

Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs der
Österreichischen Akademie der Wissenschaften

**7. Jahrgang
Band 2 / 2017**

Franz-Stefan MEISSEL, Stefan WEDRAC (Hgg.)

Privatrecht in unsicheren Zeiten Zivilgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus

Redaktion:
Forschungsstelle für
Rechtsquellenerschließung
der Universität Wien

Gefördert durch den Wissenschaftsfonds / Austrian Science Fund (FWF) P25200



Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs
der Österreichischen Akademie der Wissenschaften

Herausgegeben von
Thomas OLECHOWSKI, Wien

gemeinsam mit
Gerhard AMMERER, Salzburg
Herbert KALB, Linz
Gabriele HAUG-MORITZ, Graz
Herbert MATIS, Wien
Christian NESCHWARA, Wien
Eva ORTLIEB, Graz
Ilse REITER-ZATLOUKAL, Wien
Martin P. SCHENNACH, Innsbruck
Gerhard THÜR, Wien
Gunter WESENER, Graz
Ewald WIEDERIN, Wien
Thomas WINKELBAUER, Wien
Anita ZIEGERHOFER, Graz

Internationaler wissenschaftlicher Beirat
Karolina ADAMOVIČ, Prag – Uta BINDREITER, Lund – Gary B. COHEN, Minneapolis
Heinz DUCHHARDT, Mainz – Thomas DUVE, Frankfurt a.M. – Andrzej DZIADZIO, Krakau
Michael GEHLER, Hildesheim – Andreas GOTTMANN, Rom – Andrzej GULCZYŃSKI, Posen
Karl HÄRTER, Frankfurt a.M. – Eszter HERGER CSABÁNE, Pécs – Borut HOLCMAN, Marburg a.d.D.
Janez KRANJC, Laibach – Klaus LUIG, Köln – Heiner LÜCK, Halle – Barna MEZEY, Budapest
Janwillem OOSTERHUIS, Maastricht – Jana OSTERKAMP, München – Frank SCHÄFER, Freiburg i.Br.
Clausdieter SCHOTT, Zürich – Dieter SCHWAB, Regensburg – Wolfgang SELLERT, Göttingen
Istvan SZABO, Budapest – Juraj ŠEDIVÝ, Pressburg
Jaromir TAUCHEN, Brünn – Christopher THORNHILL, Manchester
Robert Christian VAN OUYEN, Lübeck/Berlin – Alain WIJFFELS, Leiden/Louvain-la-Neuve

Redaktion
Christoph SCHMETTERER (Chefredakteur) – Ramon PILS (Lektorat)
Forschungsstelle für Rechtsquellenerschließung der Universität Wien,
Postgasse 7, 1010 Wien

<http://www.rechtsgeschichte.at/beitraege>

Die verwendete Papiersorte ist aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff hergestellt,
frei von säurebildenden Bestandteilen und alterungsbeständig.
Als internationale wissenschaftliche Zeitschrift mit peer-review von der ÖAW gefördert

Alle Rechte vorbehalten
ISBN 978-3-7001-8206-1
ISSN 2221-8890

Copyright © 2017 by
Österreichische Akademie der Wissenschaften, Wien
Druck und Bindung: Totem, PL-88-100 Inowroclaw
<http://hw.oeaw.ac.at/8206-1>
<http://verlag.oeaw.ac.at>

Inhaltsverzeichnis

Franz-Stefan MEISSEL, Wien „Privatrecht in unsicheren Zeiten“ Zur Einführung	169
Martin LÖHNIG, Regensburg Generalklauseln in der Rechtsprechung der österreichischen Senate des Reichsgerichts 1939–1945 Eine Studie auf Grundlage der Wiener Reichsgerichtsakten	181
Jan THIESSEN, Berlin „Anschluss“ an die „Arisierung“ Drei wirtschaftsrechtliche Reichsgerichtsfälle aus Österreich	204
Benjamin BUKOR, Wien Die Entwicklung des österreichischen Abstammungsrechts in der NS-Zeit im Lichte der Rechtsprechung des LGZ/LG Wien und des Reichsgerichts	216
Stephanie HANEL, Wien Das „gesunde Volksempfinden“ und das Testamentsrecht § 48 Abs. 2 TestG in der Rechtsprechung des LG Wien von 1938–1945	239
Stefan WEDRAC, Wien Die politische Einstellung der Richter des Präsidiums und des Geschäftsbereiches Zivil- und Handelssachen des Landgerichts Wien 1942 Versuch einer Kollektivbiographie.....	252
Lilly LEITNER, Wien Arisierungen im Spiegel der Judikatur des Landgerichts Wien in der NS-Zeit	269
Victoria STICKELBERGER, Wien Die Stimme des Blutes Rassisch motivierte Ehetrennungen in der Judikatur des LG für ZRS Wien 1938/39.....	281
Susanne K. PAAS, Köln Das Bewegliche System im Spiegel nationalsozialistischer Gesetzgebungsdebatten.....	302

Franz-Stefan MEISSEL, Wien

„Privatrecht in unsicheren Zeiten“ Zur Einführung

Private Law in Perilous Times – An Introduction

To what degree do civil law judgments from the period of National Socialism in Austria reflect Nazi ideology? How did judges comply with the Nazi regime's racist and totalitarian legal policies? Did Nazi judges prefer to rely on a positivist application of National Socialist legislation or did they instead use an extensive interpretation of the 'general clauses' of Civil Law to promote the National Socialist ideology? The article presents the state of research with regard to these questions and points out in which ways the analysis of still extant holdings of Viennese civil law courts from 1938 to 1945 contributes to a better understanding of the possibilities and constraints of judicial 'autonomy' in Private Law jurisdiction in Austria 1938 to 1945. Historical research using the preserved documents from the Viennese Regional Court (Landgericht Wien) reveals a broad variety of methodological approaches and highlights the difficulty of associating one specific legal methodology with a National Socialist partisanship of judges.

Keywords: Civil Law Jurisdiction – Interpretation of Law – Legal Methods – Legal Theory – National Socialist Legal Policy – National Socialist Private Law

A. Einleitung

Die Aufarbeitung des NS-Unrechts hat die Zeitgeschichte in den letzten Jahrzehnten so intensiv beschäftigt, dass man mittlerweile fast so etwas wie eine Geschichte der Geschichtsaufarbeitung zeichnen könnte.¹ Forschungsinteressen und -ausrichtung haben dabei unterschiedliche Phasen durchlaufen, wobei auch der parallele Verlauf des zivilgesellschaftlichen Diskurses durch mehrere Zäsuren geprägt erscheint.

Für Österreich sei nur an die Ereignisse der Jahre 1986 (Waldheim), 1988 (Gedenkjahr) und 1999/2000 (Historikerkommission) erinnert, die jeweils unterschiedliche Perspektiven der Betrachtung der NS-Zeit in unserem Land mit sich gebracht haben. Lange Zeit nahm die eigentliche

rechtshistorische Erforschung einen relativ geringen Raum ein; erst Ende der 1980er Jahre gewann zumindest die wissenschaftsgeschichtliche Aufarbeitung auch im Bereich der Rechtswissenschaft etwas an Fahrt.²

Was die Untersuchung der NS-Justiz anbelangt, so konzentrierte sich das Interesse der HistorikerInnen zunächst vor allem auf die Gräueltaten der nationalsozialistischen Strafrechtsjustiz sowie auf jene diskriminierenden Regelungen und Praktiken, durch welche die rassistisch und politisch Verfolgten drangsaliert und vernichtet wurden.

Das Privatrecht erschien dagegen als weniger problematisch. So galt die Zivilrechtsprechung lange Zeit als vergleichsweise unverdächtig: „Aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben.“

¹ Vgl. etwa (aus deutscher Perspektive) RÜCKERT, Justiz und Nationalsozialismus 182–193; RÜPING, Justiz und Nationalsozialismus 3–16.

² Für Österreich siehe etwa RATHKOLB, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 197–232; DAVY, Nationalsozialismus und Recht.

ben“, so die vielzitierte Selbsteinschätzung eines beteiligten Richters/Angehörigen der Justiz.³

Schon sehr früh war darüber hinaus eine Debatte über methodische Grundsatzfragen entbrannt, bei der der Schlüssel zum Verständnis des NS-Justizunrechts im spezifischen Rechtsbegriff bzw. -zugang vermutet wurde. Erinnerung sei hier an die „Radbruch-These“, der zufolge die Richterschaft in der NS-Zeit gleichsam hilflos gewesen wäre, da sie – rechtspositivistisch erzogen – darauf sozialisiert gewesen sei, sich als bloßes Werkzeug der Machthaber zu verstehen. Zur Bewältigung des NS-Unrechts wurde daher zu einer bewusst wertebetonenden Renaissance des Naturrechts aufgerufen.⁴

Erst in den 1960er Jahren rückte Bernd Rütters mit seiner berühmt gewordenen Studie zur „Unbegrenzten Auslegung“⁵ diesem apologetischen Mythos zu Leibe. Rütters zeigte, dass in vielen Fällen – und zwar gerade auch im Privatrecht – nicht positivistische Gesetzesanwendung, sondern eine von nationalsozialistischen Wertungen geprägte, methodische Fesseln offen ablehnende und der NS-Gesetzgebung oft sogar vorauseilende Interpretation in der Rechtsprechung vorzufinden sei. In der Folge von Rainer Schröders bahnbrechender Arbeit über die Zivilrechtsjudikatur des OLG Celle in der NS-Zeit⁶ widmeten sich zahlreiche, auch ungedruckte Quellen berücksichtigende Untersuchungen⁷ der Praxis der Zivilgerichte. Diese Arbeiten machten deutlich, inwieweit die Justiz NS-Ideologie umsetzte, wie sie ihre richterliche „Unabhängig-

keit“⁸ unter den Bedingungen des totalitären Führerstaates wahrnahm, welche Handlungsspielräume für die Akteure bestanden⁹ und wie diese wahrgenommen wurden.

Mittlerweile liegen für Deutschland eine Reihe akribischer Studien zur NS-Justizpraxis im Bereich des Privatrechts vor, an die wir mit unseren Untersuchungen für die Rechtsprechung in Österreich in der Zeit 1938–1945 anknüpfen konnten.¹⁰ Die Fragestellung als solche war also nicht vollkommen neu, die wir im Rahmen eines vom FWF geförderten Projektes seit 2013 untersuchten. Neuland haben wir aber insofern betreten, als die von uns bearbeiteten Quellenbestände Wiener Gerichte bis dahin weitgehend unerforscht waren und wir einen Beitrag dazu leisten wollten, den – leider keineswegs lückenlos erhaltenen, aber dennoch sehr umfangreichen – Bestand, der im Wiener Stadt- und Landesarchiv zugänglich ist, einer systematischen Sichtung zu unterziehen und ausgewählte Bereiche inhaltlich zu analysieren.

Ein Spezifikum gegenüber den bisherigen Untersuchungen aus Deutschland ist dabei auch die „ostmärkische“ Komponente, die sich daraus ergibt, dass zwar hinsichtlich des privatrechtlichen Normenbestands vor März 1938 weitgehende Kontinuität herrschte (Stichwort: Weitergeltung des ABGB), sehr wohl aber auch die NS-Gesetzgebung zur Anwendung kam und

³ SCHRÖDER, ...aber im Zivilrecht 12.

⁴ Statt vieler WEINKAUFF, Justiz; dazu differenziert RÜCKERT, Justiz und Nationalsozialismus 182–193.

⁵ RÜTHERS, Unbegrenzte Auslegung. Aus derselben Zeit sind auch THOSS, Das subjektive Recht, sowie JOHE, Die gleichgeschaltete Justiz, zu nennen.

⁶ SCHRÖDER, ...aber im Zivilrecht 12.

⁷ Siehe dazu den Überblick bei THOMPSON, Krieg ohne Schaden 2–4 mit Anm. 4–12.

⁸ SIMON, NS-Richter 11–25 (besonders 14f., 18f.); jüngst den Stand der Forschung zusammenfassend THOMPSON, Krieg ohne Schaden 10f.

⁹ Zum Mythos der „Justizkrise“, die von der NS-Führung propagandistisch inszeniert wurde, aber nicht auf echten Widerstand der Justiz schließen lasse vgl. SCHÄDLER, Justizkrise 19 ff., zusammenfassend 52–55.

¹⁰ Neben den in anderen Fußnoten genannten Arbeiten seien etwa genannt: BARTELS, Zivilrechtsprechung 253–288; HAUSMANN, Zivilgerichtsbarkeit; HETZEL, Rassenmischehe; KÜSSNER, Familienrechtliche Entscheidungen; LÖHNIG, Scheidungsalltag 501–526; LUDYGA, OLG München; MAMMERI-LATZEL, Justizpraxis; NAHMMACHER, Scheidungsgrund des § 55 EheG.

sich damit interessante Fragen der Rechtsvereinheitlichung und des interlokalen Privatrechts stellten.¹¹ Mit der 1939 erfolgten Abschaffung des OGH¹² und der Zuständigkeit des Reichsgerichts als oberster Instanz¹³ sowie weiteren Maßnahmen der organisatorischen Umgestaltung erfuhr die Justiz auch äußerlich eine an Berlin und den Vorgaben der Partei ausgerichtete Orientierung.¹⁴

Bevor in den folgenden Beiträgen Erträge aus dem FWF-Projekt „Privatrecht in unsicheren Zeiten“ vorgestellt werden, möchte ich vorweg knapp den bisherigen Forschungsstand umreißen, einige grundsätzliche methodische Probleme der Herangehensweise an den Themenkomplex „Privatrechtsjustiz und Nationalsozialismus“ ansprechen und einen kleinen Ausblick auf die folgenden Beiträge geben.

B. Relative Normalität im Zivilrecht?

Rainer Schröder spricht treffend von einer Koexistenz von „Terror und Trivialität“ in der Rechtspflege des Dritten Reichs und davon, dass es im Zivilrecht eine „relative Normalität juristischer Praxis“ gegeben habe.¹⁵ Und auch Domi-

nik Thompson resümiert, dass sich der Operationsmodus der Zivilgerichtsbarkeit in der NS-Zeit nicht grundlegend veränderte: „Sachvortrag und rechtliches Vorbringen der Parteien mussten nach wie vor die herkömmlichen zivilrechtsdogmatischen Filter passieren. Außerrechtliche Argumente, wie beispielsweise zeitgenössische politische Kampfbegriffe, verdrängten den juristischen Syllogismus nur in Einzelfällen und mussten sich ansonsten auf der Tatbestandsebene abbilden lassen können.“¹⁶

Den Anteil unverdächtig Standardentscheidungen im Privatrecht gibt Schröder in den von ihm untersuchten Urteilen mit rund 95 % an,¹⁷ andere empirische Untersuchungen sind zu ähnlichen Einschätzungen gelangt, wobei der Anteil an „typisch nationalsozialistischen Urteilen“ in einer Bandbreite zwischen 3 und 10 % angenommen wird.¹⁸ Quantitativ überwiegt also „Normalität“, die man in diesem Zusammenhang nicht zu Unrecht auch als „trügerische Normalität“¹⁹ bezeichnet hat.

Schon die Frage, was denn ein typisch nationalsozialistisches Urteil sei, wirft aber methodische Probleme auf, die sich nur durch eine rechtshistorische Analyse mit entsprechender Tiefenschärfe – und selbst dann oft mit bloß spekulativen Ergebnissen – bewältigen lassen. Zurecht wurde darauf hingewiesen, dass die in einem Schriftsatz oder einem Urteil verwendete Sprache und Wortwahl allein noch keineswegs darauf schließen lassen, ob der Autor tatsächlich Nationalsozialist war oder die Entscheidung den Intentionen der NS-Rechtslehre entsprach: Es habe, so formulierten Diestelkamp und Stoll-eis, „in allen Gerichtszweigen“ auch „Beispiele

¹¹ Vgl. dazu HOFMEISTER, Privatrechtsgesetzgebung 124–148; BIELEFELDT, Österreichisch-deutsche Rechtsbeziehungen; MEISSEL, BUKOR, ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus 17–44.

¹² Die Abschaffung des OGH wurde im Rahmen des FWF-Projekts eigens in einer gemeinsam mit dem OGH organisierten Tagung am 31. 3. 2014 thematisiert; siehe dazu MEISSEL, Umgestaltung der Zivilrechtsjustiz; BUKOR, Abstammungsrecht; WEDRAC, Richter des Obersten Gerichtshofes 152.

¹³ Siehe dazu v.a. HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ 159; LÖHNIG, Entwicklungspfade.

¹⁴ Zu den organisatorischen Aspekten auf der Mikroebene vgl. insbesondere FORM, UTHE, NS-Justiz in Österreich.

¹⁵ SCHRÖDER, Alltag des Volksgenossen 39–62, hier: 41 und 42.

¹⁶ THOMPSON, Krieg ohne Schaden 8.

¹⁷ SCHRÖDER, ...aber im Zivilrecht 271.

¹⁸ HACKLÄNDER, Im Namen des Deutschen Volkes 17 mit Nachweisen in Anm. 7; HACKLÄNDER selbst (ebd. 290–295) kommt für 1942 auf 9,2 % an Urteilen mit „auffälliger Veränderung“.

¹⁹ PUERSCHEL, Trügerische Normalität 382.

für zähes Festhalten an rechtsstaatlichen Positionen“ gegeben, „häufig unter der Maske demonstrativ aufgesetzten NS-Jargons. Oft decken sich Begründung und Ergebnis nicht.“²⁰

So notierte auch Schröder nach Analyse eines Urteils, welches sich unnötigerweise auch noch auf das „gesunde Rechtsempfinden“ stützte: „Offensichtlich lässt die verwendete Sprache, wie etwa der ständige Rekurs auf nationalsozialistische Gemeinwohlformeln, nicht auf den Inhalt der Entscheidung schließen.“²¹

Zwar können dekorative Bekenntnisse zur NS-Rechtslehre auch dazu dienen, sich als Richter karrierefördernd in Szene zu setzen und bei Parteikreisen Aufmerksamkeit zu erregen,²² manchmal wird NS-Terminologie aber auch in auffälliger Weise dort zum Einsatz gebracht, wo eine Entscheidung gerade gegen die Parteilinie oder zuungunsten eines Parteifunktionärs begründet werden muss.²³

Bezüglich der Verwendung von NS-Jargon wurde bereits in früheren Untersuchungen festgestellt, dass ideologisch ausgerichtete Argumente sich vor allem im anwaltlichen Vorbringen finden, die Gerichte dagegen eher zurück-

haltend waren, ihre Entscheidungen auf nationalsozialistische Wertungen zu stützen.²⁴ Auf der anderen Seite ließen sich „besondere Unrechtsurteile ... auch hinter leisem dogmatischen Auftreten verstecken“.²⁵ Aus sprachlichen Kriterien allein kann also keineswegs verlässlich auf die persönliche NS-Affinität der Autoren geschlossen werden. Vielmehr muss im konkreten Einzelfall Argumentationskontext und -funktionalität ausgelotet werden.

Darüber hinaus ist zu fragen, wie überhaupt von einer Normalität der Justiz im totalitären Staat, sowie dann in einem Staat im Kriegszustand,²⁶ gesprochen werden kann? Der starke Zusammenhang der Zivilrechtspflege mit den politischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen der 1930er Jahre wurde rechtssoziologisch von Hubert Rottleitner anhand von Daten der Justizstatistik eindrucksvoll demonstriert. Die Zahl der Zivilprozesse war in Deutschland nach Hitlers Machtergreifung deutlich gesunken. Betrug die sogenannte Prozessrate in Zivilsachen (d.h. erstinstanzliche Eingänge pro 100 Einwohner) gegen Ende der Weimarer Republik bis zu 8,5 %, so sank sie 1933 auf 4,5 %, um dann, wohl auch kriegsbedingt, auf 2 % im Jahr 1940 zu fallen.²⁷

Die für das Sinken der Prozessrate vermutlich maßgeblichen Faktoren verweisen bereits auf die nationalsozialistische Rechtspolitik: Zerschlagung der Gewerkschaften und Einführung neuer Formen alternativer Streitbeilegung, „Arisierung“ und Ausschluss jüdischer Geschäftsleute, Ausschluss jüdischer Anwälte, sinkendes Vertrauen in die Justiz von Seiten aller vom

²⁰ DIESTELKAMP, STOLLEIS, Justizalltag 8.

²¹ SCHRÖDER, Zivilrechtspraxis im Nationalsozialismus 59. Bereits RÜTHERS, Unbegrenzte Auslegung 348, 358–60, weist darauf hin, dass die Anlehnung an die NS-Terminologie manchmal auch nur dekorativen Charakter haben konnte.

²² Dazu Beispiele bei SCHILLER, OLG Karlsruhe 378, 399.

²³ Vgl. etwa den bei LAUM, PAMP, OLG Köln 665–667, geschilderten Fall, in dem das OLG Köln am 27. 11. 1933 die Behauptung eines Mitbewerbers über den „jüdischen Charakter“ eines Unternehmens trotz „jüdischer“ Kapitalgeber mit folgender bemerkenswerten Begründung untersagte: Ein Mitbewerber sei nicht dazu „berufen, den Erzieher zu spielen, wenn es ihm tatsächlich in der Hauptsache darauf ankommt, den Konkurrenten zu schädigen [...] Dies gilt – im Gegensatz zur Ansicht der Antragsgegner – gerade in erhöhtem Maße für einen rechtsempfindlichen Nationalsozialisten, denn für diesen müssen die hohen Bestrebungen der NSDAP zu heilig sein ...“

²⁴ SCHRÖDER, Anwaltliche Tätigkeit 120; DREYER, Zivilgerichtliche Rechtsprechung 340f.

²⁵ SCHRÖDER, Zivilrechtspraxis 59.

²⁶ Dazu SCHÄDLER, Justizkrise; HAFERKAMP, SZÖLLÖSI-JANZE, ULLMANN, Justiz im Krieg; HERBERS, Organisationen im Krieg.

²⁷ ROTTLEUTNER, Verfahrensflut und Verfahrensebbe.

Regime Verfolgter, Wirtschaftslenkung statt Wettbewerb usw.²⁸

Ein weiterer dramatischer Rückgang ist sodann für die Kriegszeit festzustellen. In einer rezenten Untersuchung wurde für das Amtsgericht Köln ein Rückgang des Anfalls in Zivilsachen zwischen 1938 und 1943 auf 11 % des Volumens von 1938 berechnet.²⁹ Zu erklären ist dies u.a. mit der sinkenden Bevölkerung durch Einziehung zur Wehrmacht, der Verschlechterung der Lebensbedingungen, aber auch den Auswirkungen des Bombenkriegs; hinzu kommen Personalmangel der Gerichte, Störung durch das Kriegsgeschehen und die kriegsnotwendigen Priorisierungen. Auch wenn das Konfliktpotential durch die Auswirkungen des Krieges an sich gestiegen war,³⁰ konnten Auseinandersetzungen offenbar immer weniger vor Gericht ausgetragen werden.³¹

Auch während des Krieges sind dabei verschiedene Entwicklungsstufen zu unterscheiden; so unterscheidet Mathias Herbers in seiner Untersuchung zur Kölner Justizverwaltung während des Krieges folgende drei Phasen: eine Phase der „Beobachtung“ (September 1939 bis Anfang 1942), eine Phase der „Aktion“ bis Winter 1943, in der „zahlreiche – oftmals auch unüberlegte Reformmaßnahmen – [...] in sämtlichen Aufgabenbereichen durch die Reichsjustizverwaltung vorangetrieben“ wurden.³² Schließlich kam 1944/45 eine „letzte Phase der reinen Mangelkompensation“, in der „sich die Justizverwaltung als getriebene Verwaltung präsentierte und die Irritationen Oberhand gewannen“.³³ Inge-

samt gelangt Herbers aber zum Ergebnis, dass „der Krieg in der Verwaltungsarbeit keinen scharfen Bruch zur Vorkriegszeit darstellte. Die Justizverwaltung bewegte sich (zunächst) in ihren gewohnten Bahnen weiter. Dadurch wurde auch die Diktatur ein Stück alltäglicher Das Gefüge bekam einen Schein von „Normalität“.“³⁴

Einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Rechtsprechung übte die NS-Personalpolitik aus, durch die die Akzeptanz des Nationalsozialismus gefördert wurde. Artur von Gruenewaldt beschrieb dies (in seiner Untersuchung der Richterschaft des OLG Frankfurt) folgendermaßen: „Die politische Führung besetzte [...] die Schlüsselstellen der Justiz mit überzeugten Nationalsozialisten, einschließlich „Alter Kämpfer“, oder mit politisch zuverlässigen Beamten. Da diese Personen ihre berufliche Karriere der Partei verdankten, waren sie loyale Anhänger des Regimes und eifrige Vollstrecker von dessen Personalpolitik und Rechtsprechung. Unterstützt wurde sie dabei von Karrieristen und Opportunisten Daneben standen große Teile der Justizbeamten, die keine überzeugten Nationalsozialisten waren, jedoch durch eine mehr oder weniger passive Haltung die Maßnahmen mittragen.“³⁵

Gegenüber diesem „klassischen“ Narrativ der NS-stützenden Funktion der Richterschaft³⁶ sind aber die differenzierteren Schlussfolgerungen Barbara Manthes zu beachten, welche die Alltagsgeschichte der Richter stärker einfließen lässt: Manthe gibt zu bedenken, dass eine „ge-

²⁸ Vgl. etwa SCHRÖDER, Zivilrechtspraxis 68–70; THOMPSON, Krieg ohne Schaden 12.

²⁹ MANTHE, Richter 146.

³⁰ Zur kriegskonnenen Tätigkeit der Justiz an der „Heimatfront“ vgl. HAFERKAMP, Private Law; LÖFFELSENDER, Strafjustiz an der Heimatfront.

