

# Das Problem des ordre public in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts

Autor(en): **Niederer, Werner**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **62 (1943)**

Heft 1

PDF erstellt am: **05.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896486>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# **Das Problem des ordre public in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts.**

Von Privatdozent Dr. Werner Niederer,  
Rechtsanwalt in Zürich.<sup>1)</sup>

---

## **Einleitung.**

Bekanntlich kann die moderne Wissenschaft des Internationalen Privatrechts (IPR.) erst auf eine Entwicklung von etwa hundert Jahren zurückblicken. In diesem relativ jungen Wissensgebiet ist nun das Problem des ordre public der „noch unerkannteste und unfertigste Teil des IPR.“, wie sich kürzlich ein bundesgerichtlicher Entscheid ausdrückte (64 II 97). Und zwar trotzdem sich eine geradezu unübersehbare Literatur mit dem Problem auseinandergesetzt hat.

Wenn wir uns gerade heute mit dieser umstrittenen Frage des ordre public beschäftigen, dann rechtfertigt sich dies im Hinblick auf die grosse Bedeutung, die dieses Problem seit einigen Jahren in der Gerichtspraxis im allgemeinen und insbesondere auch in der Praxis des Bundesgerichts wieder zu spielen begonnen hat.

Die Problemstellung als solche ist zu bekannt, als dass wir uns lange mit definitorischen Untersuchungen

---

<sup>1)</sup> Nach einem Vortrag, gehalten am 19. März 1942 im zürcherischen Juristenverein.

beschäftigen müssten: Ganz allgemein könnte man die Fragestellung etwa auf die Formel bringen: Gibt es im IPR. einen allgemeinen Vorbehalt, der dem Richter gestattet, in bestimmten Fällen von der sonst vorgeschriebenen Anknüpfung abzuweichen? Wie ist diese Ausnahmeregel beschaffen? Wie und wann funktioniert sie?

Bevor wir nun aber auf das Thema im engeren Sinne (nämlich die Betrachtung der bundesgerichtlichen Praxis) eingehen, soll versucht werden, einen kurzen Überblick über die Entstehung und Entwicklung der ordre public-Klausel zu geben.

## **I. Entstehung und Entwicklung des ordre public.**

### **1. Die Entstehung des ordre public.**

Wir haben es nach herrschender Lehre bei der ordre public-Klausel mit einer Ausnahmeregel zu tun, die dem Richter gestattet, von der ordentlichen Anknüpfung abzuweichen und eine bestimmte Rechtsordnung einer anderen Rechtsordnung vorzuziehen.

Der Kerngedanke (ausnahmsweise Bevorzugung der einen Rechtsordnung vor der andern) ist aber nicht eine Errungenschaft des modernen IPR. Ähnliche Erscheinungen hat es schon im Mittelalter und in der Statutenlehre gegeben (vgl. Gutzwiller, „Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften“, Freiburg 1940, S. 114 ff., z. B. über den Rangvorbehalt des gemeinen [kanonischen] Rechts gegenüber dem Statutarrecht etc.).

Dennoch kann man sagen, dass der Gedanke des ordre public, so wie wir ihn kennen, erst um die Mitte des letzten Jahrhunderts entstanden ist.

Bis dahin war nämlich diese Ausnahmeregel ein rein sachlicher Vorbehalt der einen Rechtsordnung gegenüber der andern.

Im modernen IPR. aber ist es ein rein nationaler Rangvorbehalt. Er entstand gleichzeitig mit der „natio-

nationalen Rechtsordnung“, er bildet eine Begleiterscheinung der Nationalisierung des Rechts. Er bildet sich heraus als ein Verteidigungsmittel der einen nationalen Rechtsordnung gegenüber allen andern.

Etwas vom überraschendsten bei der Entstehung des ordre public ist denn auch die Tatsache, dass dieser Gedanke sozusagen gleichzeitig und unabhängig voneinander bei verschiedenen Autoren erstmals nachweisbar ist. So haben unabhängig voneinander Mancini und Laurent die Lehre vom modernen ordre public entwickelt und fast gleichzeitig erscheint sie auch bei Savigny.

Die Idee lag also damals offenbar irgendwie in der Luft, wie etwa später das Qualifikationsproblem, das auch gleichzeitig und unabhängig von Bartin und Kahn „entdeckt“ wurde. Die Idee lag in der Luft, weil sie ein Ausdruck des Nationalitätsgedankens ist, der sich damals Bahn brach, und der ja bei Mancini ganz allgemein eine umwälzende Neuorientierung der Anknüpfung überhaupt zur Folge hatte. Mancini ist nicht zufällig beides: Nämlich Begründer des Nationalismus im IPR. und Entdecker des ordre public.

Es ist gerade heute wieder wichtig, diese Herkunft des ordre public aus dem Nationalismus des 19. Jahrhunderts zu betonen: Im Verlaufe der langen friedlichen Entwicklung dieses Jahrhunderts hatte sich nämlich der Gedanke des ordre public so weit abgeschwächt, dass man ihn nur noch als eine Art Schönheitsfehler betrachtete. Und heute nun, da wieder Nation gegen Nation, Weltanschauung gegen Weltanschauung stehen, heute merkt man plötzlich wieder, dass es sich hier nicht um einen Schönheitsfehler, um eine störende Ausnahmeregel handelt, sondern um ein elementares Prinzip der Selbstverteidigung des Rechts, um ein Axiom des nationalen Rechts, das so lange bestehen wird, als es ein nationales Recht gibt.

Dass dies so ist, werden wir gerade bei der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts auf diesem Gebiete wieder bestätigt finden.



## 2. Die Entwicklung des ordre public.

Der Ausgangspunkt bei Mancini und Savigny ist nicht sehr verschieden, trotzdem der eine als Begründer des Nationalismus, und der andere als Begründer des Internationalismus im IPR. gelten kann.

