

Bibliothek des Breslauer Jüdisch-Theologischen Seminars

(Breslauer Seminarbibliothek)

Antworten zu den Zusatzfragen vom 2. September 2024

zum

Gutachten vom 25. August 2024

**zu Status aus rechtlicher, historischer und religiöser Sicht sowie strategische
Handlungsoptionen für den künftigen Umgang**

von

Andrea F. G. Raschèr & Olaf S. Ossmann

Zürich & Winterthur 8. Oktober 2024

Inhaltsverzeichnis

A.	Ausgangslage und Fragestellung	3
1.	Frage 1.....	3
2.	Frage 2.....	3
3.	Frage 3.....	3
4.	Frage 4.....	3
B.	Vorgehen und Verhältnis zum Gutachten vom 25. August 2024	4
C.	Der SIG als Eigentümer	5
D.	Zulässigkeit der Eigentumsweitergabe durch Fiduziar an Stiftung	7
E.	Drittansprüche und Treu und Glauben.....	10
1.	Ursprüngliche Rechtsnachfolge.....	10
2.	Rechtsnachfolge in die vertragliche Position der JCR Inc.	11
F.	Schadenersatzpflicht.....	14
1.	Klage gegen den SIG nach Übereignung der Breslauer Schriften an eine Schweizer Stiftung	14
2.	Klage gegen den SIG nach Übereignung der Breslauer Schriften an einen minder berechtigten Dritten.....	15
G.	Neuere rechtliche Entwicklungen.....	17
1.	Verordnung über die unabhängige Kommission für historisch belastetes Kulturerbe (VUKBK)	17
2.	Trust.....	17
H.	Schlussbetrachtung	19
1.	Stiftung: Statuten, Zweck und Besetzung Stiftungsrat.....	20
2.	Transparente Kommunikation.....	23
3.	Dokumentation und Veröffentlichung der Rechtsgrundlage	23
4.	Best practice	24
5.	Finanzierung	24

A. Ausgangslage und Fragestellung

1 Mit Mails vom 2. September stellte der SIG folgende Fragen zum Gutachten vom 25. August 2024 über den Status der Bibliothek des Breslauer Jüdisch-Theologischen Seminars (Breslauer Seminarbibliothek).

1. Frage 1

2 Wäre es nach Schweizer Recht zulässig, dass der SIG als nur «treuhänderischer Eigentümer» an den Breslauer Beständen das Eigentum weitergibt an eine Stiftung, an welcher noch andere beteiligt sind?

2. Frage 2

3 Kann sich der SIG danach auf Treu und Glauben berufen, falls zu einem späteren Zeitpunkt doch noch Drittansprüche an den Breslauer Beständen geltend gemacht werden?

3. Frage 3

4 Oder kurz und knapp gefragt: Wie kann der SIG etwas weitergeben, bei dem er nicht Eigentümer nach ZGB ist?

4. Frage 4

5 Und zwar könnte der SIG in irgendeiner Form schadenersatzpflichtig werden, wenn er das «treuhänderische» Eigentum an einen Dritten (Stiftung) herausgibt?

B. Vorgehen und Verhältnis zum Gutachten vom 25. August 2024

- 6 Im Folgenden werden die Fragen nach Themen gegliedert. Am Ende werden die Erkenntnisse in einer Schlussbetrachtung zusammengefasst.
- 7 Die Verweisungen beziehen sich auf die Randziffern und die Anhänge im Gutachten vom 25. August 2024 über den Status der Bibliothek des Breslauer Jüdisch-Theologischen Seminars (Breslauer Seminarbibliothek).
- 8 Im Gutachten wurde ausgeführt, dass der Sachverhalt möglicherweise als «Schenkung unter Auflage» qualifiziert werden könnte (Rz. 512 ff.). Die Fragen des SIG beziehen sich nicht auf diese Variante, daher werden die Ausführungen im Gutachten hier nicht wiederholt. Wo zweckdienlich wird auf diese Variante verwiesen, um gegebenenfalls Unterschiede oder Gemeinsamkeiten hervorzuheben.

C. Der SIG als Eigentümer

9 Die Eingangsfrage ist die Frage 3: Dieser liegt die Problemstellung zugrunde, ob der SIG Eigentümer geworden ist oder nicht.

10 In Artikel 2 erster Absatz der Vereinbarung vom 28. März 2019 zwischen dem SIG und der Israelitischen Cultusgemeinde Zürich (ICZ) ging der SIG selbst davon aus, dass er [«fiduziarischer»] Eigentümer sei (vgl. Anhang 3). Zwar finden sich in den Akten des SIG auch Protokolle, in welchen der SIG noch annahm, er sei nicht Eigentümer. Der Sprachgebrauch vom 28. März 2019 ist der zeitlich letzte und inhaltlich klarste Ausdruck des Selbstverständnisses des SIG.

11 Zweitens ist der SIG sowohl unter dem Szenario «Schenkung unter Auflage» (Rz. 512 ff.) als auch unter dem Szenario «Treuhand» (Rz. 516 ff.) Eigentümer. Das einzige Szenario, in dem der SIG *nicht* Eigentümer wäre, wäre unter einer rein vertraglichen Abmachung, also aufgrund einer Leihe, einer Hinterlegung, oder einem ähnlichen Vertragsverhältnis (Rz. 521 ff.). Der SIG müsste also darlegen, dass er sich (relativ) beständig als besitzender Nichteigentümer verstanden hat, und die Formulierung im Vertrag vom 28. März 2019 eine erratische Entgleisung darstellt.