³¹ Dazu MANTHE, Richter passim.

³² Vgl. auch SCHÄDLER, „Justizkrise“ besonders 159ff.

³³ HERBERS, Organisationen im Krieg, zusammenfassend 352.

³⁴ HERBERS, Organisationen im Krieg 356.

³⁵ GRUENEWALDT, Richterschaft 369. Zur Personalpolitik siehe auch MÖHRING, Richter im Nationalsozialismus. Zur Berufsgruppe der Rechtsanwälte vgl. LÖFFELSENDER, Kölner Rechtsanwälte im Nationalsozialismus.

³⁶ GRUENEWALDT stützt sich dabei u.a. auf einen Zugang über eine „Kollektivbiografie“ (GRUENEWALDT, Richterschaft 277–338), zur Zugehörigkeit zu NS-Organisationen GRUENEWALDT, Richterschaft 300–321.

radlinige Perspektive auf eine Gesellschaft, die in Herrscher und Beherrschte zerfällt“, der sozialen Wirklichkeit der NS-Zeit nicht gerecht werde. Sie betont stattdessen die „Ambivalenzen einer prinzipiell herrschaftstragenden Gruppe wie die Richter, die als Akteure Objekte und zugleich Subjekte im nationalsozialistischen Herrschaftsprojekt waren. [...] An manchen Punkten akzeptierten und übernahmen Richter bestimmte Entscheidungen der politischen Führung, an anderen lehnten sie diese ab oder modifizierten sie [...] Es kann festgehalten werden, dass weder Alter, noch Herkunft oder (vor-)nationalsozialistisches Engagement per se das Verhalten eines Richters während des Zweiten Weltkriegs determinierten.“³⁷

C. Erträge des FWF-Projekts

Nun aber konkreter zur Geschichte unseres FWF-Projekts. Anlässlich eines Beitrages, den Benjamin Bukor und ich für die Festschrift 200 Jahre ABGB erstellen,³⁸ wurde uns deutlich, wie wenig über die Praxis der Zivilgerichtsbarkeit in Österreich während der NS-Zeit bekannt war. Es erschien deshalb höchst an der Zeit, neben den publizierten Entscheidungen das unpublizierte Material zu sichten, um auf breiterer empirischer Basis Aussagen über die Ideologisierung und Indienstnahme der Privatrechtsjustiz durch das NS-Regime treffen zu können.³⁹

1. Zum Wert unpublizierter Entscheidungen

Ganz allgemein lässt ja die Auswahl von Entscheidungen zur Publikation während der NS-

³⁷ MANTHE, Richter 330. Zu Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945 siehe ROTTLEUTHNER, Karrieren.

³⁸ MEISSEL, BUKOR, ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus 17–44.

³⁹ Zu diesem Problem siehe etwa THOMPSON, Krieg ohne Schaden 2 mit weiteren Nachweisen in Anm. 2.

Zeit vermuten, dass dafür nicht zuletzt propagandistische Überlegungen mitentscheidend waren, sodass die Möglichkeit einer gewissen Verzerrung gegeben ist. NS-affine Schriftleiter dürften gerade jene Urteile veröffentlicht haben, bei denen die Konformität mit der NS-Rechtspolitik in besonderem Ausmaß gegeben war; andererseits könnte es auch sein, dass besonders empörende Entscheidungen bewusst gleichsam „unter der Decke“ gehalten wurden, um größeres Aufsehen in der Bevölkerung zu vermeiden.

Die Realität des Alltags, so die naheliegende Hypothese, lässt sich am ehestens dort nachvollziehen, wo nicht im Hinblick auf eine breite Öffentlichkeit judiziert wurde. Des Weiteren lässt sich erst aus der Analyse größerer Samples von Urteilen ein Bild davon gewinnen, wie stark oder konsistent der judizielle Nachvollzug ideologischer Vorgaben zu beobachten ist.

2. Zur Relevanz der Judikatur des LG Wien

Weiters ist zu bedenken, dass die in Fachzeitschriften veröffentlichten Entscheidungen fast immer solche der obersten Instanz sind; viele Prozesse gelangen gar nicht auf die Ebene der Berufungs- oder Revisionsinstanz. Noch stärker wird dies in einem Kontext wie jenem des totalitären NS-Regimes gelten: Es ist anzunehmen, dass z.B. verfolgte Personen nur einen erschwerten Rechtszugang hatten und auch stark eingeschränkte Möglichkeiten (bzw. Bereitschaft), gegen ein für sie nachteiliges Gerichtsurteil vorzugehen. Unsere Wahl fiel daher auf die im Wiener Stadt- und Landesarchiv noch vorhandenen Bestände des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien, das ab April 1939 als Landgericht Wien firmierte.

Das LG Wien war sowohl als erste, als auch zweite Instanz zuständig; mit dem Bestand des LG Wien sollte damit sowohl die erstinstanzliche, als auch die zweitinstanzliche Tätigkeit miterfasst werden. Aufgrund der Zuständigkeit

für Zivilrechtssachen schlechthin war damit zudem die Hoffnung verbunden, möglichst breit privatrechtliche Streitigkeiten abzudecken.

Nach einer Kontaktaufnahme mit dem Wiener Stadt- und Landesarchiv, konkret Direktorin Dr. Brigitte Rigler und Dr. Michaela Laichmann, für deren Kooperation und Unterstützung wir ganz herzlich danken möchten, konnten wir zunächst einen ersten Überblick im Aktenlager gewinnen.

Es erwies sich, dass die Menge der archivierten Entscheidungen die beachtliche Zahl von (wie wir mittlerweile wissen) 55.823 Prozessakten umfasst. Da keine verlässliche Geschäftsverteilung und keine juristisch aussagekräftigen Suchbehelfe vorhanden waren, nahmen wir uns vor, diesen gesamten Bestand einer Durchsicht und Erfassung in einer Datenbank zu unterziehen. Über diese Datenbank, ihre Zugänglichkeit auf unserer Homepage und den daraus zu ziehenden Nutzen berichtet Stefan Wedrac ausführlich im Zusammenhang mit seiner Darstellung der Biografien der Richter des LG Wien in diesem Band. Die Organisation der Zivilgerichtsbarkeit, die Geschäftsverteilung und insbes die Biografien der Richter bilden den Schwerpunkt der Forschungen von Stefan Wedrac, der mich gemeinsam mit Benjamin Bukor von Anfang an bei der Konzeption des Projekts unterstützt hat.

Die Erfassung dieser 55.823 Verfahren erfolgte vor Ort im Wiener Stadt- und Landesarchiv, wobei bis zu sechs MitarbeiterInnen gleichzeitig beschäftigt waren.⁴⁰

⁴⁰ Ein Mammutunternehmen, bei dem (neben Mag. Dr. Benjamin Bukor und Dr. Stefan Wedrac) Mag. Victoria Stickelberger, Dipl.-Ing. Mag. Laura Katholnig, Mag. Katja Marlovits, Mag. Susanne Rathgeb, MMag. Simone Engelbrechtsmüller, Lilly Leitner und Stephanie Hanel, BA, unermüdlich tätig waren. EDV-Unterstützung erhielten sie durch Jörg Mühlhans und Manuel Matusovic. Darüber hinaus untersuchte Mag. Dr. Christian Reiter die im Wiener Stadt- und Landesarchiv befindlichen Akten Wiener Be-

3. Zur Statistik der erhobenen Entscheidungen

Leider hat unsere gründliche Gesamtschau des Vorhandenen auch positiv bewiesen, dass das noch Vorhandene nicht den gesamten ursprünglichen Bestand repräsentiert, sondern die üblichen Skartierungen dazu geführt haben, dass überwiegend nur die familienrechtlich relevanten Statusentscheidungen erhalten blieben, weite Teile des sonstigen Zivilrechts aber nicht mehr archiviert sind. Die erhaltenen Entscheidungen geben somit nur ein ausschnitthaftes Bild.

Zwar gibt es innerhalb der Akten der vorhandenen Abteilungen nur relativ wenige Fehlstücke, aber offenbar sind fast nur jene Abteilungen erhalten, die familienrechtliche (statusrelevante) Entscheidungen erließen.

So betrifft das Gros der Entscheidungen (40.443) das Familienrecht, wobei auch darunter wieder das Eherecht mit 37.560 Akten hervorsteicht. Erwartungsgemäß stark vertreten (und damit auch für die Forschung höchst relevant) ist auch das Abstammungsrecht mit 2.350 Akten.

Dennoch hat es unsere Gesamtschau auch ermöglicht, für andere Bereiche das Material zu erschließen: So betreffen 12.042 Verfahren schuldrechtliche Fragen, davon allein 1.920 Akten Fragen des Schadenersatzes. Zum Erbrecht finden sich immerhin 417 Akten. Der Bestand an erbrechtlichen Entscheidungen des LG Wien erlaubt Stephanie Hanel in ihrem Beitrag der Frage nachzugehen, wie die generalklauselartige Vorgabe, dass sich Erblasser beim Testieren an das „gesunde Volksempfinden“ zu halten hätten, in der Judikatur des LG Wien gehandhabt wurde.

In der Datenbank, die angesichts der gewaltigen Zahl der zu erfassenden Fälle freilich schema-

zirks- bzw. Amtsgerichte v.a. für Fragestellungen im Zusammenhang mit der Anfechtung (unehelicher) Vaterschaften.

tisch und nicht allzu detailliert über die Prozessverläufe und die betroffenen Materien Auskunft gibt, wurde auch jeweils angegeben, ob eine Partei einer verfolgten Personengruppe angehört oder umgekehrt als Parteigenosse oder Funktionär des NS-Staates erkennbar ist. So konnten wir eruieren, dass von den 55.823 Akten immerhin 6.032 Akten Verfahren betreffen, bei denen mindestens einer der Prozessbeteiligten als „Jude“ im Sinne der NS-Rassegesetzgebung galt.

4. Themenfelder der Judikaturanalysen

Parallel zur Datenerfassung liefen aber auch analytische Forschungen, die zum Teil bereits abgeschlossen werden konnten, zum Teil hier erstmals der Öffentlichkeit präsentiert werden. So konnte Benjamin Bukor für seine Dissertation über die Entwicklung des Abstammungsrechts in Österreich während der NS-Zeit das im Rahmen des Projekts erschlossene Material extensiv nutzen und seine Promotion erfolgreich abschließen.⁴¹

Den reichen Bestand an Scheidungsakten nutzt Victoria Stickelberger für ihr Dissertationsprojekt, welches die Aufhebung von sogenannten „Rassemischehen“ zum Gegenstand hat; sie wird hier darüber berichten, wie 1938/39 die Praxis dazu aussah.

Lilly Leitner widmet sich der spannenden Frage, welchen Niederschlag die „Arisierung“ von Unternehmen in der zivilrechtlichen Judikatur gefunden hat und inwiefern hier das diskriminierende NS-Wirtschaftsrecht und die vom Gedanken der Privatautonomie und des Privatrechtsschutzes getragenen Zivilrechtsgrundsätze koexistierten.

Dieser Tagungsband dient aber nicht nur der Präsentation unserer Projektarbeit, sondern er vereinigt wichtige zusätzliche, auch vergleichende Perspektiven, die durch die Beteiligung

hochkarätiger Rechtswissenschaftler aus Deutschland eingebracht werden. Martin Löhnig von der Universität Regensburg und Jan Thiessen von der Universität Tübingen untersuchen die für den Anwendungsbereich des ABGB relevante Judikatur des Reichsgerichts, welche im Rahmen des Projekts auch (in Zusammenarbeit mit dem OGH) eingescannt wurde: Martin Löhnig analysiert dabei die österreichspezifische RG-Judikatur im Hinblick auf den Umgang mit Generalklauseln und Jan Thiessen widmet sich drei konkreten Beispielen der Entrechtung von Juden im Zusammenhang mit der Arisierungspolitik.

Susanne Paas schließlich hat sich in ihrer von Hans-Peter Haferkamp betreuten Dissertation intensiv mit dem Leben und Werk Walter Wilburgs beschäftigt und gibt in ihrem Beitrag eine Einschätzung dazu, in welchem Zusammenhang (oder Nichtzusammenhang) Wilburgs „Bewegliches System“ mit NS-Rechtstheorien steht.

Was wäre aber die Praxis ohne die Praktikerinnen und Praktiker? Während des gesamten Projekts konnten wir nicht nur auf die Unterstützung des Wiener Stadt- und Landesarchivs zählen, sondern auch auf stets freundliche und konstruktive Zusammenarbeit mit dem Obersten Gerichtshof und dem Bundesministerium für Justiz. Daher freut es mich besonders, dass auch bei der Tagung am 3. März 2017 so viele hochrangige Vertreter und Vertreterinnen der Justiz (u.a. die Präsidenten und Präsidentinnen des Obersten Gerichtshofs, des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien und des Handelsgerichts Wien sowie zahlreiche weitere RichterInnen) die Ehre ihrer Anwesenheit gaben und damit das große Interesse an der Thematik des Projekts eindrucksvoll unter Beweis stellten.

5. Erkenntnisgewinne

Als spezifische Erkenntnisgewinne durch unser FWF-Projekt hat Hans-Peter Haferkamp in seiner abschließenden Zusammenfassung bei der Tagung drei Aspekte hervorgehoben: den Ge-

⁴¹ BUKOR, Zivilrecht und Ideologie.

winn an empirischer Praxis-Evidenz, die Historisierung der Betrachtung und die differenzierte Berücksichtigung der Multidimensionalität der Rechtsentwicklung der NS-Zeit.

Vor allem gegenüber dem alten Positivismus-Naturrecht-Streit zur „Methodik“ des NS-Rechts erlaubt die rechtshistorische Untersuchung konkreter Urteile einen unmittelbareren Einstieg in die Thematik. Dabei erweist sich rasch, dass NS-Rechtsprechung nicht schlechthin dem einen oder anderen methodischen Modell folgte, sondern eine bunte Vielfalt verschiedener methodischer Techniken zu beobachten ist.

NS-Regularien wurden häufig „gesetzeskonform“ angewendet, dasselbe galt manchmal aber auch für gesetzliche Regelungen aus der Vor-NS-Zeit, die Inhalte aufwiesen, die konträr zur Ideologie der neuen Machthaber stand; Generalklauseln in NS-Gesetzen wurden konform zur NS-Ideologie von denselben Richtern ausgelegt, die sich weigerten, eine ähnliche Umdeutung für die Generalklauseln des ABGB zu akzeptieren, auch wenn dies von besonders NS-affinen Stimmen in der juristischen Fachliteratur nahegelegt wurde – so zu beobachten bei der Judikatur zur „Sittenwidrigkeit“ von Testamenten; anders hingegen bei der Auslegung von § 115 ABGB, wo die Eheaufhebung von sog. „Rassemischehen“ sogleich nach dem „Anschluss“ bereits mit rassistischen Argumenten ermöglicht wird.

Der Grad des ideologischen Gehalts von Entscheidungen ist somit weder an einer bestimmten Methode noch zwingend über die Sprache der Urteile festzumachen, sondern am ehesten noch an der politischen Haltung des Richters (sofern diese eindeutig eruierbar ist). Bewusste Beeinflussung und Steuerung der Rechtsprechung scheint damit in den ideologisch besonders sensiblen Bereichen am effizientesten mit der Änderung der Geschäftsverteilung erzielt worden zu sein, wie das etwa Bukor an der Judikatur des LG Wien in Abstammungssachen ab 1942 zeigen konnte.

Totale NS-Gefolgschaft konnte justizintern aber auch zu Kritik führen: so etwa in dem Fall eines Richters, dem „Maßlosigkeit“ in seiner Rechtsprechung zu „Judenkündigungen“ vorgeworfen wurde und dessen allzu offen ideologische Ausübung seines Richteramtes in seiner Dienstbeurteilung mit einer nervlichen Überreizung und der Instabilität seines Gemütszustandes in Beziehung gesetzt wurde.

Die große Menge an unterschiedlichen Verfahren zeigt im zeitlichen Längsschnitt auch die Abfolge unterschiedlicher Phasen der NS-Herrschaft und ruft damit in Erinnerung, dass auch die NS-Zeit nicht als einheitliche Periode zu sehen ist, sondern – nicht zuletzt durch den Krieg und die brutale Vernichtungspolitik gegenüber politisch Verfolgten – rechtshistorisch je nach Sachzusammenhang differenziert zu analysieren ist.

Zur Differenzierung der Betrachtung gehört aber auch die Einsicht, dass die Rechtsentwicklung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus ein multifaktorieller Vorgang war, bei dem die NS-Ideologie, der Parteiapparat einerseits und die herkömmliche Verwaltung andererseits, die Gesetzgebung, polizeiliche Anordnungen, die Justizverwaltung, die einzelnen Richter, Sachverständige und NS-„Wissenschaft“ sowie nicht zuletzt die Parteien der Verfahren und ihre Rechtsvertreter in unterschiedlichster Weise interagierten. Je mehr sich also das Dunkel des Nichtwissens lichtet, desto mehr zeigt sich die Komplexität der Handhabung des Rechts – eine Einsicht, die freilich nicht auf die hier beobachtete Zeit der NS-Herrschaft in Österreich beschränkt ist.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Franz-Stefan MEISSEL
 Universität Wien
 Institut für Römisches Recht
 und Antike Rechtsgeschichte
 Schenkenstraße 8–10
 1010 Wien
 franz.stefan.meissel@univie.ac.at
 ORCID-Nr. 0000-0002-9081-1573

Abkürzungen:

FWF Fonds zur Förderung
 wissenschaftlicher Forschung

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

Literatur:

- Gundolf BARTELS, Zivilrechtsprechung in Oldenburg 1933–1945, dargestellt vor allem am Beispiel des Ehe- und Familienrechts, in: 175 Jahre Oberlandesgericht Oldenburg (Köln 1989) 253–288.
- Sven BIELEFELDT, Österreichisch-deutsche Rechtsbeziehungen, Bd. II: Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht 1938–1945 (Frankfurt am Main 1996).
- Benjamin BUKOR, Das Abstammungsrecht des ABGB in der Rechtsprechung der NS-Zeit, in: RZ 92 (2014) 159.
- Benjamin BUKOR, Zivilrecht und Ideologie. Die Entwicklung des österreichischen Abstammungsrechts in der NS-Zeit unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur des LGZ bzw LG Wien und des Reichsgerichts (iur. Diss., Universität Wien 2015).
- Ulrike DAVY u.a. (Hgg.), Nationalsozialismus und Recht. Rechtsetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (Wien 1990).
- Bernhard DIESTELKAMP, Michael STOLLEIS (Hgg.), Justizalltag im Dritten Reich (Frankfurt am Main 1988).
- Martin DREYER, Die zivilgerichtliche Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf in der nationalsozialistischen Zeit (= Osnabrücker Schriften zur Rechtsgeschichte 10, Göttingen 2004).
- Wolfgang FORM, Oliver UTHE (Hgg.), NS-Justiz in Österreich. Lage und Reiseberichte 1938–1945 (= Schriftenreihe des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstandes zu Widerstand, NS-Verfolgung und Nachkriegsaspekten, Wien 2004).
- Philipp HACKLÄNDER, „Im Namen des Deutschen Volkes“. Der allgemein-zivilrechtliche Prozessalltag im Dritten Reich am Beispiel der Amtsgerichte Berlin und Spandau (= Berliner Juristische Universitätsschriften Zivilrecht 34, Berlin 2001).
- Hans-Peter HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB zwischen 1939 und 1945, in: Barbara DÖLEMEYER, Heinz MOHNHAUPT (Hgg.), 200 Jahre ABGB (Frankfurt am Main 2011) 159–175.
- Hans-Peter HAFERKAMP, Margit SZÖLLÖSI-JANZE, Hans-Peter ULLMANN (Hgg.), Justiz im Krieg. Der Oberlandesgerichtsbezirk Köln 1939–1945 (Berlin 2012).
- Hans-Peter HAFERKAMP, Private Law, Judge-Made Law and Heimatfront, in: Comparative Legal History 2/2 (2014) 264–277.
- Jost HAUSMANN, Zivilgerichtsbarkeit, in: Ministerium für Justiz Rheinland-Pfalz, Justiz im Dritten Reich. Justizverwaltung, Rechtsprechung und Strafvollzug auf dem Gebiet des heutigen Landes Rheinland-Pfalz (Frankfurt am Main 1995).
- Mathias HERBERS, Organisationen im Krieg. Die Justizverwaltung im Oberlandesgerichtsbezirk Köln 1939–1945 (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 71, Tübingen 2012).
- Marius HETZEL, Die Anfechtung der Rassenmischehe in den Jahren 1933–1939. Die Entwicklung der Rechtsprechung im Dritten Reich: Anpassung und Selbstbehauptung der Gerichte (Tübingen 1997).
- Herbert HOFMEISTER, Privatrechtsgesetzgebung für Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, in: Ulrike DAVY u.a. (Hgg.), Nationalsozialismus und Recht (Wien 1990) 124–148.
- Werner JOHE, Die gleichgeschaltete Justiz. Organisation des Rechtswesens und Politisierung der Rechtsprechung 1933–1945 dargestellt am Beispiel des Oberlandesgerichtsbezirks Hamburg (= Veröffentlichungen der Forschungsstelle für die Geschichte des Nationalsozialismus in Hamburg V, Frankfurt am Main 1967, ND 1983).
- Jonas KÜSSNER, Die familienrechtlichen Entscheidungen des Landgerichts Köln in der Zeit von 1933–1945 (Wien 2012).
- Dieter LAUM, Rüdiger PAMP, Das Oberlandesgericht Köln und sein Bezirk im Nationalsozialismus, in: DERS., Adolf KLEIN, Dieter Strauch (Hgg.), Rheinische Justiz. Geschichte und Gegenwart – 175 Jahre OLG Köln (Köln 1994) 661–668.

- Michael LÖFFELSENDER, Kölner Rechtsanwälte im Nationalsozialismus. Eine Berufsgruppe zwischen „Gleichschaltung“ und Kriegseinsatz (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 88, Tübingen 2015).
- Michael LÖFFELSENDER, Strafjustiz an der Heimatfront. Die strafrechtliche Verfolgung von Frauen und Jugendlichen im Oberlandesgerichtsbezirk Köln 1939–1945 (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 70, Tübingen 2012).
- Martin LÖHNIG, Scheidungsalltag an einem erstinstanzlichen Gericht vor und nach dem „Zusammenbruch“. Die Eheakten des Landgerichts Amberg aus den Jahren 1944–1946, in: ZRG-GA 125 (2008) 501–526.
- Martin LÖHNIG, Entwicklungspfade des Deliktsrechts: Zur Anwendung des österreichischen ABGB durch das deutsche Reichsgericht, in: Zeitschrift für europäisches Privatrecht 19 (2011) 820–830.
- Hannes LUDYGA, Das Oberlandesgericht München zwischen 1933 und 1945 (Berlin 2012).
- Maria MAMMERI-LATZEL, Justizpraxis in Ehesachen im Dritten Reich. Eine Untersuchung von Prozessakten des Landgerichts Berlin unter besonderer Berücksichtigung der Ideologie des Nationalsozialismus (Berlin 2002).
- Barbara MANTHE, Richter in der nationalsozialistischen Kriegsgesellschaft. Beruflicher und privater Alltag von Richtern des Oberlandesgerichtsbezirks Köln, 1939–1945 (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 75, Tübingen 2013)
- Franz-Stefan MEISSEL, Benjamin BUKOR, Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Constanze FISCHER-CZERMAK u.a. (Hgg.), Festschrift 200 Jahre ABGB, Bd. I (Wien 2011) 17–44.
- DERS., Die Umgestaltung der Zivilrechtsjustiz nach der NS-Machtergreifung in Österreich, in: RZ 92 (2014) 136–140.
- Andreas MÖHRING, Richter im Nationalsozialismus. Personalentwicklung und Personalpolitik am Oberlandesgericht Naumburg 1933–1945 (= Hallesche Schriften zum Recht 30, Halle-Witteberg 2012).
- Kathrin NAHMMACHER, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Hamburger Gerichte zum Scheidungsgrund des § 55 EheG 1938 in den Jahren 1938 bis 1945 (= Europäische Hochschulschriften 2604, Frankfurt am Main 1999).
- Rüdiger PAMP, Das Landgericht Bonn und sein Bezirk in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Heinz FAßBENDER (Hgg.), 150 Jahre Landgericht Bonn (Bonn 2000) 132–142.
- Reginald A. PUERSCHEL, Trügerische Normalität. Zur Rechtsprechung der Landgerichte Hamburg und Altona in Ehe- und Familiensachen 1933–1939, in: Justizbehörde Hamburg (Hg.), „Für Führer, Volk und Vaterland ...“. Hamburger Justiz im Nationalsozialismus (Hamburg 2000) 382–431.
- Oliver RATHKOLB, Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien zwischen Antisemitismus, Deutschnational und Nationalismus 1938, davor und danach, in: Gernot HEISS u.a. (Hgg.), Willfähige Wissenschaft (Wien 1989) 197–232.
- Hubert ROTTLEUTNER, Verfahrensflut und Verfahrensebbe. Ein Plädoyer für die langfristige Betrachtung gerichtlicher Gezeiten, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 18 (1985) 117–119.
- Hubert ROTTLEUTHNER, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945. Mit allen Grund- und Karrieredaten auf beiliegender CD-ROM (Berlin 2010).
- Joachim RÜCKERT, Justiz und Nationalsozialismus: Bilanz einer Bilanz, in: Horst MÖLLER, Udo WENGST (Hgg.), 50 Jahre Institut für Zeitgeschichte (1999) 181–213.
- Hinrich RÜPING, Justiz und Nationalsozialismus – Ein Forschungsfeld und seine Geschichte, in: Gerhard PAULI, Thomas VORMBAUM (Hgg.), Justiz und Nationalsozialismus – Kontinuität und Diskontinuität = Juristische Zeitgeschichte 14 (Berlin 2003) 3–16.
- Bernd RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung (Tübingen 2012).
- Sarah SCHÄDLER, „Justizkrise“ und „Justizreform“ im Nationalsozialismus. Das Reichsjustizministerium unter Reichsjustizminister Thierack (1942–1945) (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 61, Tübingen 2009).
- Christof SCHILLER, Das Oberlandesgericht Karlsruhe im Dritten Reich (= Schriften zur Rechtsgeschichte 69, Berlin 1997).
- Friedo SCHRÖDER, Die anwaltliche Tätigkeit während der nationalsozialistischen Herrschaft. Eine Analyse der anwaltlichen Argumentation in Zivilprozessen – anhand der vorhandenen Prozessakten der Landgerichte Frankenthal, Wiesbaden, Limburg, und Frankfurt und Handakten der jüdischen Konsulenten des OLG-Bezirks Frankfurt am Main (Frankfurt am Main 2001).
- Rainer SCHRÖDER, „...aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!“ Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich (Baden-Baden 1988).
- Rainer SCHRÖDER, Der zivilrechtliche Alltag des Volksgenossen. Beispiele aus der Praxis des Oberlandesgerichts Celle im Dritten Reich, in: Bern-

- hard DIESTELKAMP, Michael STOLLEIS (Hgg.), *Justizalltag im Dritten Reich* (Frankfurt am Main 1988) 39–62.
- Rainer SCHRÖDER, *Das Zivilrecht und seine Funktion im Dritten Reich*, in: Ulrich Eisenhardt (Hg.), *100 Jahre BGB* (Baden-Baden 2001) 53–102
- Rainer SCHRÖDER, *Zivilrechtspraxis im Nationalsozialismus*, in: Joachim ARNTZ, Hans-Peter HAFERKAMP, Margit SZÖLLÖSI-JANZE (Hgg.), *Justiz im Nationalsozialismus* (Hamburg 2006) 66–74
- Dieter SIMON, *Waren die NS-Richter „unabhängige Richter“ im Sinne des § 1 GVG?*, in: Bernhard DIESTELKAMP, Michael STOLLEIS (Hgg.), *Justizalltag im Dritten Reich* (1988) 11–25
- Dominik A. THOMPSON, *Krieg ohne Schaden. Vertragsstreitigkeiten und Haftpflichtprozesse im Kontext von Kriegswirtschaft und Amtshaftungskonjunktur ausgehend von der Rechtsprechung des Landgerichts Bonn während des Zweiten Weltkriegs (1939–1945)* (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 89, Tübingen 2015)
- Peter THOSS, *Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung. Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht* (Frankfurt am Main 1968)
- Stefan WEDRAC, *Die Richter des Obersten Gerichtshofes vom Anschluss 1938 bis zur Eingliederung in das Reichsgericht*, in: RZ 92 (2014) 152–158.
- Hermann WEINKAUFF, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus* (Stuttgart 1968)

Martin LÖHNIG, Regensburg

Generalklauseln in der Rechtsprechung der österreichischen Senate des Reichsgerichts 1939–1945

Eine Studie auf Grundlage der Wiener Reichsgerichtsakten

General clauses in the Judicature of the Austrian Senates of the Supreme Court of the German Reich 1939–1945: A Study based on the Vienna Files of the Supreme Court

This article examines the still unpublished judgements of the Supreme Court of the German 'Reich' applying general clauses of Austrian law within its Senates' jurisdiction. The analysis focuses on the categories of unconscionability ('contra bonos mores') in s. 879 of the Austrian General Civil Law Code (ABGB), good faith ('Treu und Glauben') and so-called 'healthy popular sensibilities' ('gesundes Volksempfinden') in s. 48 of the Testaments Act (TestG).