Bei Mancini dient der ordre public dem Schutz der „principes supérieurs de la morale humaine et sociale“ und der „droits primitifs inhérents à la nature humaine“. Bei Savigny sind die vom ordre public erfassten Gesetze diejenigen „streng positiver zwingender Natur“, die „ihren Grund und Zweck ausserhalb dem reinen, in seinem abstrakten Dasein aufgefassten Rechtsgebiet haben“, und die „auf sittlichen Gründen“ oder auf Gründen des „öffentlichen Wohles“ beruhen.

Trotz dieser weitgehenden Übereinstimmung haben sich im Grossen gesehen von Mancini und Savigny ausgehend zwei Schulen entwickelt, von denen jede das Problem des ordre public ganz anders zur Entwicklung brachte: nämlich die sogenannte romanische Schule und die sogenannte deutsche Schule. (Allerdings bestehen viele Überschneidungen zwischen den beiden Schulen, so dass die folgende Darstellung eine nur das Wesentliche erfassen wollende Vereinfachung darstellt, wie sie für das Verständnis unserer weiteren Ausführungen unbedingt notwendig ist.)

Die romanische Schule hat vor allem den Versuch unternommen, Kriterien dafür zu finden, welche Gesetze ihres Inhalts wegen der territorialen Ausnahmeanknüpfung vorbehalten bleiben sollten. Daraus ergab sich geradezu eine moderne Statutenlehre: Man unterschied schliesslich nur mehr zwei Kategorien von Gesetzen, solche, die eine absolute territoriale Herrschaft für sich beanspruchen, weil sie „d'ordre public“ sind, und die andern, die lois personnelles, die leggi personali, die über die Staatsgrenze hinaus wirken, die der Person nachfolgen, eben weil sie „d'ordre privé“ sind. Ganze Kategorien, wie etwa das

Sachenrecht, werden nun einfach als „d'ordre public“ erklärt. Hier verliert also der ordre public seinen Ausnahmecharakter wieder und wird eine Art normaler territorialer Anknüpfung (so auch Gutzwiller, op. cit. pass. cit.).

In ihrer späteren Entwicklung hat sich nun diese Schule teilweise scharf gegen den nationalen Ausgangspunkt Mancinis gewandt (Brocher, Fersinato, Pillet). Aber das Prinzip des ordre public ist geblieben. Und zwar geblieben im wesentlichen als eine Sonderanknüpfung von bestimmten Normenkategorien.

Die deutsche Schule hat demgegenüber den ordre public im Sinne eines sittlichen Werturteils entwickelt: Die deutsche Schule sucht die Gründe für die Nichtanwendung des fremden Rechts, das seines Inhalts wegen, aus einem sittlichen Werturteil heraus, nicht zur Anwendung gelangen soll (ähnlich Marti, Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz). Es wird nicht, wie in der romanischen Doktrin aus dem ordre public eine Sonderanknüpfung, ein reguläres Prinzip gemacht, sondern in der deutschen Lehre bleibt der ordre public eine Ausnahme (Gutzwiller).

Dieser Widerstreit der Auffassungen (hier Sonderanknüpfung, dort Ausnahme-Klausel, ist bis heute nie überwunden worden. Er hat überall seinen Niederschlag gefunden, sogar in der Gesetzgebung: So formulierte der Entwurf zum ZGB vom Jahre 1900 in Art. V wie folgt: „Die Bestimmungen des schweizerischen Zivilrechts, die um der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten willen aufgestellt sind, haben vor dem schweizerischen Richter ausnahmslos und ausschliesslich Geltung“ (also romanisch), — das EG BGB aber formuliert so, dass „die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen sei, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten und den Zweck eines deutschen Gesetzes verstosse“ (also deutsche Schule, vgl. Art. 30 EG BGB).

Aber auch die bundesgerichtliche Praxis ist nicht frei von diesem Zwiespalt, wie wir im folgenden noch sehen werden.

## II. Bedeutung des ordre public in der neueren bundesgerichtlichen Praxis.

### 1. Die Fragestellung.

Wir glauben nun, ohne der Sache Gewalt anzutun, eine theoretisch-kritische Betrachtung der Praxis nach dem folgenden Fragenschema gliedern zu können:

a) Welches ist das Schutzobjekt des ordre public?

Dies ist die eigentliche Kardinalfrage der ganzen Problemstellung. Die drei folgenden Fragen geben Auskunft darüber, wie der ordre public funktioniert, diese Frage aber gibt Auskunft darüber, wann und wozu der ordre public funktionieren soll. Gerade hier aber wird es sich zeigen, dass uns die Praxis bessere Ergebnisse vermittelt als jede noch so komplizierte theoretische Untersuchung.

b) Wirkt der ordre public nur negativ oder auch positiv?

D. h. besteht die Aufgabe des ordre public nur darin, bestimmte ausländische Rechtsnormen nicht zur Anwendung im Inland kommen zu lassen, oder verlangt er auch, dass bestimmte inländische Rechtsnormen immer zur Anwendung gelangen?

Der Unterschied besteht darin: Bei bloss negativer Wirkung müsste immer eine Prüfung des fremden Rechts vorausgehen: Dieses könnte nur wegen seines Inhalts nicht angewendet werden. Wenn wir auch eine positive Wirkung annehmen, dann heisst dies, dass es Normen des schweizerischen Rechts gibt, die immer angewandt werden müssen, da ihre Ausserachtlassung immer eine Verletzung des ordre public darstellen würde.

c) Wirkt der ordre public nur direkt oder auch indirekt?

D. h. besteht die Aufgabe des ordre public nur darin, die direkte und unmittelbare Anwendung einer fremden Rechtsnorm zu verhindern, oder kann er auch eingreifen,

wenn sich das fremde Recht nur mittelbar, nur indirekt im Inland auswirken würde?

d) Wirkt der ordre public unbegrenzt oder nur begrenzt?

