrechtlichen Folgen des Rücktritts vom Richter unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches nach seinem Ermessen zu bestimmen (Abs. 2). Das Bundesgericht erachtete es aufgrund dieser Bestimmung als mit der schweizerischen Rechtsauffassung unvereinbar, wenn bei der fristlosen Entlassung eines Angestellten, der wie hier den Entlassungsgrund nicht verschuldet hatte, der Zuspruch einer Abfindung an diesen überhaupt nicht in Erwägung gezogen werde. Es gelangte zum Schluss, Hartung habe im Sinne des Vollstreckungsabkommens nach dem schweizerischen *Ordre public* einen verrechenbaren Anspruch auf Abfindung gehabt, der nach den gegebenen Verhältnissen den Betrag des Rückforderungsanspruchs vollumfänglich erreicht habe. Dem Urteil des hessischen Landgerichts, das die Zusprechung einer Abfindung an den Beschwerdeführer überhaupt nicht in Betracht zog, wurde daher aufgrund von Art. 4 Abs. 1 des Vollstreckungsabkommens mit Deutschland die Anerkennung versagt.

**3.3** Im zweiten Fall hatte der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich das Urteil des Landgerichts Berlin vom 19. Dezember 1934 i. S. Universum-Film-Aktiengesellschaft (UFA) in Berlin gegen Thevag, Theater- und Verlags-A. G. in Zürich, als vollstreckbar erklärt und der UFA in der gegen die Thevag angehobenen Betreibung die definitive Rechtsöffnung erteilt. Das deutsche Urteil war infolge der Abweisung einer beim Kammergericht Berlin dagegen erhobenen Berufung und einer beim Reichsgericht beantragten Revision in Rechtskraft erwachsen. Das Zürcher Obergericht hob den einzelrichterlichen Entscheid am 3. Juni 1937 auf Rekurs der Thevag hin auf und erkannte, dass das deutsche Urteil in der Schweiz wegen Verstosses gegen die öffentliche Ordnung nicht vollstreckt werden könne. Gegen diesen Entscheid setzte sich die UFA mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht zur Wehr und beantragte, den obergerichtlichen Entscheid aufzuheben und die Urteilsvoll-

streckung zu bewilligen. Dem deutschen Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Thevag übertrug der UFA mit Vertrag vom 24. Februar 1933 alle Urheber-, Aufführungs- und Verlagsrechte, insbesondere das Verfilmungsrecht, am Werk «Die Heimkehr des Odysseus», das der Regisseur Erich Löwenberg, genannt Eric Charell, verfasst hatte. Die Thevag verpflichtete sich, der UFA die Dienste Charells bei der Mitarbeit am Drehbuch zur Verfügung zu stellen. Für die Übertragung der Rechte und die Mitarbeit Charells am Drehbuch wurde eine Gesamtvergütung von 130 000 Reichsmark vereinbart, die vom März 1933 an in monatlichen Raten von 26 000 Reichsmark zu bezahlen war. Zwischen der UFA und Charell wurde gleichentags ein Regievertrag abgeschlossen. In Ziff. 6 des Vertrages zwischen der Thevag und der UFA wurde vereinbart, dass diese zum Rücktritt berechtigt und die Thevag zur Rückzahlung bereits empfangener Beträge verpflichtet sei, wenn der Regievertrag zwischen der UFA und Charell sich aus dem Grunde als nicht durchführbar erweise, dass Charell durch Krankheit, Tod oder ähnlichen Grund zur Erbringung seiner Regietätigkeit nicht imstande sei. Für das Vertragsverhältnis wurde die Geltung des deutschen Rechts vereinbart. Beim Vertragsabschluss war den Parteien bekannt, dass Charell Jude war. Am 1. März 1933 bezahlte die UFA die erste Rate von 26 000 Reichsmark an die Thevag.

Mit Schreiben vom 5. April 1933 trat die UFA sowohl vom Regievertrag mit Charell als auch von ihrem Vertrag mit der Thevag zurück, da Charell nicht in der Lage sei, die Regietätigkeit bei ihr auszuüben. Die UFA klagte in der Folge beim Landgericht Berlin gegen die Thevag auf Rückzahlung der von ihr geleisteten ersten Rate von 26 000 Reichsmark. Sie machte geltend, infolge des 1933 eingetretenen Umschwungs in Denkart und Geschmack des deutschen Volkes könne ein Film, an dem ein «Nichtarier» mitwirke, innerhalb des Deutschen Reiches nicht mehr vorgeführt werden; der Verwertung solcher Filme stünden jetzt auch Rechtsvorschriften entgegen. Charell sei somit aus einem in seiner Person liegenden Grund ausserstande, die in Aussicht genommene Tätigkeit auszuüben. Dies berechne die UFA nach Ziff. 6 ihres Vertrages mit der Thevag zum Rücktritt, denn diese Bestimmung erstrecke sich auf sämtliche Fälle einer persönlichen Verhinderung Charells. Die Thevag vertrat demgegenüber die Auffassung, Charells Zugehörigkeit zur «jüdischen Rasse» berechne die UFA nicht zum Vertragsrücktritt; die Parteien seien bei Vertragsabschluss übereinstimmend davon ausgegangen, dass sich die Ziff. 6 des Vertrages nur auf die Verhinderung des Regisseurs durch leibliche oder geistige Krankheit beziehe.

Das Landgericht Berlin hiess die Klage der UFA gut. Es nahm allerdings an, die UFA stütze sich für den Rücktritt zu Unrecht auf Ziff. 6 des Vertrags. Diese

Bestimmung hätte nur angerufen werden können, wenn Charell geistig oder körperlich nicht mehr imstande gewesen wäre, die Regisseurtätigkeit auszuüben, was aber nicht behauptet worden sei. Hingegen stehe der UFA ein Rücktrittsrecht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu. In der Zeit nach dem Vertragsabschluss sei die Verdrängung der Juden aus dem deutschen kulturellen Leben so rasch durchgeführt worden, dass entgegen den ursprünglichen Erwartungen die Herstellung eines Films mit Charell als Regisseur für die UFA zwecklos geworden sei. Das Festhalten am Vertrag könne ihr daher nach § 242 BGB nicht mehr zugemutet werden, woraus sich die Verpflichtung der Thevag ergebe, den empfangenen Teil des Kaufpreises zurückzuzahlen. Die Thevag erleide durch den Rücktritt keinen unzumutbaren Nachteil, da sämtliche Rechte auf Verwertung des Werkes wieder an sie zurückfielen.

Das Kammergericht Berlin, das im Berufungsverfahren die Klage der UFA ebenfalls guthieß, erblickte jedoch im Gegensatz zum Landgericht die Grundlage für den Rücktritt der Klägerin in der Ziff. 6 des Vertrages. Da die nationalsozialistische Gesetzgebung des Jahres 1933 der Mitwirkung von Juden bei der Filmherstellung und der Verbreitung «jüdischer Filme» in Deutschland fast unüberwindliche Schwierigkeiten in den Weg gelegt habe und die Regie-tätigkeit Charells dadurch wenn nicht objektiv unmöglich, so doch praktisch undurchführbar geworden sei, stehe fest, dass Charell im Sinne von Ziff. 6 des Vertrages die vereinbarten Leistungen nicht erbringen könne.

Das Reichsgericht wies die von der Thevag beantragte Revision des kammergerichtlichen Urteils mit Entscheid vom 27. Juni 1936 ab. Es gelangte zum Schluss, der Auslegung von Ziff. 6 des Vertrages durch das Kammergericht stünden keine rechtlichen Bedenken entgegen. Es begründete seinen Entscheid im wesentlichen wie folgt:

«Unterstützt wird sie» – gemeint ist die Auslegung von Ziff. 6 durch das Kammergericht – «durch die leitenden Gedanken, nach denen (seit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus) der Befugniskreis des Einzelnen rassenmässig bedingt ist. Die frühere (liberale) Vorstellung vom Rechtsinhalte der Persönlichkeit machte unter den Wesen mit Menschenantlitz keine grundsätzlichen Wertunterschiede nach der Gleichheit oder Verschiedenheit des Blutes; sie lehnte deshalb eine rechtliche Gliederung und Abstufung der Menschen nach Rassegesichtspunkten ab. Der nationalsozialistischen Weltanschauung dagegen entspricht es, im Deutschen Reiche nur Deutschstämmige (und gesetzlich ihnen Gleichgestellte) als rechtlich vollgültig zu behandeln. Damit werden grundsätzliche Abgrenzungen des früheren Fremdenrechts erneuert und Gedanken wiederaufgenommen, die vormals durch die Unterscheidung zwischen voll Rechtsfähigen und Personen minderen Rechts anerkannt waren. Den Grad völliger

Rechtlosigkeit stellte man ehemals, weil die rechtliche Persönlichkeit ganz zerstört sei, dem leiblichen Tod gleich; die Gebilde des «bürgerlichen Todes» und des «Klostertodes» empfingen ihren Namen aus dieser Vergleichung. Wenn in Ziff. 6 des Vertrages vom 24. Februar 1933 davon die Rede ist, dass «Charell durch Krankheit, Tod oder ähnlichen Grund nicht zur Durchführung seiner Regietätigkeit imstande sein sollte», so ist unbedenklich eine aus gesetzlich anerkannten rassepolitischen Gesichtspunkten eingetretene Änderung in der rechtlichen Geltung der Persönlichkeit dem gleichzuachten, sofern sie die Durchführung der Regietätigkeit in entsprechender Weise hindert wie Tod oder Krankheit es täten.»<sup>18</sup>

Das Bundesgericht wies die Beschwerde der UFA gegen den Entscheid des Zürcher Obergerichts, mit welchem die Vollstreckung des deutschen Urteils abgelehnt worden war, mit Urteil vom 17. September 1937 ab. Es liess offen, ob eine sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage stützende Begründung des Rücktrittsrechts der UFA und eine entsprechende Verurteilung der Thevag zur Rückzahlung der empfangenen 26 000 Reichsmark in der Schweiz vollstreckbar wäre «oder ob dem allenfalls – vielleicht weniger wegen der Tatsache der Vertragsauflösung als solcher als wegen der Verweigerung einer Entschädigung an die Thevag – der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung nach Art. 4 Abs. 1 des massgebenden Vollstreckungsabkommens entgegenstünde». Hingegen bejahte das Bundesgericht, dass diese staatsvertragliche Bestimmung die Urteilsvollstreckung jedenfalls für eine aus Ziff. 6 des Vertrages vom 24. Februar 1933 hergeleitete Rückzahlungspflicht ausschliesse, so wie sie im Urteil des Reichsgerichts begründet worden sei. Die entsprechenden bundesgerichtlichen Erwägungen werden hier wegen ihres grundsätzlichen Charakters im Wortlaut wiedergegeben:

«Auch die Revisionsinstanz geht nicht so weit anzunehmen, dass sich schon aus der streitigen Vertragsklausel allein der Wille der Parteien ergebe, der Ufa ein Rücktrittsrecht wegen allfälliger mit der Rassezugehörigkeit des Charell zusammenhängender Schwierigkeiten in der Verwertung des Films einzuräumen. Um die Klausel dennoch anwendbar zu erklären, wird die beschränkte Rechtsfähigkeit der Juden im neuen deutschen Reich herangezogen. Diese Beschränkung sei so schwerwiegend, dass sie den in Ziff. 6 des Vertrages erwähnten Fällen des Todes, der Krankheit und ähnlichen Hinderungsgründen gleichgestellt werden müsse. Darin liegt nicht mehr eine blosse Auslegung des Vertrages, sondern zugleich eine Anwendung der neuen Judengesetzgebung. Die deutschen Gesetze, die gewisse Personen um ihrer Rasse willen als minderen Rechts erklären, stehen aber in

<sup>18</sup> Zitiert nach dem Bundesgerichtsurteil vom 17. September 1937, S. 5 f.

Gegensatz zu einer Grundlage der schweizerischen Rechtsordnung, der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz (Art. 4 der Bundesverfassung). Durch die Vollstreckung der so begründeten Rückzahlungsverpflichtung der Thevag würde demnach ein Rechtsverhältnis verwirklicht, dessen Anerkennung der schweizerischen öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 des deutsch-schweizerischen Vollstreckungsabkommens widersprechen würde.»

**3.4** Im Fall Hartung gegen Volksstaat Hessen hatte das Bundesgericht bei der Ermittlung der Tragweite des Vorbehalts des *Ordre public* massgebend darauf abgestellt, ob Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber sowohl nach schweizerischem als auch nach deutschem Landesrecht dem Bereich der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 des schweizerisch-deutschen Vollstreckungsabkommens zugeordnet würden. Der Umstand, dass dies nicht nur nach schweizerischem, sondern auch nach deutschem Recht der Fall sei, bestärkte das Gericht darin, dass das gleiche auch bei der Anwendung des Vollstreckungsabkommens gelten müsse. Auf diese Weise gelangte das Bundesgericht dazu, die Verweigerung einer Entschädigung an den infolge des nationalsozialistischen Umsturzes fristlos entlassenen Leiter der staatlichen Bühne in Darmstadt als Verstoß gegen den *Ordre public* im Sinne des Vollstreckungsabkommens zu betrachten. Die Vollstreckung des deutschen Urteils, die gegenüber dem ohne eigene Schuld infolge des nationalsozialistischen Umsturzes in Ungnade gefallenem Generalintendanten ein krasses Unrecht bedeutet hätte, konnte auf diese Weise verhindert werden, ohne dass sich das Bundesgericht mit den Auswirkungen der Machtübernahme der Nationalsozialisten auf die deutsche Rechtsordnung eingehender auseinandersetzen hatte. Dieser Entscheid ist um so bemerkenswerter, als im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile vom Vorbehalt des *Ordre public* sonst nur mit grosser Zurückhaltung Gebrauch gemacht zu werden pflegt.<sup>19</sup>

Anders verhielt es sich im Fall UFA gegen Thevag. Hier sah sich das Bundesgericht direkt mit der Anwendung der neuen deutschen Judengesetzgebung konfrontiert. Es brachte mit aller nur wünschbaren Deutlichkeit zum Ausdruck, dass die «deutschen Gesetze, die gewisse Personen um ihrer Rasse willen als minderen Rechtes erklären», im «Gegensatz zu einer Grundlage der schweizerischen Rechtsordnung, der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz (Art. 4 der Bundesverfassung)» stehen und dass die Anerkennung eines solchen Urteils der schweizerischen öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 4

<sup>19</sup> Vergleiche Kapitel 2.5.



Abs. 1 des Vollstreckungsabkommens klar widerspreche. Angesichts der Eindeutigkeit der bundesgerichtlichen Begründung kann kein Zweifel daran bestehen, dass auch anderen auf der nationalsozialistischen Rassengesetzgebung beruhenden deutschen Urteilen die Vollstreckung in der Schweiz verweigert worden wäre. Weitere kantonale oder bundesgerichtliche Entscheide zu dieser Frage konnten jedoch nicht gefunden werden. Es muss daher offen bleiben, ob es sich bei den beiden hier besprochenen Fällen tatsächlich um die einzigen handelt, in denen sich schweizerische Gerichte in Verfahren betreffend die Anerkennung oder Vollstreckung deutscher Urteile mit der Frage der Verletzung des schweizerischen *Ordre public* durch nationalsozialistische Gesetze zu befassen hatten.<sup>20</sup>

#### 4. Der *Ordre public* und das ausländische Devisenrecht

4.1 Es war die deutsche Devisengesetzgebung, die den schweizerischen Gerichten am häufigsten dazu Anlass gab, die Anwendung des ausländischen Rechts wegen Verletzung des schweizerischen *Ordre public* abzulehnen. Ihren Ursprung hatte diese Rechtsprechung aber nicht in den Devisenmassnahmen des nationalsozialistischen Regimes. Sie ging vielmehr auf eine weit zurückreichende Praxis zurück, nach welcher ausländischen Gesetzen mit konfiskatorischen Wirkungen, insbesondere solchen im Zusammenhang mit kriegerischen oder revolutionären Ereignissen, die Anwendung in der Schweiz regelmässig versagt worden war.<sup>21</sup> In den recht zahlreichen Urteilen über die *Ordre-public*-Widrigkeit der deutschen Beschränkungen des freien Zahlungsverkehrs mit dem Ausland wurde diese Praxis fortgesetzt und weiterentwickelt. Im Folgenden soll diese Rechtsprechung anhand von Beispielen näher dargestellt werden.