12 Es würde sich hier nicht um einen Fall von *causa data non secuta* [der Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung ist nachträglich weggefallen] handeln, sondern dass der SIG im Nachhinein – nach dem 28. März 2019, beinahe 70 Jahre nach der Transaktion – einen versteckten Dissens entdeckt hat (ein blosser Mentalvorbehalt wäre nicht zu beachten). Selbst wenn man dieser Argumentation folgen würde, ist nicht ganz klar, wohin sie führt: Eine Leihe oder Hinterlegung müsste auch von der Gegenpartei beabsichtigt gewesen sein, ansonsten befindet sich der SIG eventuell in der Position eines Geschäftsführers ohne Auftrag. Ob ein Schweizer Gericht angesichts der Beweislage auf eine solche Interpretation eingeht, ist höchst unklar.

13 Schlussendlich ist es ein mit der Frage befasstes Gericht, welches über die Rechtsfragen befindet (nach dem Grundsatz *iura novit curia* – vgl. Rz. 476 ff., Art. 57 ZPO). Es berücksichtigt dabei die Willensäusserungen des SIG; diese sind jedoch nicht bestimmend. Ein Gericht wird den Sachverhalt nach freiem Ermessen werten (vgl. Art. 157 ZPO).

- 14 Um die verschiedenen Risiken umfassend darstellen zu können, wird vorliegend auch davon ausgegangen, dass die Variante «SIG als blosser besitzender Nichteigentümer» bestehen könnte.
- 15 Zur Vermeidung von allfälligen Missverständnissen sei noch einmal betont, dass es nach Schweizer Zivilgesetzbuch nur *eine* Form des Eigentums gibt (Rz. 483). Fiduziarisches Eigentum unterscheidet sich vom «normalen» Eigentum nicht in sachenrechtlicher Hinsicht, sondern durch ein zusätzliches vertragliches Element.

D. Zulässigkeit der Eigentumsweitergabe durch Fiduziar an Stiftung

16 Der Frage 1 liegt die Problemstellung zugrunde, ob die Eigentumsweitergabe durch einen Fiduziar an eine Stiftung zulässig ist.

17 Diese Frage besteht – soweit ersichtlich – aus zwei Teilen:

1. Wäre es nach Schweizer Recht zulässig, dass der SIG als nur «treuhänderischer Eigentümer» an den Breslauer Schriften das Eigentum an eine Stiftung weitergibt?
2. Wäre es nach Schweizer Recht zulässig, wenn an dieser Stiftung noch andere «beteiligt» sind?

18 Zum zweiten Teil der Frage ist anzumerken, dass eine Stiftung keine «Beteiligten» hat. Die Stiftung ist ein verselbständigtes Zweckvermögen (Art. 80 ZGB). Als solche wird sie verwaltet von einem Stiftungsrat (Art. 83-83d ZGB) und steht unter öffentlicher Aufsicht (Art. 84 ZGB). Auch wenn der Stiftungsrat divers ausgestaltet wird und Repräsentant*innen verschiedener Organisationen Einsitz nehmen (*in casu* wären dies die wichtigsten Stakeholder – zum Begriff vgl. Rz. 787 ff.), so handelt der Stiftungsrat dennoch immer als Organ und ist an die Stiftungsurkunde gebunden. Die Einhaltung der Vorgaben in der Stiftungsurkunde wird durch die öffentliche Aufsicht gewährleistet. Dieser Aspekt der Frage hat daher auf die Antwort keinen Einfluss.

19 Der erste Teil der Frage zerfällt wiederum in zwei Aspekte, die für das Treuhandverhältnis typisch und charakteristisch sind: Ob der SIG als Fiduziar *kann*, und ob er *darf* (vgl. BGE 119 II 326 m.w.N. auch zum Aussen- und Innenverhältnis).

20 Die Treuhandschaft ist ein Innominatvertrag und im OR nicht geregelt. Sie ist jedoch in Lehre und ständiger Rechtsprechung als Institut des Schweizer Rechtes anerkannt (zuletzt eingehend der zitierte BGE 119 II 326). Der Rechtsprechung folgend wird im Weiteren unter «Fiduziant» der Treugeber verstanden, und unter «Fiduziar» die Person, welche die Werte als Treuhänderin hält.

21 Der Fiduziar ist gemäss ZGB vollumfänglich Eigentümer der fiduziarisch (d.h. treuhänderisch) übereigneten Sache und *kann* rechtswirksam darüber

verfügen. In der Regel ist es genau der Sinn der Treuhandschaft, dass der Fiduziar gegen aussen als Prinzipal auftritt.

22 Die Frage nach dem *Dürfen* ist eine Frage des Vertragsrechts, nicht des Sachenrechts: Der Fiduziar *darf* vertraglich von dieser überschüssenden Rechtsmacht nur im vereinbarten Rahmen Gebrauch machen.

23 Wertet man die Stellung des SIG als Fiduziar, dann muss sich der Rahmen seines Dürfens nach dem Vertrag beurteilen, aufgrund dessen der SIG die Breslauer Schriften anvertraut und übereignet erhalten hat. Das einzige Dokument, das hierzu existiert, ist die Vereinbarung zwischen der JCR Inc. und dem SIG vom 12. April 1950 (Rz. 305 und Anhang 2).

24 Der Text der Vereinbarung ist sehr kurz. Von den vier Artikeln der Vereinbarung enthalten der erste und der vierte Verfügungsbeschränkungen.

25 Der vierte Artikel sieht lediglich vor, dass die JCR Inc. übertragene Bücher zurückfordern kann, sollte sich innert zwei Jahren nach Abschluss der Vereinbarung ein besser Berechtigter bei der JCR Inc. melden. Die Zweijahresfrist ist nach Lehre eine Verwirkungsfrist (Rz. 507); auch dient die Bestimmung dem Schutz der JCR Inc., welche in der Zwischenzeit ja aufgelöst worden ist (Rz. 508). Aus dieser Bestimmung lässt sich also keine noch andauernde Verfügungsbeschränkung ableiten.