D. h. muss der Richter den ordre public immer spielen lassen, wenn er eine ordre public-widrige ausländische Norm anzuwenden hat, oder kann er die Anwendung der ordre public-Klausel von einer bestimmten Intensität der Inlandsbeziehung abhängig machen. Kann der Richter also dieselbe ausländische Rechtsnorm bald anwenden und bald nicht anwenden, je nachdem die Binnenbeziehung ihrer Auswirkung grösser oder kleiner ist?

2. Welches ist das Schutzobjekt der ordre public-Klausel?

Diese Frage beantworten, heisst den ordre public definieren. Wenn wir ein sicheres Kriterium dafür geben können, was mit der ordre public-Klausel geschützt werden soll, dann haben wir auch jenes Kriterium für seine grundsätzliche Anwendung gewonnen, nach welchem immer wieder mit zweifelhaftem Erfolge gesucht worden ist.

Ich möchte hier nicht die hunderte von Definitionen wiederholen, die schon gegeben worden sind. Es genügt zu sagen, dass die Versuche einer begrifflichen Umschreibung des Schutzobjektes der ordre public-Klausel immer und in allen Fällen nur zu Ersatz-Definitionen geführt haben.

Im Vordergrund stehen etwa die folgenden Schutzobjekte:

- a) Die Sittlichkeit, die der eigenen Rechtsordnung zugrunde liegt.
- b) Das soziale Zusammenleben, das durch die interne Rechtsordnung geregelt wird.
- c) Die rechtlichen Grundprinzipien der innerstaatlichen Rechtsordnung.
- d) Der tiefere Zweck der inländischen Gesetze usw.

Immer aber bedeuten diese Definitionen nichts anderes als eine Verschiebung des Begriffs „ordre public“ auf andere ebenso unbestimmte und praktisch ebenso unbrauchbare Hilfsbegriffe.

Das Bundesgericht selbst sagt, dass es auf eine Definition verzichte, weil „Definitionen das Problem im Grunde genommen nicht zu lösen vermögen, sondern alles nur auf andere Begriffe verschieben“ (BGE 64 II 97).

Nun haben in allerneuester Zeit verschiedene Autoren in Erkenntnis dieser unfruchtbaren Bemühungen einen ganz anderen Weg eingeschlagen:

Die Rolle der Doktrin müsse sich darauf beschränken, das Motiv für die Anwendung des ordre public zu suchen. Der Richter habe jedesmal wieder selbständig Werturteile zu fällen und erst auf Grund dieser Werturteile könne er sich über die Anwendung oder Nichtanwendung des ordre public entscheiden! Es sei nicht Sache der Doktrin oder gar der Gesetzgebung, den ordre public zu definieren, sondern ausschliesslich Sache des Richters, ihn anzuwenden (so etwa Gutzwiller, Knapp, Marti, op. cit.).

Der Theoretiker schiebt also die Lösung dieser Kardinalfrage dem Richter zu. Ist das richtig? Ich glaube ja.

Wir wollen nun aber einmal sehen, was der Richter zu der Frage nach dem Schutzobjekt des ordre public sagt:

Im allgemeinen hütet sich das Bundesgericht vor allen Definitionen auf dem Gebiete des ordre public überhaupt. Die Ausbeute ist daher gering. In seinen früheren Entscheiden umschreibt es das Schutzobjekt des ordre public hin und wieder als „gewisse sozialpolitische und ethische Anschauungen des Gesetzgebers“ (BGE 40 II 236; 41 II 141), ohne aber zu sagen, welche unter diesen „gewissen“ zu verstehen sind. Oft wird mit dem Begriff der „Sittlichkeit“ operiert (BGE 43 II 555, 53 II 58, 58 II 52, 59 II 415, 61 II 117), oder auch mit der „morale et équité“ (60 II 78 f.).

Wir sehen auf den ersten Blick, dass es sich hier auch nur um Ersatzbegriffe handelt.

In einigen Entscheiden wird konkreter angegeben, dass man das Privateigentum schützen wolle gegen „spoliativen Eingriff in Gläubigerrechte“, oder gegen eine „confiscation pure et simple“ (BGE 50 II 513, 51 II 264). Aber auch daraus lassen sich noch keine allgemeinen Schlüsse ziehen.

Demgegenüber sind nun m. E. zwei neuere Entscheide von grösster Bedeutung, weil sie über das Schutzobjekt des ordre public weitergehendere Angaben enthalten, und zwar sind dies die beiden Entscheide 61 II 246 ff. und 64 II 97 ff.

Beide Entscheide behandeln die Frage der deutschen Devisenrestriktionen. Und das gegenüber der früheren Praxis grundsätzlich Neue liegt darin, dass der ordre public hier in einer eminent nationalpolitischen Funktion zu Tage tritt.

Schon im Entscheid 61 II 246 weist das Bundesgericht auf den Umstand hin, dass die Beurteilung der ausländischen Devisengesetze durch die deutschen Gerichte selbst sehr stark geschwankt habe. So haben z. B. die deutschen Gerichte die ungarischen Devisenrestriktionen als mit dem deutschen ordre public unvereinbar erklärt, und zwar so lange, bis das Reich selbst solche Restriktionen einführte. Das Bundesgericht folgert hieraus, dass offenbar dem nationalen Moment in der Beurteilung solcher Streitfragen eine entscheidende Bedeutung zukomme.

Aber noch positiver drückt sich das Bundesgericht im Entscheid 64 II 97 ff. aus:

„Bei den jüngsten bundesgerichtlichen Entscheidungen, in denen die deutschen devisenrechtlichen Forderungsbeschränkungen als mit dem schweizerischen ordre public unvereinbar erklärt wurden, beginnt sich die angegebene Funktion des ordre public (Verhinderung der Verletzung des einheimischen Rechtsgefühls) in einer neuen, bisher kaum hervorgetretenen Richtung auszuwirken: als aus der Not der Zeit heraus gewordener 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.“

Als Schutzobjekt wird also hier genannt: Das einheimische Rechtsgefühl! Aber gleichzeitig als Motiv: Der „wirtschaftliche Selbstschutz des Landes“. Der *ordre public* hat also hier eine eminent politische Funktion erhalten, er dient plötzlich wieder der nationalen Selbstverteidigung!