Keywords: *Analysis of judicature – General clauses – Private law – Supreme Court of the German Reich*

I. Der Richter als Gesetzgeber

Generalklauseln haben große Bedeutung für die Dauerhaftigkeit einer Zivilrechtskodifikation. Sie ermöglichen eine Anpassung an den Wandel der Bedürfnisse und Anschauungen, aber auch an Veränderungen der Verfassungsrechtslage, ohne dass am Wortlaut des Gesetzes etwas verändert werden müsste. Gleichzeitig werden dem einzelnen Richter damit erhebliche Befugnisse übertragen: Er wird letztlich zum Gesetzgeber, muss offengelassene gesetzgeberische Wertungen nachholen.¹ Heck² hat deshalb § 242 BGB zu Recht als „Delegationsnorm“ bezeichnet. Dem Gesetzgeber des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs war diese Funktion der Generalklauseln durchaus bewusst, denn in den Motiven zu § 138 BGB führt er aus, die Vorschrift stelle sich

als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar. Dem richterlichen Ermessen werde nämlich ein bislang nicht gekannter Spielraum gewährt, was angesichts der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes jedoch unbedenklich sei.³ Als gewissenhaft haben sich deutsche Richter in der Tat stets erwiesen, nur scheint ihr Gewissen in den letzten gut hundert Jahren von recht unterschiedlichen Wertvorstellungen gespeist gewesen zu sein. In seiner 1933 erschienenen Monographie hatte Justus Wilhelm Hedemann, Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, „Die Flucht in die Generalklauseln“ als „eine Gefahr für Recht und Staat“ erkannt und den Umgang mit den Generalklauseln als „offen gelassener Gesetzgebung“⁴ in den Mittelpunkt der juristischen Diskussion gerückt. Nach 1933 waren es aber nicht die von Hede-

¹ Vgl. RÜTHERS, Unbegrenzte Auslegung 267.

² HECK, Grundriß des Schuldrechts § 4.1.

³ Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch 211f.

⁴ HEDEMANN, Flucht in die Generalklauseln 58.

mann befürchtete Willkür, Milde, Weichheit und Rechtsunsicherheit, welche über die Generalklauseln Eingang ins Bürgerliche Recht fanden, sondern die Generalklauseln wurden von der Rechtswissenschaft als geeignete Einbruchstellen für das neue Rechtsdenken in die alte, „liberalistische“ Kodifikation ausgemacht; die Literatur hierzu ist fast unübersehbar.⁵ Damit ist freilich noch nicht gesagt, ob und in welchem Umfang sich die Rechtsprechung dieser Einbruchstellen bedient hat.

II. Zur Quellengrundlage

Quellengrundlage vorliegender Untersuchung zum Umgang des Reichsgerichts mit Generalklauseln ist allein die – freilich nicht ausschließlich, aber doch ganz überwiegend nichtpublizierte – Judikatur des Reichsgerichts der Jahre 1939–1945 aus den Wiener Archivbeständen, also die „ABGB-Judikatur“ des Reichsgerichts. Diese wiederum betrifft nahezu ausschließlich Fälle, die nach fortgeltendem österreichischem Recht zu entscheiden waren, soweit nicht neu geschaffenes Einheitsrecht wie das Ehegesetz (EheG)⁶ oder das Testamentsgesetz (TestG)⁷ einschlägig waren. Zuständig hierfür war vor allem der VIII./VII. Zivilsenat, cum grano salis ein von Wien nach Leipzig verzogener Oberster Gerichtshof. Denn fünf Reichsgerichtsräte stammten aus Österreich, zwei waren zuvor in der Tschechoslowakei tätig, wo ebenfalls noch das ABGB galt (die Einführung eines bereits fertiggestellten neuen Zivilgesetzbuches schei-

terte an der Zerschlagung dieses Staates), und lediglich zwei Räte hatten bisher mit dem BGB gearbeitet. 1943 wurde dieser VIII. ZS allerdings zum VII. ZS, wobei zwei österreichische RG-Räte wegfielen und die österreichische Mehrheit in diesem nunmehr nur noch aus acht Richtern bestehenden Senat damit passé war.⁸ Es wird zu erörtern sein, ob sich hieraus auch Veränderungen in der Rechtsprechung des Senats ergeben haben.⁹ Daneben bestanden Spezialzuständigkeiten einiger durch deutsche Richter dominierter Senate, etwa des II. Zivilsenats im Wirtschaftsrecht oder des IV. Zivilsenats im Ehe-recht.

Ausgeklammert wurden jedoch die Wiener Akten des IV. Zivilsenats, welcher sich auf Grundlage des EheG 1938 vor allem mit Fragen der Ehescheidung zu befassen hatte; zwar enthält gerade das EheG zahlreiche normative Rechtsbegriffe, etwa das „Wesen der Ehe“. Über die stark ideologisierte Arbeit des Senats unter seinem Vorsitzenden Martin Jonas existieren jedoch bereits verschiedene Darstellungen.¹⁰ Beiseitegelassen wurden auch die Entscheidungen des VIII./VII. Zivilsenats zu Abstammungsfragen, weil die Entwicklung der Rechtsprechung in Abstammungsfragen ebenfalls bereits Gegenstand verschiedener Erörterungen war.¹¹ Zuletzt fehlen auch Entscheidungen zum Schadenersatzrecht. Freilich hat gerade auf diesem Gebiet in den Jahren 1939–1944 ein erheblicher Entwicklungsschub stattgefunden, diesen hat der

⁵ Vgl. bei RÜTHERS, Unbegrenzte Auslegung 214 Anm. 6.

⁶ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet (Ehegesetz, EheG), dRGBL. 1938 I 807.

⁷ Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (Testamentsgesetz, TestG), dRGBL. 1938 I 973.

⁸ Zur Besetzung der Senate KAUL, Geschichte des Reichsgerichts 331ff.; zu den Biographien der Richter ebd. 261ff.

⁹ Dezidiert in diese Richtung HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ 159, 173f.

¹⁰ Eingehend hierzu NIKSCH, Sittliche Rechtfertigung.

¹¹ Vgl. etwa HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ 159 ff.; MEISSEL, BUKOR, ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus 17ff.

Verfasser jedoch an anderer Stelle erörtert.¹² Untersucht wurden somit sämtliche Akten des II., VII. und VIII. ZS, welche im Wiener Bestand enthalten sind, insgesamt 482 Akten. Davon entfallen 34 Akten auf den II. ZS, 140 Akten auf den VII. ZS und 308 Akten auf den VIII. ZS. Diese Akten verteilen sich folgendermaßen auf die Jahre 1939 bis 1945, wobei jeweils auf das Datum der Revisionseinlegung abgestellt wird:

	II	VII	VIII
1939			65
1940			46
1941			40
1942	5		89
1943	12		68
1944	12	91	
1945	5	49	

Allerdings sind die Aktenzeichenfolgen nicht nur des II. ZS, sondern auch des „österreichischen“ VIII./VII. ZS vielfach lückenhaft, die Wiener Überlieferung der Judikatur der Senate ist also keineswegs vollständig. Ein Abgleich der Aktenzeichen aus dem ausgewerteten Bestand mit den in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen deutet jedoch darauf hin, dass die fehlenden Akten jedenfalls ganz vorrangig Verfahren aus dem „Reichsgau Sudetenland“ und dem „Protektorat Böhmen und Mähren“ betreffen, für das – auch hier galt ja das ABGB – dieser Senat ebenfalls zuständig war.

Vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf folgende Generalklauseln: (1.) § 879 ABGB, der

seit der III. Teilnovelle 1916 den Begriff der Sittenwidrigkeit enthält; (2.) § 48 Abs. 2 TestG 1938, der eine über § 138 BGB und vor allem über § 879 ABGB hinausgehende Möglichkeit der Inhaltskontrolle letztwilliger Verfügungen schuf, welche nach Hütte¹³ bestimmungsgemäß als Einfallstor nationalsozialistischen Gedankenguts gedient habe; (3.) die Grundsätze von Treu und Glauben, welche im ABGB – anders als in § 242 BGB – gerade *nicht* umfassend positiviert waren. Die III. Teilnovelle 1916 hatte die Grundsätze von Treu und Glauben nur auf dem Feld der Auslegung für anwendbar erklärt, § 914 ABGB, und in der österreichischen Rechtsprechung haben sie sich infolgedessen bis 1938 nicht umfassend niedergeschlagen. 44 der 482 Akten enthalten Ausführungen zu einer der drei Generalklauseln. 24 Akten betreffen § 879 ABGB, in acht Akten argumentiert das Reichsgericht mit den Grundsätzen von Treu und Glauben und in zwölf Entscheidungen werden letztwillige Verfügungen am Maßstab des § 48 Abs. 2 TestG gemessen. 20 Entscheidungen zu § 879 ABGB stammen vom VIII. ZS (im Schwerpunkt aus den Jahren 1941 und 1942), jeweils zwei vom VII. und II. ZS (beide aus dem Jahr 1944). Die Entscheidungen zu Treu und Glauben stammen zur Hälfte vom II. ZS, zur anderen Hälfte vom VIII. bzw. VII. ZS. Die Entscheidungen zu § 48 TestG stammen zum größten Teil vom VII. ZS, jeweils vier aus den Jahren 1943 und 1944.

¹² LÖHNIG, Entwicklungspfade des Deliktsrechts 890ff.

¹³ HÜTTE, Gemeinschaftsgedanke 185ff.; 256ff.

	§ 879 ABGB			Treu + Glauben			§ 48 Abs. 2 TestG		
	VIII.	VII.	II.	VIII.	VII.	II.	VIII.	VII.	II.
1939	1								
1940	2								
1941	7			1			3		
1942	10			1		1			
1943		1				1	1	4	
1944		1	2		1	2		4	
1945					1				

Die Stichprobenlänge ist nicht hoch genug, um signifikante Aussagen ableiten zu können. Allerdings fällt immerhin auf, dass § 879 ABGB vor allem durch den österreichisch dominierten VIII. ZS angewendet wurde. Auf die nur im BGB umfassend positivierten Grundsätze von Treu und Glauben hingegen nahmen weit überwiegend die von deutschen Richtern dominierten VII. und II. ZS Bezug. Auch die Entscheidungen zu § 48 Abs. 2 TestG stammen vor allem aus der Zeit, in der aus dem österreichisch dominierten VIII. ZS ein von deutschen Richtern dominierter VII. ZS geworden war. Dies mag sich darauf zurückführen lassen, dass nach österreichischem Recht bislang eine Sittenwidrigkeit von Testamenten nicht in Betracht gekommen war, sieht man von der Sonderregelung des § 543 ABGB für Ehebruchsfälle ab.

III. Qualitative Analyse

Welche Rolle haben die Generalklauseln in den 44 einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts zu „österreichischen Fällen“ nun gespielt? Diese Frage nimmt offene oder versteckte Anklänge an NS-Ideologien – etwa Führerkult,

Rasseideologie oder Volksgemeinschaftsdenken – in den Entscheidungsbegründungen in den Blick. Reagierte der jeweilige Senat mit einschlägigen Formulierungen (etwa: gesundes Volksempfinden) nur auf entsprechenden Parteivortrag oder verwendete er die Formulierungen von sich aus? Lassen sich Unterschiede von Senat zu Senat oder im Hinblick auf den Zeitpunkt der Abfassung des Urteils erkennen? Und insbesondere: Wurden auf NS-Ideologie gestützte Argumente nur zur Bekräftigung eines bereits in anderer Weise hergeleiteten Ergebnisses angeführt oder hatten sie entscheidungstragende Funktion? Dabei kommt es nicht vorrangig auf die inhaltlichen Ergebnisse, sondern auf den methodischen Vorgang an. Im Bereich des Ehescheidungsrechts beispielsweise sind die Ergebnisse, die der IV. ZS bei der Anwendung des § 55 EheG 1938 erzielt hat, aus unserer Perspektive nicht besonders aufsehenerregend; jedes Bezirks- oder Amtsgericht entscheidet heute wesentlich scheidungsfreundlicher als der Vorsitzende Martin Jonas und seine Kollegen. Diese methodische Fragestellung hat

sich für die Analyse höchstrichterlicher¹⁴ Rechtsprechung mit Rüthers' Angriff auf die in der Nachkriegszeit vertretene Positivismusthese¹⁵ keineswegs erledigt.

1. Sittenwidrigkeit, § 879 ABGB

a. Wucher, § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB

Zahlreiche Entscheidungen zu § 879 ABGB treffen den dort seit der III. Teilnovelle 1916 in Anlehnung an § 138 Abs. 2 BGB geregelten Wuchertatbestand. Hiernach war (und ist) ein Vertrag nichtig, „wenn jemand den Leichtsin, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnisse steht“. In mehreren Verfahren¹⁶ wurde von einer Partei die Unwirksamkeit eines Vergleiches wegen eines auffälligen Missverhältnisses der beiderseitigen Leistungen behauptet. Hier betont der VIII./VII. ZS stets, dass ein Vergleich zwar grundsätzlich sittenwidrig sein könne, jedoch bei Vergleichen zur Beilegung von Streitigkeiten in aller Regel eine Sittenwidrigkeit deshalb nicht in Betracht komme, weil sich die wirtschaftliche Bewertung der ausgetauschten Leistungen schwierig gestalte. Hierzu wird in der ersten einschlägigen Entscheidung des VIII. ZS¹⁷ ergänzend auf zwei Entscheidungen des Gerichts¹⁸ „für das Altreichsrecht“ verwiesen. Weitere Entscheidun-

gen¹⁹ verweisen unter Aufhebung der Vorinstanz zurück, weil mangels Ermittlung bestimmter Werte die Entscheidungsreife fehlte, oder verneinte selbst²⁰ das Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses. Den Maßstab für das Vorliegen eines solchen Missverhältnisses legt der VIII. ZS in einem skurrilen Fall dar – eine Witwe hatte die Gruftplatte und das Grabdenkmal ihres Mannes im Austausch gegen Billigware an den Lieferanten, der bereits einen neuen Abnehmer gefunden hatte, zurückverkauft und war dabei möglicherweise über den Tisch gezogen worden. „Ein höherer Zuschlag [auf den Marktwert] als 25 % kann nicht zugebilligt werden, weil schon alle Auslagen berücksichtigt sind“ und vorliegend auch sonst keine Risiken bestehen – der Weiterverkauf war ja schon gesichert.²¹ Diese Rechtsprechung zum Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung bei Vergleichen fand unter Nennung der ersten einschlägigen Entscheidung des VIII. ZS und dessen Gewährsentscheidungen Aufnahme in die Nachkriegsaufgabe des Klang,²² während die in der Zwischenkriegszeit erschienene Voraufgabe noch keine Ausführungen zum Vergleich enthalten hatte.

Nur in einer einzigen Entscheidung²³ bejahte der VIII. ZS das Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses und auch aller anderen Voraussetzungen des § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB. Der Beklagte hatte sich im Rahmen seiner Bewerbung um eine Kaminfegerkonzession zu Unterhaltsleis-

¹⁴ Zu Fragestellungen bei der Analyse erstinstanzlicher Gerichtsentscheidungen vgl. LÖHNIG, *Neue Zeiten – Altes Recht*.

¹⁵ RÜTHERS, *Unbegrenzte Auslegung*.

¹⁶ RG 2. 4. 1941, VIII 23/41; 3. 12. 1941, VIII 122/41; 12. 12. 1942, VIII 32/42; 24. 11. 1943, VII 111/43.

¹⁷ RG 2. 4. 1941, VIII 23/41.

¹⁸ RG 24. 9. 1913, III 178/13 (RGZ 83, 110); RG 14. 12. 1937, VII 141/37 (RGZ 156, 265).

¹⁹ RG 23. 10. 1939, VIII 163/39; 10. 10. 1940, VIII 98/40.

²⁰ RG 8. 10. 1941, VIII 92/41; 3. 6. 1942, VIII 20/42.

²¹ RG 23. 10. 1939, VIII 163/39.

²² GSCHNITZER, in: KLANG², § 879 ABGB L. 2. b): „RGE. 2. IV. 41, HRR 1941, 760; RGZ 156, 267; RGZ 83, 113“.

²³ RG 10. 12. 1941, VIII 128/41; hinzukommt RG 18. 11. 1941, VIII 70/42 auf Grundlage der VO zur „Ausbeutung Kreditsuchender“ von 1933, welche eine Konkretisierung und Verschärfung der Sittenwidrigkeit für Darlehensverträge bringt, sobald die Gegenleistung mehr als 1 % über dem Marktzins liegt, was vorliegend der Fall war.

tungen an die Töchter des verstorbenen Vorgängers in Höhe von 25 % seiner künftigen Nettoerträge verpflichtet. Im Gegenzug sollten die Töchter für den Neuinhaber der Konzession werben. Nach zehn Jahren verweigerte der Kaminfeger die Zahlung. Unstreitig war, dass die Konzession von der zuständigen Behörde nur unter Eingehung dieser Verpflichtung erlangt werden konnte. Der Senat war hier der Auffassung, dass die Gegenleistung der Töchter „nicht allzu hoch zu veranschlagen“ sei. Heftig umstritten war in diesem Verfahren allerdings das Tatbestandsmerkmal der Zwangslage, weil sich der Kläger aus einer festen Anstellung heraus um die Konzession beworben hatte und ihm bei Ablehnung seiner Bewerbung deshalb nicht der wirtschaftliche Ruin gedroht hätte. Hier unternahm der Senat eine schulmäßige Auslegung des § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB. „Das Tatbestandsmerkmal der Zwangslage taucht erst in der neuen österreichischen Wucherverordnung vom 12. Oktober 1914 auf. Das ältere österreichische Wuchergesetz vom 28. Mai 1881 sprach von Notlage; wie auch das Wuchergesetz des Altreichs vom 24. Mai 1880 von Notlage spricht, wobei es dann auch in dem Bürgerlichen Gesetzbuch des Altreichs geblieben ist. Dagegen ist in Österreich der in der Wucherverordnung von 1914 enthaltene Begriff Zwangslage im Jahre 1916 dann durch die III. Teilnovelle auch in die gesetzliche Wucherdefinition des § 879 übergegangen. Im Schrifttum sowie in der Rechtsprechung Österreichs besteht kein Streit darüber, dass durch die Ersetzung des Wortes Notlage durch den Ausdruck Zwangslage eine Erweiterung des Wuchertatbestands beabsichtigt und herbeigeführt worden ist. Es braucht sich hier nämlich nicht um eine die wirtschaftliche Existenz bedrohende Notlage zu handeln. Das österreichische Gesetz umfasst vielmehr alle Fälle, in denen die besonderen Verhältnisse dem Bewucherten nur die Wahl lassen, entweder auf einen drückenden Vertrag einzugehen oder einen noch größeren Nachteil zu erleiden. Es setzt also

das geltende österreichische Recht auf Seite des Bewucherten keinen Zustand voraus, der einen wirklichen Notstand gleichkäme oder ähnlich wäre. Es wird vielmehr nicht mehr bloß der wirtschaftlich schwache, sondern schon der bei dem einzelnen Geschäftsabschluss schwächere geschützt. Von dieser Begriffsbestimmung ausgehend ergibt sich im vorliegenden Fall die Richtigkeit der Annahme des Berufungsgerichts, dass der Beklagte sich bei Abschluss des Versorgungsvertrags in einer Zwangslage befunden hat.“²⁴ Aufgrund der Kenntnis der auf Zahlung klagenden Töchter sowohl vom Wert der ausgetauschten Leistungen als auch vom Junktim zwischen Konzession und Versorgung bejahte der Senat schließlich auch das Tatbestandsmerkmal des Ausbeutens. Ergänzend bediente sich der Senat allerdings eines ideologisch gefärbten Arguments. „Aber auch wenn die Klägerin sich des Missverhältnisses zwischen ihrer eigenen Leistung und derjenigen des Beklagten bei Abschluss des Vertrages nicht bewusst gewesen sein sollte, würde es jedem gesunden Volksempfinden widersprechen, wenn sie jetzt, nachdem dieses Missverhältnis durch den Rechtsstreit klargestellt worden ist, noch weiter Rechte aus dem Vertrage herleiten wollte.“ Die schulmäßig auslegende Entscheidung – es finden sich keine methodisch auffälligen Begründungselemente – wurde in der amtlichen Sammlung²⁵ abgedruckt und von Gschnitzer in der Nachkriegsauflage des Klang²⁶ als Referenz genannt.

²⁴ Im Verfahren RG 2. 4. 1941, VIII 20/41 hatte der Senat dagegen das Vorliegen einer Zwangslage bei Abschluss eines wucherischen Wohnungsmietvertrags verneint, weil zum Zeitpunkt des Vertragschlusses bereits Wohnungen nach Wohnungsanforderungsgesetz zugewiesen worden seien, so dass schon keine Zwangslage bestanden habe.

²⁵ RGZ 168, 108.