4.2 Das Handelsgericht des Kantons Zürich hatte am 8. Februar 1934 darüber zu entscheiden, ob das durch die deutschen Devisenvorschriften erlassene Verbot von Zahlungen ins Ausland zur Folge habe, dass der deutsche Schuldner einer Schweizer Bank und damit auch die in der Schweiz domilizierte Solidarbürgin für diese Schuld von der Zahlungspflicht befreit werde. Es verneinte diese Frage vor allem mit der Begründung, dass das devisenrechtliche Zahlungs-

<sup>20</sup> Vergleiche zur Bedeutung der zitierten Bundesgerichtsurteile auch Vischer, *Recht*, 1998, S. 456 ff.; Vischer, *Aspekte*, 1998, S. 45 ff., insbesondere S. 64 ff.; Picard, *Schweiz*, 1994, S. 173 ff.

<sup>21</sup> Vergleiche dazu Schindler, *Gesetze*, 1946, S. 65 ff., insbesondere S. 68 ff. und 79 ff.; Niederer, *Problem*, 1943, S. 21 und die dort zitierten BGE.

verbot dem schweizerischen *Ordre public* widerspreche. «Vorschriften, die in dieser Weise den Gläubiger in seinen wohl erworbenen Rechten verkürzen, widersprechen einer der fundamentalsten Anschauungen, auf welcher die schweizerische Rechtsordnung beruht, der Anschauungen der Sicherheit der erworbenen Rechte und von ihrer Unverletzlichkeit auch seitens der Staatsgewalt. Es darf daher dem schweizerischen Richter nicht zugemutet werden, diese Bestimmungen anzuwenden [...]»<sup>22</sup> Das Bundesgericht schloss sich als Berufungsinstanz der Auffassung des Handelsgerichts mit Urteil vom 18. September 1934 vollumfänglich an und «lehnt[e] demgemäss mit der Vorinstanz die Anwendung der in Rede stehenden Devisenvorschriften, soweit sie das Schuldverhältnis abändern oder eine Unmöglichkeit der Leistung nach sich ziehen sollten, aus Gründen der schweizerischen öffentlichen Ordnung ab».<sup>23</sup>

In einem Urteil vom 26. April 1935 entschied das Handelsgericht des Kantons Zürich, dass die deutschen devisenrechtlichen Zahlungsverbote und Forderungsbeschränkungen vom schweizerischen Richter weder unmittelbar noch mittelbar anzuwenden sind.<sup>24</sup> Es ging dabei um die Frage, ob eine nach deutschem Recht zu beurteilende Forderungsabtretung vom schweizerischen Richter deshalb als ungültig zu betrachten sei, weil sie ohne Genehmigung der zuständigen deutschen Devisenbewirtschaftungsstelle vollzogen worden war. Das Bundesgericht wies am 8. Oktober 1935 eine Berufung gegen das handelsgerichtliche Urteil ab. Es liess offen, ob das deutsche Devisenrecht bereits deshalb nicht angewendet werden könne, weil es als öffentliches Recht eines fremden Staates für den schweizerischen Richter unbeachtlich sei, wie die Vorinstanz angenommen hatte. Jedenfalls stellten die deutschen devisenrechtlichen Zahlungsverbote und sonstigen Forderungsbeschränkungen einen «spoliativen Eingriff in die Gläubigerrechte» dar, der mit den der schweizerischen Rechtsordnung zu Grunde liegenden Anschauungen im Widerspruch stehe. Daraus ergebe sich, «dass sie vom schweizerischen Richter weder unmittelbar, insoweit sie die Forderungsrechte inhaltlich abändern, noch mittelbar, insoweit sie angeblich Unmöglichkeit der Leistung begründen, beachtet werden können».<sup>25</sup>

In zwei Urteilen vom 19. Februar 1936 und 2. März 1937 bekräftigte das Bundesgericht unter Hinweis auf die beiden soeben erwähnten Entscheide die Unvereinbarkeit der deutschen devisenrechtlichen Forderungsbeschränkungen mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung.<sup>26</sup> In einem weiteren Entscheid

22 ZR 34 (1935), Nr. 16, S. 42.

23 BGE 60 II 294 E. 5a, S. 311.

24 ZR 34 (1935), Nr. 177, S. 360 ff.

25 BGE 61 II 242 E. 3, S. 246.

26 BGE 62 II 108 E. 2a, S. 110 f.; 63 II 42 ff.

vom 21. September 1937 führte es sodann unter Bezugnahme auf BGE 60 II 311 im Sinne einer Präzisierung seiner damaligen Begründung aus, was in jenem Fall als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung empfunden worden sei, sei nicht so sehr das Zahlungsverbot als solches gewesen «als vielmehr der dadurch bewirkte spoliative Eingriff in die Rechte des schweizerischen Gläubigers, der durch die einseitige Massnahme des Staates seines Schuldners praktisch jede Aussicht auf Erfüllung seiner Forderung einbüsste». Es fügte bei, dass von einem derartigen spoliativen Eingriff beim Verbot direkter Zahlungen auf Grund eines zwischenstaatlichen Clearingabkommens nicht gesprochen werden könne, da bei einem solchen die direkte Zahlung an den Gläubiger durch die Einzahlung des Schuldners an die Clearingstelle ersetzt werde.<sup>27</sup> Diese Sicht der Dinge wird in einem in der amtlichen Sammlung nicht veröffentlichten Entscheid vom 30. September 1938 bestätigt, wo das Bundesgericht darauf hinwies, dass sich die Rechtsprechung betreffend die Nichtanwendbarkeit der deutschen Devisengesetzgebung in der Schweiz auf Zahlungsverbote bezog, die vom Land des Schuldners als einseitige Massnahme angeordnet worden waren.<sup>28</sup>

In BGE 64 II 88 ff. ging es um die Frage, ob der schweizerische Richter das mit Rückwirkung versehene deutsche Goldklauselverbot für ausländische Anleihen zu beachten habe oder ob dieses gegen den schweizerischen *Ordre public* verstosse. Das Bundesgericht setzte sich in diesem Entscheid eingehend mit der deutschen Kritik an seiner Praxis betreffend die *Ordre-public*-Widrigkeit der deutschen devisenrechtlichen Forderungsbeschränkungen auseinander. Es hob hervor, dass sich die Funktion des *Ordre public* in einer neuen Richtung auszuwirken beginne: «als aus der Not der Zeit heraus geborener wirtschaftlicher Selbstschutz des Landes gegenüber egoistischen Zwangsmassnahmen eines Auslandsstaates, durch die einseitig und rücksichtslos die dortigen Wirtschaftsinteressen auf Kosten derjenigen anderer Länder durchgesetzt werden sollen».<sup>29</sup> Sodann habe nicht verkannt werden können, dass sich die deutschen Devisenvorschriften ausschliesslich gegen die ausländischen Gläubiger richteten. «Sie bedeuten eine bewusste und gewollte Schädigung der ausländischen Gläubiger zu Gunsten der deutschen Volkswirtschaft und des deutschen Staates. Nicht nur erforderte daher schon der elementarste wirtschaftliche Selbsterhaltungstrieb auf schweizerischer Seite eine Abwehr, sondern es liegt auf der Hand, dass durch diese Gewaltmassnahmen auch das schweizerische Rechtsempfinden aufs tiefste verletzt werden musste. In diesem Sinne ist

<sup>27</sup> BGE 63 II 303 E. 4, S. 313 f.

<sup>28</sup> SJ 1939, S. 309 ff.

<sup>29</sup> BGE 64 II 88 E. 4, S. 98.

deshalb zu verstehen, wenn das Bundesgericht in den genannten Entscheidungen die deutschen devisarechtlichen Forderungsbeschränkungen als spoliativen Eingriff in die schweizerischen Gläubigerrechte erklärt hat, der dem *ordre public* zuwiderlaufe.»<sup>30</sup>

**4.3** Bereits aufgrund dieser wenigen, als typische Beispiele herausgegriffenen Entscheidungen ergibt sich, dass das massgebende Kriterium für die Unvereinbarkeit ausländischer Gesetze mit der schweizerischen Rechtsordnung und damit für die Bejahung einer Verletzung des schweizerischen *Ordre public* die Frage bildete, ob ein spoliativer Eingriff in Gläubigerrechte vorlag. Darunter ist ein entschädigungsloser Eingriff des Staates in private Rechte zu verstehen, der einen expropriationsähnlichen Charakter aufweist. Das gleiche Kriterium gab in der Folge Anlass dazu, auch die konfiskatorischen Massnahmen des Deutschen Reichs gegenüber den Juden als Verstoß gegen den schweizerischen *Ordre public* zu betrachten, wobei die betreffenden Massnahmen gleichzeitig noch im Widerspruch zum Grundsatz der Rechtsgleichheit standen. In den nächsten Ziffern soll dargestellt werden, welche Entscheide die schweizerischen Gerichte in dieser Hinsicht gefällt haben.

## **5. Der *Ordre public* und die nationalsozialistische Zwangsverwaltung**

Ein Mittel der Enteignungs- und Beraubungspolitik des NS-Regimes gegenüber den Juden war die Unterstellung von «jüdischen Unternehmungen» unter staatliche Zwangsverwaltung.<sup>31</sup> Durch diese Massnahme verlor der Eigentümer auf unbestimmte Zeit vollständig die Verfügungsmacht über seine Unternehmung und die dazu gehörenden Vermögenswerte.<sup>32</sup> Die Befugnisse des jüdischen Eigentümers wurden an dessen Stelle von einem staatlich eingesetzten Zwangsverwalter ausgeübt. Dieser hatte insbesondere auch die Guthaben des Unternehmens einzuziehen. Befanden sich solche in der Schweiz, oblag es den schweizerischen Gerichten, auf Klage des Zwangsverwalters oder des Eigentümers zu entscheiden, wem das Verfügungsrecht über diese Guthaben zustand. Damit hatten die schweizerischen Gerichte zwangsläufig auch über die Frage zu urteilen, ob die nationalsozialistische Gesetzgebung, auf der die Zwangsverwaltung beruhte, in der Schweiz Anwendung finden konnte.

<sup>30</sup> Ebd., S. 99.

<sup>31</sup> Zur Enteignungs- und Beraubungspolitik des NS-Regimes vergleiche UEK, Flüchtlinge, 1999, Kapitel 5.1.

<sup>32</sup> Vergleiche BGE 68 II 377 E. 2, S. 380.

5.1 Mit Urteil vom 1. März 1939<sup>33</sup> wies das Zürcher Obergericht die Klage des Wiener Bankhauses «M. Thorsch Söhne» und von dessen Zwangsverwalter gegen den alleinigen Inhaber der Bank, Dr. Alfons Thorsch, auf Herausgabe zweier Guthaben ab, welche vom Schweizerischen Bankverein Zürich und von der Schweizerischen Kreditanstalt aufgrund der Ungewissheit über den Gläubiger gerichtlich hinterlegt worden waren.<sup>34</sup> Es begründete die Nichtanerkennung der Zwangsverwaltung einerseits damit, dass die fraglichen Guthaben dem schweizerischen und nicht dem grossdeutschen Recht unterstünden. Andererseits widerspreche die Einrichtung der Zwangsverwaltung auch dem *Ordre public*, da sie in ihrer Wirkung einer entschädigungslosen Enteignung gleichkomme.

5.2 Das Bundesgericht hatte in einem andern Fall Gelegenheit, sich zum Wesen und zu den Auswirkungen der nationalsozialistischen Zwangsverwaltung auszusprechen. Es handelte sich um das in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Urteil vom 22. Dezember 1942 i. S. Böhmisches Unionbank gegen Heynau.<sup>35</sup> Diesem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Otto Erich Heynau war Alleininhaber der Malzfabrik Ed. Hamburger & Sohn im tschechischen Olmütz (Mähren), welche am 3. Oktober 1938 mit einer Brauerei in Gossau einen Malzlieferungsvertrag abschloss. Während sich Heynau auf Geschäftsreise in der Schweiz befand, besetzten die deutschen Truppen am 15. März 1939 Böhmen und Mähren. Da Heynau nach den deutschen Gesetzen als «Nichtarier» galt, kehrte er nicht mehr nach Olmütz zurück, sondern verblieb in der Schweiz. Am 10. Juni 1939 setzten die Behörden in Prag den Angestellten Swrschek als Zwangsverwalter über die Firma Ed. Hamburger & Sohn ein. Dieser erhielt insbesondere den Auftrag, den Einzug der Auslandguthaben durch Heynau zu verhindern. Am 18. August 1939 lieferte die Firma Ed. Hamburger & Sohn vertragsgemäss das verkaufte Malz und stellte der Käuferin Rechnung über 5253.35 Franken. Gleichentags trat der Zwangsverwalter diese Forderung an die Böhmisches Unionbank, Filiale Olmütz, ab. Sowohl diese als auch Heynau verlangten von der Käuferin in der Folge Bezahlung des Kaufpreises, worauf diese den geschuldeten Betrag beim Gemeindeamt Gossau hinterlegte. Heynau klagte darauf auf Herausgabe des hinterlegten Betrages. Die Böhmisches Unionbank widersetzte sich diesem Begehren und verlangte widerklageweise ihrerseits die Herausgabe. Die kantonalen sanktgallischen Gerichtsinstanzen schützten die

33 ZR 39 (1940), Nr. 95, S. 193 ff.

34 Art. 96 OR.

35 BGE 68 II 377 ff.

Klage Heynaus, worauf sich das Bundesgericht auf Berufung der Böhmisches Unionbank mit der Sache zu befassen hatte.

Vor Bundesgericht war unbestritten, dass Heynau als Inhaber der Firma Hamburger & Sohn grundsätzlich Gläubiger der Kaufpreisforderung war. Es stellte sich indessen die Frage, ob er diese Gläubigereigenschaft mit der Abtretung der Kaufpreisforderung durch den Zwangsverwalter an die Unionbank verloren hatte. Das Bundesgericht erwog zunächst, dass nach den massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen dem Zwangsverwalter umfassende Befugnisse in Bezug auf den Betrieb der Unternehmung zukämen. Zwar behalte der Eigentümer formell das Recht auf den Reinertrag, dieser Anspruch sei jedoch angesichts der Befugnisse, die dem Zwangsverwalter mit Bezug auch auf den Reinertrag zustünden, «tatsächlich unwirksam». Die Zwangsverwaltung komme deshalb «in ihrer Wirkung einer vollständigen und dauernden Enteignung gleich». Für diesen Eingriff werde der Eigentümer nicht entschädigt; die Zwangsverwaltung sei überdies ausschliesslich deshalb angeordnet worden, weil Heynau «Nichtarier» sei. Das Bundesgericht begründet sodann mit deutlichen Worten, weshalb die Zwangsverwaltung dem schweizerischen *Ordre public* widerspricht und deshalb unbeachtlich ist:

«Diese Anordnung missachtet das Eigentumsrecht des Klägers so vollständig, dass sie zu den Grundlagen des schweizerischen Rechtes im schroffsten Gegensatz steht. Sie widerspricht sowohl dem Grundsatz der Anerkennung des Privateigentums, der die entschädigungslose Enteignung durch den Staat ausschliesst, als auch dem Grundsatz der Rechtsgleichheit, der einen Eingriff in das Vermögensrecht einer Person einzig wegen ihrer Rasse nicht zulässt.»<sup>36</sup>

Das Bundesgericht verwirft sodann die von der Unionbank gegen diese Sichtweise vorgebrachten Einwände und hält fest, dass auch die Abtretung als solche dem *Ordre public* widerspreche, weil sie sich auf die unbeachtliche Zwangsverwaltung stütze. Die Berufung wurde deshalb abgewiesen und der Anspruch Heynaus auf den Kaufpreis somit höchstrichterlich anerkannt.

**5.3** Die Konsultation der Sammlungen kantonaler Gerichtsentscheide ergab, dass in verschiedenen anderen Kantonen analoge Rechtsstreitigkeiten ausgetragen wurden, die mit der Zwangsverwaltung gegenüber der Unternehmung von Heynau zusammenhingen. Es kann hier namentlich auf folgende Entscheide verwiesen werden:

– Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 1. Juli 1944.<sup>37</sup> Diesem Entscheid lag die Tatsache zugrunde, dass eine Brauerei in Schönenwerd einen

<sup>36</sup> BGE 68 II 377 E. 3, S. 381.