Hier schliesst sich der Ring. Wir haben oben dargelegt, wie der *ordre public* vor etwa hundert Jahren als eine Emanation des Nationalismus des 19. Jahrhunderts entstanden ist, und wir stehen hier wieder dem *ordre public* gegenüber als einer Waffe im nationalen Wirtschaftskrieg.

Hier wird der wahre Charakter des *ordre public* offenbar, und die grosse Bedeutung unserer neueren bundesgerichtlichen Praxis liegt darin, mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen zu haben.

Die *ordre public*-Klausel ist nicht oder nicht nur Funktion des positiven Rechts, sondern des jede Rechtsordnung bedingenden Postulates der Gerechtigkeit, und dieses können wir nicht absolut erfassen. Auch nicht mit dem Begriff der Gleichheit, wie dies schon versucht worden ist. Denn auch der Begriff der Gleichheit setzt wieder andere Glaubensaxiome voraus, die weltanschaulich bedingt sind. Das Postulat der Gerechtigkeit ist vielmehr nach Zeit, Ort, Volk und Geschichte differenzierbar. Und so hat auch jede nationale Rechtsordnung ihr ureigenes Gerechtigkeitspostulat.

Der *ordre public* erscheint hier also in seiner letzten Konsequenz als Selbstverteidigung des Rechts. Er hat dieselbe Funktion wie etwa auf dem Gebiete des Verfassungsrechts die mit dem positiven Verfassungsrecht unter Umständen in Widerspruch stehende Notverordnung.

Jetzt wird auch klar, dass die ordre public-Klausel nach Zeit und Ort relativisierbar ist, wie dies bekanntlich der oberste belgische Gerichtshof ausdrücklich festgestellt hat bei der Frage der Anwendung der Goldklauselverordnungen der USA (joint resolution) mit dem Argument: Weil „gegenwärtig“ auch in Belgien ähnliche Vorschriften beständen, sei der ordre public nicht verletzt.

Jetzt wird ferner auch klar, dass die Bedeutung des ordre public gerade heute wieder so gross geworden ist, da die weltanschaulichen Gegensätze aufeinanderprallen wie nie zuvor. Wenn man noch vor wenigen Jahren geglaubt hatte, die ordre public-Klausel nach und nach überhaupt abschaffen zu können, so hat man heute wieder erkannt, wie notwendig dieses Ventil zur Selbstverteidigung jeder Rechtsordnung ist.

In dieser Erkenntnis liegt zwar eine grosse Gefahr, aber auch eine notwendige Selbstbeschränkung. Gefährlich ist diese Auffassung der ordre public-Klausel (genau gleich wie beim Ausnahmerecht der Verfassung), wenn die enge Grenze der notwendigen Selbstverteidigung überschritten wird. Dann kann die ordre public-Klausel auf dem Gebiete des Privatrechts zum chauvinistischen Instrument werden, genau so wie dies bei der Ausnahmegesetzgebung im Verfassungsrecht möglich ist.

Die Selbstbeschränkung aber liegt darin, dass nur eine „unerträgliche“ Verletzung unseres Gerechtigkeitspostulates die Selbstverteidigung nötig macht. Ob aber die Verletzung „unerträglich“ sei, das ist dem richterlichen Werturteil überlassen. Dies fällt sozusagen in die „Notverordnungsbefugnis“ des Richters, um bei unserem Vergleiche mit dem Verfassungsrecht zu bleiben.

### 3. Die positive und negative Wirkung des ordre public in der bundesgerichtlichen Praxis.

Wir finden vor allem in den älteren Entscheidungen eine ganze Anzahl, die durchaus positiv formuliert sind: D. h. es wird zuerst untersucht, ob die eventuell in Frage



kommende schweizerische Rechtsnorm eine solche „d'ordre public“ sei. Und wenn dies bejaht wird, dann untersucht man gar nicht mehr, ob und welches ausländische Recht zur Anwendung gelangen würde, sondern man wendet einfach die betreffende schweizerische Norm an mit der Berufung darauf, dass sie „um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden sei“. (Vgl. z. B. BGE 31 II 60; 40 II 236; 41 II 141; 58 II 52; 61 II 117.)

Auch Entscheide, die sich materiell gegen die Anwendung des ordre public aussprechen, bleiben oft in diesem Denkschema befangen. So wird etwa festgestellt, dass Art. 308 ZGB oder Art. 185 ZGB „nicht um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt seien“, so dass hier „nicht ausschliesslich schweizerisches Recht zur Anwendung gelange“ (BGE 45 II 505; 55 II 232).

Wenn wir nun aber diese Entscheide, die in dieser positiven Form eine bestimmte schweizerische Rechtsnorm als „d'ordre public“ erklären und ihre „ausschliessliche Anwendbarkeit“ feststellen, näher betrachten, stellen wir fest, dass es sich fast ausschliesslich um Sonderbestimmungen des schweizerischen Rechts handelt, wie die Herabsetzung übermässiger Konventionalstrafen oder die Klaglosigkeit der Differenzgeschäfte usw. und dass vom Gericht dabei einfach stillschweigend davon ausgegangen wird, dass im fremden Recht diese oder ähnliche Schutzbestimmungen für den Schuldner fehlen!

M. a. W. es handelt sich offenbar dabei nur scheinbar um eine positive Funktion des ordre public: Es ist nämlich anzunehmen, dass vom Bundesgericht die ordre public-Klausel auch bei Differenzgeschäften oder bei übermässiger Konventionalstrafe nicht zur Anwendung gebracht würde, wenn im ausländischen Recht, das ohne den ordre public zur Anwendung gelangen würde, entsprechende ähnliche Schutzbestimmungen für den Schuldner vorhanden wären!