²⁶ GSCHNITZER, in: KLANG², § 879 ABGB L. 2. a).

b. Wucherähnliches Geschäft

Ähnlich wie § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB regelt auch dessen Vorbild § 138 Abs. 2 BGB den Wuchertatbestand, indem über das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung hinaus noch weitere Voraussetzungen für die Nichtigkeit eines Vertrages gefordert werden. Der Gesetzgeber des BGB hatte demgegenüber die gemeinrechtliche *laesio enormis*,²⁷ wonach ein ganz deutliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung bereits für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ausreicht, ganz bewusst nicht kodifiziert. Das Reichsgericht entschied jedoch 1936²⁸ durch den Großen Senat in Zivilsachen, dass ein Vertrag bei auffälligem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig sein könne, wenn „außer dem Missverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teils festzustellen ist, dass das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund oder Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt“. Auf diese Gesinnung könne wiederum unter Umständen aus dem Missverhältnis geschlossen werden. Allerdings diene diese Entscheidung lediglich der Bekräftigung einer Rechtsprechung, die das Gericht bereits 1906 begründet²⁹ und mehrfach wiederholt³⁰ hatte. Diese Rechtsprechung hat sich in Deutschland dementsprechend auch über 1945 hinaus bis heute fest etabliert.³¹

In § 934 ABGB ist hingegen seit jeher die *laesio enormis* positiviert. „Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten, so

räumt das Gesetz dem verletzten Teile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern.“ Trotz der Einführung des Wuchertatbestandes mit der III. Teilnovelle hat der Gesetzgeber § 934 ABGB jedoch nicht gestrichen, weil es hierbei anders als im neugefassten § 879 ABGB nicht auf die Gesinnung des Wucherers (Ausbeutung) ankomme.³² Der VIII. Zivilsenat hat in zwei Entscheidungen³³ die Übertragung der erörterten Rechtsprechung zum deutschen Recht auf das österreichische Recht gleichwohl erwogen. „Die reichsgerichtliche Rechtsprechung erkennt allerdings an, dass ein Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis zueinander stehen, nach § 879 Abs. 1 ABGB nichtig sein kann, auch wenn die übrigen Merkmale des Wuchers nicht vorliegen. Es muss aber dann außer dem Missverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teiles festzustellen sein, dass das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das Volksempfinden verstößt“. Allerdings fehlte es jeweils bereits an einem entsprechenden Missverhältnis. Offenbar sah sich der Senat aber bemüht, diese Zwischenform (Missverhältnis, üble Gesinnung) zwischen § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB (Missverhältnis, problematische Lage des Bewucherten, Ausbeutung) und § 934 ABGB (100 %-Missverhältnis) zu erörtern. Jedoch handelt es sich auch für das österreichische Recht um nicht grundlegend Neues, denn Gschnitzer hatte schon in der ersten Auflage des Klang'schen Kommentars zum ABGB (unter Berufung auf eine OGH-Entscheidung aus dem Jahre 1926³⁴) 1934 vertreten: „Ist eines [d.h. ein Tatbestandsmerkmal des § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB] nicht gegeben, so kann aber immer noch mit dem Abs. 1 des § 879 geholfen wer-

²⁷ Vgl. C. 4, 44, 2 und C. 4, 44, 8.

²⁸ RG 13. 3. 1936, V 184/35 (RGZ 150, 1).

²⁹ RG 13. 10. 1906, V 154/06 (RGZ 64, 181).

³⁰ Vgl. etwa RG 24. 9. 1913, III 178/13 (RGZ 83, 109); RG 11. 7. 1917, III 394/16 (RGZ 90, 400).

³¹ Zu detaillierten Nachweisen vgl. SACK, FISCHINGER, in: STAUDINGER § 138 Rz. 267ff.

³² Vgl. GSCHNITZER, in: KLANG^{1,2} § 879 ABGB L. 2.

³³ RG 6. 2. 1942, VIII 123/41; 14. 10. 1942, VIII 75/42.

³⁴ „E 23. II. 26, SZ. 8/61“.

den.“³⁵ In der zweiten Auflage des Klang’schen Kommentars³⁶ aus den frühen 1950er Jahren finden sich dann weitere Belege für die Auffassung, unter anderem auch die genannte Entscheidung des Großen Senats in Zivilsachen des Reichsgerichts. Der OGH³⁷ hat seine Rechtsprechung unter Berufung auf die genannte Entscheidung aus dem Jahre 1926 später fortgesetzt.

c. Allgemeine Sittenwidrigkeit,

§ 879 Abs. 1 ABGB

Weitere Entscheidungen betreffen den ebenfalls mit der III. Teilnovelle eingeführten allgemeinen Tatbestand der Sittenwidrigkeit aus § 879 Abs. 1 ABGB. Hier legt der VIII. ZS³⁸ beispielsweise dar, es sei „richtig, dass versteckte Klauseln in Vertragsanträgen, wozu auch Kostenvorschläge gehören, deren Sinn und Tragweite für den Gegner verborgen und unbekannt bleiben können, unter Umständen als sittenwidrig angesehen werden“ können. Dies gelte aber nicht für Fachausdrücke des jeweiligen Geschäftszweiges; hier müsse der Empfänger Erkundigungen einholen, wenn er etwas nicht versteht. Oder: „Ein Versuch, mit der Gegenseite persönlich ohne Hinzuziehung der Anwälte zu einer Einigung zu kommen“ enthalte nichts Sittenwidriges.³⁹

Neben diesen wenig spektakulären Entscheidungen finden sich jedoch auch Versuche, nationalsozialistische Wertungen im Rahmen des § 879 Abs. 1 ABGB fruchtbar zu machen. Ein Revisionskläger⁴⁰ wollte die Nichtigkeit eines Grundstückskaufvertrages festgestellt wissen. „Die Ansammlung von so viel Gutsbesitz in ein

und derselben Hand [der Käufer besaß schon einen großen landwirtschaftlichen Betrieb und hat zugekauft] könne in der heutigen Zeit nicht gutgeheißen werden. Es widerspreche dem gesunden Volksempfinden, wenn die Töchter des Klägers sehen müssten, dass die elterliche Liegenschaft [...] in fremde Hände komme.“ Dem widerspricht der Senat, jedoch nicht prinzipiell, sondern mit Verweis darauf, dass der Erwerber gerade im Hinblick auf seine zahlreichen Kinder hinzuerworben habe, weshalb der Vertrag nicht gegen das gesunde Volksempfinden verstoße.

Sittenwidrig handelt nach Auffassung des VIII. ZS jedoch der Zedent einer Forderung, der durch Verbringung zugriffsfähiger Sachen dem Zessionar die Befriedigung unmöglich macht.⁴¹ In einer weiteren Entscheidung begründet der VIII ZS⁴² die Sittenwidrigkeit etwas ausführlicher und fühlt sich zugleich zu einer Referenz an gewandelte Auffassungen bemüht. „Für die Zulässigkeit solcher Abtretungen zur Einziehung ohne Übergang der Forderung auf den Übernehmer wurde in früherer Zeit immer wieder auf ein besonderes Bedürfnis hingewiesen. Dagegen wurden nicht unbeachtliche Einwendungen erhoben. Es brauchte nicht erörtert zu werden, ob solche Abtretungen mit den geläuterten Anschauungen über Treu und Glauben noch vereinbar sind und ob eine Abtretung zum Zwecke der Ermöglichung der Vernehmung des Übernehmers als Zeugen in einem Rechtsstreit über die Forderung nicht unsittlich ist (wie auch das Reichsgericht in früherer Zeit angenommen hat). Denn es geht gewiss nicht an, dass sich der ursprüngliche Gläubiger, hier also der jetzige Kläger, um die verfahrensrechtliche Stellung zum Nachteil des Schuldners zu verschieben, in die Rolle eines Zeugen einschleibt und nach Misslingen des vom Übernehmer geführten

³⁵ GSCHNITZER, in: KLANG¹, § 879 ABGB L. 2.

³⁶ GSCHNITZER, in: KLANG², § 879 ABGB L. 2.

³⁷ OGH 20. 3. 1068, 2 Ob 27/68 (SZ 41/31); OGH 8. 1. 1969, 6 Ob 307/68 (SZ 42/2).

³⁸ RG 30. 5. 1940, VIII 50/40.

³⁹ RG 2. 4. 1941, VIII 23/41; nichts Sittenwidriges erkannte das Gericht auch in seinen Entscheidungen vom 13. 5. 1942, VIII 17/42; 9. 12. 1942, VIII 96/42; 18. 11. 1942, VIII 102/42.

⁴⁰ RG 6. 2. 1942, VIII 123/41.

⁴¹ RG 28. 11. 1942, VIII 94/42.

⁴² RG 17. 12. 1942, VIII 146/42.

Rechtsstreites das Recht haben soll, unmittelbar den Schuldner noch einmal zu klagen.“

Mit dem Wechsel der Senatsbezeichnung wechselte nicht auch der Bewertungsmaßstab. „Insbesondere kann dem Beklagten nicht zugegeben werden, dass der Vertrag gegen das gesunde Volksempfinden verstößt und deshalb gemäß § 879 Abs. 1 ABGB nichtig wäre“, führte der VII. ZS⁴³ aus. Die Klägerin hat anlässlich ihrer Ehescheidung darauf verzichtet, sämtliche Unterhaltsansprüche gegen ihren Ex-Mann geltend zu machen, weil ihr neuer Partner zugesichert hatte, ihr für den Fall der Nichteheirat oder der Scheidung entsprechend Unterhalt zu gewähren. Die Beteiligten haben dann tatsächlich nicht geheiratet, weil der Beklagte der Klägerin eine allzu große Nähe zu dem Operettenkomponisten Kattnigg unterstellte. Unter Berufung auf § 879 Abs. 1 ABGB verweigerte der Beklagte dann auch die Zahlung von Unterhalt. Der Senat trat dem entgegen: „Eine Nichtigkeit käme nur im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Verhalten der Klägerin im Eheprozess in Betracht. Da der von der Klägerin beabsichtigte Verzicht auf Rechtsbehelfe lediglich für die Frage des Unterhaltsanspruchs von Bedeutung sein sollte, hierbei auch nicht ein nicht oder nicht mehr bestehender Scheidungsgrund in den Rechtsstreit eingeführt werden sollte, kann von einer Nichtigkeit nicht gesprochen werden.“⁴⁴ In zwei wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten – es ging um Warenzeichenrecht und Gesellschaftsrecht – verneinte schließlich auch der II. ZS⁴⁵ im Herbst 1944 die Sittenwidrigkeit.

⁴³ RG 12. 1. 1944, VII 150/43.

⁴⁴ Genauso ohne Nennung vorliegender Entscheidung, sondern nur der Entscheidung RG 23. 1. 1939, IV 195/38 (RGZ 159, 157ff) BGH 10. 1. 1951, II ZR 18/50 (JZ 1951, 219), worauf wiederum GSCHNITZER, in: KLANG², § 879 ABGB II. B. verweist.

⁴⁵ RG 1. 9. 1944, II 58/44; 27. 10. 1944, II 91/44.

d. Zwischenergebnis

In der österreichischen Lehre hatte vor 1938 Einigkeit darüber bestanden, dass der Begriff der „Guten Sitten“ keine moralische Kategorie bilde. Die Gleichsetzung von guten Sitten und Moral gebe, so Gschnitzer, „keine brauchbaren Anwendungsregeln. Man braucht nur die deutschen Kommentare und Systeme zu lesen: denn eben wo Begriffe fehlen --.“⁴⁶ Ernst Swoboda hingegen postulierte 1942 im dritten Band seines Lehrbuchs⁴⁷ eine ganz andere Funktion des § 879 Abs. 1 ABGB, nämlich Einfallstor zu sein für nationalsozialistische moralische Grundsätze. Dafür ist in der ausgewerteten Judikatur nichts ersichtlich, wenn auch nichttragende Nebenerwägungen zum Teil Ergebnisadressen enthalten: Die platte Anrufung des gesunden Volksempfindens in der Kaminfeger-Entscheidung oder der Volksgemeinschaft in der Hofkauf-Entscheidung ebenso wie das Gegeneinanderstellen von „früherer“ und „geläuterter“ Sichtweise zur Einziehungsermächtigung. Die tragenden Erwägungen jedoch knüpfen stets an die traditionelle Sichtweise des Begriffs der „Guten Sitten“ an. Der Nachkriegs-Klang konnte dementsprechend ohne weiteres Manches in die Fußnoten⁴⁸ übernehmen, in aller Regel nur zur Bekräftigung bereits zuvor vertretener Auffassungen.

2. Treu und Glauben

a. VIII./VII. Zivilsenat

Anders als das BGB kennt das ABGB keine Regelung, welche die Geltung der Grundsätze von Treu und Glauben für alle Schuldverhältnisse anwendbar macht. Gleichwohl finden sich eini-

⁴⁶ Vgl. nur GSCHNITZER, in: KLANG¹, § 879 ABGB I. D. m.w.N.

⁴⁷ SWOBODA, Österreichisches ABGB 15.

⁴⁸ Weitere Belegstellen mit Reichsgerichtsentscheidungen finden sich in Anm. 8, 29, 31, 52, 82, 138, 141, und 143.

ge Entscheidungen, in denen der VIII./VII. ZS und vor allem der II. ZS auf diese Grundsätze Bezug nehmen. Das erste einschlägige Urteil⁴⁹ stammt aus dem Herbst 1941. Der Kläger, ein Zementfabrikant, verlangte vom Beklagten Rechnungslegung über die Ausübung des Alleinverkaufsrechts für Österreich, welches er ihm vertraglich eingeräumt hatte. Der Beklagte trug vor, Rechnungslegung könne nur in den gesetzlich oder vertraglich bestimmten Fällen verlangt werden; an beidem fehle es vorliegend. Dieser Auffassung trat der VIII. Senat unter Berufung auf die Rechtsprechung sowohl des Reichsgerichts als auch des ehemaligen Obersten Gerichtshofs entgegen. „In der Entscheidung RGZ 107, 7 wurde der Leitsatz ausgesprochen, dass ein Anspruch auf Auskunftserteilung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben bei Rechtsverhältnissen zu gewähren ist, deren Wesen es mit sich bringt, dass der Berechtigte entschuldbarerweise über das Bestehen und den Umfang seines Rechts im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer eine solche Auskunft zu erteilen.“ Unter diesen Voraussetzungen werden unter Geltung deutschen Rechts nach ganz gängiger Auffassung bis heute Rechnungslegungs- oder Auskunftsansprüche gewährt. „Diesem Standpunkte hat sich auch die österreichische Rechtsprechung [...] angeschlossen, indem sie als Vorbereitungsmaßnahme für die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen einen Anspruch auf Rechnungslegung oder Auskunftserteilung anerkannte, offensichtlich von dem Gedanken geleitet, dass Schadenshandlungen einen Eingriff in die Rechtssphäre dritter Personen bedeuten und die Verpflichtung zur Klarstellung dieses Gebarens erzeugen“. Als Referenz nennt der VIII. ZS eine Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1936.⁵⁰ Vorliegend stand ein Schadenersatzanspruch des Klägers dem Grunde nach fest; deshalb hat der

Senat den Anspruch auf Rechnungslegung zugesprochen.

Allein unter Rückgriff auf Rechtsprechung zum deutschen Recht bejahte der Senat die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben in einem Urteil⁵¹ aus dem Februar 1942. Ein Unternehmer wollte seinen Arbeitnehmern das 13. Monatsgehalt nicht mehr bezahlen. Wer nicht einverstanden sei, werde gekündigt. Jahre später machten einige Arbeiter ihren Ausfall geltend. Der Beklagte berief sich auf Verjährung. Das Berufungsgericht hielt die erhobene Verjährungseinrede für begründet: Für den Beginn des Fristenlaufes sei nur die objektive Möglichkeit der Geltendmachung maßgebend; auf die Drohung des Beklagten komme es nicht an. Anders der VIII. ZS: „Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Es ist anerkanntes Rechts, dass der Geltendmachung der Verjährung die Gegeneinrede der Arglist entgegengehalten werden kann, wenn der Schuldner seinen Gläubiger veranlasst hat, seine Forderung innerhalb der Verjährungsfrist nicht geltend zu machen. Alles, was Lehre und Rechtsprechung in dieser Richtung für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ausgesprochen haben, kann auch im Geltungsbereich des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs verwendet werden, handelt es sich doch bei dem Einwand der allgemeinen Arglist um einen allgemeingültigen, jedem Recht inwohnenden Rechtsbehelf. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts gibt dem Gläubiger gegenüber der Verjährungseinrede den Gegeneinwand der Arglist schon dann, wenn der Schuldner den Gläubiger durch sein Verhalten, sei es auch unabsichtlich, von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten hat, und zwar deshalb, weil mit einem solchen früheren Verhalten des Schuldners nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die jetzige Erhebung der Verjäh-

⁴⁹ RG 8. 10. 1941, VIII 47/41.

⁵⁰ „14. Januar 1936 (Rspr 1936, 138)“.

⁵¹ RG 11. 2. 1942, VIII 135/41.

rungeinrede unvereinbar ist.⁵² Erst recht ist dagegen der Einwand der Arglist begründet, wenn der Schuldner dem Gläubiger durch eine unerlaubte Handlung oder eine schuldhaft Verletzung des zwischen ihnen bestehenden Vertrages von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten hat, wie im vorliegenden Falle durch die Drohung mit der Kündigung. [...] Ob dies auch für das Rechtsgebiet des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches gilt, braucht im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden. Denn hier hat der Schuldner durch eine schuldhaft Handlung die rechtzeitige Klageerhebung des Gläubigers verhindert. Der Prokurist hat durch seine Drohung mit der Kündigung, wenn die klagende Partei ihren Anspruch auf das 13. Monatsgehalt geltend mache, gegen die der Firma aus den Kollektivverträgen obliegenden Pflichten verstoßen und zugleich die dem Dienstherrn obliegende Treuepflicht verletzt, sein Verhalten nähert sich einer Straftat, für sein Verschulden haftet die Firma wie für ihr eigenes. In solchen Fällen kann der Gläubiger der Verjährungseinrede den Gegeneinwand der Arglist so lange entgegengesetzen, als sein aus dem schuldhaften Verhalten des Schuldners entspringender Schadensersatzanspruch noch nicht verjährt ist. Die Verjährung dieses Anspruchs aber beginnt erst mit dem Aufhören des Zustandes, den der Schuldner durch seine schuldhaft Handlung geschaffen hat, sodass von diesem Zeitpunkt an die volle, für die Schadensersatzansprüche geltende dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB läuft. Da die durch die Drohung mit der Kündigung geschaffene Zwangslage der klagenden Partei erst mit dem Umbruch, also frühestens mit dem 13. März 1938, aufgehört hat, kann demnach ihren Ansprüchen auf Remunerationen für die Jahre 1931–1935 die Verjährung mit Rücksicht

⁵² Dies belegt der Senat mit RG 2. 6. 1934, V 10/34 (RGZ 144, 378); RG 1. 12. 1936, III 271/35 (RGZ 153, 101).

auf die ihr zustehende Gegeneinrede der Arglist nicht entgegengesetzt werden, sodass sie auch wegen dieser Ansprüche die beantragte Feststellung fordern kann.“

Zum VII. ZS geworden, macht sich der Senat nicht mehr die Mühe der Unterscheidung zwischen österreichischem und deutschem Recht. Im Herbst 1944 führt er in einem Fall, der nach dem ABGB zu beurteilen war, aus: „Deshalb kommt eine Wiederherstellung eines beschädigten oder zerstörten Werks nur dann nicht infrage, wenn die Wiederherstellung nicht möglich ist oder sich dadurch die Geschäftsgrundlage so geändert hat, dass die Leistungspflicht nach den allgemeinen Grundsätzen aufhört (§ 242 BGB). Damit ist auch der Einwand, dass der Unternehmer nur zur einmaligen Herstellung verpflichtet sei, schon deshalb unbegründet, weil die einmalige Herstellung erst mit Übernahme bzw. Abnahme des Werkes beendet ist, also bis zu diesem Zeitpunkt die einmalige Leistung noch nicht erbracht ist.“⁵³ Im Februar 1945 stellt der VII. ZS lapidar fest, die Berufung auf einen Handelsbrauch könne im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen.⁵⁴

b. II. Zivilsenat

Der II. ZS differenzierte von vornherein nicht zwischen ABGB und BGB. Im Mai 1942 stellte er beispielsweise ohne Nennung einer Rechtsgrundlage fest: „Es entspricht Treu und Glauben, dass rechtliche Wirkungen nicht nur von der Willenserklärung ausgehen, die eine offene Handelsgesellschaft in der richtigen Form abgibt, sondern dass die offene Handelsgesellschaft auch Erklärungen gegen sich gelten lassen muss, die im Zusammenhang mit einem von der Gesellschaft selbstgeschaffenen Tatbestand von einem Dritten im Vertrauen auf diesen Tatbestand als Erklärungen des gesellschaftlichen

⁵³ RG 29. 11. 1944, VII 146/44.

⁵⁴ RG 7. 2. 1945, VII 200/44.

Unternehmens entgegen genommen wurden. Die Gesellschaft kann sich dann nicht auf eine der Rechtswirksamkeit der Erklärung entgegenstehende Registereintragung berufen, sondern der Dritte ist in seinem Vertrauen auf den von ihr selbstgeschaffenen äußeren Tatbestand zu schützen und darf nicht in seinem Vertrauen getäuscht werden.“⁵⁵

Erst auf den Einwand eines Revisionsklägers hin fühlte sich der Senat im Juni 1944⁵⁶ zu einer Stellungnahme über die normative Verortung der Grundsätze von Treu und Glauben veranlasst. „Die Ansicht der Revision, dass auf den vorliegenden Fall nicht die Bestimmungen des BGB, sondern nur die des ABGB anzuwenden seien, ist insofern unrichtig, als nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Grundlage für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, die auf dem Gebiete des alten Reichs im § 242 BGB gegeben ist, für das Gebiet österreichischen Rechtes in der Bestimmung des § 879 Abs. 1 ABGB zu suchen ist. Die zu § 242 BGB entwickelten Grundsätze gelten daher im Ergebnis vermöge der Bestimmung des § 879 Abs. 1 ABGB auf dem Gebiete des österreichischen Rechtes in derselben Weise.“

c. Zwischenergebnis

Der VIII. ZS lehnte sich von Anfang an die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 242 BGB an und übertrug diese in den Anwendungsbe-
reich des ABGB, wenn sich das gewünschte Ergebnis auf Grundlage des ABGB nicht begründen ließ. Allerdings berief sich der VIII. Senat zumindest anfangs vor allem auf

⁵⁵ RG 28. 5. 1942, II 38/42; genauso in 8. 3. 1943, II 8/43, wo es um die Frage ging, ob die Käuferin eines für die bestehende Garage zu lang geratenen Luxuskraftfahrzeugs nach Treu und Glauben zu baulichen Veränderungen an der Garage verpflichtet sei, wenn dem Lieferanten aufgrund der Verpflichtungen aus seinem Lizenzvertrag bauliche Veränderungen am Chassis des Fahrzeugs untersagt sind.

⁵⁶ RG 16. 6. 1944, II36/44.

allgemeingültige, jedem Recht innewohnende Grundsätze, welche er überdies in § 242 BGB positiviert fand. Als VII. ZS machte der Senat sich diese Mühe nicht mehr und wendete ohne weiteres § 242 BGB an. Genauso der II. ZS, der lediglich in einem Urteil eine Herleitung der Grundsätze von Treu und Glauben aus § 879 ABGB postulierte und sich ansonsten ebenfalls auf die gängige deutsche Rechtsprechung zu § 242 BGB stützte. Das ABGB wird durch diese Rechtsprechung unter den Vorbehalt einer Materialisierung nach Treu und Glauben gestellt, die mangels einer zu § 242 BGB äquivalenten Delegationsnorm im ABGB bisher nicht zulässig erschien. Der Entwurf zur III. Teilnovelle hatte zwar eine Erweiterung des § 914 ABGB vorgeschlagen, die zu einer Erstreckung der Anwendung von Treu und Glauben auch auf den Bereich der Vertragserfüllung geführt hätte.⁵⁷ Allerdings verwarf die Herrenhaus-Kommission diesen Vorschlag ausdrücklich, weil man ansonsten auch bei der Erfüllung eines Vertrages noch eine Prüfung oder Einschränkung nach Treu und Glauben vornehmen könne.⁵⁸

Die inhaltliche Analyse allerdings fördert – aus der Perspektive des mit dem BGB arbeitenden Juristen – nichts grundlegend Neues zu Tage: Auskunftsansprüche, Arglisteinrede, *clausula rebus sic stantibus*, Vertrauensschutz, unzulässige Rechtsausübung – das altbekannte Arsenal eben. Eine Gesetzeskorrektur mit Hilfe dieser Figuren ist freilich kein Kennzeichen nationalsozialistischer Rechtsprechung; ihre Wurzeln reichen vielmehr in die späte Kaiserzeit und die Weimarer Republik zurück. Einerseits war der Rechtsanwender nach Inkrafttreten des BGB zum 1. Januar 1900 strikt an das gesetzte Recht gebunden. Andererseits musste als ungerecht

⁵⁷ Zur Entwicklung vgl. auch HASSENKAMP, Zur Generalklausel 44ff., der ebenfalls den restriktiveren Standpunkt des ABGB im Vergleich zum BGB betont.

⁵⁸ Bericht der Herrenhaus-Kommission 275.

empfundenes positives Recht im Einzelfall weiterhin korrigiert werden können. Die Mittel hierzu mussten freilich wiederum dem positiven Recht selbst entnommen werden, indem man bestimmten Vorschriften einen höheren Rang verlieh, sie zu Kontroll- oder Korrektornormen erhob.⁵⁹ Auch die Orientierung am Ertrag der deutschen Rechtspraxis als solche ist naheliegend: Kodifizierte Generalklauseln mit Delegationsfunktion wie § 242 BGB werden erstmals gegen Ende des 19. Jahrhunderts intensiv diskutiert, das BGB enthält als erste große Kodifikation eine derartige Regelung. Dementsprechend war auch die Entwicklung einer Dogmatik zur Anwendung solcher Normen zunächst vor allem eine Angelegenheit der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. An dieser orientierte sich der OGH dann auch, als er dann nach seiner Wiedererrichtung die Materialisierung des ABGB vorantrieb, obschon das ABGB weiterhin keine Delegationsnorm enthielt. „Der Begriff ‚Treu und Glauben‘, der der im § 914 ABGB erwähnten Übung des redlichen Verkehrs entspricht, beherrscht ganz allgemein das bürgerliche Recht“, führte der OGH⁶⁰ beispielsweise 1974 aus. Gschnitzer hatte schon einige Jahre zuvor in seinem Schuldrechtslehrbuch⁶¹ (freilich ohne jeden Beleg) ausgeführt, man sei sich „einig, dass das [Treu und Glauben] auch für die Erfüllung gilt“. Aber das ist eine andere, wie ich finde, spannende Geschichte.