26 Der erste Artikel bestimmt, dass einzelne Bücher ohne die Zustimmung der JCR Inc. nicht verkauft oder getauscht werden dürfen. Von der Auslegung her beabsichtigt diese Bestimmung, dass die Sammlung als solche erhalten bleiben soll. Da die Übereignung an die Stiftung die Gesamtheit der Breslauer Schriften erfassen würde, kann hieraus ebenfalls keine Beschränkung abgeleitet werden.

27 Für weiterführende Wegleitungen muss der Hintergrund der Transaktion genauer analysiert werden. Gesellschaftszweck der JCR Inc. war es, endgültige Dispositionen hinsichtlich «erbenloser Kulturgüter» für das «Jüdische Volk» vorzunehmen. Diese Kulturgüter wurden gemäss Literatur der JCR Inc. mit der Auflage übertragen, für diese Kulturgüter eine Lösung zu finden, welche sie dem «Jüdischen Volk» als unverfasster Gesamtheit erhält (Rz. 148 ff.). Obwohl dies in der Vereinbarung zwischen JCR Inc. und SIG nicht ausdrücklich

wiederholt wird, ist davon auszugehen, dass diese Vorgabe der Vereinbarung zugrunde liegt.

28 Solange also die Disposition des SIG sich innerhalb dieser Vorgabe bewegt, dürfte die entsprechende Disposition unter dem Blickwinkel des fiduziarischen Verhältnisses zulässig sein.

29 Zwei weitere Überlegungen können zur Auslegung herangezogen werden.

30 In einer früheren Fassung des Textes der Vereinbarung zwischen JCR Inc. und SIG vom 21. Januar 1950 war ein fünfter Artikel vorgesehen, in dem sich die JCR Inc. vorbehielt, eine Menge an Büchern (maximal 10%) zurückfordern zu können, um diese anders zu verteilen (Rz. 301). Einerseits wurde diese Bestimmung nicht in die gültige Vereinbarung übernommen; andererseits wäre auch diese Bestimmung auf zwei Jahre beschränkt gewesen. In der Gesamtschau hätte diese Bestimmung also die vorne festgestellte Schlussfolgerung nicht verändert.

31 Es wäre der JCR Inc. unbenommen gewesen, in der Vereinbarung ein allgemeines Rückforderungsrecht vorzusehen; dies hat die JCR Inc. nicht getan, wie auch (soweit ersichtlich) in keiner anderer ihrer Dispositionen. Tatsächlich hat die JCR Inc. alle der ihr übertragenen «erbenlosen Kulturgüter» zugunsten des «Jüdischen Volkes» verteilt; sie hat keine zurückbehalten, und auch keine organisatorischen Massnahmen getroffen, allenfalls bei der JCR Inc. verbliebene Rechte, geschweige denn aus irgendeinem Grund an sie zurückfallende Güter zu verwalten (Rz. 508 ff.). Alternativen zum SIG gab es zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung, und die JCR Inc. hat die ihr übergebenen Bestände aus dem Breslauer Rabbinerseminar auf verschiedene Empfänger verteilt. Das Fehlen einer Bestimmung, welche die Verfügungsbefugnis des SIG weiter beschränkt, als es die allgemeine Vorgabe vorsieht, ist daher als qualifiziertes Schweigen zu bewerten.

E. Drittsprüche und Treu und Glauben

32 Der Frage 2 liegt die Problemstellung zugrunde, ob sich der SIG (nach Einbringen der Breslauer Schriften in eine Stiftung) auf Treu und Glauben berufen kann, falls zu einem späteren Zeitpunkt doch noch Drittsprüche an den Breslauer Beständen geltend gemacht werden.

33 Vorfrageweise muss bei der Geltendmachung von Drittsprüchen gefragt werden, ob der Drittsprecher eine Nachfolge in die Rechtsstellung des Breslauer Rabbinerseminars geltend macht (Ursprüngliche Rechtsnachfolge), oder in die Rechtsstellung der JCR Inc. (Rechtsnachfolge in die vertragliche Position der JCR Inc.): vgl. allgemein Rz. 531 ff.

34 Theoretisch wäre noch eine Geltendmachung in der Rechtsstellung des Begünstigten des Treuhandverhältnisses («Das Jüdische Volk») denkbar. Dieser würde aber an dem mangelnden Herausgabeanspruch (vgl. Rz. 455 Fn. 233) und dem Mangel der verbindlichen Feststellbarkeit eines Vertreters für diesen Begünstigten scheitern.

1. Ursprüngliche Rechtsnachfolge

35 Sollte ein Ansprecher eine Nachfolge in die Rechte des Breslauer Rabbinerseminars geltend machen wollen, müsste er zunächst darlegen, dass die unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg vorgenommenen Zuteilungen nicht endgültig waren (vgl. Rz. 461 und dort erwähnte Überlegungen). Einer solchen Argumentation stehen sowohl der Wortlaut des Instrumentes der JCR Inc., wie auch den zeitgenössischen Quellen, wie auch den seither entwickelten Lehre entgegen. Rechtsprechung dazu gibt es, soweit wir ersehen können, keine. Bislang ist noch keine entsprechende Zuteilung rückgängig gemacht worden.

36 Sollte ein Ansprecher in dieser Hinsicht erfolgreich sein, müsste er anschliessend auch nachweisen, dass er (alleine) der Rechtsnachfolger ist. Da bislang keine Person eine Rechtsnachfolge geltend gemacht hat, kann die Aussicht auf Erfolg nicht beurteilt werden.