<sup>37</sup> Bericht des Obergerichts des Kantons Solothurn 1944, S. 119 ff.

der Firma Ed. Hamburger & Sohn geschuldeten Betrag von 4084.10 Franken auf dem Richteramt Olten-Gösigen hinterlegt hatte, weil strittig war, wer rechtmässiger Gläubiger dieser Forderung war.<sup>38</sup> Heynau stellte in der Folge den Antrag, dieser Betrag sei ihm herauszugeben. Das solothurnische Obergericht konnte diesem Begehren aus prozessualen Gründen nicht entsprechen. Es wies jedoch den Amtsgerichtspräsidenten an, die unter Zwangsverwaltung stehende Firma Ed. Hamburger & Sohn, gegen deren Berechtigung am hinterlegten Guthaben der Rechtsschein spreche, unter angemessener Fristansetzung aufzufordern, Klage auf Anerkennung ihres behaupteten Rechtes an der deponierten Summe einzureichen. Damit sei die Androhung zu verbinden, dass im Falle der Unterlassung der Klageeinreichung innert der gesetzten Frist Verzicht auf den Anspruch angenommen und der Betrag dem Heynau ausbezahlt werde. Das solothurnische Obergericht liess somit keine Zweifel darüber offen, dass es Heynau als den rechtmässigen Gläubiger betrachtete. Erwähnt werden in diesem Entscheid zudem gleichartige Fälle des Zivilgerichtspräsidenten von Glarus vom 18. Oktober 1943, des Bezirksgerichtspräsidenten von Werdenberg vom 8. November 1943 und des Einzelrichters von Lugano-Stadt vom 1. April 1944.

– Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 7. November 1944 i. S. Heynau gegen Böhmisches Unionbank.<sup>39</sup> Abgesehen davon, dass dieses Urteil eine Forderung gegen eine Brauerei in Interlaken betraf, war der Sachverhalt mit dem im erwähnten BGE 68 II 377 ff. beurteilten identisch. Das bernische Obergericht schloss sich denn auch den Erwägungen des Bundesgerichts vollumfänglich an und sprach die strittige Forderung dem Heynau zu.

– Zu erwähnen ist schliesslich ein Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 17. März 1943 i. S. W. gegen B. U.,<sup>40</sup> wo es ebenfalls um eine aus «rassischen Gründen» angeordnete Zwangsverwaltung einer jüdischen Firma im «Protektorat Böhmen und Mähren» ging. Auch das Kantonsgericht Zug argumentierte im Sinne des bundesgerichtlichen Leitentscheides BGE 68 II 377 ff. und bezeichnete die Zwangsverwaltung sowie eine darauf beruhende Forderungsabtretung durch den Zwangsverwalter als gegen den Ordre public verstossend.

*Zusammengefasst* lässt sich somit sagen, dass sich die schweizerischen Gerichte allgemein weigerten, der nationalsozialistischen Zwangsverwaltung über «jüdische Unternehmen» rechtliche Wirkung in Bezug auf Vermögenswerte in der Schweiz zuzuerkennen.

<sup>38</sup> Vergleiche Art. 168 OR.

<sup>39</sup> ZBJV 82 (1946), S. 182 ff.

<sup>40</sup> Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zug für die Jahre 1943/44, S. 52 f.

5.4 Den sanktgallischen Gerichten wurde vorgeworfen, «[w]illfährige Helfer bei der Enteignung von Juden» gewesen zu sein.<sup>41</sup> Diese Einschätzung basiert insbesondere auf einem Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. April 1941 i. S. Firma Julius Klein & Co. gegen Felix Levy. Letzterer widersetzte sich in diesem Verfahren der Kraftloserklärung von Wechseln für einen Gesamtbetrag von 3907 Franken, welche er zu Gunsten der Firma Julius Klein & Co. in Wien akzeptiert hatte. Diese Unternehmung stand ursprünglich im Eigentum von Julius Klein, einem österreichischen Juden, wurde aber am 11. November 1938 – also einen Tag nach der «Reichskristallnacht» vom 9./10. November 1938 – von Franz Fiedler mit Aktiven und Passiven gekauft. Levy bestritt im Prozess zwar nicht, dass er die fraglichen Wechsel akzeptiert und die geschuldete Summe nicht bezahlt hatte. Er machte jedoch unter anderem geltend, der Vertrag vom 11. November 1938 sei von Julius Klein unter Zwang durch Furchterregung unterzeichnet worden, seien am 10. November 1938 in Wien doch alle Synagogen zerstört und alle jüdischen Männer bis zum 70. Altersjahr verhaftet worden. Klein habe von Fiedler überhaupt keine Gegenleistung für die Unternehmensübernahme erhalten. Der Kaufvertrag zwischen Klein und Fiedler sei deshalb nicht gültig und verstosse gegen den schweizerischen Ordre public, weshalb daraus keine Rechte abgeleitet werden könnten.

Das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen ging davon aus, dass Levy stets anerkannt habe, die fraglichen Wechsel akzeptiert und an Klein übergeben zu haben. In Bezug auf die von Levy geltend gemachte Ungültigkeit des Kaufvertrages verwies das Gericht auf den Handelsregisterauszug, den schriftlichen Kaufvertrag sowie auf die Einvernahme von Klein vor dem deutschen Konsulat in Shanghai, ohne auf die Vorkommnisse in der «Reichskristallnacht» näher einzugehen. Das Kantonsgericht erachtete die gesetzlichen Voraussetzungen der Kraftloserklärung als gegeben, womit Levy im Ergebnis zur Bezahlung der Wechselforderung nach Ablauf der Vorlagefrist von 3 Monaten verpflichtet wurde, ohne dass die Wechsel vorgelegt zu werden brauchten.

Das Urteil hinterlässt ein ungutes Gefühl, weil auf den engen zeitlichen Zusammenhang zwischen den Vorkommnissen in der «Reichskristallnacht» und dem Verkauf von Kleins Unternehmung an Franz Fiedler in keiner Weise eingegangen wurde. Allerdings dürfen die Möglichkeiten der Justiz in Zivilrechtsstreitigkeiten dieser Art nicht überschätzt werden: Angesichts der Tatsache, dass der Kaufvertrag zwischen Julius Klein und Franz Fiedler vom 11. November 1938 datierte, liegt es zwar nahe, dass Julius Klein seine Firma nicht aus freien Stücken verkaufte. Eine entsprechende Erklärung des Julius Klein lag

41 Vergleiche Ammann, Helfer, 1997, S. 82 ff.



jedoch nicht vor, und dieser war am Verfahren in St. Gallen auch nicht beteiligt. Zudem bestritt Felix Levy gar nicht, den in Frage stehenden Betrag zu schulden; seinem erklärten Anliegen, er wolle nur sicherstellen, dass er nicht zweimal bezahlen müsse, wurde durch die Kraftloserklärung der Wechsel gerade Rechnung getragen. Eine juristisch abgestützte Argumentation, weshalb der Anspruch auf Kraftloserklärung hätte abgewiesen werden sollen, ist deshalb nicht ohne weiteres ersichtlich. Die Tatsache, dass Julius Klein als vermutliches Opfer einer «Arisierung» an diesem Zivilrechtsstreit gar nicht beteiligt war, machte die Wahrung von dessen Interessen durch das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen äusserst schwierig, wenn nicht sogar unmöglich. Die Nichtbeteiligung des Betroffenen ist denn auch der Hauptunterschied zwischen dem Fall Levy und den anderen Zwangsverwaltungsfällen. Er ist deshalb mit jenen kaum vergleichbar. Aus diesem Grund vermag der Fall Levy die aus der Analyse der Zwangsverwaltungsfälle gewonnenen Erkenntnisse kaum zu relativieren.

## 6. Die Erbfähigkeit von Juden als Verstoss gegen den Ordre public

6.1 Das Zürcher Obergericht hatte sich im Jahre 1942 mit einem Rechtsstreit zu befassen, in welchem unter anderem zu beurteilen war, ob die durch die nationalsozialistische Gesetzgebung eingeführte Erbfähigkeit von Juden gegen den schweizerischen Ordre public verstosse. Diese Frage stellte sich im Blick auf die 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941.<sup>42</sup> Der betreffende Erlass aberkannte den sich im Ausland aufhaltenden deutschen Juden die deutsche Staatsangehörigkeit und schrieb in § 3 vor, dass deren Vermögen mit dem Verlust der Staatsangehörigkeit dem Deutschen Reich verfallende. Sodann wurde in § 4 der Verordnung bestimmt, dass Personen, deren Vermögen gemäss § 3 dem Reich verfallen ist, von einem deutschen Staatsangehörigen nichts von Todes wegen erwerben können. Auf diese Erbfähigkeit beriefen sich die in Berlin wohnhaften Erben eines in Deutschland verstorbenen jüdischen Erblassers gegenüber dessen in England lebenden Nachkommen. Diese hatten auf Vermögenswerte des Nachlasses in Zürich Arrest gelegt und in dem anschliessenden Arrestprosequierungsprozess ihren Erbsanspruch geltend gemacht. Es stellte sich nun die Frage, ob sich die in Berlin wohnhaften Erben vor dem schweizerischen Richter auf die in der deutschen Verordnung vom 25. November 1941 vorgesehene Erbfähigkeit berufen

42 Reichsgesetzblatt 1941, Teil I, S. 722.

konnten, um die Abweisung der mit der Klage geltend gemachten Erbensprüche zu erreichen.

In seinem Urteil vom 25. September 1942 – veröffentlicht nur in der Schweizerischen Juristen-Zeitung<sup>43</sup> – befasste sich das Obergericht des Kantons Zürich zunächst mit der Frage, ob sich die Unanwendbarkeit der genannten Verordnung bereits daraus ergebe, dass der Entzug der Erbfähigkeit auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage beruhe und in engstem Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Akt, nämlich dem Einzug jüdischen Vermögens für das Reich, stehe. Es ging davon aus, dass ausländisches öffentliches Recht den schweizerischen Richter nicht binde. Im Anschluss daran führte das Obergericht in der Hauptbegründung seiner Entscheids zur Frage der Beachtlichkeit der betreffenden Verordnung Folgendes aus:

«Die Unanwendbarkeit ergibt sich aber insbesondere daraus, dass die Verordnung – soweit sie privatrechtlichen Inhalt aufweist – dem schweizerischen *ordre public* aufs schroffste widerspricht. Gemäss Art. 11 ZGB ist «jeder» rechtsfähig. «Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.» Die Rechtsfähigkeit ist eines der wichtigsten Elemente der Persönlichkeit und diese kommt dem Menschen als Menschen zu, woraus folgt, dass allen Menschen grundsätzlich die gleiche Fähigkeit zukommt, Rechte und Pflichten zu haben. Dem entspricht, dass jeder im andern Menschen die gleichberechtigte Persönlichkeit anerkennen muss. «Das führt über die gleiche Rechtsfähigkeit hinaus zur Anerkennung der Gleichheit vor dem Gesetz» (Art. 4 der Bundesverfassung), vgl. Egger, Komm. z. Personenrecht, 2. Aufl., Art. 11 ZGB, Note 3, 4 und 7 ff. Damit ist nicht gesagt, dass tatsächliche Ungleichheiten nicht verschiedener rechtlicher Qualifizierung fähig wären; denn Ungleiches als gleich zu behandeln, würde wiederum dem Grundsatz der Gleichheit widersprechen. So berücksichtigt das Gesetz selber die Unterschiede des Alters, des Geschlechts, in gewissem Sinne auch der ehelichen und unehelichen Abstammung, der Ehrenminderung. Dagegen verwirft es eine unterschiedliche Behandlung aus dem Gesichtspunkt der Religion, der Staatsangehörigkeit und der Rasse. Es braucht nicht besonders ausgeführt zu werden, dass es sich hier um einen Fundamentalsatz unseres sozialen und rechtlichen Lebens handelt, der zum «*ordre public absolu*», zu den unbeschränkt vorbehaltenen Vorschriften unseres Rechtes gehört [...].»

43 SJZ 39 (1942/43), Nr. 36, S. 302 f.

Aufgrund dieser Erwägung gelangte das Obergericht zu folgendem Schluss:

«Die Anerkennung der Einschränkung der Erbfähigkeit der Kläger bzw. des Klägers Nr. 2, wie sie sich aus der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 ergibt, würde eine «unerträgliche Verletzung unseres heimischen Rechtsgefühles» (BGE 64 II 98) darstellen und verbietet sich daher dem schweizerischen Richter.»<sup>44</sup>

**6.2** In einer Besprechung dieses Entscheids bemerkt Frank Vischer zutreffend, dass der Fall eine beklemmende Konstellation enthalte, da die in Deutschland verbliebenen jüdischen Erben sich in der Schweiz zur Abwehr der Ansprüche ihrer in England wohnenden Verwandten auf den Verlust der Erbfähigkeit ihrer Prozessgegner kraft der Rassengesetzgebung berufen hätten. Er weist dann aber mit Recht darauf hin, dass die Erben in Deutschland sich wohl unter dem Druck der NS-Behörden auf die betreffende Verordnung und die darin vorgesehene Erbunfähigkeit ihrer Verwandten hätten berufen müssen.<sup>45</sup>

Die Argumentation des zürcherischen Obergerichts, mit der es die Ordre-public-Widrigkeit der durch die deutsche Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 statuierten Erbunfähigkeit von Juden bejahte, entspricht völlig jener des Schweizerischen Bundesgerichts im Entscheid i. S. UFA gegen Thevag vom 17. September 1937.<sup>46</sup> In beiden Urteilen wird übereinstimmend festgehalten, dass die deutschen Gesetze, die gewisse Personen um ihrer «Rasse» willen schlechter behandeln als die andern, im Gegensatz zu einer Grundlage der schweizerischen Rechtsordnung stehen, nämlich der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht in der Frage der Erbunfähigkeit von Juden aufgrund der deutschen Verordnung vom 25. November 1941 gleich entschieden hätte wie das zürcherische Obergericht.

## **7. Der Ordre public und die Enteignung von Versicherungsansprüchen**

**7.1** Das Zürcher Obergericht hatte am 5. Juni 1941 und am 18. Juli 1941 zwei analoge Klagen gegen die Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft in Zürich zu beurteilen.<sup>47</sup> Diese hatte sich gegenüber österreichischen Versicherungsnehmern verpflichtet, deren Ansprüche gegen die Versicherungsgesell-

<sup>44</sup> Ebd., S. 303.

<sup>45</sup> Vischer, *Recht*, 1998, S. 458; Vischer, *Aspekte*, 1998, S. 65 f.

<sup>46</sup> Vergleiche dazu Kapitel 3.3.

<sup>47</sup> ZR 41 (1942), Nr. 100, S. 301 ff. und 308 ff.

schaft «Der Anker» in Wien zu befriedigen. Die Versicherungsnehmer verlangten in der Folge von der Gesellschaft «Der Anker» die Auszahlung der Rückkaufsumme ihrer Lebensversicherung. Aufgrund der anwendbaren Devisenvorschriften zahlte die Gesellschaft «Der Anker» die Summe nur auf ein Auswanderersperrkonto ein, was die Versicherungsnehmer indessen nicht als Erfüllung akzeptierten und sich in der Folge an die Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft hielten.

Das Obergericht und auch das hierauf mit den Streitfällen befasste Bundesgericht<sup>48</sup> qualifizierten die Verpflichtung der Rückversicherungsgesellschaft als dem schweizerischen Recht unterstehende kumulative Schuldübernahme; die Rückversicherungsgesellschaft hatte sich damit verpflichtet, die Schuld der Versicherungsgesellschaft «Der Anker» zu erfüllen, ohne dass letztere durch diese Verpflichtung befreit worden wäre.<sup>49</sup> Dem hier interessierenden Argument der Rückversicherungsgesellschaft, dass die Schuld aus den Lebensversicherungspolice n getilgt worden sei durch die Auszahlung der Versicherungssumme auf ein Auswanderersperrkonto und deren anschliessende gerichtliche Hinterlegung durch die Versicherungsgesellschaft «Der Anker», hielt das Obergericht entgegen, diese Vorgänge hätten in der Schweiz aufgrund der Unbeachtlichkeit der deutschen Devisenvorschriften keine Rechtswirkungen. Die Hinterlegung des Rückkaufwertes sei nämlich auf Grund der deutschen Devisenvorschriften erfolgt, welche mit dem schweizerischen *Ordre public* in Widerspruch stünden.<sup>50</sup> Folglich sei die Schuld aus dem Versicherungsvertrag nicht getilgt worden, weshalb den Versicherungsnehmern ein Anspruch gegen die Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft als Solidarschuldnerin zustehe.

Nach Auffassung des Bundesgerichts bedurfte es in diesen Fällen des Rückgriffs auf den *Ordre public* gar nicht. Es hielt fest, dass die Versicherungssumme durch die Auszahlung auf ein Sperrkonto nicht zur freien Verfügung des Versicherungsnehmers stand und dieser deshalb nicht als «befriedigt» im Sinne von Art. 147 Abs. 1 OR gelten könne.<sup>51</sup> Damit sei die Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft von ihrer Verpflichtung nicht befreit worden. Im Ergebnis schützte somit auch das Bundesgericht den Anspruch der Versicherungsnehmer.