3. Nichtigkeit von Testamenten, § 48 Abs. 2 TestG

a. VIII. Zivilsenat

Das zum 31. Juli 1938 im „Großdeutschen Reich“ in Kraft getretene Gesetz über die Errich-

tung von Testamenten und Erbverträgen (TestG) ordnete über § 138 Abs. 1 BGB bzw. § 879 Abs. 1 ABGB hinausgehend in § 48 Abs. 2 TestG an, dass eine Verfügung von Todes wegen nichtig ist, „soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsvoller Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat“. Im Geltungsbereich österreichischen Rechts waren infolgedessen letztwillige Verfügungen erstmals einer inhaltlichen Kontrolle zu unterziehen. Diese war überdies weitreichender als sogar der moralisierende deutsche Sittenwidrigkeitsmaßstab, dem nach deutschem Recht letztwillige Verfügungen ohnedies unterlagen, § 138 Abs. 1 BGB, was sich schon allein daraus ergibt, dass § 48 Abs. 2 TestG ansonsten im Geltungsbereich deutschen Rechts keinen eigenständigen Anwendungsbereich gehabt hätte. Allerdings zog der Gesetzgeber mit dem Begriff „gröblich“ zugleich eine Grenze ein.⁶² Der Gesetzesbegründung war eine auf moralisierenden oder rassistischen Motiven beruhende beispielhafte Aufzählung von Anwendungsfällen zu entnehmen: „Mätressentestamente“, die Erhaltung des Familiensilbers in der Blutsverwandtschaft und Testamenten von Ariern zugunsten von Juden.

Ausführungen zu § 48 Abs. 2 TestG finden sich erstmals in drei Entscheidungen des VIII. ZS aus dem Jahre 1941. Einmal⁶³ war § 48 TestG nach den Übergangsvorschriften der §§ 50f. TestG nicht anwendbar. Eine Vorwirkung der gesetzgeberischen Wertungen zog der Senat nicht in Betracht. In einem zweiten Fall⁶⁴ war der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eröffnet und der Senat machte auch keinerlei Anstalten, diesen erweitern zu wollen. In einem notariellen Vertrag anlässlich Trennung von

⁵⁹ Eingehend hierzu SCHRÖDER, Gab es eine (Privat-) Rechtstheorie.

⁶⁰ OGH 7. 10. 1974, 1 Ob 158/74.

⁶¹ GSCHNITZER, Schuldrecht: Allgemeiner Teil § 7 VI 1.

⁶² VOGELS, SEYBOLD, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen § 48 Rz. 4.

⁶³ RG 14. 3. 1941, VIII 27/41.

⁶⁴ RG 19. 11. 1941, VIII 112/41.

Tisch und Bett hatte der beklagte Ehemann sich zur Zahlung von 30 % seiner „Ruhegenüsse“ an die Klägerin verpflichtet. Später schloss er mit seinem Arbeitgeber einen Vertrag, der diese Ansprüche nicht berücksichtigte, sondern eine Witwenrente für seine neue Lebensgefährtin vorsah. Die Klägerin sah sich „durch die Bestimmung des Pensionsvertrages in einer den guten Sitten widersprechenden Weise geschädigt, indem ihr die Hereinbringung ihrer Unterhaltsansprüche gegen Direktor Richter [Beklagter] und dessen Nachlass unmöglich gemacht“ worden sei. Es greife § 48 Abs. 2 TestG. Der Senat führte dagegen aus: „Aus der Überschrift des § 48 selbst in Verbindung mit der Bezeichnung des ganzen Gesetzes geht klar hervor, dass hier nur Verfügungen von Todes wegen gemeint sind und unter diesem Ausdruck nur jene letztwilligen Verfügungen zu verstehen sind, die das Gesetz als Testament und Erbvertrag bezeichnet, wozu in der Ostmark auch das Kodizill gehört, nicht aber ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, wenn auch das für den Dritten erwachsende Recht zum Tode des einen Vertragsteils betagt ist.“ Der Standardkommentar zum TestG⁶⁵ hingegen wollte bei Rechtsgeschäften unter Lebenden die Wertungen des § 48 Abs. 2 TestG in die allgemeinen Regeln zur Sittenwidrigkeit hineinlesen; derlei erwog der VIII. ZS nicht. Allerdings sicherte sich der Senat ab: „Abgesehen davon kann die Zuwendung an die langjährige Lebensgefährtin, welche überdies noch in der Absicht einer Entlohnung für ihre aufopfernde Pflege gedacht ist, nicht als dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechend angesehen werden.“⁶⁶

Im dritten Verfahren⁶⁷ stritten die Parteien über die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung. Der Nachlass einer begüterten Klavierfabrikantenwitwe (Waldhäusl/Wien) war aufgrund eines drei Wochen vor dem Tod der Erblasserin errichteten Testaments einem familienfremden Dritten zugewendet worden, was Verwandte des vorverstorbenen Ehemannes der Erblasserin für sittenwidrig hielten. Die letztwillige Verfügung der Erblasserin zu Gunsten eines Fremden unter vollständiger Übergehung der Kläger verstoße „in gröblichster Weise gegen die Rücksichten, die die Verstorbene als verantwortungsbewusste Erblasserin gegen die Kläger als Blutsverwandte ihres Gatten zu nehmen“ habe und sei daher nichtig. Allerdings gehörten die Kläger als Verwandte ihres Ehemannes nicht zu den gesetzlichen Erben der Erblasserin. Durch das TestG sei, so der Senat, jedoch „weder die bestehende Erbfolgeregelung geändert noch ein neuer Erbrechtstitel geschaffen“ worden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Vorpruch des Testamentgesetzes, der „keine Gesetzesbestimmung darstellt und lediglich die Zielsetzungen des künftigen Erbrechts erkennen lässt und auf den Zweck des neuen Gesetzes hinweist“. Unter Familie im Sinne des § 48 Abs. 2 TestG sei „[k]ein weiterer Kreis von Verwandten zu verstehen [...], als er durch die gesetzlichen Erben bestimmt wird“; die Norm sei folglich nicht auf Verwandte oder Verschwägerter anzuwenden, denen bislang kein gesetzliches Erbrecht zukommt.⁶⁸ Dies sei auch aus der Gesetzesbegründung zu ersehen, wonach das TestG die „dringenden Fragen der Umgestaltung des Testamentsrechts [und nicht der gesetzlichen Erbfolge] vorweg“ regle.⁶⁹ Die Nich-

⁶⁵ VOGELS, SEYBOLD, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen § 48 Rz. 4 a.E.

⁶⁶ So hatte auch RG 20. Juli 1939 EvBl. 1939, 529 gewertet, was von GSCHNITZER, in: KLANG², § 879 ABGB II. C. zitiert wird; ohne Nachweis vertreten wurde diese Auffassung schon in der ersten Auflage.

⁶⁷ RG 15. 1. 1941, VIII 141/40.

⁶⁸ Der Senat verweist hierfür auf Verweise: GREISER, TITEL 55; VOGELS, SEYBOLD, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen § 48 Anm. 4.

⁶⁹ Hierfür verweist der Senat auf die amtliche Begründung des TestG, abgedruckt in DR B 1938, 13; DJ 1938, 1254.

tigkeit eines Testaments nach § 48 Abs. 2 TestG erwog der VIII. Senat nur in einer einzigen Entscheidung aus dem März 1943;⁷⁰ es fehlte jedoch an der Entscheidungsreife, so dass der Senat nicht selbst entscheiden konnte. „Nach der Darstellung in der Klage ist der Vater der Kläger als Neffe der Erblasserin der nächste und einzige gesetzliche Erbe. Infolge seines Verzichts auf das Erbrecht zu Gunsten der Kläger sei diese Stellung auf die Kläger übergegangen. Zwischen ihnen und der Erblasserin soll seit vielen Jahren ein inniges Verhältnis bestanden haben. In einem Testament vom Jahre 1937 sei der Vater der Kläger zum Universalerben, die Kläger zu Nacherben bestimmt gewesen und es sei auch seit Jahrzehnten der Wille der Verstorbenen gewesen, dass nur der Vater der Kläger mit seinen Nachkommen ihren Besitz erbe, ja ihn schon bei Lebzeiten übernehme, was infolge des Krieges und der Einberufung des Vaters unterblieben sei. Dagegen hätten die Beklagten als Pächter die Erblasserin stets schlecht und lieblos behandelt, so dass ihre Einsetzung zu Erben dem wahren ernstlichen Willen der Erblasserin nicht entsprochen haben könne. Nach § 48 Abs. 2 TestG ist eine Verfügung von Todes wegen nichtig, wenn sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat. Der Kreis der zur Familie des Erblassers gehörenden Personen ist in Gesetzen nicht festgelegt. Im einzelnen Falle wird es sich nach der Auffassung des Lebens richten, welche mit dem Erblasser durch Verwandtschaft verbundene Personen noch zur Familie zu rechnen sind. Ein Klagerecht kann natürlich nur demjenigen zuerkannt werden, der der einzige oder nächste gesetzliche Erbe ist. Lässt sich daher erweisen, dass die Kläger und ihr Vater in dem behaupteten Grad mit der Erb-

lasserin verwandt waren, und als einzige oder nächste gesetzliche Erben in Betracht kommen, dass ferner auf dieser verwandtschaftlichen Grundlage dauernd gute und innige Beziehungen der Kläger und ihres Vaters zur Erblasserin bestanden haben, dann wird ihnen auch die Stellung von Familienangehörigen im Sinne des § 48 TestG zuzuerkennen sein. Sollte andererseits das Verhältnis der Erblasserin zu den Beklagten als ihren Pächtern jedes inneren Bandes entbehrt haben, die Erblasserin vielmehr bis kurz vor ihrem Tode über lieblose und schlechte Behandlung geklagt haben und für die Erblasserin ein besonderer Anlass zum völligen Wechsel ihrer Zu- und Abneigung nicht gegeben gewesen sein, dann könnte wohl die Übergehung der früher bereits letztwillig bedachten gesetzlichen Erben zugunsten der Beklagten als ein gröblicher, dem gesunden Volksempfinden widersprechende Verstoß gegen die Rücksichten der Familie beurteilt werden.“

b. VII. Zivilsenat

aa. Ehebruch

Im Gegensatz zum VIII. ZS hatte der VII. ZS deutlich häufiger § 48 TestG anzuwenden; aus 1943 und 1944 finden sich jeweils vier Entscheidungen. So hatte eine Erblasserin ihren Hausfreund zum Erben eingesetzt; ihre Geschwister hielten dies für sittenwidrig. „Wenn es [also das Berufungsgericht] unter diesen Umständen angenommen hat, dass das Testament in einer dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstöße, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen die Familie zu nehmen habe, so ist dem aus Rechtsgründen nicht entgegenzutreten“, urteilte der Senat.⁷¹

Auch in einem weiteren Verfahren⁷² spielte sexuell deviantes Verhalten eine Rolle. Der Vater

⁷⁰ RG 6. 3. 1943, VIII 125/41.

⁷¹ RG 10. 3. 1943, VII 15/43.

⁷² RG 3. 6. 1943, VII 68/43.

der Kläger hatte ein Testament hinterlassen, in dem er die Beklagte zur Alleinerbin einsetzte. Die Kinder verwies er auf den Pflichtteil und bestimmte, dass sie sich alles anrechnen lassen müssten, was sie bei Lebzeiten von ihm erhalten hätten. Die Kläger begehrten Feststellung, dass die Erbeinsetzung nach § 543 ABGB ungültig sei, weil die Beklagte mit dem Erblasser Ehebruch getrieben habe. Das OLG war der Auffassung, dass „nach Inkrafttreten des Testamentgesetzes weder der Ehebruch schlechthin noch die Zeit und die Art seiner Feststellung für den Ausschluss vom gesetzlichen Erbrecht maßgebend sein können, sondern vor allem die Tatsache von Bedeutung sei, ob der Erblasser durch die Erbeinsetzung jener Person, mit welcher er Ehebruch begangen habe, in eine dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstoßen habe, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen habe.“ Der Senat stimmte dem zu. „Die Kläger haben zwar ihre Klage nur auf die Bestimmung des § 543 ABGB gestützt, ihre Behauptungen sind aber auch ausreichend, um im Falle ihrer Richtigkeit die Nichtigkeit des Testaments nach § 48 Abs. 2 TestG zu begründen. Die Prüfung des Richters hat sich deshalb auch darauf zu erstrecken, ob die Klage nach dieser Bestimmung begründet ist. Dass die Klägerin ihrem Klageantrag die Bestimmung des § 543 ABGB aufgenommen haben, ändert an dieser Verpflichtung nichts. Es braucht deshalb nicht darauf eingegangen werden, ob dem Oberlandesgericht darin beizutreten ist, dass § 543 ABGB durch § 48 TestG einen anderen Sinn erhalten hat.“

bb. Freihändige Gestaltung der Rechtslage durch den Senat

Ein anderer Erblasser hatte in seiner letztwilligen Verfügung zwei Neffen und einen Bruder zu gleichen Teilen eingesetzt. Außerdem hatte er ausgeführt, dass seine beiden Söhne, die Kläger,

nichts erhalten sollten, weil sie sich über viele Jahre hinweg „feindselig und perfid“ ihm gegenüber verhalten hätten. Der VII. ZS⁷³ entschied, das Testament sei insoweit nichtig, als darin über mehr als die Hälfte des Nachlasses zum Nachteil der Kinder verfügt worden sei. In dieser Entscheidung entfaltete der Senat erstmals eingehend die Prüfungsmaßstäbe, von denen bei der Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG auszugehen war. „Jede Verfügung von Todes wegen ist zu prüfen, ob sie vor den Anforderungen des § 48 Abs. 2 TestG bestehen kann, wobei der Wille des Erblassers nur untergeordnete Bedeutung hat; denn diese Bestimmung geht von einem solchen verantwortungsbewussten Erblasser (also einem objektiven Maß) aus, der gegen seine Familie die erforderliche Rücksicht nimmt, und eine Verfügung, die diese Rücksicht vermissen lässt, ist nichtig, wenn sie dem gesunden Volksempfinden widerspricht. Darüber hinaus besteht auch nach dem Inkrafttreten des Testamentgesetzes freies Verfügungsrecht. Ist diese Schranke nur nach sachlichen Gesichtspunkten bestimmt, scheiden alle rein persönlichen Umstände, alle Meinungen, Absichten und Beweggründe aus, es sei denn, dass sie irgendwelche Folgen haben, die von einem verantwortungsbewussten Erblasser zu berücksichtigen wären. Gehässigkeit des Erblassers wäre an sich bedeutungslos, wenn auch ein verantwortungsvoller Erblasser, wenn auch aus anderen Gründen, eine solche letztwillige Verfügung getroffen hätte. Unerheblich ist auch das Pflichtteilsrecht der Kläger, denn die Grenzfestsetzung des § 48 Abs. 2 TestG geht von ganz anderen Gesichtspunkten aus als das Gesetz hinsichtlich des Pflichtteilsrechtes. Letzteres ist ein reines Vermögensrecht und stellt nur einen bestimmten Vermögenswert dar, während das Testamentgesetz die Bindung der einzelnen Gegenstände des Vermögens an die Familie in

⁷³ RG 14. 12. 1943, VII 140/43.

den Vordergrund stellt. Bei den Rücksichten auf die Familie kommen aber alle Umstände in Betracht, die das Verhältnis des Erblassers zu seiner Familie, aber auch die, welche die Beziehungen des Erblassers zu den eingesetzten Begünstigten betreffen. Handelt es sich um nahe Verwandte und ist das Verhältnis zwischen dem Erblasser und ihnen so, wie es sein soll, so sind die Bande der Familie als stark anzusehen und man kann nicht gleich annehmen, dass ein verantwortungsbewusster Erblasser sein Vermögen unter Übergehung der Familie einem familienfremden hinterlassen dürfte. Sind aber die Familienbande gelockert oder handelt es sich um entferntere Verwandte, die als gesetzliche Erben berufen wären, oder um reichlich versorgte Verwandte, oder liegen vielleicht sogar Umstände vor, die eine Zuwendung an eine Person, die der Familie fern steht, besonders rechtfertigen, so wird man nicht leicht einen Verstoß gegen § 48 Abs. 2 TestG annehmen können.“ Vorliegend hatte sich der Erblasser von seinen Kindern spätestens anlässlich des bereits Jahre zurückliegenden Ehescheidungsverfahrens komplett entfremdet. „Hat aber der Erblasser zum weitaus überwiegenden Teil die Lockerung der Familienbande verschuldet, so kann diese Lockerung nicht in einem solchen Maße seinen Kindern nachteilig sein, dass ein verantwortungsbewusster Erblasser seine Kinder durch Ausschließung vom Erbrecht auf den Pflichtteil setzen und sie damit von den Gegenständen des Familienvermögens gänzlich ausschließen dürfte, ohne durch diese Entfremdung dem gesunden Volksbewusstsein gröblich zu widersprechen. [...] Mit Rücksicht auf das Verhältnis zwischen dem Erblasser und den Klägern einerseits und dem Erblasser und den Beklagten andererseits unter Tatsache einer gewissen Benachteiligung der Beklagten kann es immerhin noch als angängig angesehen werden, dass der Erblasser über eine Hälfte des Familiengutes frei verfügen konnte, dass aber dafür wenigstens eine Hälfte nach den Grundsätzen eines verantwortungs-

bewussten Erblassers den Kindern uneingeschränkt bleiben muss.“ Der Senat wägt in seiner Begründung alle Umstände des vorliegenden Falles feinsinnig auf mehreren Seiten ab. Trotzdem und gerade deshalb: § 48 Abs. 2 TestG wird in diesem Urteil zu einem Instrument freihändiger Gestaltung der Erbrechtslage in der Hand des Richters, soweit eine letztwillige Verfügung vorliegt.⁷⁴

Ähnlich arbeitet der VII. ZS⁷⁵ in einer Entscheidung aus dem Oktober 1944. Der Senat hält das Testament der Erblasserin insoweit für nichtig, als in ihm die beiden Beklagten zu mehr als je ein Sechstel der Erbschaft zu Erben eingesetzt und die beiden Kläger – die Töchter der Erblasserin – auf den Pflichtteil beschränkt worden sind. Im Testament hatte die Erblasserin ausgeführt, dass an ihrem Tode nur ihre beiden Kinder schuld seien, und langjährige Mitarbeiter ihres Unternehmens zu Erben eingesetzt. Während die Vorinstanzen die Klage der Töchter

⁷⁴ In Fällen gesetzlicher Erbfolge sollte seit 1944 die Verordnung zur Regelung der gesetzlichen Erbfolge in besonderen Fällen (Erbregelungsverordnung, ErbRV), RGBl. 1944 I S. 242 greifen. § 1 ErbRV ordnet an, dass das Nachlassgericht die Erbfolge regeln kann, wenn die gesetzliche Erbfolge „offensichtlich von dem Willen des Erblassers zum Nachteil naher Angehöriger in erheblicher Weise abweicht“ und „das gesunde Volksempfinden dies erfordert“. Soweit ein „erklärter Wille“ des Erblassers vorliegt ist, ist dieser der Regelung zugrunde zu legen, § 1 I ErbRV. Ansonsten gilt als Wille „das, was der Erblasser bei Kenntnis aller Umstände für den Fall seines Todes angeordnet hätte, wenn er ihn bedacht hätte“, § 1 II Buchst. a ErbRV. War der Erblasser nicht testierfähig, so gilt als sein Wille „das, was ein ordentlicher, seinen Pflichten gegen Familie und Volksgemeinschaft bewusster Erblasser unter gebührender Berücksichtigung der etwaigen Auffassungen des Testierunfähigen an seiner Stelle angeordnet hätte“, § 1 II Buchst. b ErbRV. § 4 ErbRV nahm Bezug auf § 48 TestG: Wer nach Maßgabe des § 48 Abs. 2 TestG nicht wirksam als Erbe eingesetzt werden konnte, sollte auch nicht gesetzlicher Erbe kraft Richterspruchs werden können.

⁷⁵ RG 18. 10. 1944, VII 116/44.

abgewiesen hatten, griff der Senat gestaltend ein. „Gewiss hat das Testamentsgesetz die Testierfreiheit nicht beseitigt, aber die Beschränkung pflichtteilsberechtigter Personen auf den Pflichtteil kann dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechen und deshalb nach § 48 Abs. 2 TestG nichtig sein, wenn der Erblasser zu dieser Beschränkung keinen hinreichenden Anlass hat. Nach den Feststellungen der Tatrichter war die Erblasserin eine besonders tüchtige Geschäftsfrau, die sehr darunter litt, dass ihre Töchter für die Fortführung des Geschäfts nicht infrage kamen. [...] Der Gedanke, dass ihre Töchter ihr Geschäft, an dem ihr Herz hing, nicht fortführen könnten, hat die Erblasserin, wie sich aus dem Testament ergibt, bei ihrer psychopathischen Persönlichkeit zum Selbstmord getrieben und sie dazu veranlasst, ihre Töchter auf den Pflichtteil zu beschränken, den Verkauf des Geschäftes anzuordnen und ihre langjährigen Angestellten, die Beklagten, zu Universalerben einzusetzen. Zu diesem Entschluss hat aber nach den Sachverständigengutachten ein schwerer nervöser Erschöpfungszustand beigetragen, der zu einer krankhaften Störung der Stimmungslage führte und ihr das Verhältnis zu ihren Kindern als untragbar erscheinen ließ. Allerdings geht aus dem ganzen Briefwechsel hervor, dass die Erblasserin auch sonst zu schnellem Stimmungswechsel, gerade auch im Verhältnis zu ihren Kindern, neigte. Aber mag dieser letzte Stimmungswechsel mehr oder weniger krankhaft gewesen sein, jedenfalls kann dem Berufungsgericht nicht darin beigetreten werden, dass ein verantwortungsbewusster Erblasser dieselben Anordnungen getroffen haben könnte. Die Nichteignung der beiden Klägerinnen für die Fortführung des Geschäftes würde auch einen verantwortungsbewussten Erblasser vielleicht zu einer Einschränkung des gesetzlichen Erbrechts der Töchter geführt haben; daran, sie auf den Pflichtteil zu beschränken, würde ihn aber die Rücksicht gehindert haben, die er auf seine Familie zu nehmen hatte.

Die Beschränkung der Klägerin auf den Pflichtteil verstößt unter den gegebenen Umständen in einer gesunden Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen seine Familie zu nehmen hat, und ist deshalb nichtig. [...] Unter diesen Umständen verstößt eine Erbeinsetzung der Beklagten als langjährige Mitarbeiterinnen der Erblasserin auf zusammen ein Drittel der Erbschaft nicht gegen die Rücksichten, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen seine Familie zu nehmen hat. Soweit die Erblasserin die Beklagten zu mehr eingesetzt hat, ist diese Erbeinsetzung nach § 48 Abs. 2 TestG nichtig, die Klägerinnen werden demnach jede zu 1/3 gesetzliche Erben ihrer Mutter werden.“

In einer weiteren Entscheidung⁷⁶ hält der Senat die letztwillige Verfügung für vollumfänglich wirksam, arbeitet aber auf vergleichbare Weise. Der Erblasser hatte die Beklagte, eine Tochter seiner vorverstorbenen Schwester, zur Alleinerbin eingesetzt und die Klägerin, sein und seiner Gattin Wahlkind, enterbt, wobei er ihr ein Bargeldvermächtnis von 5000 Reichsmark mit der Auflage, die Kosten des Begräbnisses einschließlich der Grabtafel zu tragen, hinterließ. Im vorliegenden Falle war die Klägerin bereits zu Lebzeiten von ihren Wahleltern großzügig abgesichert worden; hinzukam das – gemessen am Umfang der Erbschaft – üppige Vermächtnis. Auch in einer weiteren Entscheidung⁷⁷ verschließt sich der Senat allzu platten Argumenten zu Pflichten des Erblassers gegenüber seiner Sippe. Der 1943 verstorbene Erblasser hinterließ ein Testament aus dem Jahre 1935, worin er seine 1941 von ihm geschiedene Ehegattin, die Beklagte, zur Alleinerbin einsetzte, seine nächsten Verwandten, die Kläger, aber nicht erwähnte und auch nicht bedachte. Der Senat betont zu-

⁷⁶ RG 14. 6. 1944, VII 49/44.