Aufschlussreich ist in dieser Beziehung z. B. der Entscheid 59 II 415: Zuerst wird dort nämlich gesagt: Art. 328 ZGB gelte nun auch gegenüber den in der Schweiz nieder-

gelassenen Ausländern; denn er sei um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden (also positive Wirkung), dann aber wird weiter unten in derselben Begründung gesagt: „Nur solches ausländisches Recht kann daher auf dem Weg über Art. 9 und 32 NAG noch zur Anwendung gelangen, das hinsichtlich der Verwandtenunterstützung noch weiter als das ZGB geht.“ (also negative Wirkung.)

In der neueren Praxis dagegen wird nun auch formell eher die negative Wirkung des ordre public in den Vordergrund gestellt: So heisst es z. B. in BGE 63 I 300:

„Im IPR ist die Bedeutung des Vorbehalts die, dass im Inland keine ausländischen Normen angewendet werden, die der inländischen öffentlichen Ordnung widersprechen.“

Oder in Entscheid 64 II 97 wird wie folgt formuliert:

„Wenn auch das Wesen des ordre public kaum in allgemeiner und endgültiger Weise umschrieben werden kann, so lässt sich jedoch mit einiger Bestimmtheit die Aufgabe feststellen, die ihm zugeordnet ist: 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.“

Hier sind zwar noch beide Möglichkeiten vorgesehen: der ordre public soll entweder „die Anwendung eines inländischen Rechtssatzes gewährleisten“ oder die „Anwendung eines ausländischen verhindern“; aber in der Folge wird dann ausschliesslich von der Überprüfung des ausländischen Rechts ausgegangen, nämlich in casu des deutschen Devisennotrechts.

M. E. ist nun die negative Wirkung des ordre public die einzig mögliche, und ich glaube, dass wir zusammenfassend auch die bundesgerichtliche Praxis im Sinne der negativen Funktion auslegen dürfen.

Immerhin ist beim Bundesgericht im Hinblick auf die Unmöglichkeit der Überprüfung ausländischen Rechts

die Gefahr naheliegend, dass unrichtig wie folgt argumentiert wird:

„Wir sind nur zuständig, wenn schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt: Schweizerisches Recht kommt zur Anwendung, wenn in casu eine Norm des *ordre public* in Frage steht. Es ist daher nur noch zu untersuchen, ob dieser oder jener Artikel des OR oder des ZGB um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden sei.“

Diese Argumentation wäre m. E. darum unrichtig, weil die *ordre public*-Klausel nur dann einzuschreiten hat, wenn die Anwendung oder die Wirkung des ausländischen Rechts eine Verletzung des *ordre public* bedeutet.

Eine Überprüfung des ausländischen Rechts durch das Bundesgericht ist somit in jedem einzelnen Falle der Anwendung des *ordre public* unerlässlich, auch wenn das Bundesgericht für die eventuelle nachherige Anwendung des ausländischen Rechts nicht mehr zuständig ist.

Eine entsprechende klarere Praxis wäre in diesem Punkte wünschenswert.

#### 4. Die direkte und indirekte Wirkung des *ordre public* in der bundesgerichtlichen Praxis.

Wir haben die Fragestellung, um die es sich hier handelt, bereits umschrieben:

Soll die *ordre public*-Klausel nur die direkte Anwendung einer konkreten ausländischen Rechtsnorm durch den schweizerischen Richter verhindern können, oder auch die indirekte Wirkung des fremden Rechts überhaupt?

Das Bundesgericht hat dazu in einem Entscheid, BGE 60 II 310 ff., ausdrücklich Stellung genommen. Es handelt sich dort um die Frage, ob die deutschen devisenrechtlichen Zahlungsverbote dem schweizerischen *ordre public* widersprechen, was bekanntlich bejaht worden ist. Der Fall war dort aber insofern etwas besonders gelagert, als der schweizerische Bürge eines deutschen Hauptschuldners ins Recht gefasst wurde.

Die beklagte Gesellschaft wandte nun ein: Ja, einverstanden, diese devisenrechtlichen Vorschriften widersprechen vielleicht unserem ordre public, — aber dann muss vom Bundesgericht doch wenigstens die „Unmöglichkeit der Leistung“ als Tatsache berücksichtigt werden. Der schweizerische Richter habe ja hier gar nicht ausländisches Recht anzuwenden, sondern nur zu beurteilen, ob nicht ausländische Vorschriften eine Unmöglichkeit der Leistung für den Hauptschuldner (und damit auch für den Bürgen) darstellen.

Das Bundesgericht führt dazu aus:

„Diese Unterscheidung ist abwegig und kann aus den von der Vorinstanz dargelegten Gründen nicht zugelassen werden. Ob nämlich ausländische, der einheimischen öffentlichen Ordnung widersprechende Vorschriften direkt oder indirekt auf dem Umwege über ihre tatsächlichen Wirkungen angewendet werden, läuft praktisch auf dasselbe hinaus! Der schweizerische Richter muss deshalb die eine wie die andere Anwendung ablehnen und die Vorschriften also auch in ihren Wirkungen unberücksichtigt lassen.“

Aber dies ist nicht der einzige Entscheid in dieser Richtung:

Schon in BGE 42 II 183 f. war materiell im gleichen Sinne entschieden worden, allerdings ohne ausdrücklichen Hinweis auf die „indirekten Wirkungen“.

In verschiedenen Entscheiden ist auch ausgeführt worden, dass man ausländischen Urteilen die Wirkung in der Schweiz versagen müsse, wenn „durch die Rechtshilfe indirekt Rechtsnormen im Inland zur Wirkung gelangen, die mit dessen öffentlicher Ordnung in Widerspruch stehen“ (so z. B. BGE 63 II 300; 32 I 156).