**7.2** Nicht nur um die Anwendung der Devisengesetzgebung, sondern um die Beachtlichkeit der nationalsozialistischen Judengesetzgebung ging es in einem

48 Der Bundesgerichtsentscheid ist auszugsweise abgedruckt in ZR 41 (1942), Nr. 100, S. 311 ff.

49 Vergleiche zur kumulativen Schuldübernahme statt vieler Gauch/Schluemp/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Rz. 3755 ff.

50 Vergleiche dazu Kapitel 4.

51 ZR 41 (1942), Nr. 100, S. 316 f. (E. 7 und 8).

Fall aus dem Jahre 1943 vor dem Zürcher Obergericht.<sup>52</sup> Es stand wiederum eine Lebensversicherung in Frage, welche von Ra., einem Juden, mit der österreichischen Versicherungsgesellschaft «Der Anker» abgeschlossen worden war. Auch hier verpflichtete sich die Versicherungsgesellschaft R. in Zürich – es dürfte sich wiederum um die Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft handeln –, den Versicherungsnehmer zu befriedigen. Ende 1938 wanderte Ra. nach England aus. Aufgrund der deutschen 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941<sup>53</sup> verlor Ra. seine deutsche Staatsangehörigkeit, wobei sein Vermögen dem Reich fiel. Einer behördlichen Aufforderung Folge leistend, überwies die Gesellschaft «Der Anker» den Gegenwert der Police Ra.s der ihr bezeichneten staatlichen Kasse. Der zuständige Oberfinanzpräsident bestätigte ihr, dass er den Betrag aus Ra.s Versicherungspolice als Bezugsberechtigter erhalten hatte. Ungefähr zur gleichen Zeit klagte Ra. gegen die Versicherungsgesellschaft R. in Zürich aufgrund des von dieser ausgestellten Verpflichtungsscheins auf Bezahlung der Versicherungssumme von 1821 US-Dollar, was 8126.20 Franken entsprach.

Die Versicherungsgesellschaft R. machte im Verfahren geltend, die Leistung der Gesellschaft «Der Anker» an das Deutsche Reich als Rechtsnachfolger des Ra. bewirke, dass die Versicherung «Der Anker» durch Erfüllung befreit worden sei; diese Befreiung wirke auch zu ihren Gunsten. Nach Auffassung des Zürcher Obergerichts war die Frage, ob Ra. mit Leistung an das Deutsche Reich befriedigt worden war, nach deutschem Recht zu beurteilen. In dieser Hinsicht schien die Gesellschaft R. nach den Worten des Obergerichtes geltend machen zu wollen, Ra. sei «in der Person des Deutschen Reiches als seines Rechtsnachfolgers befriedigt» worden. Das Gericht prüfte sodann die erwähnte 11. Verordnung und kam zum Schluss, dass es dem deutschen Gesetzgeber bei deren Erlass offensichtlich nicht um die Zufriedenstellung der von ihr betroffenen Menschen gegangen sei; «viel eher ist der Schluss berechtigt, es handle sich um die Beeinträchtigung ihrer Rechtssphäre durch spoliative Akte.»<sup>54</sup> Es handle sich beim Verfall des Vermögens an das Reich nicht nur um eine entschädigungslose Enteignung, sondern um eine Aberkennung der Vermögensfähigkeit. Dies sei aber nichts anderes als die Aufhebung der allgemeinen Rechtsfähigkeit in einem ihrer wesentlichsten Stücke, welche durch die gleichzeitige Ausstossung aus dem Staatsverbände nachdrücklichst unterstrichen werde. Die Depossedierung dieser Menschen sei eine derart radikale, dass man füglich von einem bürgerlichen Tod sprechen könne; durch die 11. Verordnung sei die volle Rechtsfähigkeit jedes Menschen und damit das Fundament der bürgerlichen

52 Urteil vom 8. Dezember 1943, ZR 45 (1946), Nr. 141, S. 250 ff.

53 Vergleiche Anm. 42.

54 ZR 45 (1946), Nr. 141, S. 256.

Rechtsordnung beseitigt worden. Mit der Entziehung der Vermögensfähigkeit sei aber die Möglichkeit, für eine Forderung befriedigt zu werden, begrifflich unvereinbar und ausgeschlossen. Der ausgewanderte deutsche Jude könne seit dem Inkrafttreten der 11. Verordnung durch seinen (ehemaligen) deutschen Schuldner schlechterdings nicht mehr befriedigt werden. Das Zürcher Obergericht billigte der Zahlung der Gesellschaft «Der Anker» an das Deutsche Reich damit keine Befriedigungswirkung zu, womit auch der Anspruch des Ra. gegen die Versicherungsgesellschaft R. weiter bestand.

Gegen das Urteil des Zürcher Obergerichts wurden zwar sowohl eidgenössische Berufung als auch kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen. Weil sich die Parteien in der Folge aber verglichen, wurden beide Rechtsmittel als gegenstandslos abgeschrieben.

**7.3** Eine andere Auffassung als das Zürcher Obergericht vertrat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in einem Urteil vom 5. April 1945.<sup>55</sup> Es hatte zu entscheiden, ob einer Versicherungsnehmerin, deren Versicherungsanspruch in Deutschland wegen ihrer «Rassenzugehörigkeit» beschlagnahmt worden war, für einen Prozess gegen die in Basel domizilierte Versicherungsgesellschaft auf Feststellung ihrer Rechte aus dem Versicherungsvertrag die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren war. Dies setzte voraus, dass der Anspruch der Versicherungsnehmerin nicht als aussichtslos bezeichnet werden musste. Nach der Auffassung des Appellationsgerichtes Basel-Stadt war der Versicherungsnehmerin das Recht auf unentgeltliche Prozessführung zu Recht verweigert worden, da ihre Klage materiell aussichtslos sei. In der summarischen Entscheidungsgründung führte das Gericht Folgendes aus:

«Zweifellos widerspricht nun die lediglich wegen der Rassenzugehörigkeit der Beschwerdeführerin erfolgte «Beschlagnahme» des Deckungskapitals durch die deutschen Polizeibehörden dem schweizerischen *Ordre public*. Aber auch der Versicherungsgesellschaft ist dadurch die Verfügungsmöglichkeit über das Deckungskapital genommen worden. Die Durchsetzung des Klageanspruchs würde die Beschwerdegegnerin der Gefahr aussetzen, doppelt in Anspruch genommen zu werden. Es ist aber sicher kein Gebot der schweizerischen öffentlichen Ordnung, sondern liefe ihr zuwider, den fremden spoliativen Eingriff einfach von der Beschwerdeführerin [der Versicherungsnehmerin] auf die Beschwerdegegnerin [die Versicherungsgesellschaft] und praktisch auf die inländischen Versicherten abzuwälzen.»<sup>56</sup>

<sup>55</sup> SJZ 41 (1945), Nr. 132, S. 291 f.

<sup>56</sup> Ebd., S. 291.

Das Bundesgericht hat eine gegen diese Entscheidung des Appellationsgerichts Basel-Stadt erhobene staatsrechtliche Beschwerde in einem nicht publizierten Urteil abgewiesen, allerdings ohne auf die Erwägungen zum Ordre public im Einzelnen einzugehen.<sup>57</sup>

**7.4** Das Zürcher Obergericht blieb indessen auch im Fall Gottstein<sup>58</sup> bei seiner gegenteiligen Sichtweise. Zu beurteilen war folgender Sachverhalt:

H. E. Gottstein, ein deutscher Jude, schloss am 12. November 1927<sup>59</sup> mit der Münchner Niederlassung der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt eine Lebensversicherung ab. Die Versicherungssumme von 62 500 Franken sollte beim Tod, spätestens aber nach 45 Jahren ausbezahlt werden. Später wurde die Versicherung mit Zustimmung Gottsteins auf eine Reichsmarkversicherung mit Fremdwährungsanteil umgestellt. Im Jahre 1936 übersiedelte Gottstein nach London. Weil er mit der Bezahlung der Prämien in Rückstand geriet, wurde die Versicherung im Jahre 1940 in eine prämienfreie umgewandelt. Am 15. April 1943 teilte der Oberfinanzpräsident von Pommern der Niederlassung der Rentenanstalt in München mit, dass Gottstein der deutschen Staatsangehörigkeit verlustig erklärt worden und dass sein Vermögen aufgrund der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941<sup>60</sup> dem Reich verfallen sei. Die Rentenanstalt wurde deshalb aufgefordert, den Rückkaufswert der Versicherung an die Oberfinanzkasse einzuzahlen. Am 9. Juli 1943 erfolgte die Zahlung im Betrage von 11 730.10 Reichsmark durch die Niederlassung München an den Oberfinanzpräsidenten von Pommern. Gottstein belangte die Rentenanstalt in der Folge mit Klage in Zürich auf Auszahlung des Rückkaufswertes.<sup>61</sup>

57 Unveröffentlichtes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. Juli 1945 i. S. Strauss gegen Basler Lebensversicherungsgesellschaft. Das Bundesgericht hält zu den Erwägungen des Appellationsgerichtes lediglich Folgendes fest: «Der angefochtene Entscheid ist nach den Verhältnissen, wie sie zur Zeit seines Erlasses, am 5. April 1945, bestanden, nicht zu beanstanden.» (E. 1.)

58 Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 13. Oktober 1950 i. S. H. E. Gottstein gegen Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, Zürich, veröffentlicht in den Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten 1947–1952, Nr. 86, S. 338 ff.

59 Im veröffentlichten Urteil ist vom Jahre 1947 die Rede, es handelt sich dabei offensichtlich um einen Verschieb.

60 Vergleiche Anm. 42.

61 Strittig war neben der grundsätzlichen Zahlungsverpflichtung auch, ob der Rückkaufswert mit oder ohne Fremdwährungsanteil ausbezahlt sei. Darauf wird hier nicht näher eingegangen.

Nach der Feststellung, dass das strittige Vertragsverhältnis dem deutschen Recht unterstehe, bejahte das Obergericht einen Anspruch Gottsteins auf Auszahlung des Rückkaufswertes mit zwei voneinander unabhängigen Begründungen:

Zunächst ging das Zürcher Obergericht davon aus, dass Gottstein aufgrund der nationalsozialistischen Judengesetzgebung enteignet worden sei. Die Enteignung als staatlicher Hoheitsakt sei indessen nach einem allgemein anerkannten Grundsatz des Völkerrechts nur innerhalb des Gebiets des enteignenden Staates wirksam, weshalb im Ausland liegendes Vermögen davon nicht erfasst werde. Deshalb sei massgebend, wo sich ein Vermögensteil im Zeitpunkt der Enteignung befunden habe. Bei Geldforderungen sei zur Bestimmung der Belegenheit auf den Wohnsitz des Schuldners abzustellen, der im vorliegenden Fall der Sitz der Hauptniederlassung der Rentenanstalt – also Zürich – sei. Somit habe die in der Schweiz gelegene Forderung Gottsteins gegen die Rentenanstalt von der Enteignung durch die damalige deutsche Regierung nicht erfasst werden können, weshalb Gottstein nach wie vor ein Leistungsanspruch zustehe.

Zum gleichen Schluss führte die Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen *Ordre public*. Hierzu hielt das Obergericht folgendes fest:

«Die durch die elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz geschaffene Ausnahmegesetzgebung, durch die den Juden gleichzeitig mit der Aberkennung der Staatsangehörigkeit das Vermögen ohne jede Entschädigung entzogen wurde, war ein Eingriff, der sich mit den fundamentalsten Rechtsgrundsätzen nicht verträgt. Dass eine derartige Entrechtung mit der schweizerischen Rechtsauffassung völlig unvereinbar ist, bedarf keiner weiteren Begründung und wird auch von der Beklagten anerkannt. Die gesetzliche Grundlage, auf der die Enteignung des Klägers beruht, darf daher vom schweizerischen Richter seinem Entscheid nicht zugrunde gelegt werden.»<sup>62</sup>

An dieser Sichtweise vermöchten auch die Rückerstattungs- und Wiedergutmachungsgesetze nichts zu ändern, denn diese seien auf Gottstein gar nicht anwendbar. Auch das Argument, es handle sich nicht um die Anwendung des nationalsozialistischen Gesetzes, sondern bloss um die Berücksichtigung einer vollzogenen Tatsache, wurde vom Gericht verworfen, weil der schweizerische Richter ausländisches Recht der hier in Frage stehenden Art auch nicht mittelbar beachten dürfe. Somit führte auch diese Argumentation zum Ergebnis, dass Gottstein nach wie vor ein Anspruch gegen die Rentenanstalt zustand. Das Obergericht übersah auch nicht, dass die Verpflichtung zur nochmaligen Leistung für die Rentenanstalt eine Härte in sich barg. Hierzu erwog es,

62 Siehe Anm. 58, S. 344.



Gottstein sei den behördlichen Massnahmen in Deutschland gegenüber vollkommen wehrlos gewesen, währenddem es Pflicht der Rentenanstalt war, die Ansprüche ihrer Versicherungsnehmer zu schützen. Die Rentenanstalt sei dem Druck der deutschen Behörden schliesslich gewichen, um Nachteile von sich abzuwenden, hätte sich nach Auffassung des Gerichts indessen energischer zur Wehr setzen können. Es sei deshalb keine unerträgliche Zumutung, wenn die Rentenanstalt und nicht Gottstein den entstandenen Schaden zu tragen habe: «Unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit, aber auch mit Rücksicht auf das Ansehen der schweizerischen Versicherungsunternehmungen muss diese Betrachtung einer Benachteiligung des Versicherungsnehmers vorgezogen werden.»<sup>63</sup>

7.5 Auch der Fall Elkan<sup>64</sup> betraf eine Lebensversicherung der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, welche Dr. J. Elkan im Jahre 1931 mit deren Zweigniederlassung in München abgeschlossen hatte. Anfangs Juni 1942 kam Elkan in das Konzentrationslager Theresienstadt im damaligen «Protektorat Böhmen und Mähren». Am 18. Mai 1943 teilte der Oberfinanzpräsident von München der Rentenanstalt mit, das Vermögen Elkans und damit auch der Rückkaufswert seiner Lebensversicherung seien in Anwendung der bereits erwähnten 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941<sup>65</sup> zu Gunsten des Deutschen Reiches eingezogen worden. Die Rentenanstalt zahlte den Rückkaufswert an den Oberfinanzpräsidenten aus und erachtete die Versicherung des Elkan damit als erloschen. Dieser überlebte den Holocaust, kam 1945 in die Schweiz und erhob am 12. April 1949 Klage auf Feststellung, «dass die Beklagte ihre Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrag mit dem Kläger [...] nicht erfüllt hat und daher dieser Versicherungsvertrag noch zu Recht besteht».<sup>66</sup>

Die mit der Streitsache befassten Gerichte waren sich über die rechtliche Beurteilung der Klage alles andere als einig. Während das Bezirksgericht Zürich die Klage abwies, hiess das Obergericht des Kantons Zürich sie auf Berufung des Klägers hin am 27. Mai 1952 gut. Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das obergerichtliche Urteil wurde vom Kassationsgericht des Kantons Zürich abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Das Bundesgericht hob jedoch am 26. März 1953 das obergerichtliche Urteil in Gutheissung einer Berufung der Beklagten auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurück. Dieses gelangte schliesslich aufgrund

63 Siehe Anm. 58, S. 348.

64 ZR 55 (1956), Nr. 60, S. 123 ff.

65 Vergleiche Anm. 42.

66 ZR 55 (1956), Nr. 60, S. 124.

der verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts am 20. Oktober 1953 zur endgültigen Abweisung der Klage.<sup>67</sup>

In seinem die Klage gutheissenden ersten Urteil vom 27. Mai 1952 ging das Zürcher Obergericht unter Verweis auf bereits früher von ihm beurteilte Fälle davon aus, dass auf das Vertragsverhältnis der Parteien deutsches Recht anwendbar und die Passivlegitimation der Beklagten zu bejahen sei. In der hauptsächlich streitigen Frage, ob der Versicherungsvertrag zwischen den Parteien dadurch erfüllt worden und erloschen sei, dass die Beklagte dem Deutschen Reich aufgrund der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 den Rückkaufswert der Lebensversicherung ausbezahlt hatte, gelangte das Gericht zu einer negativen Antwort. In der Begründung verwies es in grundsätzlicher Beziehung voll und ganz auf seine Erwägungen im Urteil Gottstein, und zwar «sowohl darin, dass die Forderung des Klägers an die Beklagte nicht in Deutschland, sondern in der Schweiz gelegen ist und daher nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts von der Konfiskation jüdischen Vermögens nicht erfasst werden können, als auch darin, dass der elften Verordnung um der schweizerischen öffentlichen Ordnung willen jede Anerkennung zu versagen ist».<sup>68</sup> Zudem warf es der Beklagten vor, nicht alles unternommen zu haben, um die Auszahlung des Rückkaufswertes der Lebensversicherung an das Deutsche Reich zu verhindern. Die Versicherungsgesellschaft habe im Gegenteil auf die erste Zahlungsaufforderung des Oberfinanzpräsidenten München am 4. Juni 1943 in einem Brief geantwortet, «der Willfähigkeit bekundete, keine Spur eines Widerstandsversuches aufweist, sogar einen höheren Betrag als den verlangten zur Verfügung stellte und die einzige Bemühung verriet, die Beklagte vor einem Schaden daraus zu bewahren, dass ihr die Police möglicherweise nicht zurückgegeben werden könne.» Ein Versuch, Zeit zu gewinnen und die Zahlung hinauszuzögern, wäre nach Auffassung des Obergerichts angesichts der für die Achsenmächte damals ungünstigen Kriegereignisse angezeigt gewesen.<sup>69</sup>

Das Bundesgericht vertrat in seiner Entscheid vom 26. März 1953 in beiden Hauptpunkten eine vom obergerichtlichen Urteil abweichende Auffassung. Zwar ging es ebenfalls von der Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf den Versicherungsvertrag sowie auch davon aus, dass staatliche Hoheitsakte, gerichtet auf die Enteignung von Sachen oder andern Vermögenswerten, nur im

67 Die Entscheide des Obergerichts vom 27. Mai 1952 und des Bundesgerichts vom 20. Oktober 1953 sind in ZR 55 (1956), Nr. 60, S. 123 ff., veröffentlicht, der Entscheid des Bundesgerichts auch in BGE 79 II 193 ff.