⁷⁷ RG 4. 10. 1944, VII 111/44.

nächst, dass das ABGB keine Norm mit dem Regelungsgehalt des § 2077 Abs. 1 BGB aufweise, wonach Testamente zugunsten eines Ehegatten mit Ehescheidung unwirksam werden. Hinzukomme, dass der Erblasser die Testamentsurkunde erst nach rechtskräftiger Scheidung eingehändigt hatte. Hier bemüht sich der Senat um Gleichlauf mit dem deutschen Recht, wenn er betont, die spätere Einhändigung mache auch nach deutschem Recht die genannte Unwirksamkeitsregelung unanwendbar, § 2077 Abs. 3 BGB. „Dass aber die Beklagte Gründe hatte, auf eine Lösung der Ehe zu dringen, ergibt das Urteil über die Ehescheidungsklage des Erblassers, das nicht etwa das Verschulden der Beklagten, sondern vielmehr das Alleinverschulden des Erblassers feststellt. Die Beklagte kann somit trotz der Ehescheidung nicht als zu einer testamentarischen Erbeinsetzung unwürdig angesehen werden, und es kann diese Erbeinsetzung auch dann nicht als nichtig nach § 48 TestG gegenüber den Geschwistern und Geschwisterkindern des Erblassers angesehen werden, wenn der Erblasser ein früheres Testament nicht ausdrücklich abgeändert hat.“

cc. Rasseideologische Argumente

In einem Beschluss aus dem Juli 1943⁷⁸ argumentierte der Senat offen rassistisch; hier bedurfte es auch keiner feinsinnigen Abwägungen. „Die Klägerin verlangt vom Testamentsvollstrecker die Herausgabe von Gegenständen, welche die Erblasserin der Klägerin und zwei anderen als Vermächtnis vermacht hat. Das Erstgericht wies das Klagebegehren unter Hinweis auf § 48 Abs. 2 TestG ab, weil die Erblasserin Arierin war, die Klägerin aber Volljüdin ist. Die Klägerin ist auch Ausländerin und im Ausland wohnhaft. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin als offensichtlich unbegründet verworfen. Die Klägerin bekämpft die Auslegung der

Bestimmung des § 48 TestG, indem sie darauf hinweist, dass die vermachten Gegenstände aus dem Vermögen des jüdischen Ehegatten der Erblasserin stammen und die Erblasserin auf ausdrücklichen Wunsch ihres frisch vorverstorbenen Ehegatten über diese Gegenstände verfügt habe, dass sie wieder in die Familie des Ehegatten zurückkommen. Die Auslegung der Vordergerichte ist aber frei von Rechtsirrtum, weil die Erblasserin Arierin war und durch den Erwerb der vermachten Gegenstände ohne Beschränkung darüber frei verfügen konnte und sogar einen arischen Nachkommen und arische Verwandte hat. Die Richtigkeit der Auslegung ergibt sich insbesondere daraus, dass nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung eine Ausfolgung eines Nachlasses an Volljuden nicht in Betracht kommt, § 2 Abs. 1 der 13. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 1. Juli 1943.“ Aus dieser Entscheidung wird deutlich, dass der Senat sich zur Ausfüllung der Generalklausel an den Wertungen orientierte, die der nationalsozialistische Gesetzgeber an anderer Stelle niedergelegt hatte; gerade aus dem reichhaltigen Verordnungsrecht ließen sich die jeweils maßgeblichen und aktuellen gesetzgeberischen Wertungen gut erkennen.

c. Zwischenergebnis

Der VIII. ZS ging mit § 48 Abs. 2 TestG recht zurückhaltend um. Mit dieser Regelung könnten die österreichischen Reichsgerichtsräte, die internalisiert hatten, dass das ABGB vom Grundsatz der Testierfreiheit geprägt war, gewisse Schwierigkeiten gehabt haben. Denn für das Geltungsgebiet des ABGB brachte diese Regelung, wie geschildert, eine echte sachliche Neuerung und nicht nur eine Veränderung des Prüfungsmaßstabs. Für diese Annahme spricht auch, dass sich mit dem Verlust der österreichischen Senatsmehrheit beim Übergang vom VIII. auf den VII. ZS die Rechtsprechungslinie verändert hat, weshalb dieser Umschwung wiederum nichts für eine Periodisierung der Rechtspre-

⁷⁸ RG 21. 7. 1943, VII B 14/43.

chung hergibt. Gleichzeitig wird hieran erkennbar, dass gerade die nationalsozialistisch inspierte Generalklausel des § 48 Abs. 2 TestG durchaus gewisse richterliche Handlungsspielräume gewährte.

Der VII. ZS wurde in weitem Umfang rechtsgestaltend tätig. Diese Art des Vorgehens hatte die auf Moral und Rasse fixierte Gesetzesbegründung überhaupt nicht erwähnt. Mit § 48 Abs. 2 TestG wird also (ähnlich verfuhr der IV. ZS mit § 55 EheG) gerade eine in den Jahren des Nationalsozialismus erlassene Norm stark ausgedehnt und nicht etwa das „alte Recht“. Außerdem finden sich, wenig überraschend, in den Urteilen eindeutig nationalsozialistische Wertungen. Sowohl die Rasseideologie als auch Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz“ im Hinblick auf die Verantwortung der eigenen „Sippe“ gegenüber werden ausdrücklich benannt; das rechte Maß dieser Verantwortung schien der rechtsgestaltende Senat jeweils genau zu kennen. Die Richter des VII. ZS setzten § 48 Abs. 2 TestG zielgerichtet ein, um einen verdinglichten und ggf. dem sachlichen (und auch persönlichen) Umfang nach erweiterten Pflichtteil zu erzeugen und auf diese Weise die Testierfreiheit zu reduzieren.

Spuren hat diese Rechtsprechung in Österreich nicht hinterlassen: Eine Verordnung vom 3. Oktober 1945 setzte § 48 Abs. 2 TestG außer Kraft,⁷⁹ noch bevor das TestG insgesamt aufgehoben wurde. Der OGH betonte wieder, „dass das österreichische Recht vom Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht ist und dass für die Anwendung der Bestimmungen des § 879 ABGB, die sich nur auf Schuldverhältnisse beziehen, kein Raum ist“.⁸⁰ In Deutschland nahmen dagegen die moralisierende Diskussion

und Judikatur um sittenwidrige Testamente auch nach 1945 breiten Raum ein.

IV. Fazit: Bringt uns die Analyse der Entscheidungen weiter?

Die Heranziehung unveröffentlichter Akten konnte die Quellenbasis für die Bewertung der Judikatur des Reichsgerichts zum ABGB deutlich verbreitern. Für die hier untersuchte Fragestellung – den Umgang mit Generalklauseln – ist diese Basis jedoch trotzdem noch recht schmal. Abschließend sollen die Ergebnisse der Aktenanalyse in den bisherigen Forschungsstand eingeordnet werden – hat uns die Analyse der Wiener Akten weitergebracht?

Seiler hat in seinem Beitrag in der Festschrift zum 125. Geburtstag des Reichsgerichts betont, der österreichische Senat habe die „Originalitäten des ABGB wie in einer juristischen Diaspora mit deutlichen Worten hervorheben“⁸¹ wollen. Dem ist im Hinblick auf den Umgang mit § 879 ABGB und § 48 Abs. 2 TestG beizupflichten, mit der Einschränkung allerdings, dass sich die Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG mit der Umstellung vom VIII. auf den VII. ZS deutlich veränderte. Seiler hat bei der Durchsicht der publizierten Judikatur nur wenige „Fragwürdigkeiten“⁸² entdeckt. Neben rassistischen Ausführungen findet sich jedoch vor allem die nicht einmal von dem zugrundeliegenden NS-Gesetz intendierte freie Testamentsgestaltung durch den VII. ZS. Hinzu kommt eine flächendeckende Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben; insoweit werden, anders als Seiler meint, durchaus „neue Rechtsquellen freigelegt“⁸³, jedoch haben diese keinen spezifisch nationalsozialistischen Inhalt.

⁷⁹ Deutschland: § 48 Abs. 2 TestG wurde durch KRG Nr. 37 Art. I Buchstabe a (v. 30. 10. 1946) mit Wirkung ab 5. 11. 1946 aufgehoben.

⁸⁰ OGH 28. 11. 1956, 7 Ob 495/56.

⁸¹ SEILER, Das Reichsgericht und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch 166.

⁸² Ebd. 168.

⁸³ Ebd. 169.

Zu viele „Fragwürdigkeiten“ traut umgekehrt Ursula Floßmann⁸⁴ den Reichsgerichtsräten zu, wenn sie in ihrem Standardlehrbuch zur österreichischen Rechtsgeschichte ausführt, die Rechtsprechung des Reichsgerichts zwischen 1939 und 1945 habe „neue Akzente gesetzt“, indem sie Führerwillen, gesundes Volksempfinden und Parteiprogramm der NSDAP als Rechtsquellen anerkannte. Auch wenn dies grundsätzlich zutreffen mag, war die nationalsozialistische Programmatik als Rechtsquelle schon deshalb kaum geeignet, weil sie sich von wenigen Elementen wie Rasseideologie oder Führergedanken abgesehen in recht unklaren Formeln erschöpfte und deshalb als Entscheidungsmaßstab für den Einzelfall kaum geeignet war. Vielmehr lieferte sie – wie insbesondere die gestaltende Rechtsprechung zu § 48 Abs. 2 TestG zeigt – oftmals nur Begründungsfloskeln zur Absicherung eigener richterlicher Wertungen oder allerlei Wortgeklingel, das offenbar ein „Weiterarbeiten wie bisher“ flankieren sollte, denn ideologisierte Formulierungen tauchen ganz häufig nur in nicht tragenden Teilen der Urteilsbegründungen auf. Argumentiert das Gericht rassistisch, so erfolgt dies unter Rückgriff auf das die ideologischen Wertungen konkretisierende Verordnungsrecht.

Der Verfasser dieser Untersuchung hat an anderer Stelle⁸⁵ dem österreichischen Senat ebenfalls die Rolle des berühmten Gallischen Dorfes zugeschrieben. Er habe trotz zweier deutscher „Aufpasser“ die Eigenheiten des österreichischen Zivilrechts erfolgreich verteidigt und nicht etwa die „innere Reichsgründung“ des Großdeutschen Reichs durch Rechtsvereinheitlichung vorangetrieben. Neue Akzente seien aber gleichwohl gesetzt worden: Zur Fortentwicklung der Judikatur habe dem österreichischen Zivilsenat des RG nämlich ein Instrument zur

Verfügung gestanden, das vor 1939 und nach 1945 nicht existierte. Der Senat habe auf die Rechtslage im „Altreich“ verweisen und das österreichische Recht in die historischen Entwicklungslinien eines großdeutsch gedachten Rechtsraums einordnen und auf diese Weise methodisch transparente Entwicklungsschübe auslösen können, die auch über 1945 hinaus fortgewirkt hätten. Die in vorliegender Untersuchung aufgezeigte Rechtsfortbildung im Bereich der Grundsätze von Treu und Glauben erfolgte nur anfangs methodenbewusst unter Hinweis auf allgemeine Rechtsgrundsätze, später unter pauschalem Verweis auf die zu § 242 BGB entfaltete Rechtsprechung des Reichsgerichts. Nach 1945 wurde sie (zunächst) revidiert.

Haferkamps⁸⁶ Betonung der Unterschiede zwischen dem VIII., VII. und II. ZS des Reichsgerichts lässt sich auf Grundlage des verfolgten Ansatzes nur eingeschränkt stützen. Seine Behauptung, der Rechtsordnungswettbewerb sei ins Reichsgericht hineingetragen worden, erscheint aufgrund von Untersuchungen in anderen Bereichen zwar plausibel, lässt sich aber anhand einer Untersuchung des Umgangs mit Generalklauseln nicht erhärten. Im Bereich der Sittenwidrigkeit erfolgte insbesondere gerade kein Umschwung der Judikatur beim Übergang vom VIII. auf den VII. ZS. Im Bereich der Grundsätze von Treu und Glauben hat sich bereits der VIII. ZS stark an der deutschen Judikatur orientiert, was auf Dauer sicherlich zu einer Angleichung geführt hätte. § 48 Abs. 2 TestG war ohnedies außen vor.

Rüthers⁸⁷ vertritt die Auffassung, Richter seien im Nationalsozialismus nicht an das Gesetz, sondern an einen Kanon weltanschaulich begründeter Wertentscheidungen gebunden gewesen. Deshalb hätten sich die Generalklauseln unversehens als strategisch beherrschende Posi-

⁸⁴ FLOßMANN, Privatrechtsgeschichte 18f.

⁸⁵ LÖHNIG, Entwicklungspfade des Deliktsrechts 890ff.

⁸⁶ HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ 171ff.

⁸⁷ RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung 432ff.

tionen der neuen Wertetafeln im alten Normensystem erwiesen. Die Häufigkeit und Tragweite ihrer Verwendung lasse ihre fast unheimliche Macht über alle Ansprüche und Berechtigungen erkennen, weil diese dadurch unter den Vorbehalt der Konformität zu ideologischen Wertvorstellungen gestellt worden seien.⁸⁸ Diese Aussage ließe sich auf die ausgewerteten Wiener Akten sicherlich nicht stützen; sie lassen keine besonders häufige Verwendung der Generalklauseln erkennen. Außerdem wurde das österreichische Recht zwar *contra legem* mit den Grundsätzen von Treu und Glauben überformt, inhaltlich wurden hierdurch jedoch keine spezifisch nazistischen Wertvorstellungen transportiert. In § 48 Abs. 2 TestG wiederum waren solche von vornherein angelegt; trotzdem rückversicherte sich der VIII. Zivilsenat bei der Ausführung der Generalklausel in einem Fall sogar unter Rückgriff auf aktuelles Verordnungsrecht und griff nicht auf übergesetzliche ideologische Wertvorstellungen zurück. Dass mit Hilfe von Generalklauseln die Entstehung oder Durchsetzbarkeit von Ansprüchen, die mit Grundwertungen der Rechtsordnung in Widerspruch stehen, verhindert werden kann, ist uns – glücklicherweise unter Geltung anderer Grundwertungen – auch heute vertraut.

In aller Regel betrieben die Gerichte, wie Meissel und Bukor⁸⁹ zutreffend betont haben, *business as usual*, so auch das Reichsgericht. Eine „Scheinnormalität“ freilich, durch deren Aufrechterhaltung die Stabilität der NS-Diktatur begünstigt wurde, die aber jederzeit beendet werden konnte, wenn der Führungsclique dies opportun erschien. Nicht ausgewertet wurden 17 (von 482) Akten, in denen jüdische Parteien und ihre Konsulenten auftreten, die noch bis 1942 ihre Ansprüche vor dem Reichsgericht verfolgten und sich auf diese Weise an der

längst brutal beseitigten Normalität festzuklammern versuchten. Der österreichische Senat machte sich hier vielfach die Finger nicht schmutzig. Eine jüdische Klägerin, Fabrikdirektorenwitwe, gewann beispielsweise Juli 1941 ihr Revisionsverfahren gegen das Deutsche Reich – ihr Ehemann war bei einem Unfall ums Leben gekommen – auf Grundlage einer sorgsam begründeten Entscheidung des VIII. ZS.⁹⁰ In vielen der Verfahren sind freilich die Parteien und ihre Konsulenten früher oder später „unbekannt verzogen“. Der Doppelstaat:⁹¹ *Business as usual*, bis diese Menschen abgeholt wurden, das Normenstaatspiel für sie vorbei war und Maßnahmenstaat seine tödliche Fratze zeigte. Dieser Kontext ist mit den hier präsentierten normenstaatlichen Fragestellungen stets mitzudenken.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Martin LÖHNIG
 Universität Regensburg
 Fakultät für Rechtswissenschaft
 D-93040 Regensburg
 martin.loehning@ur.de
 ORCID-Nr. 0000-0002-4616-1905

⁸⁸ Ebd. 262ff.

⁸⁹ MEISSEL, BUKOR, *Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus* 42.

⁹⁰ VIII 64/41.

⁹¹ Hierzu FRAENKEL, *Doppelstaat*.

Abkürzungen:

DJ	Deutsche Justiz
DR B	Deutsches Recht, Ausgabe (Wien)
EheG	Ehegesetz
ErbRV	Erbregelungsverordnung
RGZ	Reichsgerichtszeitung
TestG	Testamentsgesetz
ZS	Zivilsenat

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

Literatur:

- Ursula FLOßMANN, Österreichische Privatrechtsgeschichte (Wien–New York 2007).
- Ernst FRAENKEL, Der Doppelstaat (mit Nachwort von Horst DREIER) (Hamburg³ 2012).
- Franz GSCHNITZER, in: Heinrich KLANG (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch¹ Bd. II/2 (Wien 1934).
- Franz GSCHNITZER, in: Heinrich KLANG (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² Bd. IV/2 (Wien 1950).
- Franz GSCHNITZER, Schuldrecht: Allgemeiner Teil (Wien–New York 1965).
- Hans-Peter HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB, in: Barbara DÖLEMEYER, Heinz MONHAUPT (Hgg.), 200 Jahre ABGB (1811–2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext (Frankfurt/Main 2012) 159–175.
- Ferdinand HASENKAMP, Zur Generalklausel. Treu und Glauben im ABGB, BGB und ZGB (jur. Diss. Univ. Innsbruck 1941).
- Philipp HECK, Grundriß des Schuldrechts (Tübingen 1929).
- Justus Wilhelm HEDEMANN, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat (Tübingen 1933).
- Justus Wilhelm HEDEMANN, Heinrich LEHMANN, Wolfgang SIEBERT, Volksgesetzbuch. Grundregeln und Buch I – Entwurf und Erläuterungen (München 1942).
- Rüdiger HÜTTE, Der Gemeinschaftsgedanke in den Erbrechtsreformen des Dritten Reichs (= Rechtshistorische Reihe 61, Frankfurt am Main 1988).
- Friedrich Karl KAUL, Geschichte des Reichsgerichts, Bd. 4: 1933–1945 (Glashütten/Taunus 1971).
- Martin LÖHNIG, Entwicklungspfade des Deliktsrechts: Zur Anwendung des österreichischen ABGB durch das deutsche Reichsgericht, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 19 (2011) 820–830.
- Martin LÖHNIG, Neue Zeiten – Altes Recht: Die Anwendung von NS-Gesetzen durch deutsche Gerichte nach 1945 (Berlin 2017).
- Franz-Stefan MEISSEL, Benjamin BUKOR, Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Constanze FISCHER-CZERMAK, Gerhard HOPF, Georg KATHREIN, Martin SCHAUER (Hgg.), Festschrift 200 Jahre ABGB, (Wien 2011) 17–44.
- Dieter NIKSCH, Die sittliche Rechtfertigung des Widerspruchs gegen die Scheidung der zerrütteten Ehe in den Jahren 1938–1944 (jur. Diss., Univ. Köln 1990).
- Bernd RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (Tübingen⁷ 2012).
- JAN SCHRÖDER, Gab es eine (Privat-) Rechtstheorie der Weimarer Republik?, in: Martin LÖHNIG, Mareike PREISNER (Hgg.), Weimarer Zivilrechtswissenschaft (Tübingen 2014) 151–174.
- Hans Hermann SEILER, Das Reichsgericht und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, in: Bernd-Rüdiger KERN, Adrian SCHMIDT-RECLA (Hgg.), 125 Jahre Reichsgericht (Berlin 2006) 151–170.
- Ernst SWOBODA, Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 3 (Wien 1943).
- Werner VOGELS, Karl SEYBOLD, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (Berlin–München³ 1943).

Jan THIESSEN, Berlin

„Anschluss“ an die „Arisierung“ Drei wirtschaftsrechtliche Reichsgerichtsfälle aus Österreich*

'Annexation' to the 'Aryanization'

Three Austrian business law cases filed before the German Supreme Court

When Nazi Germany annexed Austria in 1938, German decrees on 'de-Jewification' ('Entjudung') or 'Aryanization' ('Arisierung') were applied to 'Jewish' enterprises in Austria. As the jurisdiction of the Reichsgericht (German Supreme Court) was eventually extended to Austria, the Reichsgericht had to rule on several Austrian lawsuits regarding the 'de-Jewification'. In two cases, the II. Zivilsenat (special section of the Reichsgericht ruling on business law) refrained from arbitrating the disputes between several Austrian looters ('Arisiere') of 'Jewish' enterprises, refusing to privilege one looter over another. In a third case, the court confirmed that the 'Aryan' widow of a former chairman of a 'Jewish' corporation was entitled to the full amount of pension earnings, stating that the merits of the chairman and the previous Jewish owners should be rewarded. However, the II. Zivilsenat of the Reichsgericht accepted the decrees on 'de-Jewification' as binding statutory law. This article tells the story of these three particular lawsuits within the context of other business law cases in Nazi Germany.

Keywords: *Anti-Semitism – Annexation of Austria – Business Law – German Law – German Supreme Court – Nazi Germany*

I. Das Jahr 1938

Bald nachdem Österreich im März 1938 durch das Deutsche Reich annektiert worden war, wurden im „Altreich“ mehrere Verordnungen erlassen, mit denen die „Arisierung“ oder „Entjudung der deutschen Wirtschaft“¹ aus einem rechtsfreien Raum in rechtsförmige oder vielmehr unrechtsförmige Bahnen gelenkt wurde. Formale Grundlage hierfür war die „Verord-

nung zur Durchführung des Vierjahresplanes“ von 1936, in der Hitler Göring beauftragt hatte, die deutsche Wirtschaft auf den Krieg vorzubereiten.² Wesentliches Mittel der Rüstung und Kriegsfinanzierung war die Ausplünderung³ von Menschen, die im Sinne des Reichsbürgergesetzes von 1935 und der dazu ergangenen Durchführungsverordnungen als Juden galten.⁴ Die Verordnung vom 22. April 1938 stellte die „Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe“ unter Strafe.⁵ Mit Verordnung vom 26. April 1938

* Vortrag auf der Tagung „Zivilgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus“ an der Universität Wien am 3. 3. 2017. Die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ HEIM, Einleitung 58–60. Zur Begriffsgeschichte SCHMITZ-BERNING, Vokabular des Nationalsozialismus 62f., 189ff. Zur zeitgenössischen Verwendung MARKMANN, ENTERLEIN, Die Entjudung der deutschen Wirtschaft; HEFERMEHL, Die Entjudung der deutschen Wirtschaft.

² Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes vom 18. 10. 1936, RGBl. I, 887.

³ ALY, Hitlers Volksstaat 54ff.

⁴ Reichsbürgergesetz vom 15. 9. 1935, RGBl. I, 1146; § 5 der Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. 11. 1935, RGBl. I, 1333, 1334.

⁵ Verordnung gegen die Unterstützung der Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe vom 22. 4. 1938, RGBl. I, 404.

wurden Juden gezwungen, ihr Vermögen anzumelden.⁶ Durch Änderung der Gewerbeordnung vom 6. Juli 1938 wurde Juden der Betrieb bestimmter Gewerbe verboten, insbesondere der Handel mit Grundstücken.⁷ Die seit 1933 in Deutschland immer wieder angeheizten Pogrome, die im März 1938 auch auf Österreich übergriffen hatten, fanden ihren schrecklichen Abschluss im November 1938.⁸ Nach der berühmten „Reichskristallnacht“ erging am 12. November 1938 die „Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben“⁹ und am 3. Dezember 1938 die „Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens“.¹⁰ Mittels „Kundmachung des Reichsstatthalters“ Arthur Seyß-Inquart wurden die Verordnungen auch in Österreich in Kraft gesetzt.¹¹

II. Der II. Zivilsenat des Reichsgericht und die antisemitische Entrechtung

Als am 1. April 1939 das Reichsgericht den Obersten Gerichtshof als Revisionsgericht ablöste,¹² hatte das Reichsgericht zwangsläufig selbst kaum Erfahrung mit der Anwendung der neuen „Arisierungsverordnungen“. Zuständig hierfür war beim Reichsgericht, selbst wenn es um Österreich ging, nicht etwa der eigens für Öster-

reich auf Zeit wieder eingerichtete VIII. Zivilsenat. Vielmehr hatte der II. Zivilsenat über Fragen der „Arisierung“ zu entscheiden, auch wenn es nicht primär um „Ansprüche aus dem Erwerb eines Handelsgeschäfts“ ging, sondern um „Ansprüche aus Gesellschaftsverhältnissen“ und um „innere Verhältnisse von Handelsgesellschaften“.¹³ Diese Sonderzuständigkeit, die sich auf weite Teile des Wirtschaftsrechts erstreckte, galt auch für Österreich. Sie kam in mindestens drei Fällen zum Tragen. Bevor aber auf diese drei österreichischen Fälle einzugehen ist, soll kurz über die Rechtsprechung des II. Zivilsenats seit 1933 gesprochen werden, um die Entscheidungen zu Österreich besser einordnen zu können.

Dass der II. Zivilsenat im Zeitpunkt des „Anschlusses“ kaum Erfahrung mit den „Arisierungsverordnungen“ haben konnte, bedeutete keineswegs, dass er geringe Erfahrung mit der antisemitischen Entrechtung als solcher gehabt hätte.¹⁴ Von 1933 an hatte die NS-Ideologie auch den II. Zivilsenat des Reichsgerichts beschäftigt. Wie allgemein im Zivil- und Arbeitsrecht, so wurde vielfach auch im Gesellschaftsrecht die Wirksamkeit langfristiger Bindungen mit jüdischen Vertragspartnern in Frage gestellt.¹⁵

So hatte der II. Zivilsenat bereits im Februar und Dezember 1934 darüber zu entscheiden, ob ein jüdischer Gesellschafter allein deshalb, weil er den Nationalsozialisten als Jude galt, aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer Offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen wer-

⁶ Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden vom 26. 4. 1938, RGBl. I, 414.

⁷ Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 6. 7. 1938, RGBl. I, 823.

⁸ HEIM, Einleitung 52–58.

⁹ RGBl. I, 1580.

¹⁰ RGBl. I, 1709.

¹¹ GBlÖ. 91/1938; 102/1938; 584/1938; 633/1938.

¹² Verordnung zur weiteren Überleitung der Rechtspflege im Lande Österreich und in den sudetendeutschen Gebieten vom 28. 2. 1939, RGBl. I, 385, kundgemacht in Österreich am 11. 3. 1939, GBlÖ. 307/1939. Auch zum folgenden HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ 164–167.

¹³ Zur Auflösung, Wiedereinrichtung und Wiederauflösung des VIII. Zivilsenats und zur Geschäftsverteilung mit Abgrenzung der Zuständigkeiten des II. und des VIII. Zivilsenats KAUL, Geschichte des Reichsgerichts 21, 27, 32, 36, 45.

¹⁴ Auch zum folgenden demnächst THIESSEN, Der Ausschluss aus der GmbH als ‚praktische Durchführung einer verbrecherischen Irrlehre‘. Die nachfolgend nur angedeuteten Fälle werden dort umfassend behandelt.