Ebenso sind verschiedentlich im Auslande erfolgte Eheschliessungen, die nach Art. 7 f. NAG unter Anwendung ausländischen Rechts in Ordnung waren (es handelte sich um die bekannten Bürgerrechtsehen), mit dem Hin-

weis auf den *ordre public* als in der Schweiz ungültig betrachtet worden (so BGE 65 II 133 ff. und 64 II 78).

Wir können daher m. E. die Schlussfolgerung wagen, dass unser Bundesgericht offenbar ganz allgemein den *ordre public* auch auf die indirekten Wirkungen des fremden Rechts ausdehnen will.

Welche praktische Bedeutung dies in seiner äussersten Konsequenz haben kann, möchte ich an einem Beispiel erläutern:

Ein nichtarischer deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in der Schweiz bestellt einen Anwalt in Deutschland als Testamentsvollstrecker. Nach dem Tode des Betroffenen fällt das Vermögen an seine Kinder, die inzwischen emigriert sind. Nach dem Testament soll aber der Testamentsvollstrecker das Vermögen erst auszahlen bei Erreichung des 30. Altersjahres der Erben. Ein Teil des Vermögens liegt in der Schweiz. Eines Tages verfügt nun dieser Testamentsvollstrecker über das bei einer Schweizerbank liegende Depot. Und zwar verlangt er die Überweisung des Depots nach Deutschland. Die Erben widersetzen sich dieser Auslieferung des Depots, da eine Beschlagnahme zu befürchten sei.

Kann nun hier der *ordre public* eingreifen? Sicher nicht, wenn wir uns auf den engen Standpunkt stellen, dass mit der *ordre public*-Klausel nur die Anwendung einer ausländischen Norm verhütet werden könne, die unserem *ordre public* widerspreche. Denn: dass der Testamentsvollstrecker über das Vermögen verfügt, widerspricht unserem *ordre public* absolut nicht, und etwa anderes steht vorerst gar nicht in Frage.

Aber hinter dieser Verfügung steht als indirekte Wirkung die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit einer Enteignung infolge der Rassengesetzgebung. Soll nun nicht diese indirekte Wirkung auch durch die *ordre public*-Klausel verhindert werden können? Ist der Fall nicht so zu behandeln, wie wenn vom Richter die Anerkennung der Rassengesetzgebung verlangt würde?

Nach der vom Bundesgericht entwickelten Theorie der Erstreckung des ordre public auch auf die indirekten Wirkungen, glaube ich, dass man diese Frage bejahen, d. h. im genannten Fall die Auslieferung des Vermögens an den Testamentsvollstrecker in Deutschland verweigern müsste.

Hier berührt sich nun allerdings die Funktion des ordre public mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs.

Abschliessend sei noch bemerkt, dass die Frage der Erstreckung des ordre public auf die indirekten Wirkungen in der Doktrin umstritten ist: Gutzwiller z. B. verlangt die Beschränkung des ordre public auf die Fälle, da man eine konkrete ausländische Rechtsnorm nennen könne, die so horrend sei, dass man sie nicht anwenden dürfe (vgl. Gutzwiller, op. cit. S. 138). Andere Schweizer Autoren wie Mutzner, Beck, Knapp und Marti stehen aber ebenfalls eher auf dem Boden der Wirkungstheorie.

##### 5. Die unbegrenzte oder begrenzte Wirkung des ordre public in der bundesgerichtlichen Praxis. (Frage der Binnenbeziehung.)

Es ist vor allem die Doktrin, die bisher zur Verhinderung einer uferlosen Anwendung des ordre public die Forderung aufgestellt hat, dass die Wirkung des ausländischen Rechts, die mit der ordre public-Klausel verhindert werden soll, eine genügend intensive Beziehung zum Inland haben müsse, damit die ordre public-Klausel aktiv werden könne.

Wenn z. B. eine Privatfirma aus einem kriegführenden Lande A Waren in die Schweiz sendet, und wenn plötzlich seitens einer andern Firma aus einem andern kriegführenden Lande B Rechtsansprüche auf diese Waren geltend gemacht werden mit der Begründung, diese Waren stammten aus Warenlagern, die man ihr im kriegführenden Lande A weggenommen habe, dann besteht u. E. keine Veranlassung, hier die ordre public-Klausel zur Geltung



zu bringen: Beide Parteien befinden sich im Ausland, die angefochtene Beschlagnahme ist ebenfalls im Ausland erfolgt, die einzige Beziehung ist die, dass zufällig diese Ware später in die Schweiz gesandt worden ist.

Ganz anders ist aber der Fall sofort dann, wenn z. B. die betroffene Firma eine schweizerische wäre, weil damit sofort eine viel intensivere Beziehung zu unserer Rechtsordnung bestände, weil dann m. a. W. eine genügende Binnenbeziehung besteht, um den *ordre public* wirksam werden zu lassen.

Das Bundesgericht hat die Frage der Binnenbeziehung bisher ausdrücklich offen gelassen (vgl. BGE 64 II 104: „Solchem Missbrauch will eine in der Wissenschaft vertretene Theorie begegnen, nach der die Berufung auf den inländischen *ordre public* nur zulässig sein soll, wenn der . . . Tatbestand . . . eine sogenannte „Binnenbeziehung“ aufweise (Zitate). Von diesem Standpunkt aus wäre . . . fraglich, ob bei einem Anleihen, das mit der Schweiz überhaupt keine . . . Berührungspunkte hat, von einer Verletzung des . . . o. p. die Rede sein könnte. Im vorliegenden Fall sind jedoch solche Beziehungen vorhanden . . .“; oder BGE 67 II 221: „. . . Es braucht daher auch nicht geprüft zu werden, ob sich die Klägerin deswegen nicht auf unsern o. p. berufen könne, weil es . . . an jeder Beziehung zur Schweiz und zur schweizerischen Rechtsordnung (sog. Binnenbeziehung) fehlt.“).