37 Da der SIG die Breslauer Schriften nicht mehr besitzt (unter der Annahme, dass die Lösung Schweizer Stiftung realisiert wurde), kann der Ansprecher nicht mit

einer Eigentumsklage gegen den SIG vorgehen; diese muss sich gegen den aktuellen Besitzer richten. Gemäss ZGB wird vom Besitzer einer Sache vermutet, er sei ihr Eigentümer (Art. 930 I ZGB). Diese Vermutung kann widerlegt werden, es obliegt aber dem Ansprecher, sein besseres Recht darzulegen. Erst wenn die Klage gegen die Stiftung fehlschlägt, ist möglicherweise ein Schaden entstanden. *Kein* Schaden ist entstanden, wenn es dem Ansprecher nicht gelingt, sein Eigentum zu beweisen.

38 Genau genommen hat die ICZ die Sachherrschaft über die Breslauer Schriften. Da die ICZ die Breslauer Schriften jedoch lediglich aufgrund eines Vertrages hält und selber keinen Eigentumsanspruch erhebt, ist sie allenfalls unselbstständige Besitzerin. Selbständige Besitzerin bliebe die Stiftung (Art. 920 ZGB). Die Stiftung wäre daher für eine Eigentumsklage passivlegitimiert, sie wäre also diejenige Partei, die verklagt werden müsste, wenn die Klage Aussicht auf Erfolg haben soll.

39 Ein Schaden würde dann entstehen, wenn der Ansprecher zwar die Eigentumsvermutung widerlegen und sein besseres Recht beweisen kann, aber die Breslauer Schriften nicht erhält – und der Grund für diesen Nichterhalt in den Handlungen des SIG liegt. Ob der SIG für diesen Schaden behaftet werden kann, beurteilt sich nach den Regeln des OR zur Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR). Ein Kläger müsste (kumulativ) nicht nur den Schaden darlegen, sondern auch, dass die Handlungen des SIG diesen Schaden widerrechtlich adäquat kausal verursacht haben; die Beweislast liegt bei einem potenziellen Kläger.

2. Rechtsnachfolge in die vertragliche Position der JCR Inc.

40 Ein Ansprecher müsste in dieser Variante darlegen, dass das Instrument, unter dem die JCR Inc. die Breslauer Schriften dem SIG zuteilte, nicht eine Schenkung unter Auflage beabsichtigte, sondern entweder eine Treuhandschaft oder ein rein vertragliches Verhältnis wie etwa Leihe oder Hinterlegung.

41 Sollte dies gelingen, dann müsste der Ansprecher nachweisen, dass die mit dem entsprechenden Vertrag verbundenen Rechte *vor* der Auflösung der JCR Inc. an den Ansprecher übergegangen sind. Der Sachverhalt gibt keine Hin-

weise darauf, dass eine solche Verfügung stattgefunden hätte oder zu irgendeinem Zeitpunkt beabsichtigt war. Jede zum Zeitpunkt der Auflösung der JCR Inc. noch in der Gesellschaft verbliebenen Rechte sind mit der Auflösung wahrscheinlich an den Bundesstaat New York heimgefallen (Rz. 509).

42 Sollte das Schweizer Gericht befinden, die Vereinbarung zwischen JCR Inc. und SIG sei als Schenkung unter Auflage zu qualifizieren, dann hat selbst ein legitimer Nachfolger in die Rechtsposition der JCR Inc. keine Rechte mehr; allenfalls könnte der Nachfolger eine Petition an die Aufsichtsbehörde richten, für die Durchsetzung der Auflage (welche im öffentlichen Interesse gemacht wurde) zu sorgen.

43 Sollte ein Schweizer Gericht befinden, die Vereinbarung zwischen JCR Inc. und SIG sei als fiduziarische Übereignung zu qualifizieren (wie dies der SIG im Vertrag vom 28. März 2019 festhielt), dann ist – wie vorne ausgeführt – der SIG Eigentümer der Breslauer Schriften nach ZGB und hat das vollumfängliche Verfügungsrecht. Die Verfügungsbefugnis richtet sich dann nach den Bestimmungen des vertraglichen Innenverhältnisses.

44 Wie vorne ausgeführt ist es unserer Ansicht nach gemäss Treu und Glauben naheliegend oder mindestens vertretbar, den Text der Vereinbarung unter Einbezug der verfügbaren Materialien so auszulegen, dass eine Übereignung an eine Schweizer Stiftung von der fiduziarischen Abmachung gedeckt ist. Auch kann dem SIG nicht vorgeworfen werden, er habe sich leichtfertig auf die Transaktion eingelassen – das Gutachten ist der Beleg dafür, dass der SIG sich ernsthaft und eingehend mit der Problematik befasst hat. Selbst wenn ein Gericht befinden sollte, dass der SIG seine Befugnis überschritten hat, dann ist daraus nicht schon ein Schaden entstanden, da die Breslauer Schriften noch immer existieren und vom gegenwärtigen Besitzer vindiziert werden könnten.

45 Wollte der SIG sich von seiner im Vertrag vom 28. März 2019 festgehaltenen Position, er sei (fiduziarischer) Eigentümer der Breslauer Schriften, abrücken und sei stattdessen blosser Besitzer aufgrund Vertrag (Leihe oder Hinterlegung), und sollte das Schweizer Gericht dieser Interpretation folgen, dann ist die Sachlage anders.

46 In einem ersten Schritt müsste bestimmt werden, wer der Rechtsnachfolger der JCR Inc. ist, und somit Eigentümer der Breslauer Schriften. Naheliegendster

Rechtsnachfolger ist vermutlich der Bundesstaat New York (vgl. Rz. 509). Selbst eine gerichtliche Entscheidung dieser Frage würde dem SIG keine Sicherheit verschaffen, da eine gerichtliche Entscheidung regelmässig nur *inter partes* [zwischen den Parteien] Wirkung entfaltet und den SIG unter Umständen nicht davor schützt, von einem konkurrierenden Ansprecher vor einem anderen Gericht in einer anderen Rechtsordnung verfolgt zu werden. Insbesondere kann der SIG sich nicht damit behelfen, er habe sich in gutem Glauben um die Eigentümerschaft befunden; selbst wenn der gute Glauben sich beweisen liesse, so mindert er höchstens die Schuld und damit eine allfällige Schadenersatzpflicht, hebt sie aber nicht auf (Art. 43 II OR). Das dingliche Recht des wahren Eigentümers wird davon nicht betroffen.