68 ZR (1956), Nr. 60, S. 127 f.

69 ZR (1956), Nr. 60, S. 133.

Gebiet des enteignenden Staates Wirkung entfalten können. Bei Forderungsrechten, die nicht in Wertpapieren verkörpert seien, lasse sich indessen nur im Sinne einer Fiktion von einem «Sitz» oder einer «Belegenheit» sprechen. Es kämen diesbezüglich verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht wie insbesondere der Wohnort des Gläubigers oder des Schuldners sowie bei Verbindlichkeiten aus einem Filialbetrieb dessen Sitz neben dem Hauptsitz der Unternehmung. Mangels zwischenstaatlicher Übereinkunft könnten denn auch von Staat zu Staat verschiedene Auffassungen über die «Belegenheit» einer Forderung herrschen und allenfalls nebeneinander bestehen. Dadurch, dass die deutschen Behörden den Versicherungsanspruch tatsächlich ihrer Gewalt unterwarfen, hätten sie dessen «Belegenheit» in Deutschland im Sinne eines für die Beschlagnahme ausreichenden räumlichen Zusammenhangs mit dem deutschen Gebiet bejaht, und dies widerspreche der schweizerischen Rechtsordnung nicht. Offen bleibe aber, ob die Ansprüche des Klägers diesem nach deutschem Zivilrecht durch die Konfiskation rechtswirksam entzogen worden seien, was vom Obergericht noch geprüft werden müsse. Sollte sich im Rückweisungsverfahren ergeben, dass die Ansprüche des Klägers nach deutschem Recht dem Machtbereich der deutschen Behörden unterstanden, wie dies wohl zu erwarten sei, so hänge der Ausgang des Prozesses nur noch davon ab, ob das Erlöschen der klägerischen Ansprüche um des schweizerischen Ordre public willen in der Schweiz als nicht erfolgt gelten müsse. Diese Frage sei entgegen dem obergerichtlichen Urteil zu verneinen, was vom Bundesgericht wie folgt begründet wurde:

«Gewiss hätte sich die auf der nationalsozialistischen Rassen-Gesetzgebung beruhende Konfiskation gegenüber dem Kläger in der Schweiz nicht vollziehen lassen. [...] Nachdem jedoch das Deutsche Reich sich die Ansprüche des Klägers aus dem Versicherungsvertrage angeeignet und, wie hier vorausgesetzt wird, gegenüber der deutschen Niederlassung der Beklagten rechtswirksam verwirklicht hat, ohne dass die Möglichkeit bestünde, dieses Geschehnis rückgängig zu machen, gebietet es der schweizerische ordre public nicht, über den erfolgten Eingriff hinwegzusehen und der Beklagten eine Leistungspflicht aufzuerlegen, die ihr nicht obliegt, wenn sie nach der vom deutschen Rechte beherrschten materiellen Rechtslage den Vertrag dem an die Stelle des Klägers getretenen Deutschen Reiche gegenüber ordnungsgemäss erfüllt hat. Das liefe auf eine Entrechtung der Beklagten hinaus, die sich nicht dadurch rechtfertigen lässt, dass die Entrechtung, die dem Kläger seitens des nationalsozialistischen Staates widerfuhr, nach schweizerischer wie auch nach heutiger deutscher Auffassung eines Rechtsstaates unwürdig ist. Ist die Beklagte nach dem deutschen Recht durch Vertragserfüllung von jeglichen Verpflichtungen gegenüber dem

Kläger frei geworden, so muss es dabei bleiben, ohne dass für die Beklagte etwas darauf ankäme, ob der Kläger nach den geltenden deutschen Wiedergutmachungsgesetzen voll oder nur teilweise entschädigt werden wird.»<sup>70</sup>

Bezüglich der Argumentation des Obergerichts, die Beklagte hätte sich gegen die Konfiskation entschiedener zur Wehr setzen und die Zahlung wenigstens hinauszögern können, hielt das Bundesgericht fest, es sei nicht die Pflicht der deutschen Zweigniederlassung der Beklagten gewesen, sich «aufs Trölen zu verlegen»; jedenfalls sei nicht anzunehmen, ein solches Verhalten hätte auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit die zwangsweise Einziehung des Rückkaufwertes verhindern können.<sup>71</sup>

**7.6** Der Entscheid des Bundesgerichts i. S. Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt gegen Elkan ist im Rechtsgutachten von Eric Dreifuss zuhanden der UEK eingehend gewürdigt worden.<sup>72</sup> Auf die Ausführungen in jenem Gutachten kann hier verwiesen werden. Unsere eigene Stellungnahme zum betreffenden Bundesgerichtsentscheid ergibt sich aus den folgenden Überlegungen zu den bundesgerichtlichen Urteilsabwägungen.

Das Bundesgericht hat aufgrund des deutschen Rechts, das nach schweizerischem internationalem Privatrecht zur Anwendung gelangte, bejaht, dass die beklagte Versicherungsgesellschaft den Lebensversicherungsvertrag durch Auszahlung des Rückkaufwertes an das Deutsche Reich erfüllen konnte. Es nahm somit an, das Deutsche Reich sei an Stelle des Klägers Gläubiger der Beklagten geworden. Dieser Gläubigerwechsel beruhte auf der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941,<sup>73</sup> welche die Konfiskation jüdischen Vermögens in einem Fall wie dem vorliegenden anordnete. Das Erlöschen des Versicherungsvertrages infolge Erfüllung durch die Beklagte setzte also voraus, dass der durch die nationalsozialistische Rassengesetzgebung bewirkte Übergang der Gläubigerrechte vom Kläger auf das Deutsche Reich rechtswirksam war. Mit dieser Annahme anerkannte das Bundesgericht jedoch indirekt die auf der nationalsozialistischen Rassengesetzgebung beruhende Konfiskation der Rechte des Klägers durch das Deutsche Reich, obwohl diese Gesetzgebung – daran liess auch das Bundesgericht nicht den geringsten Zweifel aufkommen – dem schweizerischen Ordre public auf das Krassste widersprach.

<sup>70</sup> BGE 79 II 193 E. 7, S. 202 f.

<sup>71</sup> BGE 79 II 193 E. 8, S. 203.

<sup>72</sup> Siehe in diesem Band Dreifuss, Kapitel 3.1.

<sup>73</sup> Vergleiche Anm. 42.

Das Bundesgericht war der Meinung, der schweizerische *Ordre public* gebiete es nicht, über den erfolgten Eingriff in die Rechte des Klägers hinwegzusehen und den Kläger weiterhin als Gläubiger der Beklagten zu betrachten. Der *Ordre-public-Vorbehalt* hätte es nach Auffassung des Bundesgerichts lediglich ermöglicht, den Vollzug der auf der nationalsozialistischen Rassengesetzgebung beruhenden Konfiskation in der Schweiz zu verhindern. Gegenüber einem nicht mehr rückgängig zu machenden Eingriff im Ausland, der nach Massgabe des dort anwendbaren Rechts vollzogen wurde, sei es hingegen nicht möglich, sich auf den schweizerischen *Ordre public* zu berufen.

Mit der Auffassung, dass gegenüber einem abgeschlossenen Rechtseingriff, der sich im Ausland nach dem dort massgebenden ausländischen Recht verwirklicht habe, eine Berufung auf den *Ordre public* nicht möglich sei, war das Schweizerische Bundesgericht nicht allein. Der deutsche Bundesgerichtshof hatte kurz vorher in einem vergleichbaren Fall mit eingehender Begründung die gleiche Meinung vertreten;<sup>74</sup> in seinem Urteil vom 11. Februar 1953 hatte er zudem auf drei Urteile des Supreme Court New York hinweisen können, in denen die schuldbefreiende Wirkung der von Versicherungsgesellschaften an das Deutsche Reich geleisteten Zahlungen ebenfalls bejaht worden war.<sup>75</sup> Ähnlich hatte zudem das englische House of Lords entschieden.<sup>76</sup> Auch Frank Vischer erachtet den Grundsatz, dass der *Ordre public* einen im Ausland verwirklichten Rechtszustand nicht abzuändern vermag, an sich als richtig. Er hält dem Entscheid des Bundesgerichts aber entgegen, «dass das Prinzip des abgeschlossenen Rechtseingriffs dann keine Geltung haben darf, wenn dieser unter Verletzung von allgemein anerkannten *Fundamentalrechtsgrundsätzen* erfolgte und dem Beklagten ein Opfer zuzumuten ist».<sup>77</sup>

Zweifel an der Richtigkeit des Bundesgerichtsentscheids ergeben sich auch daraus, dass das Bundesgericht in anderem Zusammenhang die Auffassung vertreten hat, es laufe praktisch auf dasselbe hinaus, ob «ausländische, der einheimischen öffentlichen Ordnung widersprechende Vorschriften direkt oder indirekt, auf dem Umwege über ihre tatsächlichen Wirkungen, angewendet werden». Der schweizerische Richter müsse «deshalb die eine wie die andere Anwendung ablehnen und die Vorschriften also auch in ihren Wirkungen unberücksichtigt lassen».<sup>78</sup> Wären im Sinne dieser Rechtsprechung die

74 Urteil des II. Zivilsenats vom 11. Februar 1953, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 9. Bd. (1953), Nr. 6, S. 34 ff.

75 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 9. Bd. (1953), Nr. 6, S. 46. Vergleiche diesbezüglich auch Domke, USA, 1947, S. 300.

76 Kahler v. Midland Bank, [1950] A. C. 24, zitiert nach Vischer, Aspekte, 1998, S. 67 mit Anm. 34.

77 Vischer, Kommentar, 1993, Art. 17, N. 22. Im gleichen Sinn Vischer, Recht, 1998, S. 462 f.

78 BGE 60 II 294 E. 5, S. 311 f.

Wirkungen der dem schweizerischen *Ordre public* widersprechenden deutschen Rassengesetzgebung nicht berücksichtigt worden, so hätte im Fall Elkan die beklagte Versicherungsgesellschaft den Versicherungsvertrag durch die an das Deutsche Reich geleistete Zahlung nicht erfüllt. Diese Zahlung wäre vielmehr einem unberechtigten Dritten zugekommen, und die Beklagte hätte sich dem Kläger Elkan gegenüber nicht auf das Erlöschen des Vertrages zufolge Erfüllung berufen können. Diese Auffassung hat denn auch das Zürcher Obergericht im Fall Gottstein und unter Bezugnahme darauf auch im Fall Elkan vertreten.<sup>79</sup>

Das Bundesgericht hat sich im Fall Elkan stark von der Überlegung leiten lassen, der Beklagten könne nicht eine Leistungspflicht auferlegt werden, «die ihr nicht obliegt, wenn sie nach der vom deutschen Rechte beherrschten materiellen Rechtslage den Vertrag dem an die Stelle des Klägers getretenen Deutschen Reiche gegenüber ordnungsgemäss erfüllt hat».<sup>80</sup> Die als ordnungsgemäss betrachtete Erfüllung bestand aber darin, dass sich die Beklagte der Konfiskation der Ansprüche des Klägers aufgrund der nationalsozialistischen Rassengesetzgebung unterzog und den Rückkaufswert der Versicherung dem Deutschen Reich auszahlte. Die entscheidende Frage war somit die, ob der schweizerische Richter, der einen Rechtsstreit nach ausländischem Recht zu beurteilen hatte, dabei auch den Auswirkungen von Gesetzen Rechnung tragen musste, die dem schweizerischen *Ordre public* in so krasser Weise widersprachen wie die 11. deutsche Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941.

Wenn das Bundesgericht im übrigen erwog, anders zu entscheiden, würde auf eine Entrechtung der Beklagten hinauslaufen, die sich nicht mit der zu missbilligenden Entrechtung des Klägers durch den nationalsozialistischen Staat rechtfertigen lasse, so steht auch diese Überlegung in keinem Zusammenhang mit der entscheidenden Frage, ob die Beklagte den Vertrag mit dem Kläger ordnungsgemäss erfüllt habe. Zweifellos hätte es für die Beklagte eine Härte bedeutet, wenn ihre an das Deutsche Reich geleistete Zahlung ohne jede Wirkung auf die Erfüllung ihrer Vertragspflicht gegenüber dem Kläger geblieben wäre. Diese Härte wäre jedoch im Grunde genommen eine Folge davon gewesen, dass die Tätigkeit der Zweigniederlassung der Beklagten im nationalsozialistischen Deutschland mit besonderen Risiken verbunden war. Zu diesen

79 Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten 1947–1952, Nr. 86, S. 345 f.; ZR 55 (1956), Nr. 60, S. 132 f. E. 4. Die obergerichtliche Rechtsprechung ist von Hans Gaugler in scharfer, aber stellenweise zu polemischer Weise kritisiert worden: Gaugler, *Frage*, 1953/54, S. 409 ff.

80 BGE 79 II 193 E. 7, S. 202.

Risiken gehörte es auch, dass der totalitäre Staat versucht sein könnte, sich durch die Konfiszierung von Ansprüchen der Versicherten finanzielle Mittel zu beschaffen, indem er die Versicherer unter Androhung von Sanktionen zur Auszahlung gewisser Versicherungsleistungen an den Staat verpflichtete. Daraus erwuchs für die Versicherungsgesellschaften die Gefahr von Doppelzahlungen, lag es doch nicht in der Macht des Deutschen Reiches, die Versicherer vor dieser Gefahr wirksam zu schützen.<sup>81</sup>

## 8. Exkurs

Im Sinne eines Exkurses werden im Folgenden drei Themen behandelt, die zwar mit dem Gegenstand der Begutachtung vieles gemeinsam haben, jedoch in einer bestimmten Hinsicht darüber hinausgehen. Das erste Thema bildet das deutsche Verbot der Eheschliessung zwischen «Juden» und «Ariern». Dieses in krassem Widerspruch zur schweizerischen Rechtsordnung stehende Verbot gab zwar nicht Anlass zu gerichtlichen Entscheidungen, wirkte sich aber auf die Praxis der Zulassung von Eheschliessungen durch die zuständigen kantonalen Behörden aus. Es rechtfertigt sich deshalb, kurz auf die damit zusammenhängenden Fragen einzugehen (Kapitel 8a). Auf dem Gebiet des Bürgerrechts von Schweizerinnen, die einen Ausländer heirateten und nach dem damaligen Recht ihr angestammtes Bürgerrecht verloren, wenn sie durch die Heirat ein ausländisches erwarben, sind zwei Bundesgerichtsentscheide ergangen, die sich auch mit dem schweizerischen *Ordre public* befassen. Aus diesem Grunde sollen sie hier als zweites Thema zur Darstellung gebracht und kurz gewürdigt werden, obwohl sie keine Frage zivilrechtlicher, sondern eine solche öffentlich-rechtlicher Natur zum Gegenstand haben (Kapitel 8b). Schliesslich soll als drittes Thema auf Zivilurteile schweizerischer Gerichte hingewiesen werden, die sich auf den Themenkreis Faschismus, Nationalsozialismus und Antisemitismus bezogen, jedoch nichts mit der Frage des *Ordre public* zu tun hatten (Kapitel 8c).