Aus vereinzelt früheren Entscheiden können wir vielleicht entnehmen, dass auch das Bundesgericht dem Erfordernis der Binnenbeziehung eher positiv gegenübersteht:

So haben z. B. ausländische Ehegatten, die im Ausland Domizil haben, in der Schweiz gegenseitige Ansprüche gegeneinander auf dem Wege der Zwangsvollstreckung zur Exekution bringen wollen. Es erhob sich für das Bundesgericht die Frage, ob das schweizerische Zwangsvollstreckungsverbot hier zur Anwendung zu bringen sei

unter Berufung auf den *ordre public*. Das Bundesgericht lehnte dies ab, aber mit der Bemerkung, die Anwendung des *ordre public* käme unter Umständen in Frage, wenn es sich um schweizerische Ehegatten handeln würde, die im Ausland domiziliert seien (BGE 53 III 37 f.).

Demgegenüber hat sich erst kürzlich wieder das zürcherische Obergericht zum Erfordernis der Binnenbeziehung ablehnend ausgesprochen (vgl. Nr. 65 in Bd. 40 der Bl.f. Zch. Rechtsprechung).

Es kommt bei dieser Frage letzten Endes darauf an, ob man das Schutzobjekt des *ordre public*, das „Rechtsgefühl“, mit dem absoluten Begriff der Gerechtigkeit an sich, oder mit dem sicher nur relativen Begriff des eigenen Strebens nach Gerechtigkeitsverwirklichung, bzw. des Gerechtigkeitspostulates identifiziert. Wenn der Richter sein eigenes „Rechtsgefühl“ der absoluten Gerechtigkeit gleichsetzt, ist allerdings für das Erfordernis der Binnenbeziehung kein Platz mehr vorhanden; dann wird das sich verabsolutierende Gerechtigkeitsgefühl des Richters durch bestimmte ausländische Rechtsnormen immer verletzt sein, mit oder ohne Binnenbeziehung.

Wenn wir aber davon ausgehen, dass kein auch noch so vollkommenes menschliches „Rechtsgefühl“ als Ausdruck der absoluten göttlichen Gerechtigkeit gelten kann, wenn wir das Rechtsgefühl betrachten als abhängig von Zeit, Ort und Umständen, als differenzierbar, als zeitlichen und örtlichen Schwankungen unterworfen, dann müssen wir auch das Erfordernis der Binnenbeziehung bejahen.

Dass unser Gerechtigkeitsgefühl keine absolute Geltung hat, zeigt nun m. E. die Funktion des *ordre public* im intertemporalen Recht: Eine Bestimmung wie diejenige des Art. 2 der Anwendungs- und Übergangsbestimmungen zum ZGB kann nicht anders erklärt werden, als mit einer zeitbedingten Wandlung des Gerechtigkeitsgefühles. Sonst wäre es nicht möglich, bestimmte Normen des alten Rechts, trotzdem sie nach den intertemporalen Kollisions-



regeln noch anzuwenden wären, unter Berufung auf den *ordre public* nicht mehr anzuwenden. Dies kann nur mit einer Wandlung des Rechtsgefühls, also einer Änderung der Auffassung der Gerechtigkeit erklärt werden. Und entsprechend dieser zeitbedingten Gültigkeit des Rechtsgefühls (und damit der Auffassung der Gerechtigkeit) müssen wir auch die Möglichkeit einer örtlichen Differenzierung des Gerechtigkeitsbegriffes anerkennen.

Sobald man aber diese Relativisierung des Gerechtigkeitsbegriffs akzeptiert, wird man auch die absolute Anwendung des *ordre public* nicht mehr ohne weiteres aufrecht erhalten können. Und die Lehre der Binnenbeziehung bedeutet dann m. E. nichts anderes, als den bewussten und gewollten Verzicht des Richters, sein eigenes ort- und zeitbedingtes Gerechtigkeitsgefühl dort zur Anwendung zu bringen, wo der Tatbestand mit diesen örtlichen und zeitlichen Verhältnissen, aus denen heraus sein Begriff der Gerechtigkeit entstanden ist, nichts mehr zu tun hat.

Bei der heutigen Bedeutung des *ordre public*-Problems wäre eine eindeutige Stellungnahme des Bundesgerichts zu dieser Sonderfrage der Binnenbeziehung sehr wünschenswert.

### III. Zusammenfassung.

Wenn ich die Ergebnisse unserer bisherigen Betrachtungen nochmals zusammenfassen darf, lässt sich die Bedeutung des *ordre public* in der bundesgerichtlichen Praxis etwa wie folgt formulieren:

1. Die *ordre public*-Klausel schützt die unserer nationalen Rechtsordnung zugrunde liegenden Gerechtigkeitspostulate. Sie dient der nationalen Selbstverteidigung des Rechts.
2. Die Aufgabe der *ordre public*-Klausel ist die Verhinderung der Wirkung ausländischen Rechts im Inlande.

3. Auch die indirekte Wirkung ausländischen Rechts im Inland fällt unter die ordre public-Klausel.
4. Ob die Aufgabe der ordre public-Klausel beschränkt wird durch das Erfordernis einer genügenden Binnenbeziehung, bleibt vorerst noch offen.

#### **IV. Die Funktion des ordre public in der neueren bundesgerichtlichen Praxis in Bezug auf die Anwendung ausländischen Devisenrechts.**

Wir haben bisher versucht, die bundesgerichtliche Praxis in Bezug auf ihre theoretischen Grundlagen zu analysieren. Es soll nun aber noch in einer kurzen Zusammenfassung wenigstens an einem Beispiel gezeigt werden, wie die richterliche Verteidigung des Postulates der Gerechtigkeit in der Praxis funktioniert, und zwar auf dem Gebiete, auf dem der ordre public in der neueren Praxis am häufigsten zur Anwendung gelangt ist, nämlich auf dem Gebiete der Devisengesetzgebung.