47 Selbst wenn sich ein universell anerkannter Rechtsnachfolger bestimmen liesse, muss der SIG sich immer noch gewahr sein, dass der Eigentümer eventuell allfällige Verluste und Qualitätseinbussen bei den Breslauer Schriften, die ein annehmbares Mass an normaler Abnutzung übersteigen, dem SIG anlasten kann (Art. 307 I, 474 II OR). Wird die Vereinbarung gar als blosse Hinterlegung qualifiziert, dann müsste der SIG auch rechtfertigen, weshalb er – entgegen den subsidiären Bestimmungen im OR – die Sachen gebraucht hat (Art. 474 OR).

F. Schadenersatzpflicht

48 Die Frage 4 betrifft die Problemstellung, ob der SIG schadenersatzpflichtig werden könnte, falls er das «treuhänderische» Eigentum an einen Dritten (Stiftung) herausgibt.

49 Eingangs ist festzuhalten, dass ein Anspruch sich immer darauf richtet, die Herausgabe der Breslauer Schriften zu erlangen; als Kulturgut sind die Breslauer Schriften nicht fungibel, ein Ansprecher kann also nicht geltend machen, eine Geldleistung sei gleichwertig mit der Sache.

50 Erst wenn der Ansprecher die Sache nicht mehr herausfordern kann, stellt sich die Frage nach Schadenersatzpflicht. Eine solche kann sich daraus ergeben, dass die Sache (i) untergegangen ist oder (ii) rechtlich oder (iii) tatsächlich nicht mehr herausgefordert werden kann, bzw. es für den Ansprecher unzumutbar wäre, gegen den gegenwärtigen Besitzer, bzw. die das Eigentum beanspruchende Person vorzugehen.

1. Klage gegen den SIG nach Übereignung der Breslauer Schriften an eine Schweizer Stiftung

51 Im Folgenden soll geprüft werden, welches die Situation bei einer Klage gegen den SIG nach Übereignung der Breslauer Schriften an eine Schweizer Stiftung wäre.

52 Mit einer Überführung in eine Schweizer Stiftung gehen die Breslauer Schriften nicht unter.

53 Eine Schweizer Stiftung ist eine juristische Person des Privatrechts. Sie genießt keine Immunität, kann also genauso verklagt werden wie der SIG. Auch bestehen keine tatsächlichen Hindernisse, wie etwa entstehen würden, sollte der SIG die Breslauer Schriften in eine fremde Rechtsordnung übergeben, in welcher der Zugang zu den Gerichten nicht in ähnlicher Weise wie in der Schweiz gesichert ist.

54 Sollte der Kläger gegen die Stiftung vorgehen und die Herausgabe nicht erreichen können, so kann der Ansprecher nur dann einen Schaden geltend

machen, wenn der Grund für den Fehlschlag erstens darin liegt, dass der SIG die Breslauer Schriften an die Stiftung übereignet hat, und zweitens dies schuldhaft (mindestens fahrlässig) verursacht hat. Eine solche Konstellation zu konstruieren ist schwierig. Gemäss dem Grundsatz *nemo plus iuris transferre potest quam se ipse habet* [Niemand kann mehr Rechte oder ein besseres Recht übertragen als die oder das eigene] (Rz. 484) kann der SIG ja der Stiftung nicht zu einer besseren Rechtsposition verhelfen, als die er gegenwärtig innehat. Eine Situation ist nicht auszumachen, in der eine Herausgabeklage gegen den SIG erfolgreich gewesen wäre, aber dieselbe, diesmal gegen die Stiftung gerichtete Klage, vor demselben Gericht in derselben Rechtsordnung, fehlschlägt. Hat die Übereignung der Breslauer Schriften an die Stiftung keinen Schaden verursacht, wird auch eine Schadenersatzklage erfolglos sein.

55 Der Vollständigkeit halber sei zugestanden, dass ein Ansprecher sowohl die Stiftung wie auch den SIG verklagen würde. Da der SIG aber allenfalls subsidiär für verursachten Schaden haftet, hat eine solche Klage für den SIG den Vorteil, dass er am Prozess beteiligt ist und verhindern kann, dass die Stiftung im Prozess Zugeständnisse macht, die für den SIG präjudiziell sein können.

56 Diese Situation sollte in einer allfälligen Vereinbarung zwischen dem SIG und der zu gründenden Stiftung berücksichtigt werden.

2. **Klage gegen den SIG nach Übereignung der Breslauer Schriften an einen minder berechtigten Dritten**

57 Im Folgenden soll geprüft werden, welches die Situation bei einer Klage gegen den SIG nach Übereignung der Breslauer Schriften einen minder berechtigten Dritten wäre.

58 Ausgangslage ist hier, dass die Breslauer Schriften nicht an eine Schweizer Stiftung übergehen, sondern beim SIG verbleiben. Ein dritter Ansprecher fordert sodann vom SIG die Herausgabe der Breslauer Schriften, dem der SIG auch entspricht. In der Folge präsentiert sich ein vierter Ansprecher, der ein besseres Recht geltend macht. Da der SIG die Breslauer Schriften nicht mehr hat, richtet sich die Klage auf Schadenersatz.