### a) Das deutsche Verbot der Eheschliessung zwischen «Juden» und «Ariern» und seine Auswirkungen in der Schweiz

Das deutsche «Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre» vom 15. September 1935 verbot in § 1 «Eheschliessungen zwischen

81 In diesem Sinne auch Vischer, *Recht*, 1998, S. 463.

Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes» und bestimmte im Anschluss daran:

«Trotzdem geschlossene Ehen sind nichtig, auch wenn sie zur Umgehung dieses Gesetzes im Ausland geschlossen sind.»

Zur Erhebung der Nichtigkeitsklage wurde ausschliesslich der Staatsanwalt als zuständig erklärt (§ 1 Abs. 2), und für Zuwiderhandlungen gegen das Eheschliessungsverbot wurde Zuchthausstrafe angedroht (§ 5 Abs. 1).<sup>82</sup>

In der Schweiz galten damals für die Eheschliessung von Ausländern die Art. 7c und 7e NAG, die folgendermassen lauteten:

Art. 7c

«Die Gültigkeit einer Eheschliessung wird, wenn der Bräutigam oder die Braut oder beide Ausländer sind, in bezug auf jedes von ihnen nach dem heimatlichen Recht beurteilt.

Die Form einer in der Schweiz erfolgenden Eheschliessung bestimmt sich nach schweizerischem Recht.»

Art. 7e

«Will ein Ausländer, der in der Schweiz wohnt, daselbst eine Ehe eingehen, so hat er das Gesuch um Verkündung beim Zivilstandsbeamten seines Wohnsitzes anzubringen, nachdem er von der Regierung des Wohnsitzkantons die Bewilligung zur Eheschliessung erhalten hat.

Diese Bewilligung darf nicht verweigert werden, wenn die Heimatbehörden erklären, dass sie die Ehe ihres Angehörigen mit allen ihren Folgen anerkennen werden, sie kann aber auch ohne eine solche Erklärung erteilt werden.

Die Trauung eines Ausländers, der in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, kann mit Bewilligung der Regierung des Kantons, in dem sie erfolgen soll, vorgenommen werden, wenn durch Erklärung der Heimatbehörde oder auf andere Weise dargetan ist, dass die Ehe mit allen ihren Folgen in der Heimat anerkannt werde.»

Zusätzlich war die Haager Eheschliessungskonvention von 1902 anwendbar, der sowohl die Schweiz als auch Deutschland beigetreten waren.<sup>83</sup> Nach Art. 1 dieser Konvention bestimmte sich das Recht zur Eingehung der Ehe für jeden der Verlobten nach dem Gesetz des Heimatstaates. Diese Regelung entsprach grundsätzlich den wiedergegebenen Bestimmungen des NAG. Ausländer hatten somit den Nachweis zu erbringen, dass sie nach ihrem Heimatrecht die Bedingungen für den Eheabschluss erfüllten.<sup>84</sup> In der Regel wurde der erforder-

82 Reichsgesetzblatt 1935, Teil I, S. 1146 f.

83 BS 11, 795 ff.

84 In Art. 4 Abs. 2 der Konvention wurde diesbezüglich folgendes bestimmt: «Dieser Nachweis kann durch ein Zeugnis der diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Staates,



liche Nachweis mit Hilfe eines Ehefähigkeitszeugnisses erbracht. Für einen deutschen Staatsangehörigen, der nach der nationalsozialistischen Gesetzgebung unter das Eheschließungsverbot der «Rassenverschiedenheit» fiel, war es selbstverständlich ausgeschlossen, ein Ehefähigkeitszeugnis beibringen oder die (nicht vorhandene) Ehefähigkeit auf andere Weise nachweisen zu können. Er war somit grundsätzlich nicht in der Lage, in der Schweiz eine Bewilligung zur Eheschließung zu erhalten. Ein möglicher Ausweg eröffnete sich ihm höchstens aufgrund von Art. 7e Abs. 2 NAG, der vorsah, dass die Bewilligung zur Eheschließung auch ohne die Erklärung der Heimatbehörden, die Ehe anzuerkennen, erteilt werden könne. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob eine Eheschließung deutscher Staatsangehöriger, die im Widerspruch zum deutschen Eehindernis der «Rassenverschiedenheit» stand, in der Schweiz aufgrund des schweizerischen *Ordre public* trotzdem zuzulassen sei. Der Entscheid hierüber fiel in die Kompetenz der Kantone, da nach Art. 7e Abs. 1 NAG die Regierung des Wohnsitzkantons des Ausländers ausschliesslich für die Erteilung der Bewilligung zur Eheschließung zuständig war.

Ein erster solcher Entscheid wurde aus dem Kanton Basel-Stadt bekannt. Der Regierungsrat dieses Kantons erteilte die Bewilligung zur Eheschließung im Falle eines seit vielen Jahren in Basel wohnhaften deutschen Juden, der eine deutsche «Arierin» heiraten wollte. Die Bewilligung wurde erteilt, obwohl der Nachweis der Anerkennung der Ehe in Deutschland wegen des Eehindernisses der «Rassenverschiedenheit» nicht erbracht werden konnte. Der Regierungsrat erachtete dieses Eehindernis als mit dem schweizerischen *Ordre public* nicht vereinbar und verzichtete deshalb auf die Beibringung eines (nicht erhältlichen) Ehefähigkeitszeugnisses.<sup>85</sup> Auch in zwei andern Fällen erteilte der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Bewilligung zur Eheschließung ohne den Nachweis der Eheanerkennung in Deutschland und ungeachtet des Umstandes, dass die Ehe dort wegen des Eehindernisses der «Rassenverschiedenheit» als nichtig galt. In diesen beiden Fällen ging es darum, dass ein schweizerischer Jude eine deutsche «Arierin» heiraten wollte.<sup>86</sup> In einem Schreiben an das Eidgenössische Amt für den Zivilstandsdienst vom 15. Februar 1938 rechtfertigte der Vorsteher des Justizdepartements von Basel-Stadt diese baslerische Praxis folgendermassen:

«Wir haben die Braut des E. K., eine deutsche Staatsangehörige, von der Vorlage eines Ehefähigkeitszeugnisses dispensiert, weil zum Voraus damit

dem die Verlobten angehören, oder durch irgendein anderes Beweismittel geführt werden, je nachdem die Staatsverträge oder die Behörden des Landes, in welchem die Ehe geschlossen wird, den Nachweis als genügend anerkennen.»

85 ZBl. 1936, S. 244 ff.

86 ZBl. 1936, S. 382.

zu rechnen war, dass ein solches Zeugnis für den Abschluss einer Ehe mit einem Israeliten von den deutschen Behörden nicht werde erteilt werden. Aus den vorgelegten Ausweisen konnte festgestellt werden, dass ein Ehehindernis des schweizerischen Rechts bei der Braut nicht vorliege. Die Dispensation erachteten wir als geboten; denn nach der bundesrechtlichen Praxis sind Ehehindernisse religiöser oder politischer Natur aus Gründen des *ordre public* nie berücksichtigt worden. Unsere Verfassung verbürgt Gleichheit vor dem Gesetz und Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit, unsere Gesetze lassen also einen Unterschied der Rassen nicht zu. Diese Erwägungen müssen jedenfalls dann bestimmend sein, wenn schweizerische öffentliche Interessen im Spiele stehen und dies trifft unzweifelhaft zu, sobald der Bräutigam Schweizer ist und die Braut durch den Eheschluss ebenfalls das Schweizerbürgerrecht erwirbt. Eine Verpflichtung, in einem solchen Falle den Abschluss einer Ehe darum zu verweigern, weil sie in Deutschland für nichtig gilt und weil sich die Frau dort dadurch strafbar macht, können wir nicht anerkennen. Diese Auffassung ist übrigens die des Regierungsrates; er hat sie gegenüber dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement in seinem Schreiben vom 18. März 1936 betreffend Kündigung der Haager Eheschliessungskonvention zum Ausdruck gebracht.»

Das eidgenössische Amt für den Zivilstandsdienst teilte die Auffassung des baselstädtischen Regierungsrats allerdings nicht, wie sich unter anderem aus einem Schreiben dieses Amtes an die Schweizerische Gesandtschaft in Berlin vom 16. Februar 1938 ergibt. Es vertrat dort die Meinung, solange die Schweiz durch das Haager Eheschliessungsabkommen gebunden sei, die Gesetzgebung Deutschlands zu beachten, könnten derartige Ehen in der Schweiz nicht bewilligt werden, selbst wenn man die Brautleute darauf aufmerksam mache, dass *sie* die Folgen des Gesetzeskonfliktes zu tragen hätten.

Ob in vergleichbaren Fällen Bewilligungen zur Eheschliessung deutscher Brautleute ohne den Nachweis der Eheanerkennung in Deutschland auch von Regierungen anderer Kantone erteilt worden sind, ist durchaus möglich, konnte aber aufgrund der konsultierten Publikationen nicht festgestellt werden. Ebenso liessen sich zu dieser Frage keine gerichtlichen Entscheide finden.

**b) Bürgerrechtsverlust einer Schweizerin durch Eheschluss mit einem Ausländer und der *Ordre public***

Gemäss BRB vom 11. November 1941 über Änderungen der Vorschriften über den Erwerb und Verlust des Bürgerrechts<sup>87</sup> verlor die Schweizerin, die mit einem Ausländer eine in der Schweiz gültige Ehe schloss, ihr Schweizer Bürgerrecht.<sup>88</sup> Nach Art. 5 Abs. 2 dieses auf den ausserordentlichen Vollmachten beruhenden BRB behielt sie ausnahmsweise trotzdem das Schweizer Bürgerrecht, wenn sie andernfalls unvermeidlich staatenlos würde. Die Staatenlosigkeit galt nicht als unvermeidlich, wenn die Frau nach dem heimatischen Recht des Ehemannes die Möglichkeit hatte, dessen Staatsangehörigkeit im Zusammenhang mit dem Eheschluss durch Abgabe einer Erklärung oder durch Gesuch zu erwerben, und sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machte.<sup>89</sup>

Im Jahre 1946 hatte das Bundesgericht eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu beurteilen, mit der sich Madeleine Levita-Mühlstein gegen einen Entscheid des schweizerischen Justiz- und Polizeidepartements zur Wehr setzte, nach welchem sie das schweizerische Bürgerrecht infolge ihrer Heirat mit Werner Levita am 31. Juli 1945 verloren hatte. Dieser war ein Jude deutscher Herkunft, der geltend machte, die deutsche Staatsbürgerschaft wegen seines Wohnsitzes im Ausland aufgrund der 11. deutschen Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941<sup>90</sup> verloren zu haben. Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement anerkannte jedoch nicht, dass der Verlust der deutschen Staatsbürgerschaft allein aufgrund dieser Verordnung eingetreten sei, sondern erachtete eine Bestätigung des Bürgerrechtsverlustes durch die zuständige deutsche Behörde als erforderlich. Da eine solche nicht vorlag, ging es davon aus, der Ehemann der Beschwerdeführerin sei im Zeitpunkt der Heirat nicht staatenlos, sondern noch immer deutscher Staatsbürger gewesen und die Beschwerdeführerin habe somit durch die Heirat das deutsche Bürgerrecht erworben, was zum Verlust ihres Schweizer Bürgerrechts geführt habe.

Das Bundesgericht nahm an, angesichts der mit der Anwendung der deutschen Gesetzgebung verbundenen besonderen Schwierigkeiten sei es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass eine Erklärung der ausländischen Behörde darüber verlangt worden sei, ob der Ehemann im Zeitpunkt der Heirat deutscher Staatsbürger gewesen sei. Da es jedoch angesichts der gegenwärtig in Deutschland herrschenden Verhältnisse nicht möglich sei, eine solche Erklärung zu

87 AS 1941, 1257 ff.

88 Vergleiche Art. 5 Abs. 1 des erwähnten BRB.

89 Vergleiche dazu Bigler-Eggenberger, Bürgerrechtsverlust, 1999, S. 33 ff., insbesondere S. 37 ff.

90 Vergleiche Anm. 42.

beschaffen, sei es Sache der schweizerischen Behörden, aufgrund der deutschen Gesetzgebung die Frage zu beantworten, ob der Ehemann der Beschwerdeführerin seine Staatsbürgerschaft verloren habe.<sup>91</sup>

In der Folge gelangte das Bundesgericht jedoch aufgrund einer ganz andern Überlegung dazu, diese Frage zu verneinen. Es erwoگ nämlich, dass die deutsche Gesetzgebung, soweit sie unter dem Gesichtspunkt der «Rasse» einen Unterschied zwischen «Juden» und «Ariern» mache, dem schweizerischen *Ordre public* widerspreche und in der Schweiz deshalb keine Anwendung finden könne, weil sonst das bei uns herrschende Gerechtigkeitsgefühl in unerträglicher Weise verletzt würde. In diesem Zusammenhang führte es wörtlich folgendes aus:

«Les différences faites par la loi allemande et fondées sur des arguments racistes ne sont pas compatibles avec le sentiment de la justice, parce qu'elles sont contraires au principe de l'égalité entre les hommes et violent d'une manière intolérable l'idée de l'égalité des citoyens devant la loi, telle qu'on la conçoit en Suisse. Les dispositions qui font de telles différences ne sont donc pas applicables en Suisse et ne sauraient en principe être sanctionnées par les autorités suisses. Selon le droit en vigueur en Suisse, le mari n'a donc pas perdu la nationalité allemande.»<sup>92</sup>

So zutreffend die Ausführungen betreffend die *Ordre-public*-Widrigkeit der deutschen Gesetzgebung über die Juden auch waren, so verfehlt war in diesem Zusammenhang die Berufung auf den Vorbehalt des *Ordre public* als solche. Es war ja nicht darüber zu entscheiden, ob die deutsche Rassengesetzgebung wegen Verletzung des *Ordre public* in der Schweiz keine Anwendung finden könne, sondern es ging nur um die Feststellung, ob der Ehemann der Beschwerdeführerin nach der deutschen Gesetzgebung seine deutsche Staatsbürgerschaft verloren hatte oder nicht. Diese Frage konnte jedoch einzig aufgrund des damals geltenden deutschen Rechts beantwortet werden. Auch ein mit dem schweizerischen *Ordre public* nicht vereinbarer Entzug der deutschen Staatsbürgerschaft hätte daher beachtet werden müssen, da die Zugehörigkeit zu einem Staat allein vom nationalen Recht abhängig ist. Das Bundesgericht ging somit irrtümlicherweise davon aus, die Beschwerdeführerin habe mit der Heirat die deutsche Staatsangehörigkeit ihres Ehemannes erworben und dadurch ihr Schweizer Bürgerrecht verloren.

In einem im Jahre 1948 beurteilten Fall hat das Bundesgericht seinen im Fall Levita-Mühlstein begangenen Irrtum erkannt und die Praxis entsprechend geändert.<sup>93</sup> Auch im neu zu beurteilenden Fall hing der Verlust des Schweizer

91 BGE 72 I 407 E. 3, S. 411 ff.

92 BGE 72 I 407 E. 4, S. 413.

93 BGE 74 I S. 346 ff.

Bürgerrechts der damaligen Beschwerdeführerin von der Frage ab, ob ihr Ehemann, der ebenfalls deutscher Herkunft war, seine deutsche Staatsbürgerschaft im Zeitpunkt der Heirat bereits verloren hatte. Diese Frage beurteilte das Bundesgericht richtigerweise ausschliesslich aufgrund des damaligen deutschen Rechts und hielt in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest:

«Ob die Ordnung des ausländischen Rechts schweizerischen Auffassungen von öffentlicher Ordnung entspricht oder nicht, ist unerheblich; ebenso welches der Grund einer allfälligen Staatenlosigkeit des Mannes ist. Die in BGE 72 I 413, Erw. 4 geäusserte gegenteilige Auffassung lässt sich nicht aufrecht halten.»<sup>94</sup>

**c) Aussagen in Zivilurteilen über Faschismus, Nationalsozialismus und Antisemitismus ohne Bezug zum Ordre public**

Vereinzelt hatten Zivilgerichte Anlass, sich auch unter andern Gesichtspunkten als jenem des Ordre public zum Problem des Faschismus, Nationalsozialismus oder Antisemitismus zu äussern. Drei Entscheidungen, die den privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit beziehungsweise den unlauteren Wettbewerb betrafen, sind in diesem Zusammenhang von Interesse.