Eine lange Reihe von Entscheiden hat schon seit Jahrzehnten allen durch kriegerische oder revolutionäre Ereignisse bedingten spoliativen Ausnahmegesetzen des Auslandes die Anwendung in der Schweiz verweigert.

Die seinerzeitige Beschlagnahme des Vermögens (besonders auch der Handelsmarken) der Karthäuserkongregation durch den französischen Staat, die verschiedenen gesellschaftlichen oder andern Kriegsmassnahmen gegenüber Angehörigen feindlicher Staaten während des Weltkrieges 1914—18, die entschädigungslose Konfiskation des Sovietstaates gegenüber seinen Bürgern oder Handelsgesellschaften, — alle diese Ausnahmegesetze wurden vom Bundesgericht unter Berufung auf den ordre public nicht angewandt (BGE 31 II 156,; 39 II 652; 42 II 183; 50 II 57; 50 II 513; 51 II 246; 53 III 57; 58 II 125 usw.).

Eine gerade Fortsetzung dieser Linie bildet nun die zahlreiche Judikatur über die Devisenrestriktionen. Zu-

nächst stellt das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1934 fest, dass ein devisenrechtliches Zahlungsverbot eines ausländischen Staates weder den betreffenden ausländischen Hauptschuldner noch dessen schweizerischen Bürgen zu befreien vermöge, da es dem *ordre public* widerspreche. Es begründe auch keine Unmöglichkeit der Leistung (BGE 60 II 310 ff.).

Dann wurde weiter entschieden, dass auch die in einer ausländischen Devisengesetzgebung statuierte Nichtigkeit der Abtretung einer unter das Zahlungsverbot fallenden Forderung gegen den *ordre public* verstosse. Dabei spiele keine Rolle, dass der Zessionär die Forderung billiger erworben habe. Die Schweiz habe auch nicht durch den Abschluss eines Verrechnungsabkommens mit dem betreffenden Staate indirekt dessen Devisenrestriktionen anerkannt, denn sie habe sich damit nur „so gut sie konnte“ verteidigt (BGE 61 II 246 ff.; 62 II 110; 63 II 44).

Immerhin stellt dann das Bundesgericht wenig später fest, dass ein Clearingvertrag, und zwar auch ein solcher, an dem die Schweiz nicht beteiligt sei, nicht gegen den schweizerischen *ordre public* verstosse, und dass ein Zahlungsverbot eines solchen Clearingvertrages in der Schweiz gültig sei, und vom Schweizer Bürgen des ausländischen Hauptschuldners geltend gemacht werden könne (BGE 63 II 313). Ja das Bundesgericht fühlt sich gedrängt, in seinem Entscheid eine Erklärung seiner früheren Ansicht zu geben, wonach der Abschluss eines Clearingabkommens durch die Schweiz keine Anerkennung der Devisenvorschriften des betreffenden ausländischen Staates enthalte. Es sagte nämlich: Bei jenem Entscheide habe es sich um die Abtretung einer Kapitalforderung gehandelt, die nicht unter das deutsch-schweizerische Verrechnungsabkommen falle, und darum habe man dort den *ordre public* anwenden können. Der *ordre public* könne aber dort natürlich nicht mehr funktionieren, wo durch das Clearingabkommen beide Staaten vertraglich Zahlungsbeschränkungen eingeführt hätten.

Dieser neue Entscheid bedeutet trotz dieser sehr plausiblen Erklärung m. E. ein leichtes Zurückweichen des Bundesgerichts. Denn früher war motiviert worden, dass der Abschluss eines Verrechnungsabkommens der Schweiz mit einem Auslandstaat darum nicht die Anwendung des ordre public verhindere, weil es nur eine Massnahme gewesen sei, um die unheilvollen Folgen jener ausländischen Devisengesetzgebung für die schweizerische Volkswirtschaft durch Gegenmassnahmen zu mildern.

In einem weiteren Entscheid setzt sich dann das Bundesgericht mit der Kritik auseinander, die sich im Ausland gegen die Anwendung der ordre public-Klausel gegenüber der Devisengesetzgebung erhoben hatte. Und hier wird nun scharf abgegrenzt: Nicht darum, weil die ausländische Devisengesetzgebung eine Notmassnahme sei und in private Rechte eingreife, werde ihre Anwendung in der Schweiz abgelehnt, solche Eingriffe kämen auch bei uns vor (Abwertung etc.). Die Verletzung des ordre public ergebe sich daraus, dass sich die betreffenden Devisenvorschriften ihrem Wesen nach einseitig und ausschliesslich gegen ausländische Gläubiger richten. Hier habe der ordre public als „aus der Not der Zeit heraus geborener wirtschaftlicher Selbstschutz des Landes gegenüber egoistischen Zwangsmassnahmen eines Auslandstaates“ einzugreifen (64 II 97 ff.).

Diese kurze Zusammenstellung bestätigt nochmals an dem einen Beispiel der Anwendung fremder Devisenvorschriften die von uns schon oben ganz allgemein abgeleiteten Grundsätze. Nie wird schablonenmässig vorgegangen, etwa in der Weise, dass einfach in Bausch und Bogen die gesamte Devisengesetzgebung als nicht existent erklärt wird. Immer untersucht das Gericht die Auswirkung im einzelnen Fall. Und eingegriffen wird nur dort, wo tatsächlich das Postulat der Gerechtigkeit, wie das Bundesgericht es versteht, in unerträglicher Weise verletzt ist; und darin liegt die grosse Bedeutung dieser Entscheide: Sie halten sich frei von

unfruchtbarer Systematik und schablonenmässigen Theorien aller doktrinären Lösungsversuche.

Sie tragen damit m. E. mehr zur Erkenntnis dieses schwierigen Problems des ordre public bei, als Dutzende von wissenschaftlichen Arbeiten, die sich um eine abstrakte normlogische Lösung bemühen, die es nicht geben kann.

---