¹⁵ RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung 224ff., 237ff.

den könne. Der II. Zivilsenat gab damals den jüdischen Gesellschaftern recht – noch gab er ihnen recht, muss man hinzufügen.¹⁶

Eine zweite Fallgruppe betraf das Recht des unlauteren Wettbewerbs, für das der II. Zivilsenat damals noch zuständig war.¹⁷ Viele Unternehmer versuchten, missliebige Konkurrenten als „jüdisch“ herabzusetzen. Die betroffenen Unternehmer klagten gegen diese Negativkampagnen, und auch sie bekamen beim Reichsgericht zunächst recht – aufgrund einer allzu naiven Differenzierung des Senatspräsidenten Wilhelm Kiesow, die in den Urteilsgründen nicht nachzulesen war: „Die Ablehnung des Judentums [...] zu wirtschaftlichen Zwecken auszunutzen, ist wettbewerbsfremd, gerade weil die Gründe, aus denen das Judentum abgelehnt wird, mit wirtschaftlichen Erwägungen nichts zu tun haben.“¹⁸ Die wettbewerbsrechtliche Begründung galt für den II. Zivilsenat auch im Gesellschaftsrecht, da „die Verbraucherkreise hauptsächlich auf die Leistung sehen und nicht

auf die Herkunft des Kapitals des einzelnen Unternehmens allein entscheidendes Gewicht legen werden“.¹⁹

In einer dritten Fallgruppe hatten unternehmenstragende Gesellschaften die Ruhegehälter ehemaliger jüdischer Vorstände, Aufsichtsräte oder Geschäftsführer gekürzt.²⁰ Hier hatte das Reichsgericht schon aufgrund einer Brüning-schen Notverordnung von 1931²¹ auch gegenüber nichtjüdischen Klägern ausgesprochen, dass die schlechte wirtschaftliche Lage des Unternehmens eine Kürzung rechtfertigen könne. Soweit das Gericht Kürzungen billigte, war dies jedenfalls anfangs noch nicht originär antisemitisch motiviert.²²

In allen drei Fallgruppen – jüdische Gesellschafter, jüdische Konkurrenten, jüdische Organmitglieder – änderte der II. Zivilsenat seine Rechtsprechung signifikant erst ab 1938 unter dem Eindruck der „Arisierungsverordnungen“. Dieser Befund ist erklärungsbedürftig. Nach den bisherigen Ausführungen mag der Eindruck entstehen, dass die Richter des II. Zivilsenats erst Helden gewesen und dann Opfer des Positivismus²³ geworden seien: Bis 1938 sei ohne

¹⁶ RG, Urteil vom 16. 2. 1934 – II 251/33 – JW 1934, 1963–1964; Reichsgericht, Urteil vom 11. 12. 1934 – II 148/34 – RGZ 146, 169–182; ähnlich noch Reichsgericht, Urteil vom 30. 4. 1938 – II 2/38 – JW 1938, 2214–2215; anders dann Reichsgericht, Urteil vom 17. 1. 1940 – II 99/39 – SeuffArch 94 (1940) 61 = DR 1940, 584; Reichsgericht, Urteil vom 13. 8. 1942 – II 67/41 – RGZ 169, 330–339.

¹⁷ KAUL, Geschichte des Reichsgerichts 36. Für unlauteren Wettbewerb ist beim Bundesgerichtshof heute der I. Zivilsenat zuständig, während das Gesellschaftsrecht wie beim Reichsgericht dem II. Zivilsenat zugewiesen ist,

<http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Geschaeftsvertelung/Geschaeftsverteilung2017/Zivilsenate2017/zivilsenate2017.html> (10. 3. 2017).

¹⁸ Reichsgericht, Urteil vom 1. 3. 1935 – II 221/34 – RGZ 147, 1–11; das letzte Zitat aus einem internen Vermerk von Senatspräsident Wilhelm Kiesow vom 27. 2. 1935 nach der Prozessakte Bundesarchiv Berlin, R3002 Zivilsenate Nr. 5486 (unpaginiertes Einlegeblatt). Anders dann spätestens Reichsgericht, Urteil vom 30. 11. 1938 – II 106/38 – JW 1939, 429–431. Biographische Angaben zu Kiesow bei KAUL, Geschichte des Reichsgerichts 307.

¹⁹ Reichsgericht, Urteil vom 11. 12. 1934 – II 148/34 – RGZ 146, 169–182, 178.

²⁰ Charakteristisch Reichsgericht, Urteil vom 17. 7. 1939 – II 195/38 – RGZ 161, 301–308.

²¹ Fünfter Teil, Kapitel III, § 1 Abs. 1 der Dritten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 6. 10. 1931, RGBI. I, 537, 557.

²² Reichsgericht, Urteil vom 30. 4. 1935 – II 291/34 – RGZ 148, 81–100 als einer von mehreren Fällen in Sachen der Allgemeinen Elektrizitätsgesellschaft (AEG). Vgl. aber kurz darauf zur Kürzung der Abfindung des jüdischen Geschäftsführers der „Gemeinnützigen Siedlungs- und Treuhandgesellschaft mit beschränkter Haftung in Berlin“ Reichsgericht, Urteil vom 23. 7. 1935 – II 384/34 – JW 1935, 3102–3104.

²³ RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht 107: „Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze will-

Ansehen der Person geurteilt worden – nach 1938 seien die Verordnungen als geltendes Recht eben angewandt worden. Ist der Positivismus also doch keine Legende?²⁴ Gab es keine unbegrenzte Auslegung?²⁵

Die Antwort ist ambivalent. Der II. Zivilsenat orientierte sich am positiven Recht – vor 1938 ebenso wie danach. Dies entsprach der nationalsozialistischen Methodenlehre, ungeachtet der Positivismuskritik zeitgenössischer Autoren.²⁶ Der II. Zivilsenat hatte aber wie alle Zivilgerichte auch mit Generalklauseln zu tun, die man unbegrenzt auslegen konnte – also mit „guten Sitten“, „Treu und Glauben“ und dem „wichtigen Grund“.²⁷ ‚Entgrenzt‘ wurde die Auslegung gerade des II. Zivilsenats aber doch erst nach 1938. Die neuen Verordnungen hatten hierauf einen mittelbaren Einfluss. Unmittelbar sagten die nicht rückwirkend geltenden Verordnungen freilich nichts darüber, ob ein jüdischer Gesell-

kürlichen und verbrecherischen Inhalts. [...] Wir müssen hoffen, daß ein solches Unrecht eine einmalige Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes bleiben werde, aber für alle möglichen Fälle haben wir uns durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus, der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Mißbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete, gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtsstaates zu wappnen.“

²⁴ Zur heute allgemein anerkannten Widerlegung von Radbruchs These (Anm. 23) DREIER, Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre 29f.; WITTECK, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht 1–4; HAFERKAMP, Positivismen 207. Siehe außerdem die Kontroverse zwischen FROMMEL, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, BRAUN, Rechtsgeschichte in den Trümmern der Gegenwart, HOLLERBACH, Rechtsphilosophische Irrlehre, RÜTHERS, Ergänzungen zu Monika Frommel und FROMMEL, Schlusswort.

²⁵ RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung.

²⁶ Zum Spannungsverhältnis von völkischem Rechtsbegriff und nationalsozialistischem Gesetzesbegriff J. SCHRÖDER, Rechtswissenschaft in Diktaturen 7–10; zur zeitgenössischen Positivismuskritik HAFERKAMP, Positivismen 185–188.

²⁷ RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung 216ff.

schafter ausgeschlossen werden könne. Dies war eine Frage des „wichtigen Grundes“ im Sinne der gesellschaftsrechtlichen Ausschließungsregeln.²⁸ Die Verordnungen sagten auch nichts darüber, ob man einen Konkurrenten als jüdisch herabsetzen dürfe. Dies war eine Frage der „guten Sitten“ im Wettbewerb.²⁹ Die Verordnungen sagten auch nichts darüber, ob ein bereits vor 1938 ausgeschiedenes Vorstandsmitglied nun auf sein Ruhegehalt ganz oder teilweise verzichten müsse. Dies war eine Frage der „Angemessenheit“ der Vergütung im Sinne des Aktiengesetzes, das 1937 die Kriterien der Notverordnung von 1931 fortgeschrieben hatte.³⁰ Aber die „Arisierungsverordnungen“ sagten eben doch, dass die Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben auszuschalten seien und dass ihr ungetarntes, angemeldetes Vermögen für die Zwecke des Vierjahresplans einzusetzen sei.³¹ Galt nun also ein Unternehmen mit einem maßgeblich beteiligten jüdischen Gesellschafter als jüdisches Unternehmen, so gab dies einen „wichtigen Grund“, den jüdischen Gesellschafter auszu-

²⁸ Insbesondere §§ 133, 140, 142 des Handelsgesetzbuchs vom 10. 5. 1897, RBl. 219, 247, 249f., in Österreich eingeführt durch Art. 1 Nr. 1 der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 24. 12. 1938, RGBl. I, 1999, kundgemacht in Österreich am 25. 1. 1939, GBlÖ. 86/1939.

²⁹ § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909, RGBl. 499, eingeführt in Österreich durch Verordnung zur Einführung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und der Zugabeverordnung in den Reichsgauen der Ostmark und im Reichsgau Sudetenland vom 18. 6. 1940, RGBl. I, 883; gleichlautend § 1 des Bundesgesetzes vom 26. 9. 1923 gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl. 531/1923.

³⁰ § 78 des Aktiengesetzes vom 30. 1. 1937, RGBl. I, 107; in Österreich eingeführt durch die Erste Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 11. 4. 1938, RGBl. I, 385, kundgemacht in Österreich am 27. 4. 1938, GBlÖ. 100/1938.

³¹ Siehe oben unter 0.

schließen, um seinen Einfluss auszuschalten.³² Durften jüdische Unternehmen nicht getarnt werden, dann entsprach es den „guten Sitten“ im Wettbewerb, den jüdischen Wettbewerber zu enttarnen.³³ Und sollte jeglicher jüdischer Einfluss auf die deutsche Wirtschaft beseitigt werden, so würde es „dem gesunden deutschen Volksempfinden widersprechen“, ehemalige Vorstandsmitglieder weiterhin auf Kosten des Unternehmens zu versorgen.³⁴ So trafen Verordnungspositivismus und unbegrenzte Auslegung zusammen.

Einige Worte zur Quantität sollen nicht fehlen.³⁵ Zwischen 1933 und 1945 hat der II. Zivilsenat rund 2.000 Entscheidungen erlassen. Hiervon sind bei rund fünfzig Entscheidungen Bezüge zur antisemitischen Ideologie erkennbar. Dabei wurde nicht durchweg ideologiekonform entschieden. Fünfzig von 2.000 – das entspricht einer Quote von zweieinhalb Prozent.³⁶ Ist das viel oder ist das wenig? Die Frage ist falsch gestellt. Es ist, wie es ist. Die Zahlen besagen wenig. Sie zeigen nicht, wer welchen Rechtsstreit warum gewann oder verlor. Sie zeigen nicht, inwieweit die Richter den antisemitischen Kontext ihrer Entscheidungen reflektierten. Eine statistische Quote belegt weder Affinität noch Distanz der Richter zur Ideologie. Vor allem ändert eine statistische Quote nichts daran, dass jede einzelne Prozesspartei, die infolge der Nürnberger Gesetze in einer Gerichtsentscheidung um ihr Recht gebracht wurde, ihren je

individuellen Rechtsverlust unmittelbar erlitten hat, ungeachtet vermeintlich unpolitischer Entscheidungen in anderer Sache. Man wird deshalb mit Bernd Rütters sagen müssen, niemand preist die hervorragenden Zutaten einer Speise, die tödliche Spuren von Zyankali oder E 605 enthält.³⁷ Der Anteil antisemitischer Bezüge mag damit zu erklären sein, dass der Wirtschaftsrechtssenat später als etwa der Familienrechtssenat oder die Strafsenate mit genuin nationalsozialistischen Gesetzen oder Verordnungen konfrontiert war.³⁸ Im Übrigen ist jede Entscheidung einzeln zu würdigen. Dies soll nachfolgend anhand von drei Beispielen aus Österreich erfolgen.

III. Die österreichischen Fälle

Die drei Fälle stammen aus Salzburg, Wien und Graz. Auf den ersten Blick vielleicht unerwartet, betreffen sie nicht unmittelbar Personen, die von den Nationalsozialisten als Juden verfolgt wurden. In zwei Fällen hatte der II. Zivilsenat über den Streit unter „Ariseuren“ zu entscheiden, in einem weiteren Fall über die Pensionsansprüche der Witwe eines Vorstandsmitglieds eines als jüdisch geltenden Unternehmens. Eine Beurteilung vorwegzunehmen, fällt nicht leicht. Soweit die Profiteure der „Arisierung“ untereinander stritten, konnte das Reichsgericht auf den ersten Blick politisch kaum falsch entscheiden. Im Fall der Witwenpension entschied der Senat zugunsten der Witwe – die wiederum „arisch“ war. Die drei Fälle können also nur im Kontext der sonstigen Rechtsprechung des Senats verstanden werden.

Und dies sind nun die drei Unternehmen, um die es ging: Erstens das Schuhhaus Pasch in Salzburg, zweitens die Damenkleiderfabrikation

³² Reichsgericht, Urteil vom 17. 1. 1940 – II 99/39 – SeuffArch 94 (1940) 61 = DR 1940, 584; Reichsgericht, Urteil vom 13. 8. 1942 – II 67/41 – RGZ 169, 330–339.

³³ Reichsgericht, Urteil vom 15. 10. 1938 – II 44/38 – JW 1939, 44–45; Reichsgericht, Urteil vom 30. 11. 1938 – II 106/38 – JW 1939, 429–431.

³⁴ Reichsgericht, Urteil vom 17. 7. 1939 – II 195/38 – RGZ 161, 301–308.

³⁵ Näher zu den folgenden Angaben demnächst THIESEN, Der Ausschluss aus der GmbH als ‚praktische Durchführung einer verbrecherischen Irrlehre‘.

³⁶ Zu anderen Statistiken MEISSEL, Privatrecht in unsicheren Zeiten, in diesem Band.

³⁷ RÜTTERS, Die unbegrenzte Auslegung 495.

³⁸ Siehe nur die Beispiele bei KAUL, Geschichte des Reichsgerichts 69ff., 113ff.

Armin Pollak in Wien und drittens die Maschinenfabrik Andritz in Graz.

1. Schuhhaus Pasch Salzburg

Die beiden Prozessparteien, zwei Salzburger Kaufleute, hatten 1939 eine Offene Handelsgesellschaft gegründet, um mit Schuhen und anderen Lederwaren nebst Zubehör zu handeln.³⁹ Grundlage ihrer Geschäftstätigkeit war das „früher jüdische Schuhhaus ‚Pasch‘ in Salzburg“.⁴⁰ Der eine Gesellschafter gab Geld, Arbeitskraft und Erfahrung im Schuhhandel. Der andere Gesellschafter leistete eine ungewöhnliche ‚Sacheinlage‘. Aufgrund seiner Beziehungen zu Parteistellen war es ihm nämlich gelungen, die Genehmigung zur Übernahme des jüdischen Geschäfts zugunsten der beiden Gesellschafter zu erreichen. Für die Gesellschaft arbeiten konnte er vorerst nicht, denn zunächst musste er seine Tätigkeit bei der „Deutschen Arbeitsfront“ abschließen. Das ungleiche Gesellschafterpaar geriet schon nach wenigen Monaten in heftigen Streit. Beide Gesellschafter überzogen einander mit Vorwürfen. Der Gesellschafter mit den guten Beziehungen zur Politik verklagte den Geldgeber darauf, das Geschäft mit allen Aktiva und Passiva übernehmen und allein fortführen zu dürfen. Denn der Geldgeber habe durch seine Verfehlungen einen wichtigen Grund gegeben, ihn aus der Gesellschaft auszuschließen. So habe er Schuhe ohne Bezugsschein verkauft, Geld der Gesellschaft auf ein eigenes Konto gelenkt, in die Kasse gegriffen, seinen Mitgesellschafter bedroht und die Angestellten brutal behandelt. Der Geldgeber hielt im Gegenzug dem Parteifunktionär vor, ihn sittenwidrig übervorteilt zu

haben. Ohne eigenen Einsatz von Kapital und Arbeit habe der Funktionär sich die Position in der Gesellschaft verschafft. Zudem sei der Kasensfehlbestand entstanden, als allein der Funktionär den Schlüssel gehabt habe. Wer selbst vertragswidrig handle, könne nicht dem anderen Gesellschafter dessen Pflichtverletzungen vorhalten. Überdies sei die Genehmigung, das jüdische Geschäft weiterzuführen, nur beiden Gesellschaftern gemeinsam erteilt worden. Deshalb könne der Funktionär das Geschäft nicht übernehmen, zumal er nicht vom Fach sei.

Das Landgericht Salzburg hatte dem Funktionär recht gegeben, das Oberlandesgericht Innsbruck hingegen dem Geldgeber. Das Reichsgericht gab beiden Recht. Einerseits sei der Gesellschaftsvertrag nicht sittenwidrig. Denn die Gewinnanteile des Funktionärs sollten nach dem Gesellschaftsvertrag zu achtzig Prozent solange thesauriert werden, bis die Höhe der Geldeinlage des Mitgesellschafters erreicht sei. Außerdem sei der Geldgeber damit einverstanden gewesen, dass der Funktionär durch seine Parteiaufgaben an der Mitarbeit im Schuhgeschäft gehindert sei. Dass die Genehmigung zur „Entjudung“ beiden Gesellschaftern nur gemeinsam erteilt worden sei, hindere weder die Weiterveräußerung des Geschäfts noch das Übernahmeverlangen des einen oder anderen Gesellschafters. Doch müsse die Entscheidung der Vermögensverkehrsstelle⁴¹, das Geschäft in die Hände beider Gesellschafter zu geben, bei der Frage, ob ein wichtiger Grund zur Auflösung, Ausschließung oder Übernahme gegeben sei, ebenso berücksichtigt werden wie der Umstand, dass beiden Gesellschaftern Verfehlungen zur Last fielen. Zumindest habe der Funktionär dem Geldgeber milde-

³⁹ Auch zum Folgenden Reichsgericht, Urteil vom 5. 5. 1941 – II 21/41 – Deutsches Recht 1941, 1945-1947, Urteilsabschrift in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs Z A 12030, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, II. Zivilsenat, 2. Vierteljahr 1941 Nr. 13.

⁴⁰ Urteilsabschrift (Anm. 39) 3.

⁴¹ Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich über die Übertragung von Befugnissen nach den Vorschriften über die Anmeldung des Vermögens von Juden und über die Errichtung einer Vermögensverkehrsstelle im Ministerium für Handel und Verkehr vom 18. 5. 1938, GBlÖ. 139/1938.

re Sanktionen zubilligen müssen, etwa einen Ausschluss von der Geschäftsführung oder die Degradierung zum Kommanditisten, statt ihn ohne Abfindung aus der Gesellschaft zu drängen. So blieben die „Ariseure“ aneinander gekettet.

2. Damenkleiderfabrikation Armin Pollak Wien

Der chronologisch dritte Fall der Damenkleiderfabrikation Armin Pollak Wien ist zunächst zu behandeln, weil er dem Salzburger Fall des Schuhhauses Pasch im Ausgangspunkt sehr ähnlich ist.⁴² Wiederum ging es um ein jüdisches Geschäft in Österreich, das 1938 von den Inhabern nicht mehr weitergeführt werden konnte. Und erneut gab es einen Gesellschafter vom Fach und einen politischen Gewährsmann, in diesem Fall einen SS-Obersturmführer, die eine offene Handelsgesellschaft gründeten, um das vormals jüdische Geschäft fortzuführen. Auch diese Gesellschaft endete im Streit. In diesem Fall widerrief die Vermögensverkehrsstelle die beiden Gesellschaftern erteilte Genehmigung zur Geschäftsführung einseitig zu Lasten des im Geschäft aktiven Sozius, weil dieser falsche Angaben über sein eigenes Vermögen gemacht habe. Zugunsten des Obersturmführers wurde die Genehmigung jedoch aufrechterhalten. Dieser setzte vor dem Landgericht und Oberlandesgericht Wien rechtskräftig durch, dass er das Unternehmen ohne seinen Mitgesellschafter weiterführen dürfe. Der ausgeschlossene Gesellschafter stritt nun im Jahre 1944 bis zum Reichsgericht um seine Abfindung. Die Berechtigung des Abfindungsanspruchs wurde vom Obersturmführer mit der Begründung bestritten,

dass auch er selbst über die Vermögensverhältnisse des Mitgeschafters getäuscht worden sei, so dass er den Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten habe. Außerdem könne die Gesellschaft nicht wirksam entstanden sein, wenn die Genehmigung der Vermögensverkehrsstelle zu Lasten eines der Gesellschafter widerrufen worden sei.

Landgericht und Oberlandesgericht Wien hatten entschieden, dass eine Gesellschaft bestanden habe, die folglich nach ihrer Beendigung auseinandergesetzt werden müsse. Das Reichsgericht bestätigte diese Entscheidungen auf rein gesellschaftsrechtlicher Grundlage. Die Gewinnbeteiligung des ausgeschlossenen Gesellschafters verstoße weder gegen das „gesunde Volksempfinden“ noch gegen die Zwecke der Verordnungen über die Anmeldung und den Einsatz des jüdischen Vermögens.⁴³ Der Obersturmführer selbst habe anerkannt, dass eine Gesellschaft bestanden habe, indem er darauf geklagt habe, die Aktiva und Passiva der Gesellschaft übernehmen zu dürfen. Widerrufe die Vermögensverkehrsstelle die Genehmigung zur Geschäftsführung durch einen der Gesellschafter, so berühre dies den Gesellschaftsvertrag nicht. Der durch die in Vollzug gesetzte Gesellschaft erwirtschaftete Gewinnanteil gehe dem ausgeschlossenen Gesellschafter selbst dann nicht verloren, wenn der Gesellschaftsvertrag angefochten werde. Hier wendete das Reichsgericht die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft an, die selbst im Fall der Anfechtung nur eine Abwicklung für die Zukunft, nicht aber rückwirkend für die Vergangenheit zulasse. Der ausgeschlossene Gesellschafter habe durch seine erfolgreiche Arbeit den Gewinn erwirtschaftet, der nun dem Obersturmführer zu Gute komme. Und er habe durch seine falschen Angaben erst dafür gesorgt, dass der Obersturmführer nun das Unternehmen allein fortführen könne. Je-

⁴² Auch zum folgenden Reichsgericht, Urteil vom 13. 10. 1944 – II 88/44 – in Deutschland wohl unveröffentlicht, Urteilsabschrift in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs Z A 12030, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, II. Zivilsenat, 3./4. Quartal 1944, Nr. 88.

⁴³ Urteilsabschrift (Anm. 42) 9.

denfalls schulde der Obersturmführer seinem früheren Mitgesellschafter dessen Anteilswert. Wie im Fall Schuhhaus Pasch sah das Reichsgericht es auch hier nicht als seine Aufgabe an, den einen „Ariseur“ zu Lasten des anderen zu bevorzugen.

3. Maschinenfabrik Andritz Graz

Der dritte hier zu besprechende Fall – chronologisch der zweite – führt weg aus den kleinbürgerlich-kleinlichen Streitigkeiten um das geraubte jüdische Vermögen in die bessere Gesellschaft Österreichs.⁴⁴ Die Grazer Maschinenfabrik Andritz AG hatte ihrem Vorstandsmitglied Carl Ferstel anlässlich eines Dienstjubiläums eine besondere Pensionszusage gegeben, von der nun seine Witwe, die wiederverehelichte Wiener Ministerialratsgattin Amelie Rovelli profitierte. Amelie Rovellis Schwager Max von Gutmann hatte Anfang des 20. Jahrhunderts die Maschinenfabrik Andritz übernommen.⁴⁵ Der bekannte österreichische Großunternehmer und Politiker Gutmann und seine Familie galten den Nazis als jüdisch, weshalb die Maschinenfabrik Andritz als vormals jüdisches Unternehmen galt. Die neuen, nunmehr „arischen“ Herren des Unternehmens brachten vor, dass die Familie Gutmann ihre Angehörigen eigenmächtig ohne Zustimmung der Generalversammlung versorgt habe und dass eine solche „gesellschafts- und betriebsfremde Belastung“ nicht mehr zeitgemäß, vielmehr sittenwidrig sei.⁴⁶

Die Witwe klagte in allen drei Instanzen erfolgreich ihre Pension ein. In Bezug auf das Landgericht und Oberlandesgericht Graz konnte man noch spekulieren, dass beide Gerichte der klagenden Witwe einen Prominentenbonus eingeräumt hatten. Carl Ferstel war der Sohn des Architekten Heinrich Ferstel. Amalie Rovelli geborene Hartmann war eine Tochter der Burgschauspieler Ernst und Helene Hartmann. Ihre Schwester Emilie Hartmann heiratete den Unternehmer Max von Gutmann. Dem Reichsgericht in Leipzig, das hier unter Beteiligung nur eines einzigen österreichischen Richters entschied,⁴⁷ waren die Familien Gutmann, Hartmann und Ferstel jedoch gewiss weitgehend unbekannt. blieb die Frage, ob die „arische“ Witwe eines „arischen“ Vorstandsmitglieds hier bevorzugt wurde. Doch das Reichsgericht betonte ausdrücklich, die Beurteilung der Pensionszusage stehe „in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der Tatsache, daß die Familie Gutmann im Unterschied zur deutschblütigen Klägerin und ihrem ersten Ehemann jüdisch ist. [...] Daß die ganz überwiegende Mehrheit der Aktien der Beklagten in Händen von Juden war und auch der Vorstand unter jüdischem Einfluß stand, ist für die Beurteilung dieser Rechtssache ohne rechtliche Bedeutung.“⁴⁸ Von Bedeutung sei vielmehr, dass die Gesellschaftsorgane „durch eine weitgehende und heute mehr als ehemals betonte Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen und seinen Aufgaben in der Gemeinschaft beschränkt sind. Verstöße gegen diese Pflicht haben neben den unter Umständen eintretenden Ersatzpflichten der für die juristische Person handelnd auftretenden natürlichen Personen die Folge, daß die so zustande gekommenen Rechtsgeschäfte Treu und Glauben und den guten Sitten widersprechen und daher anfechtbar sind“. Gemessen daran, war die Pensionszusage

⁴⁴ Auch zum folgenden Reichsgericht, Urteil vom 13. 11. 1941 – II 108/41 – in Deutschland wohl unveröffentlicht, Urteilsabschrift in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs Z A 12030, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, II. Zivilsenat, 4. Vierteljahr 1941, Nr. 18.