**8c.1** Am 13. Februar 1934 hatte das Tribunale di appello des Kantons Tessin über eine Zivilklage wegen Persönlichkeitsverletzung zu entscheiden, die der Herausgeber der im Kanton Tessin neu erschienenen Zeitung «Mattino» namens Scanziani gegen den Journalisten Dr. Saager als Verfasser eines Artikels in der «National Zeitung» erhoben hatte.<sup>95</sup> Es ging dabei um die von Dr. Saager im erwähnten Artikel erhobenen Vorwürfe, dass die von Scanziani geleitete Zeitung «Mattino» ein offizielles Organ der faschistischen Propaganda im Ausland sei und mit dem Chef und Promotor der italienischen Faschisten im Ausland, Dr. Parini, in Verbindung stehe sowie dass die Finanzierung des Zeitungsunternehmens anfänglich in unterschiedlicher Form mit Hilfe faschistischer Einrichtungen erfolgt sei. Das Gericht hielt zunächst fest, es sei als bewiesen zu betrachten und von Scanziani im Laufe des Verfahrens auch nicht förmlich bestritten worden, dass dieser dem Faschismus günstig gesinnt sei. Dieser Umstand als solcher sei jedoch nicht ehrenrührig und der Hinweis darauf auch nicht rechtswidrig. Beleidigend sowie eine schwere Verletzung in der Ehre und den persönlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 49 OR sei es

<sup>94</sup> BGE 74 I 346 E. 1b, S. 349.

<sup>95</sup> Vergleiche Repertorio di Giurisprudenza Patria 1934, S. 172 ff.

hingegen, wenn jemandem vorgeworfen werde, er gebe sich dazu her, unter dem Deckmantel seiner schweizerischen Staatsbürgerschaft das Wirken ausländischer Institutionen zu verbergen, die der Propaganda für eine uns fremde Staatsform dienten, denn darin stecke gleichzeitig der Vorwurf von Doppeltzungigkeit und Heuchelei. Das Tribunale di appello kam zum Schluss, dass der Beweis für die von Dr. Saager gegenüber Scanziani erhobenen Vorwürfe nicht geleistet worden sei. Es hiess deshalb die Klage im wesentlichen gut, sprach dem Kläger als Genugtuung einen Betrag von 500 Franken zu und verpflichtete den Beklagten, eine vom Gericht selber formulierte Berichtigung auf seine Kosten in der «National Zeitung» zu publizieren.

Interessant sind in dieser Hinsicht folgende in der Urteilsbegründung enthaltenen Ausführungen über den Faschismus:

«Il Fascismo, come dottrina e norma del reggimento degli Stati, che pone la Nazione al di sopra degli individui, sia nella loro vita intellettuale ed anche in quella funzionale ed economica, che sopprime quel pensiero e reprime quelle azioni che possono andar contro lo Stato ed i suoi reggitori, che non conosce ed ha distrutto la dinamica dei partiti e l'efficienza delle maggioranze dei cittadini, queste chiamando irreali e convenzionali manifestazioni di volontà collettive irresponsabili, che prende e dirige la gioventù verso la fede nei suoi principi senza possibilità di eviazioni (v. Fascismo in Treccani), è certamente teoria di Stato in diretta antitesi cogli ordinamenti pubblici della Svizzera. Ma, come teoria di reggimento dello Stato, e come pensiero civico, il professarla e condividerla non è titolo di indegnità o di offesa, nè l'attribuirla altrui, quando sia veramente professata, è fatto illecito od intacco nelle relazioni personali [...].»<sup>96</sup>

Es fällt auf, dass trotz der Hervorhebung des grossen Gegensatzes zum schweizerischen Staatsverständnis der Faschismus als eine Staatstheorie bezeichnet wurde, die geteilt und vertreten werden könne, ohne dass darin etwas Unwürdiges oder Ehrenrühriges liege. Die Grenzziehung gegenüber der faschistischen Ideologie ist damit verhältnismässig schwach ausgefallen.

**8c.2** Das Bundesgericht hatte am 6. November 1934 über eine Berufung gegen ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 1934 zu entscheiden, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Im Sommer 1931 wurde in Zürich eine Ortsgruppe der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (NSDAP) gegründet und deren Sekretariat in der Wohnung eines deutschen Staatsangehörigen namens Höflinger untergebracht. Die Eröffnung dieses Sekretariats gab Anlass zu einem Artikel in der sozialisti-

<sup>96</sup> Vergleiche ebd., S. 174 f.

schen Tageszeitung «Volksrecht», der von der alle zwei Wochen erscheinenden Zeitung «Schweizerbanner» auszugsweise übernommen wurde. Darin wurden Höflinger sowie zwei weitere Personen namens Krasch und Fischer als «Kumpane und Spiessgesellen» des Leiters «dieser deutsch-faschistischen Filiale auf Schweizer Boden» namens von Mondstadt bezeichnet. Die Zeitschrift «Schweizerbanner» fügte der Wiedergabe des Artikels aus dem «Volksrecht» eigene Bemerkungen bei, die mit folgender Frage schlossen:

«Ob unser Justizminister in Bern vielleicht Zeit hat, gegen dieses neueste Attentat auf Schweizerboden, das gegen die Demokratie unternommen worden ist, einzuschreiten und die Beteiligten wegen Landesverrates in den Anklagezustand zu versetzen?»

Im Laufe eines von Höflinger wegen Ehrverletzung angestregten Strafverfahrens stellte sich heraus, dass der Urheber der Publikation im «Schweizerbanner» Dr. iur. Robert Schmid in Zürich war. Gegen diesen erhob Höflinger in der Folge Zivilklage auf Bezahlung einer Schadenersatz- und Genugtuungssumme von 10 000 Franken sowie auf Urteilspublikation in der Zeitung «Schweizerbanner» und in drei andern stadtzürcherischen Zeitungen.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab. Auf Appellation des Klägers hin hiess das Obergericht des Kantons Zürich die Klage in dem Sinne teilweise gut, dass es den Beklagten zur Bezahlung von 2500 Franken an den Kläger verurteilte und diesen ermächtigte, das Urteil auf Kosten des Beklagten einmal im «Schweizerbanner» zu veröffentlichen.

Das Bundesgericht hiess die vom Beklagten gegen den obergerichtlichen Entscheid erhobene Berufung in dem Sinne teilweise gut, dass die dem Kläger zugesprochene Genugtuungssumme auf 1000 Franken herabgesetzt, im übrigen aber der Entscheid des Obergerichts bestätigt wurde.<sup>97</sup> In der Begründung bejahte es das Vorhandensein der Voraussetzungen für eine Genugtuung, da der ehrenrührige Vorwurf des Landesverrats eine besonders schwere Verletzung des Klägers in den persönlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 49 OR (gemäss dessen damaligem Wortlaut) dargestellt habe und auch ein besonders schweres Verschulden des Beklagten gegeben sei.<sup>98</sup>

In Bezug auf die Höhe der Genugtuungssumme führte es sodann aus, dass Höflinger ein in der Schweiz wohnhafter Ausländer sei, dem das Recht zustehe, Vereine zu bilden, und zwar auch solche, die sich an eine der politischen Parteien seines Heimatlandes anschliessen. Von besonderem Interesse sind im

97 BGE 60 II 399 ff.

98 Art. 49 Abs. 1 OR lautete in der damals geltenden Fassung: «Wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, hat bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens und, wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung.»

vorliegenden Zusammenhang jedoch die folgenden im Wortlaut wiedergegebenen weiteren Ausführungen des Bundesgerichts:

«Nun ist aber der Nationalsozialismus nicht nur eine deutsche politische Partei, sondern eine Weltanschauung, die auf andere Staaten übergreifen kann, wie die Existenz eines österreichischen und – was hier vor allem von Bedeutung ist – auch eines schweizerischen Nationalsozialismus deutlich beweisen. Unter diesen Umständen musste die Gründung einer Gruppe der NSDAP in der Schweiz notwendigerweise eine Reaktion hervorrufen in den Organen jener schweizerischen Parteien, deren Gesinnungsgenossen in Deutschland durch den Nationalsozialismus aufs schärfste bekämpft wurden. Ohne ein Werturteil über den Nationalsozialismus als Weltanschauung fällen zu wollen, darf man sogar mit der Vorinstanz feststellen, dass er den in der Schweiz seit langem herrschenden politischen Anschauungen diametral entgegengesetzt ist, und dass aus diesem Grunde der Kläger, der nach seinen eigenen Angaben seit 30 Jahren in der Schweiz ansässig ist, eine heftige Reaktion in der Presse voraussehen musste; beklagen kann er sich nur über ein Übermass dieser Reaktion.

Schliesslich ist auch von nicht geringer Bedeutung, dass die Genossen des Klägers, von Mondstadt und Krasch, vom Bundesrat in Anwendung von Art. 70 BV wegen Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz aus deren Gebiet ausgewiesen worden sind. Ihre politische Tätigkeit ist demnach der Landesregierung nicht ungefährlich erschienen. Wenn der Kläger die Unklugheit begangen hat, sich zusammen mit derartigen Elementen auf politischem Gebiet zu betätigen, so hat er billigerweise die daraus sich ergebenden Konsequenzen bis zu einem gewissen Grad selber zu tragen.»<sup>99</sup>

In Würdigung der geschilderten Verhältnisse gelangte das Bundesgericht dazu, die Genugtuungssumme von 2500 auf 1000 Franken herabzusetzen. Auch wenn es nicht so weit gehen wollte, ein Werturteil über den Nationalsozialismus als Weltanschauung zu fällen, so zögerte es immerhin nicht festzuhalten, dass dessen Ziele den in der Schweiz herrschenden politischen Anschauungen diametral entgegengesetzt seien. Der voraussehbaren Reaktion der Presse auf die Gründung einer Gruppe der NSDAP in Zürich trug es mit der erheblichen Herabsetzung der Genugtuung auf weniger als die Hälfte des ursprünglich zugesprochenen Betrages deutlich Rechnung.

<sup>99</sup> BGE 60 II 399 E. 7, S. 411.



**8c.3** Das Handelsgericht des Kantons Zürich hatte am 8. Oktober 1943 eine Klage wegen unlauteren Wettbewerbs zu beurteilen, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:<sup>100</sup>

Die Klägerin betrieb ein Grosshandelsunternehmen der Schuhmacherbedarfsbranche in der Schweiz. Sie befasste sich insbesondere mit dem Import und Vertrieb deutscher Schuhmachermaschinen und ausserdem – als Depositärin einer deutschen Firma – mit der Einfuhr und dem Handel von Knöpfen und Knopfteilen. Sie klagte gegen H., der eine Knopfteilfabrikation betrieb, wegen unlauteren Wettbewerbs mit dem Antrag, es sei ihm zu verbieten, die Klägerin weiterhin mündlich oder schriftlich als «jüdische Firma» zu bezeichnen; ferner verlangte sie von ihm eine Zahlung von 10 000 Franken an die Stiftung für das Alter. Sie machte geltend, der Beklagte habe sie in einem zur Weiterleitung an den deutschen Knopfteilfabrikanten-Verband bestimmten Schreiben an den Verein der schweizerischen Metallwarenfabriken als «jüdische Firma» bezeichnet.

Das Handelsgericht wies das Begehren um ein Verbot, die Klägerin weiterhin als «jüdische Firma» zu bezeichnen, mangels Vorhandenseins eines Schutzbedürfnisses ab. Der Beklagte habe sich vor mehr als einem Jahr ein einziges Mal des beanstandeten Ausdrucks bedient und in glaubhafter Art dargetan, dass er in jenem Zeitpunkt tatsächlich der Meinung gewesen sei, es handle sich bei der Klägerin um ein jüdisches Unternehmen. Seither sei er eines andern belehrt worden, und es bestehe kein Grund zur Annahme, dass er wider besseres Wissen die alte Behauptung wiederholen werde.

Was das Begehren um Zuspreehung eines Geldbetrages als Ausgleich des materiellen und immateriellen Schadens anbetraf, gelangte das Handelsgericht ebenfalls zur Abweisung der Klage, weil der Nachweis eines Schadens nicht geleistet worden sei und es an den Voraussetzungen einer Genugtuung mangels der erforderlichen Schwere der Persönlichkeitsverletzung entsprechend dem damaligen Wortlaut von Art. 49 OR<sup>101</sup> fehle. Von Interesse sind jedoch die Erwägungen, die das Handelsgericht im Zusammenhang damit anstellte, dass ein unlauterer Wettbewerb grundsätzlich zu bejahen sei. Es führte aus, die von der Klägerin beanstandete Äusserung des Beklagten sei im Rahmen des geschäftlichen Wettbewerbs zwischen den Parteien erfolgt und dazu bestimmt und geeignet gewesen, die Stellung der Klägerin bei ihren deutschen Lieferanten zu schwächen oder sie gar unmöglich zu machen.

<sup>100</sup> Vergleiche ZR 43 (1944), Nr. 217, S. 301 ff.

<sup>101</sup> Vergleiche dessen Wiedergabe in Anm. 98.

«Da der Antisemitismus in Deutschland zur herrschenden Auffassung geworden ist, hat der Beklagte schon mit der Mitteilung an den deutschen Verband alles getan, um die Beziehungen der Klägerin zu ihren Lieferanten zu erschweren oder zu unterbinden. Es steht auch ausser Frage, dass dieses Vorgehen als illoyale, Treu und Glauben verletzende Massnahme zu betrachten ist. Der geschäftliche Konkurrenzkampf soll nicht unter Verwendung von Mitteln und Tatsachen, die ihm sachlich fremd sind, geführt werden. Es ist zu verurteilen, wenn jemand die wirtschaftliche Stellung eines Konkurrenten durch persönliche Vorhalte untergräbt, die mit der geschäftlichen Zuverlässigkeit, Tüchtigkeit und Leistungsfähigkeit nichts zu tun haben, wie z. B. der Hinweis auf die politische, konfessionelle oder Rasse-Zugehörigkeit usw. [...]. Der Beklagte hat sich über die Rassezugehörigkeit der Klägerin nur ausgesprochen, um damit deren geschäftliche Position zu erschüttern. Sein Verhalten müsste deshalb schon dann verurteilt werden, wenn es sich bei der Klägerin wirklich um eine jüdische Unternehmung handelte. Tatsächlich ist das aber gar nicht der Fall. Um so gravierender erscheint die Illoyalität seines Vorgehens.»<sup>102</sup>

Zur Frage des Verschuldens wird im Urteil ausgeführt, ein solches sei zweifellos gegeben, da der Beklagte darüber nicht im Unklaren habe sein können, dass er der schweizerischen Rechtsauffassung strikte zuwiderhandle, wenn er einen Geschäftskonkurrenten um seiner «Rasse» willen angreife. Wie die deutsche Reaktion ausgefallen wäre, wenn sich die Denunziation des Beklagten als zutreffend erwiesen hätte, sei unter den Parteien streitig, müsse aber nicht abgeklärt werden. «Es ist jedenfalls gerichtsnotorisch, dass die Israeliten in Deutschland als Personen minderen Rechts gelten, dass die Tendenz dahingeht, sie aus dem Volksleben völlig auszuschalten, und dass sie speziell in wirtschaftlicher Hinsicht schwerstem Druck ausgesetzt sind.»<sup>103</sup>

Demgegenüber wird festgehalten, dass sich nach der in der Schweiz herrschenden Auffassung «der Wert des Menschen nicht nach seiner Rasse, seiner Nationalität oder etwa seinem Religionsbekenntnis, sondern nach seinem Charakter und nach seiner persönlichen Lebensführung» bestimme. «Dementsprechend wird auch eine unrichtige Rassebezeichnung an sich nicht als schimpflich und herabwürdigend empfunden.»<sup>104</sup>

Aus den zitierten Erwägungen des Handelsgerichts geht hervor, dass sich das Gericht nicht nur deutlich von dem im nationalsozialistischen Deutschland herrschenden Antisemitismus distanzierte, sondern dass es den Hinweis auf die

<sup>102</sup> ZR 43 (1944), Nr. 217, S. 304.

<sup>103</sup> Ebd.

<sup>104</sup> Ebd.

angebliche «Rassezugehörigkeit» eines Konkurrenten nach schweizerischer Rechtsauffassung ganz allgemein als ein unzulässiges Mittel im Konkurrenzkampf betrachtete.