59 Die möglichen Szenarien sind hier so vielfältig, dass keine eindeutigen Erörterungen vorgenommen werden können. Wahrscheinlich ist jedoch, dass sich die Breslauer Schriften dann nicht mehr in der Schweiz befinden, die primäre Klage (d.h. die Klage auf Herausgabe der Breslauer Schriften) also vor einem ausländischen Gericht erfolgt, und die Schadenersatzklage gegen den SIG dort adhäsionsweise (sofern dies von der ausländischen Zivilprozessordnung zugelassen wird) anhängig werden könnte. Es sind auch Szenarien denkbar, in denen die neue Eigentümerin als Person des öffentlichen Rechts (z.B. der Bundesstaat New York) Immunität genießt und nicht verklagt werden kann, sodass eine Schadenersatzklage gegen den SIG der einzige verbleibende Rechtsweg ist.

60 Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass eine solche Situation *nach* Übereignung der Breslauer Schriften an eine Schweizer Stiftung nicht möglich ist, da in einem solchen Fall der problematische Schritt, nämlich die Herausgabe der Schriften an einen minder Berechtigten, nicht vom SIG vorgenommen wird, sondern von der Stiftung, und allfällige Schadenersatzansprüche sich dann gegen die Stiftung richten müssen.

G. Neuere rechtliche Entwicklungen

1. Verordnung über die unabhängige Kommission für historisch belastetes Kulturerbe (VUKBK)

61 Es sei angemerkt, dass der Bundesrat am 1. Januar 2024 die «Verordnung über die unabhängige Kommission für historisch belastetes Kulturerbe (VUKBK)» in Kraft gesetzt hat, deren Ausgestaltung, Verfahren und genauer Wirkungsbereich aber noch durch das Parlament auf Gesetzesstufe geklärt werden müssen. Vor einer solchen Kommission sollen auch Ansprüche auf Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogener Kulturgüter verhandelt werden. Das dortige Verfahren wird sich wesentlich nach den Washington Principles 1998 und Folgeerklärungen richten (vgl. Rz. 568 ff.).

62 Nach der bisherigen Praxis vor vergleichbaren Gremien in europäischen Nachbarländern stehen sich in derartigen Verfahren die ehemaligen Eigentümer bzw. der Rechtsnachfolger und die heutigen Eigentümer gegenüber.

63 Auch wenn die geplante Kommission bloss nicht-bindende Empfehlungen abgeben kann, so können diese jedoch einen hohen politischen Druck auf heutige Eigentümer zur Findung fairer und gerechter Lösungen ausüben.

2. Trust

64 Der Trust ist eine dem Common Law eigene Rechtsfigur; er lässt sich in zivilrechtlichen Rechtsordnungen nicht einordnen oder nachbilden (Rz. 25 ff., 523 ff.). In der Schweiz ist der Trust unbekannt, aber es gibt Bestrebungen, eine Trustvariante in der Schweiz nachzubilden, wie dies andere zivilrechtliche europäische Länder – z.B. Liechtenstein und Luxemburg – bereits getan haben. Der zivilrechtliche Trust entspricht nicht im vollen Umfang dem *trust* des Common Law, sondern ist lediglich in einigen Kernaspekten nachgebildet.

65 In allen Nachbildungen ist der zivilrechtliche Trustee vollumfänglich Eigentümer des Trustgutes (wie auch im Common Law). Im Unterschied zum Common Law bildet das zivilrechtliche Trustgut jedoch nicht ein selbständiges Sondervermögen. An die Sonderposition des Trustgutes im Common Law nähert man

sich stattdessen dadurch an, dass das Trustgut durch Konkursprivilegien verstärkt geschützt wird.

66 Der zivilrechtliche Trust ist *nicht* auf Dauer angelegt; dafür genügt das im Schweizer Recht bereits bestehende Institut der Stiftung vollkommen.

67 Andere Situationen, in denen sich das Common Law mit Trusts behilft (z.B. Geschäftsführung ohne Auftrag), werden durch den zivilrechtlichen Trust nicht nachgebildet und sind auch nicht nötig, da das Obligationenrecht dafür bereits Institute vorsieht.

68 Der Trust ist in der Schweiz (noch) nicht eingeführt. Sollte er eingeführt werden, ist naheliegend, dass die Schweiz dem zivilrechtlichen Modell folgt. Hervorzuheben ist zudem, dass der SIG als Trustee verpflichtet ist, für die Breslauer Schriften eine permanente Lösung zu finden.

69 Trusts im öffentlichen Interesse stünden unter öffentlicher Aufsicht.

H. **Schlussbetrachtung**

70 Wie gezeigt wurde, hat beim gegenwärtigen Stand der Dinge jedes Handeln bzw. Nicht-Handeln des SIG Konsequenzen, egal ob er die Breslauer Schriften bei sich behält oder ob er sie in eine Stiftung gibt oder sich für eine andere Lösung entscheidet.

71 Das Schicksal der Breslauer Schriften hat mittlerweile erhöhte Aufmerksamkeit erfahren (vgl. etwa Rz. 670 ff.). Sollte der SIG sich dazu entschliessen, die Breslauer Schriften bei sich zu behalten, wird er sich wohl früher oder später mit dieser Aufmerksamkeit auseinandersetzen müssen.

72 Sodann ist bekannt, dass das Alter und der Zustand der Breslauer Schriften professionelle und aufwändige kuratorische Arbeit erfordern. Es ist unbestritten, dass die gegenwärtige Praxis nicht mehr den modernen Erfordernissen entspricht. Der SIG muss handeln, hat aber auch verschiedene Möglichkeiten, sein Risiko zu gestalten und ein Mass an Handlungsfreiheit zu wahren.

73 Ziel des Gutachtens und dieser Antworten ist, hinsichtlich rechtlicher Aspekte zur aktuellen Situation für den dem SIG mögliche Grundlagen für eine optimale Entscheidung beizusteuern.