## 9. Schlussfolgerungen

Was die Vollstreckung deutscher Zivilurteile in der Schweiz betrifft, fällt zunächst auf, dass nur die beiden in Kapitel 3 geschilderten Fälle gefunden werden konnten, in denen sich die Frage der Verletzung des schweizerischen Ordre public stellte. Ob es noch weitere solche Verfahren gab, die nicht bekanntgeworden sind, oder ob die zuständigen deutschen Stellen nach den ersten schlechten Erfahrungen mit entsprechenden Vollstreckungsbegehren in der Schweiz von weiteren Versuchen zur Urteilsvollstreckung bewusst abgesehen haben, entzieht sich unserer Kenntnis. Jedenfalls konnte aufgrund der Eindeutigkeit der bundesgerichtlichen Erwägungen zum Vorbehalt des Ordre public kein Zweifel daran bestehen, dass deutsche Urteile, die auf Gesetzen nationalsozialistischen, insbesondere rassistischen Inhalts beruhten, keine Chance hatten, in der Schweiz vollstreckt zu werden. Es darf deshalb der Schluss gezogen werden, dass die schweizerischen Gerichte bei der Vollstreckung deutscher Urteile den schweizerischen Ordre public in wirksamer Weise zu wahren wussten.

Aber auch soweit Zivilrechtsstreitigkeiten vor schweizerischen Gerichten ausgetragen wurden, bei denen die Anwendung von Gesetzen des NS-Regimes zu Ergebnissen geführt hätte, die mit der schweizerischen Rechtsordnung unvereinbar waren, erkannten dies die Richter und zogen fast ausnahmslos die richtigen Folgerungen daraus. Bereits gegenüber den Eingriffen der ausländischen Devisengesetzgebung in private Rechte zeichnete sich ab, dass die schweizerischen Gerichte bemüht waren, die grundlegenden Werte unserer Rechtsordnung zu schützen. Diese Haltung verstärkte sich noch, als Versuche unternommen wurden, im Rahmen der konfiskatorischen Massnahmen des Deutschen Reichs gegenüber den Juden auf jüdische Vermögenswerte in der Schweiz zu greifen. Die schweizerischen Gerichte schützten konsequent die wirklichen Berechtigten gegenüber Herausgabebegehren von Zwangsverwaltern jüdischer Unternehmungen, wie dies insbesondere die in Kapitel 5 geschilderten Fälle Thorsch und Heynau zeigen. An dieser positiven Beurteilung vermag auch das in Kapitel 5 erwähnte Verfahren i. S. der Firma Julius Klein & Co. gegen Felix Levy im Kanton St. Gallen nichts zu ändern, da der ursprüngliche jüdische Firmeninhaber am Verfahren gar nicht beteiligt war und es nicht um die Frage ging, wem das bessere Recht auf ein Vermögenobjekt zustand.

Dass deutschen Gesetzen, welche Personen um ihrer «Rasse» willen benachteiligten, die Anwendung in der Schweiz versagt wurde, macht auch die Tatsache deutlich, dass die von den Nationalsozialisten dekretierte Erbfähigkeit von Juden<sup>105</sup> wegen Verletzung des schweizerischen *Ordre public* nicht anerkannt und die Schliessung von Ehen, denen das deutsche Ehehindernis des «Rassenunterschieds»<sup>106</sup> entgegenstand, in Einzelfällen zugelassen wurde. Der offensichtliche Verstoß der deutschen Rassengesetzgebung gegen den schweizerischen *Ordre public* verleitete das Bundesgericht sogar einmal dazu, der Ehefrau eines jüdischen Mannes deutscher Herkunft das ihr ursprünglich zustehende Schweizer Bürgerrecht abzuerkennen, weil das Gericht den für die Beibehaltung des Schweizer Bürgerrechts erforderlichen Verlust des deutschen Bürgerrechts des Ehemannes wegen Widerspruchs zum *Ordre public* nicht anerkennen wollte. In einem später beurteilten andern Fall hat das Bundesgericht seinen Irrtum dann aber korrigiert.<sup>107</sup>

Als besonders schwierig erwies sich für die schweizerischen Gerichte die Beantwortung der Frage, ob die Zweigniederlassungen schweizerischer Versicherungsgesellschaften in Deutschland ihre Verpflichtungen aus Lebensversicherungsverträgen mit deutschen Versicherten jüdischer Herkunft dadurch wirksam erfüllen konnten, dass sie den vom Deutschen Reich konfiszierten Rückkaufswert der Versicherungen auf entsprechende Aufforderung hin an dieses auszahlten. In Kapitel 7 wurden die darüber ergangenen kontroversen Urteile dargestellt. Frank Vischer vertritt die Auffassung, dass die konträren Standpunkte des Zürcher Obergerichts und des Schweizerischen Bundesgerichts zu dieser Frage ein Dilemma aufzeigen, «das an die Grundlagen der Rechtswissenschaft rührt. Ist krasses staatliches Unrecht auch dann nicht anzuwenden, wenn es vollendete Tatsachen geschaffen hat?»<sup>108</sup>

Gegenüber dem vom Bundesgericht getroffenen Entscheid zu Ungunsten des Versicherten wurden in Kapitel 7 erhebliche Bedenken geltend gemacht. Auch wenn man dem vom Bundesgericht aufgehobenen Entscheid des Zürcher Obergerichts den Vorzug gibt, kann jedoch dem Bundesgericht nicht der Vorwurf gemacht werden, dass es vor einem Akt nationalsozialistischen Unrechts zurückgewichen sei. Das Bundesgericht war wie verschiedene hohe Gerichte im Ausland der Meinung, dass der schweizerische *Ordre public* gegenüber einem abgeschlossenen Rechtseingriff, der im Ausland in Anwendung des massgebenden ausländischen Rechts erfolgt sei und nicht rückgängig gemacht werden könne, nicht angerufen werden könne.

105 Vergleiche Kapitel 6.

106 Vergleiche Kapitel 8a.

107 Vergleiche dazu Kapitel 8b.

108 Vischer, *Recht*, 1998, S. 462; Vischer, *Aspekte*, 1998, S. 66 f.

Frank Vischer hat über die schweizerische Rechtsprechung in der Zeit des Nationalsozialismus die Aussage gemacht: «Insgesamt kann gesagt werden, dass die schweizerischen Gerichte sich mit Entschlossenheit und Mut gegen die Auswirkungen nationalsozialistischen Unrechts zur Wehr gesetzt haben.»<sup>109</sup> Dieser positiven Gesamtbeurteilung einer Haltung, die vor dem Unrecht des Nationalsozialismus nicht die Augen schloss, sondern bestrebt war, die Rechte der vom NS-Regime Verfolgten nach Möglichkeit zu wahren, kann aufgrund unserer Abklärungen vollumfänglich zugestimmt werden.

109 Vischer, *Recht*, 1998, S. 463. Vergleiche auch das positive Urteil über die Rolle der schweizerischen Gerichte von Picard, *Schweiz*, 1994, S. 173 ff.

## 10. Anhang

### a) Berücksichtigte Entscheidungssammlungen und juristische Zeitschriften

#### *Bundesebene*

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne)

Die Praxis (Basel)

Zeitschrift für Zivilstandswesen (Zürich)

Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten (Bern)

Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (heute: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht) (Zürich)

#### *Kantonale Ebene*

Aargau: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)

Appenzell A. Rh.: Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege an den Kantonsrat von Appenzell A. Rh. vom Obergericht erstattet (Herisau)

Basel-Landschaft: Amtsbericht des Obergerichts und der Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs an den Landrat des Kantons Basel-Landschaft (Liestal)

Basel-Stadt: Entscheidungen des Appellationsgerichts und der Gerichte erster Instanz des Kantons Basel-Stadt (Basel)

Bern: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)

Fribourg: Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg (Fribourg)

Genève: La Semaine judiciaire (Genève)

Graubünden: Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden (ab 1942) (Chur)

Luzern: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)

St. Gallen: Entscheidungen des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen (St. Gallen)

Schaffhausen: Amtsbericht des Obergerichtes an den Grossen Rat des Kantons Schaffhausen (Schaffhausen)

Schwyz: Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz (Schwyz)

Solothurn: Berichte des Obergerichtes des Kantons Solothurn (Solothurn)

Tessin: Repertorio di Giurisprudenza Patria (Bellinzona)

Thurgau: Rechenschaftsbericht des Obergerichtes, der Rekurskommission, des Versicherungsgerichtes, des Kriminalgerichtes und der Kriminalkammer des Kantons Thurgau (Frauenfeld)

Vaud: Journal des tribunaux (Lausanne)

Zug: Rechenschaftsbericht des Obergerichtes erstattet an den Kantonsrat des Standes Zug (Zug)

Zürich: Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

## b) Zitierte Gerichtsurteile

### *Bundesgerichtsurteile*

- BGE 60 II 294, Urteil vom 18. September 1934 i. S. Nathan-Institut A. G. gegen Schweizerische Bank für Kapitalanlagen.
- BGE 60 II 399, Urteil vom 6. November 1934 i. S. Schmid gegen Höflinger.
- BGE 61 II 242, Urteil vom 8. Oktober 1935 i. S. Rheinische Grundstücks-Handelsgesellschaft m. b. H. gegen A.-G. für Immobilienwerte.
- BGE 62 II 108, Urteil vom 19. Februar 1936 i. S. Bickel & Cie gegen Schürch.  
Urteil vom 11. September 1936 i. S. Gustav Hartung gegen Volksstaat Hessen (Beilage 1).
- BGE 63 II 42, Urteil vom 2. März 1937 i. S. Hunziker gegen Haug.
- BGE 63 II 303, Urteil vom 21. September 1937 i. S. Société pour l'Exportation des sucres S. A. gegen Schweizerische Kreditanstalt.  
Urteil vom 17. September 1937 i. S. Universum-Film-Aktiengesellschaft (UFA) gegen Thevag, Theater- und Verlags-A.-G. (Beilage 2).
- BGE 64 II 88, Urteil vom 1. Februar 1938 i. S. 1) Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft, Berlin, 2) Siemens & Halske Aktiengesellschaft, Berlin, gegen Journaliag A.-G., Glarus.  
Urteil vom 30. September 1938 i. S. S. A. pour l'industrie des métaux gegen Vereinigte Aluminiumwerke A.-G., publiziert in SJ 1939, S. 309 ff.
- Urteile vom 19. November 1941 i. S. Paul P. gegen Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft sowie M. D. gegen Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft, ZR 41 (1942), Nr. 100, S. 311 ff.
- BGE 68 II 377, Urteil vom 22. Dezember 1942 i. S. Böhmisches Unionbank gegen Heynau.  
Urteil vom 9. Juli 1945 i. S. Strauss gegen Basler Lebensversicherungsgesellschaft (Beilage 3).
- BGE 72 I 407, Urteil vom 14. Juni 1946 i. S. Madeleine Levita-Mühlstein gegen Département fédéral de justice et police.
- BGE 74 I 346, Urteil vom 8. Oktober 1948 i. S. Rosenthal gegen Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement.
- BGE 78 II 243, Urteil vom 13. Mai 1952 i. S. Loudon gegen Schweizerischen Bankverein.
- BGE 79 II 193, Urteil vom 26. März 1953 i. S. Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt gegen Elkan (auch veröffentlicht in ZR 55 (1956), Nr. 60, S. 123 ff.).
- BGE 81 I 139, Urteil vom 6. April 1955 i. S. D. gegen S. und Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois.
- BGE 84 I 39, Urteil vom 12. Februar 1958 i. S. Ligna, Aussenhandelsunternehmen, gegen Baumgartner & Co. AG und Obergericht des Kantons Zürich.
- BGE 84 I 56, Urteil vom 12. Februar 1958 i. S. Compagnie Continentale d'Importation gegen Eberle und Bezirksgerichtspräsident von Gossau.
- BGE 84 I 119, Urteil vom 11. Juni 1958 i. S. Kreissparkasse Waiblingen gegen Haaker und Obergericht des Kantons Zürich.

*Kantonale Urteile**Basel-Stadt*

Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 5. April 1945, SJZ 41 (1945), Nr. 132, S. 291/2.

*Bern*

Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 7. November 1944 i. S. Heynau gegen Böhmisches Unionbank, ZBJV 82 (1946, S. 182 ff.

*Solothurn*

Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 1. Juli 1944 i. S. Heynau, Bericht des Obergerichts des Kantons Solothurn 1944, S. 119 ff.

*St. Gallen*

Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. April 1941 i. S. Firma Julius Klein & Co. Gegen Felix Levy (Beilage 4).

*Tessin*

Urteil des Tribunale di appello des Kantons Tessin vom 13. Februar 1934 i. S. Scanziani gegen Saager, Repertorio di Giurisprudenza Patria 1934, S. 172 ff.

*Zug*

Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 17. März 1943 i. S. W. gegen B. U., Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zug für die Jahre 1943/44, S. 52 f.

*Zürich*

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 8. Februar 1934 i. S. Nathan-Institut A. G. gegen Schweizerische Bank für Kapitalanlagen, ZR 34 (1935), Nr. 16, S. 34 ff.

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. April 1935 i. S. Rheinische Grundstücks-Handelsgesellschaft m. b. H. gegen A.-G. für Versicherungswerte, ZR 34 (1935), Nr. 177, S. 360 ff.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. März 1939 i. S. Bankhaus Thorsch, ZR 39 (1940), Nr. 95, S. 193 ff.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 1941 i. S. Paul P. gegen Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft, ZR 41 (1942), Nr. 100, S. 308 ff.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Juli 1941 i. S. M. D. gegen Schweizerische Rückversicherungsgesellschaft, ZR 41 (1942), Nr. 100, S. 301 ff.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. September 1942, SJZ 39 (1942/43), Nr. 36, S. 302 f.

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 8. Oktober 1943 i. S. H. & Co. gegen H., ZR 43 (1944), Nr. 217, S. 301 ff.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Dezember 1943 i. S. Ra gegen Versicherungsgesellschaft R., ZR 45 (1946), Nr. 141, S. 250 ff.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Oktober 1950 i. S. H. E. Gottstein gegen Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, Zürich, Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten 1947–1952, Nr. 86, S. 338 ff.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Mai 1952 i. S. Elkan gegen Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, ZR 55 (1956), Nr. 60, S. 123 ff.



### c) Literatur

- Ammann, Daniel: Willfähige Helfer bei der Enteignung von Juden, in: Facts, 11. 9. 1997, S. 82 ff.
- Bigler-Eggenberger, Margrith: Bürgerrechtsverlust durch Heirat: Ein dunkler Fleck in der jüngeren Schweizer Rechtsgeschichte, in: recht 1999, S. 33 ff.
- Domke, Martin: USA: Schweizerische Rechtsfragen vor amerikanischen Gerichten, SJZ 43 (1947), S. 300.
- Dutoit, Bernard: Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2. éd., Basel 1996.
- Gaugler, Hans: Zur Frage der Wiedergutmachung von Entrechtungsschäden in Deutschland, Zwei grundlegende Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts und des deutschen Bundesgerichtshofes, in: Schweizerische Versicherungszeitschrift 21 (1953/54), S. 409 ff.
- Guldener, Max: Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951.
- Kallmann, François: Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946.
- Knoepfler, François; Schweizer Philippe: Droit international privé suisse, 2. éd., Bern 1995.
- Marti, Hans: Der Vorbehalt des eigenen Rechtes im internationalen Privatrecht der Schweiz, Dissertation, Bern 1940.
- Niederer, Werner: Das Problem des ordre public in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts, ZSR, Neue Folge 62 (1943), S. 1 ff.
- Niederer, Werner: Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Zürich 1956.
- Picard, Jacques: Die Schweiz und die Juden 1933–1945, 2. Aufl., Zürich 1994.
- Schindler, Dietrich: Besitzen konfiskatorische Gesetze ausserterritoriale Wirkung?, in: SJIR, Bd. III, 1946, S. 65 ff.
- Schnitzer, Adolf F.: Handbuch des internationalen Privatrechts, Bd. I, 4. Aufl., Basel 1957.
- Schwander, Ivo: Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. I, 3. Aufl., St. Gallen 2000.
- Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg: Die Schweiz und die Flüchtlinge zur Zeit des Nationalsozialismus, Bern 1999 (erscheint in einer überarbeiteten Version als Bd. 17 in den Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg).
- Vischer, Frank: IPRG Kommentar, Zürich 1993.
- Vischer, Frank: Das nationalsozialistische Recht im Spiegel einiger Entscheidungen schweizerischer Gerichte, in: Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag; Tübingen 1998, S. 456 ff.
- Vischer, Frank: Rechtliche Aspekte des Washingtoner Abkommens und der nachrichtenlosen Vermögen, in: Philipp Sarasin; Regina Wecker (Hg.): Raubgold, Reduit, Flüchtlinge. Zur Geschichte der Schweiz im Zweiten Weltkrieg, Zürich 1998, S. 45 ff.

Vogel, Oscar: Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Bern 1999.

Volken, Paul: IPRG Kommentar, Zürich 1993.

Walter, Gerhard: Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1998.