74 Auch kann der SIG sich «des Problems» nicht schlicht dadurch entledigen, dass er die Breslauer Schriften beliebig weitergibt: Eine solche Verfügung könnte konkurrierende Interessenten ermutigen, selbst einen Anspruch zu erheben, und dafür auch den SIG ins Visier zu nehmen. Sollte für eine solche Verfügung beispielsweise die Israelische Nationalbibliothek in Jerusalem berücksichtigt werden, dann könnte der SIG sich nicht auf die mutmassliche Einwilligung der JCR Inc. berufen, da die Israelische Nationalbibliothek in Jerusalem bereits 1950 bestand, und die JCR Inc. einen Teil davon zeitgleich an diese Bibliothek übergeben hat (vgl. Rz. 259 ff.). Hätte die JCR Inc. die Breslauer Schriften vollständig an die Israelischen Nationalbibliothek in Jerusalem geben wollen, hätte sie es damals auch getan.

75 Dass ein Risiko für den SIG besteht, ist unumgänglich. Es gibt keine Lösung, die alle Risiken gänzlich aufheben kann, egal was der SIG macht bzw. nicht macht.

76 Der SIG hat es lediglich in der Hand, das Risiko dergestalt zu steuern, dass er eine gewisse Handlungsfreiheit beibehalten kann. Er könnte die Kontrolle über das Risiko aufzugeben, indem er die Breslauer Schriften ausser Landes gibt. Der SIG könnte die Breslauer Schriften und damit das Risiko vollumfänglich bei sich behalten; oder er könnte anstreben, das Risiko zu minimieren und zu beeinflussen: Für letzteres wäre der Weg über eine Schweizer Stiftung in Betracht zu ziehen.

77 Behält der SIG die Breslauer Schriften bei sich, so bleibt der SIG die erste – und einzige – Person, bei der Ansprüche gestellt werden und gestellt werden können, seien diese sachen-, vertrags- oder aufsichtsrechtlicher Natur. Auch verbleiben die Verpflichtungen, die Breslauer Schriften zu pflegen, zu erhalten und zugänglich zu machen, vollumfänglich beim SIG, selbst wenn (oder auch gerade wenn) keine Forderungen auf Herausgabe gestellt werden.

78 Zu bedenken ist dabei, dass die gegenwärtige Praxis den heutigen Ansprüchen an eine Unterstützung der Lehre und der Auslegung im jüdischen Alltag nicht gerecht wird (vgl. Rz. 715).

79 Bei der Lösung Schweizer Stiftung könnte der SIG das Restrisiko in mehrerer Hinsicht beeinflussen, wie vor allem durch folgende Massnahmen.

1. **Stiftung: Statuten, Zweck und Besetzung Stiftungsrat**

80 Im Fall der Gründung einer Stiftung läge die Redaktion der Statuten vollumfänglich beim SIG als Stifter. Der SIG kann somit alle Details selbst bestimmen, wie die Stiftung ausgestaltet sein soll. Er bestimmt auch Zweck und Zusammensetzung des Stiftungsrats.

81 **Zweck:** Der SIG bewahrt die Breslauer Schriften für das «Jüdische Volk» als Begünstigten auf:

- Selbstredend muss aus den Statuten ersichtlich sein, dass die Zweckbindung des Vermögens (für das «Jüdische Volk») erhalten bleibt. Ganz im Sinne von Zacharias Frankel in seiner Antrittsrede als erster Direktor des Jüdisch-Theologischen Seminars Breslau: «Das Seminar hat für das Judentum eine universelle Bedeutung; es gehört nicht einem Orte,

einem Lande, sondern der Allgemeinheit an; räumlich befindet es sich in Breslau; geistig muss (man es) als ausser diesem Raum stehend betrachten.»

- Damit würde sich an der Rechtsstellung dieses Vermögens nur insoweit etwas ändern, als dass es sich nunmehr auch nach aussen und für alle ersichtlich um ein Sondervermögen in Form einer Stiftung handelt.

82 **Besetzung Stiftungsrat:** Der SIG könnte den Stiftungsrat folgendermassen ausgestalten:

- Selbstredend muss aus den Statuten ersichtlich sein, dass sich der SIG eine stabile und solide Kontrollmehrheit von beispielsweise 2/3 der Mitglieder des Stiftungsrats sichert: Bei einem fünfzehnköpfigen Stiftungsrats würde dies bedeuten, dass der SIG zehn Mitglieder bestellt. Damit schafft er die nötigen Voraussetzungen, damit die Stiftung ihrem Zweck gemäss im Sinne des Stifters – also des SIG – handelt.
- Weiters wäre es angezeigt, dass der SIG die wichtigsten Interessengruppen im Stiftungsrat einbindet: Damit könnte er sicherstellen, dass breite Interessen darin vertreten sind. Die Empfehlungen zur Einbindung weiterer Gruppen dienen der Stabilisierung der Position des SIG in Bezug auf die Breslauer Schriften. Unter den zu berücksichtigenden Institutionen wären zum Beispiel der WJC als aktuell anerkanntes Organ des «Jüdischen Volkes», Treuhänder weiterer Bestände der gleichen Bibliothek wie beispielsweise die Israelischen Nationalbibliothek in Jerusalem oder entsprechende polnische Institutionen sowie weitere Bewahrer des Jüdischen Kulturerbes.

83 Dementsprechend würden potenzielle Begehrlichkeiten internalisiert: Eine im Stiftungsrat vertretene Institution übernimmt eine gewisse Treuepflicht gegenüber der Stiftung und ihrem Zweck. Damit würde es eher unwahrscheinlich, dass eine im Stiftungsrat vertretenen Organisation Ansprüche auf die Breslauer Schriften erheben würde.

84 Zurzeit sind die Breslauer Schriften nahezu ungeschützt vor (politischen) Ansprüchen seitens Vertretern des «Jüdischen Volkes» oder allenfalls

rechtlichen und politischen Ansprüchen neu ernannter Rechtsnachfolger des Breslauer Seminars ausgesetzt.

85 Rechtlich gesehen ist eine Eigentumsklage die erfolgversprechendste Waffe für eine Partei, welche die Breslauer Schriften beansprucht. Die Eigentumsklage richtet sich notwendigerweise gegen den gegenwärtigen Besitzer der Breslauer Schriften.

86 Genau genommen ist die ICZ zurzeit die Besitzerin der Breslauer Schriften (Rz. 338 ff). Aufgrund des Sachverhaltes ist es jedoch klar, dass die ICZ keinen irgendwie gearteten Anspruch auf das Eigentum an den Breslauer Schriften erhebt: Dies ist auch in der Vereinbarung vom 28. März 2019 zwischen dem SIG und der ICZ unzweideutig zum Ausdruck gebracht (Anhang 3 – vgl. auch Rz. 473). Die ICZ handelt im Auftrag des (mutmasslichen) Eigentümers und hält die Breslauer Schriften zu dessen Verfügung (vergl. Art. 920 ZGB). Sollten die Breslauer Schriften in eine Stiftung überführt werden, so müsste diese Vereinbarung selbstverständlich neu gestaltet werden.

87 Ob dieser mutmassliche Eigentümer nun der SIG sei, oder die zu gründende Stiftung, oder ein Dritter, spielt für den ICZ keine Rolle. Freilich dürfte die ICZ für die Dauer einer formellen oder informellen Klärung der Eigentumsverhältnisse nicht über die Breslauer Schriften verfügen, aber dieses Recht hat die ICZ ohnehin nicht.

88 Eine rechtliche Verantwortlichkeit für die ICZ könnte sich allenfalls daraus ergeben, dass sie (was nicht anzunehmen ist) gegen ihre vertraglichen Pflichten verstösst indem sie:

- Dennoch eigenmächtig über die Breslauer Schriften verfügt; oder
- Sich weigert, einer rechtlichen Entscheidung Folge zu leisten; oder
- Ihren vertraglichen Pflichten zur sicheren Aufbewahrung und Pflege der Breslauer Schriften nicht nachkommt.

89 Egal ob die Breslauer Schriften beim SIG verbleiben oder in eine Stiftung überführt werden, muss sich ein Anspruch also an die das Eigentum beanspruchende Person richten. Zurzeit wäre das der SIG – nach Überführung der Breslauer Schriften wäre dies die Stiftung. Sollte (hypothetisch) eine Klage

gegen die Stiftung erfolgreich sein und wird dem Urteil umfassend entsprochen, dann besteht kein Grund für einen Rückgriff auf die ICZ als ehemalige Besitzerin oder den SIG als Fiduziar.

90 Durch die Schaffung einer Stiftung und die entsprechenden Vorkehrungen bei ihrer Ausgestaltung könnte der SIG wohl bestehende Risiken minimieren und sich vergewissern, dass allfällige rechtliche Schritte hinsichtlich der Breslauer Schriften – sei dies nun eine formelle Klage oder ein Verfahren nach VUKBK – auf der Stufe Stiftung abgewickelt werden können, und daher kein Grund für einen Rückgriff auf den SIG gegeben ist.

91 **Fazit:** Ab Einbringung in eine Stiftung kann sich das Risiko für den SIG verringern, welcher derzeit mit seinem gesamten Vermögen haftet.

2. Transparente Kommunikation

92 Ein erster Schritt ist eine transparente Kommunikation, welche die Gedankenführung zur Überführung der Breslauer Schriften in eine Schweizer Stiftung erläutert. Ein solches Vorgehen erhält die Breslauer Schriften für das «Jüdische Volk» und darüber hinaus als ein einzigartiges kulturelles Erbe des Judentums und der Welt (vgl. Art. 1 II KGSV; Rz. 552).

93 Die Digitalisierung der Breslauer Schriften macht sie breiter für Lehre und Forschung sowie der Öffentlichkeit zugänglich.

94 Die Form der Stiftung erlaubt eine auf Zukunft und Dauer angelegte Planung.

3. Dokumentation und Veröffentlichung der Rechtsgrundlage

95 Zweitens kann durch eine sorgfältige Dokumentation der Rechtsgrundlage, durch welche die Breslauer Schriften in die Stiftung überführt werden, das Risiko für einen Rückgriff auf den SIG minimiert werden.

4. Best practice

96 Als weiterer Faktor sei auch nochmals darauf hingewiesen, dass die Überfüh-
97 rung von Kulturgütern in eine Stiftung die von den einschlägigen jüdischen
98 Organisationen befürwortete *Best practice* darstellt (vgl. Rz. 250, 580 ff.).

5. Finanzierung

97 Ein weiterer Vorteil der Stiftungslösung ist, dass der SIG sich und seine Mittel
wieder vollkommen dem Vereinszweck widmen kann.

98 So können die wachsenden organisatorischen und finanziellen Lasten, die mit
der Bewahrung und Vermittlung der Breslauer Schriften verbunden sind, von
einer eigenständigen Organisation mit eigener Verwaltung und nicht zuletzt mit
erweiterten Finanzierungsmöglichkeiten übernommen werden.

99 Schliesslich ist es für potenzielle Geldgeber aus Gründen der Governance
naheliegender, die entsprechenden Mittel in eine zweckgebundene Stiftung zu
geben, die gleichzeitig Eigentümerin der Breslauer Schriften ist. Eine solche
Stiftung kann sich vollumfänglich auf die Umsetzung des Stiftungszwecks kon-
zentrieren. So wäre auch für einen potenziellen Geldgeber der zweckgebun-
dene Einsatz der Mittel besser sichergestellt. Damit würde eine nachhaltige
Finanzierung längerfristig auf solide Grundlagen gestellt, was letztendlich den
Breslauer Schriften und dem «Jüdischen Volk» zugutekommt.

Zürich, Winterthur 8. Oktober 2024

Andrea F. G. Raschèr

Olaf O. Ossmann