⁴⁵ Zur Unternehmens- und Familiengeschichte MATTHIS, *Big Business in Österreich*, 31ff.; ARNBOM, Friedmann, Gutmann, Lieben, Mandel und Strakosch, 63, 90ff.

⁴⁶ Urteilsabschrift (Anm. 44) 2, 4.

⁴⁷ Dazu unten 0.

⁴⁸ Auch für die folgenden Zitate Urteilsabschrift (Anm. 44) 4–7.

nicht zu beanstanden: „Der Ehemann der Klägerin stand mehr als 2 ½ Jahrzehnte hindurch in leitender und verantwortungsvollster Stellung im Dienst der Beklagten. Die streitige Abrede ist anlässlich und im Zusammenhang seines 25-jährigen Dienstjubiläums bei der Beklagten getroffen worden und sollte offenbar zugleich eine besondere Anerkennung und Wertschätzung dessen bedeuten, was der Ehemann der Klägerin für die Beklagte geleistet hatte.“ Überdies sei die Maschinenfabrik Andritz ein „Glied des fest gefügten und außerordentlich kapitalkräftigen Gutmann’schen Familienkonzerns, an dem sie eine feste sichere Stütze und ausgiebigsten Rückhalt hatte“. Die jüdische Familie und ihr „arisches“ Vorstandsmitglied hatten gute Arbeit geleistet, die das Reichsgericht honorierte.

4. Die Fälle im Kontext

Die drei hier geschilderten Fälle betrafen drei unterschiedlich bekannte und unterschiedlich gut erforschte Unternehmen. Das Schuhhaus Pasch war ein in Salzburg sehr bekanntes Schuhgeschäft. Seine Geschichte ist von Albert Lichtblau im Rahmen seiner Studie über „Arisierungen“ in Salzburg für die Österreichische Historikerkommission im Detail rekonstruiert worden.⁴⁹

Die Maschinenfabrik Andritz hat ihren festen Platz in Darstellungen zur österreichischen Unternehmensgeschichte;⁵⁰ die Familienverhältnisse werden sogar unter www.viennatouristguide.at ausgebreitet.⁵¹ Am wenigsten war über die Damenkleiderfabrikation Armin Pollak in Wien herauszufinden. Immerhin war in der Karl Krausschen „Fackel“ von „Mitte Juni 1903“ zu lesen, dass „Herr Armin Pollak, Chef der Firma Pollak & Löwenstein in Mariahilf,

Millergasse Nr. 33“ dazu beigetragen habe, einen Mann festzunehmen, der ein Attentat auf den österreichischen Kaiser verüben wollte.⁵² Ob das gerade der „Armin Pollak“ des Reichsgerichtsfalls war, ließ sich nicht ermitteln; immerhin hatte das Unternehmen Grundbesitz in Mariahilf.

Im Kontext der sonstigen Entscheidungen des II. Zivilsenats aus der NS-Zeit ist der Fall Maschinenfabrik Andritz durchaus typisch, während das Schuhhaus Pasch und die Damenkleiderfabrikation Armin Pollak eher untypisch sind. Zwar zitierte das Reichsgericht im Fall Schuhhaus Pasch eigene Entscheidungen zum Versuch, den einzigen Mitgesellschafter „aus wichtigem Grund“ aus dem Unternehmen zu drängen,⁵³ als auch im Fall Armin Pollak Präjudizien zur Unwirksamkeit von „Arisierungen“.⁵⁴ Doch beides traf in der Praxis des II. Zivilsenats sonst offenbar nur selten zusammen.⁵⁵ Es lässt sich nur spekulieren, dass in Österreich anders als in Deutschland der Übergang von der ‚unregulierten‘ zur ‚unrechtssicheren‘ „Arisierung“ im Zeit-

⁵² Die Fackel 5, Nr. 141 v. 20. 6. 1903, 2.

⁵³ Reichsgericht, Urteil vom 5. 5. 1941 – II 21/41 – Deutsches Recht 1941, 1945–1947, 1946f. Vgl. dort auch die Erwägung, die Genehmigung könne „unter besonderen Umständen von der Genehmigungsbehörde nachträglich zurückgenommen werden“, unter Hinweis auf KRÜGER, Die Lösung der Judenfrage in der deutschen Wirtschaft 269.

⁵⁴ Zum „Widerruf einer erteilten Genehmigung zur Veräußerung eines jüdischen Geschäfts“ zitierte der Senat (Urteilsabschrift [Anm. 42], 6) die Entscheidungen des Reichsgerichts, Urteil vom 18. 8. 1941 – V 70/41 – RGZ 167, 236–243, 241; Reichsgericht, Urteil vom 21. 8. 1944 – II 53/44 – wohl unveröffentlicht, Urteilsabschrift in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs Z A 12030, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, II. Zivilsenat, 3./4. Quartal 1944 Nr. 74.

⁵⁵ Siehe aber Reichsgericht, Urteil vom 19. 5. 1944 – II 12/44 – wohl unveröffentlicht, Urteilsabschrift in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs Z A 12030, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, II. Zivilsenat, 1./2. Vierteljahr 1944, Nr. 47, zitiert in Urteilsabschrift (Anm. 42) 8.

⁴⁹ LICHTBLAU, Arisierungen 36–45, 163 f., 218.

⁵⁰ Wie Anm. 45.

⁵¹ http://www.viennatouristguide.at/Friedhofe/Zentralfriedhof/Tor1_pers/tree/Gutmann/gutmann_ueberblick.htm (10. 3. 2017).

raffer abließ und bestimmte Fallkonstellationen begünstigte.⁵⁶ So mochten sich Funktionäre des Regimes nicht wie in Deutschland vor 1938 etwa durch bloßen Terror bereichern, sondern in einer Doppelfunktion als Entscheider und Unternehmer in Gesellschaftsverhältnisse begeben, zu denen erst der „Anschluss“ und die „Arisierungsverordnungen“ Anlass und Mittel gegeben hatten. Demgegenüber waren die Ruhegehaltsfälle wie bei der Maschinenfabrik Andritz in Deutschland sehr häufig und betrafen bekannte Unternehmen wie die Berliner Schultheiß-Brauerei.⁵⁷ Das Reichsgericht legte hier Maßstäbe an, die es weder dem Aktiengesetz noch den „Arisierungsverordnungen“ entnehmen konnte. Ging es der Gesellschaft gut, wurde gefragt, ob die „Aufwärtsentwicklung des verpflichteten Unternehmens“ auf der früheren Leistung des Pensionsempfängers beruhe oder aber „eine Folge des allgemeinen, durch die nationalsozialistische Wirtschaftsführung hervorgerufenen Aufschwungs“ sei.⁵⁸ Für die Kürzung der Ruhegehälter wurde also differenziert nach dem Beitrag, den der vormalige Geschäftsleiter zum Gedeihen des Unternehmens geleistet hatte, auch im Fall eines jüdischen Versorgungsempfängers.⁵⁹ Um festzustellen, ob eine Kürzung zulässig sei, stellte das Gericht zusätzlich die Frage, ob die gekürzte Pension auskömmlich sei, zynischerweise gemessen daran, was einem deutschen Juden Ende der 30er/Anfang der 40er Jahre als standesgemäß zuzubilligen sei.⁶⁰

Dem deutschen Leser von Reichsgerichtsurteilen fallen an den drei österreichischen Entscheidungen einige prozessuale Besonderheiten auf. Ent-

schieden wurde nach der österreichischen Zivilprozessordnung.⁶¹ Die Urteile tragen allein die Unterschrift des Senatspräsidenten Eugen Kolb, obwohl jeweils fünf Richter mitgewirkt haben. Tatbestand und rechtliche Würdigung sind unter „Entscheidungsgründen“ zusammengefasst. Die Parteien sind mit ihren vollen Adressen angegeben, während in deutschen Fällen nur die Anwälte eine ladungsfähige Anschrift haben. Den österreichischen Besonderheiten zum Trotz entschied der II. Zivilsenat in drei hier behandelten Fällen nur unter geringer Beteiligung österreichischer Richter, nämlich in den Fällen von 1941 mit Wolfgang Schrutka, Sohn des Wiener Prozessualisten Emil Schrutka von Rechtenstamm,⁶² im letzten Fall von 1944 mit Arthur Köllensperger. Köllensperger geriet während seiner Zeit am Reichsgericht unter politischen Druck, weil er als Strafrichter jene Offiziere zu milde bestraft habe, die den Putschversuch Ende Juli 1934 nahe Salzburg niedergeschlagen hatten.⁶³

Abschließend sei geschaut auf ein für Rechtshistoriker ganz praktisches Detail, nämlich die Überlieferung der Entscheidungen. Soweit ermittelbar, ist nur das erste Urteil in einer Zeitschrift veröffentlicht worden, im „Deutschen Recht“. Dies dürfte für die späten antisemitisch konnotierten Urteile der Veröffentlichungsquote bei deutschen Fällen entsprechen. Allerdings war hier eine Auswertung österreichischer Zeit-

⁵⁶ Vgl. LICHTBLAU, Arisierungen 18–20.

⁵⁷ Unter mehreren Fällen Reichsgericht, Urteil vom 24. 4. 1940 – II 169/39 – DR 1940, 1310–1313.

⁵⁸ Reichsgericht, Urteil vom 17. 7. 1939 – II 195/38 – RGZ 161, 301–308, 307.

⁵⁹ Reichsgericht, Urteil vom 10. 7. 1941 – II 18/41 – wohl unveröffentlicht.

⁶⁰ Hierzu besonders Reichsgericht, Urteil vom 15. 5. 1941 – II 14/41 – wohl unveröffentlicht.

⁶¹ § 3 der Verordnung zur weiteren Überleitung der Rechtspflege im Lande Österreich und in den sudetendeutschen Gebieten vom 28. 2. 1939, RGBl. I, 385, 386. Die Änderungen im österreichischen Zivilprozessrecht für die Jahre von 1938–1945 sind dokumentiert in MAYR, 100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze 278, 282, 285f., 292, 297. Zu Beratungen über die deutsch-österreichische Rechtsvereinheitlichung im Prozessrecht SCHUBERT, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozess II, 143ff.

⁶² Biographische Angaben bei SCHUBERT, Zivilprozeß und Gerichtsverfassung 105.

⁶³ Personalakte Arthur Köllensperger, Bundesarchiv Berlin, R 3001 Nr. 64010, Bl. 32, 36–38.

schriften nicht möglich. Alle Entscheidungen, vor allem auch die unveröffentlichten, sind in vollständigen Abschriften in der „Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts“ erhalten, die in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe eingesehen werden können.⁶⁴ Auf dieser Grundlage kennen wir auch die Richter und Anwälte, deren Personalakten im Bundesarchiv Berlin lagern.⁶⁵ Erstaunlicherweise war jedoch im Bundesarchiv Berlin für keinen der drei Fälle eine Prozessakte zu ermitteln. Erstaunlich ist dies deshalb, weil die Überlieferung der Prozessakten für die letzten zehn Jahre des Reichsgerichts fast lückenlos ist. Die österreichischen Fälle haben ein reguläres Aktenzeichen im Geschäftsstellenbuch des II. Zivilsenats.⁶⁶ Hier hilft freilich ein Blick in das Österreichische Staatsarchiv, das zu weiteren Recherchen anregt. Im Rahmen des FWF-Projektes „Zivilrecht in unsicheren Zeiten“ unter der Leitung von Franz-Stefan Meissel wurde ermittelt, dass zahlreiche Akten zu österreichischen Reichsgerichtsfällen beim Obersten Gerichtshof in Wien erhalten geblieben sind, die nunmehr im Österreichischen Staatsarchiv aufbewahrt werden. Von den hier vorgestellten drei Fällen ist zumindest im Fall der Damenfabrikation Armin Pollak in Wien eine Akte überliefert.⁶⁷ Reichsgerichtsrat Heinrich Frings vermerkte in seinem „Bericht für die mündliche Verhandlung“ und seinem „Aktenauszug“: „Nach welchen Grundsätzen die Akten der Vermögensverkehrsstelle Wien (3 Bde.) angelegt sind, ist

nicht ersichtlich. Die Bezifferung geht durcheinander.“⁶⁸ Offenbar hatten die Plünderer und ihre Helfer es sehr eilig gehabt.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Jan THIESSEN
Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät
Unter den Linden 6
D-10099 Berlin
jan.thiessen@rewi.hu-berlin.de

Abkürzungen:

DR	Deutsches Recht
JZ	Juristenzeitung
JW	Juristische Wochenschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SeuffArch	Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten [Seufferts Archiv]

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis: [<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

⁶⁴ Signatur Z A 12030.

⁶⁵ Bestände R 3001 und R 3002.

⁶⁶ Bundesarchiv Berlin R 3002 Prozesslisten II. Zivilsenat 1941, 1944.

⁶⁷ ÖStA, AdR, Oberster Gerichtshof, Verfahrensakten, Kart. 71, II, V 1944; dem Verfasser dieses Beitrags zugänglich gemacht im Rahmen des FWF-Projektes „Zivilrecht in unsicheren Zeiten“ unter der Leitung von Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel. Der oben unter 0. genannte Name des früheren Geschäftsinhabers wurde der in Anm. 42 nachgewiesenen Urteilsabschrift entnommen.

⁶⁸ Prozessakte (Anm. 67), maschinenschriftlicher Bericht von Reichsgerichtsrat Heinrich Frings vom 21. 9. 1944 und undatierter Aktenauszug (unpaginiert). Der Überschrift „Bericht“ ist handschriftlich hinzugefügt „für die mündliche Verhandlung“. Offenbar deshalb trägt Frings' Bericht keine Anmerkungen von Senatspräsident Eugen Kolb. Biographische Angaben zu Frings und Kolb bei KAUL, Geschichte des Reichsgerichts 268f., 307f.

Literatur:

- Götz ALY, Hitlers Volksstaat. Raub, Rassenkriege und nationaler Sozialismus (Frankfurt am Main 2005).
- Marie-Theres ARNBOM, Friedmann, Gutmann, Lieben, Mandel und Strakosch. Fünf Familienporträts aus Wien vor 1938 (Wien u.a. 2002).
- Johann BRAUN, Rechtsgeschichte in den Trümmern der Gegenwart. Zu Monika Frommel JZ 2016, 913–920, in: JuristenZeitung 72 (2017) 451–455.
- Horst DREIER, Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre. Festakt aus Anlass des 70. Geburtstags von Robert Walter (= Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts 22, Wien 2001).
- Monika FROMMEL, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, in: JuristenZeitung 71 (2016) 913–920.
- Monika FROMMEL, Schlusswort. Zu den Erwidern von Johann Braun JZ 2017, 451, Alexander Hollerbach JZ 2017, 455 und Bernd Rütters JZ 2017, 457 auf Monika Frommel, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, JZ 2016, 913–920, in: JuristenZeitung 72 (2017) 460–462.
- Hans-Peter HAFERKAMP, „Österreiches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB zwischen 1939 und 1945, in: Barbara DÖLEMAYER, Heinz MOHNHAUPT (Hgg.), 200 Jahre ABGB (1811–2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 267, Frankfurt am Main) 159–175.
- Hans-Peter HAFERKAMP, Positivismen als Ordnungsbegriffe einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, in: Okko BEHREND, Eva SCHUMANN (Hgg.), Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts (Göttingen 2010) 181–211.
- Wolfgang HEFERMEHL, Die Entjudung der deutschen Wirtschaft, in: Deutsche Justiz 100 (1938) 1981–1984.
- Susanne HEIM, Einleitung, in: Götz ALY u.a. (Hg.), Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933–1945, Bd. 2: Deutsches Reich 1938 – August 1939 (München 2009) 13–63.
- Alexander HOLLERBACH, Rechtsphilosophische Irrlehre: Monika Frommel über Erik Wolf. Zu Monika Frommel JZ 2016, 913–920, in: JuristenZeitung 72 (2017) 455–457.
- Friedrich Karl KAUL, Geschichte des Reichsgerichts, Bd. 4: 1933–1945 (Berlin 1971).
- Alf KRÜGER, Die Lösung der Judenfrage in der deutschen Wirtschaft. Kommentar zur Judengesetzgebung (Berlin 1940).
- Albert LICHTBLAU, „Arisierungen“, beschlagnahmte Vermögen, Rückstellungen und Entschädigungen in Salzburg (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich 17/2, Wien–München 2004).
- Werner MARKMANN, Paul ENTERLEIN, Die Entjudung der deutschen Wirtschaft. Arisierungsverordnungen vom 26. April und 12. November 1938 (Berlin 1938).
- Franz MATHIS, Big Business in Österreich. Österreichische Großunternehmen in Kurzdarstellungen (Wien–München 1987).
- Peter G. MAYR (Hg.), 100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze (Wien 1998).
- Cornelia SCHMITZ-BERNING, Vokabular des Nationalsozialismus (Berlin 2007).
- Gustav RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1 (1946) 105–108.
- Bernd RÜTTERS, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (Tübingen 2012).
- Bernd RÜTTERS, „Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit“. Ergänzungen zu Monika Frommel JZ 2016, 913–920, in: JuristenZeitung 72 (2017) 457–460.
- Jan SCHRÖDER, Rechtswissenschaft in Diktaturen. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR (München 2016).
- Werner SCHUBERT (Hg.), Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozess II. Ausschüsse für Freiwillige Gerichtsbarkeit (1935–1939) und für Bürgerliche Rechtspflege (1937–1942) (= Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse 21, Frankfurt am Main 2013).
- Werner SCHUBERT, Zivilprozeß und Gerichtsverfassung. Ausschüsse der Akademie für Deutsches Recht und „Ämter“ des Reichsjustizministeriums von 1934–1944 (= Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse 6, Frankfurt am Main 1997).
- Jan THIESSEN, Der Ausschluss aus der GmbH als ‚praktische Durchführung einer verbrecherischen Irrlehre‘ – eine Rechtsfortbildungsgeschichte (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2018, erscheint demnächst).
- Fabian WITTECK, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht. Affinität und Aversion (Tübingen 2008).

Benjamin BUKOR, Wien

Die Entwicklung des österreichischen Abstammungsrechts in der NS-Zeit im Lichte der Rechtsprechung des LGZ/LG Wien und des Reichsgerichts

The transformation of Austrian lineage law in the light of the jurisdiction of the Regional Civil Court in Vienna and the 'Reichsgericht'

As part of the research project "Privatrecht in unsicheren Zeiten – Österreichische Zivilrechtsjudikatur unter der NS-Herrschaft" (Private Law in Perilous Times – Austrian Civil Law Judicature under National Socialist Rule), the author was given the opportunity to write a doctoral thesis in which the development of Austrian lineage law during the period of National Socialism was thoroughly reviewed for the first time. This article presents a summary of the research and its results: Judgements of the Vienna Regional Court and the Austrian Senate of the 'Reichsgericht' are used to analyse how the judges dealt with the contradiction between statute and ideology. In addition to the legal framework, other factors that were decisive for the courts, such as the introduction of new types of evidence and the influence of National Socialist and state authorities, are also considered.

Keywords: Austria – Civil law – Law of lineage – Marriage law – National Socialism – Paternity

1. Rechtspolitische Forderungen und gesetzliche Änderungen in der NS-Zeit

a. Die Umdeutung und -wertung des Abstammungsrechts

Das Abstammungsrecht war eines jener Rechtsgebiete innerhalb des Zivilrechts, deren Regelungen in einem Spannungsverhältnis zu mehreren fundamentalen weltanschaulichen Elementen des Nationalsozialismus standen. Den NS-Juristen ging es dabei vor allem um die Harmonisierung von rechtlichen Termini aus dem Familienrecht mit den NS-Konzepten zu „Erbgesundheit“ und „Rasse“. So wurde eine stärkere Berücksichtigung der „materiellen Wahrheit“ im Bereich der rechtlichen Eltern-

schaft und eine stärkere Betonung biologischer Aspekte bei der rechtlichen Definition von Abstammung, Familie, Vater- und Mutterschaft gegenüber sozialen Anknüpfungspunkten gefordert. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die „rassische Einteilung“ der Bevölkerung in „Volkszugehörige“ und „Blutsfremde“, die sich selbst als „biologisch“ verstand,¹ in ihrer zentralen definitorischen Grundlage – den Nürnberger Gesetzen – auf der Religionszugehörigkeit der Großeltern basierte. Dennoch wurde gleichzeitig besonderer Wert darauf gelegt, durch Förderung „rassebiologischer Forschung“ dem ideo-

¹ Zu den prä- und protonationalsozialistischen Rassenkonzepten und ihren Grundlagen im akademischen Diskurs der Zeit siehe u.a. MAYER, Familie, Rasse und Genetik 162.

logischen Konzept wissenschaftliche bzw. akademische Legitimation zu verleihen.

Der sich schrittweise verschärfende Prozess der Diskriminierung bestimmter sozialer Gruppen, die sich in erster Linie auf Juden i.S.d. NS-Rassekonzepts bezog, ging mit der Einführung von Verfahren einher, die es ermöglichten, Personen den jeweiligen Gruppen rechtlich zuzuordnen.

Die Bedeutung der Gruppenzugehörigkeit beschränkte sich anfänglich auf die Arbeit im Staatsdienst, von der in Deutschland ab 1933 Personen „nicht arischer Abstammung“ ausgeschlossen wurden.² In weiterer Folge zielte die NS-Politik auf eine umfassende „rassische“ Einteilung der Staatsbevölkerung ab, die mit Diskriminierungen in allen Lebensbereichen einherging. Entsprechende Nachweise der „rassischen Einordnung“, die ab 1936 als „Abstammungsbescheide“ bezeichnet wurden, stellte die Dienststelle des Sachverständigen für Rasseforschung aus. Der Name dieser Dienststelle wurde später auf Reichsstelle für Sippenforschung bzw. 1940 auf Reichssippenamt geändert (in Folge: Reichssippenamt). In dem Verfahren vor dem Reichssippenamt wurde anhand der Dokumente die Abstammung überprüft. Nur in Zweifelsfällen wurden rassebiologische Gutachten eingeholt, die der Entscheidung eine scheinbar wissenschaftliche Legitimation geben sollten.

Da diese Gutachten verwaltungsrechtliche Entscheidungen darstellten, unterlag deren Anfechtung ex lege dem Verwaltungsverfahren.³ Entsprechend finden sich unter den im Zuge des

² § 3 Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums (RGBl. I 1933, 175); Einführung in Österreich durch RGBl. I 1938, 1225. Gemäß § 2 (1) 1. DVO des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums waren die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für „nicht arische Abstammung“ bereits mit dem Vorhandensein eines nicht arischen, insbesondere jüdischen Großelternteils erfüllt.

³ RdErl des RMI IV 501 8b 15.8 vom 26. 10. 1934, vgl. WALK, Sonderrecht für die Juden 95.

Projekts untersuchten Urteilen des Landgerichts für Zivilrechtssachen bzw. Landgerichts Wien (in Folge: LGZ/LG Wien)⁴ auch Zurückweisungen von Klagen, die inhaltlich auf eine „Feststellung der rassischen Abstammung“ abzielten und für die sich das LGZ/LG Wien daher nicht zuständig sah.⁵

In Deutschland lässt sich ab Mitte der 1930er Jahre ein wachsender indirekter Einfluss der im deutschen Zivilrecht vorgesehenen Abstammungsanfechtungen⁶ auf die „rassische Einordnung“ konstatieren. Denn in der Regel legten die zuständigen Verwaltungsbehörden ihren Abstammungsnachweisen Eintragungen in den Geburtsmatriken zugrunde und eine Anfechtung dieser Eintragungen war gesetzlich vor den Zivilgerichten vorgesehen.⁷ So gesehen bestand die Möglichkeit, über das Zivilverfahren konkrete Änderungen der Matriken zu bewirken und somit indirekt den Inhalt eines Abstammungsbescheides zu beeinflussen. Dadurch, dass von dieser Möglichkeit in der Praxis vermehrt Gebrauch gemacht wurde, erwuchs dem Abstammungsverfahren eine Bedeutung, die der ursprüngliche Gesetzgeber freilich nicht vorhergesehen hatte. Auch der nationalsozialistische Gesetzgeber reagierte auf diese Entwicklung nur zögerlich.

⁴ Ab 1. 5. 1939 wurden das Landgericht für Zivilrechtssachen, die Landgerichte für Strafsachen I und II, das Handelsgericht und der Jugendgerichtshof in Wien als Landgericht Wien bezeichnet (RGBl. I 1939, 751).

⁵ Klagen auf Feststellung der rassischen Abstammung wurden von den Zivilgerichten zurückgewiesen: LG Wien 2.12.1941, 10 Cg 375/41 (unbekannt); LG Wien 4.1.1943, 1 Cg 329/42 (unbekannt).

⁶ Zu den unterschiedlichen Rechtsverhältnissen im deutschen Abstammungsrecht und den jeweiligen Anfechtungsmöglichkeiten vgl. BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 93–105.

⁷ § 48 des Personenstandsgesetzes vom 3. 11. 1937, RGBl. I 1937, 1146; Einführung des Personenstandsgesetzes in Österreich durch RGBl. I 1938, 803.

b. Die Gesetzeslage nach dem ABGB

Nach dem ABGB gab es mehrere Anfechtungsmöglichkeiten, die sich darin unterschieden, wie das zugrundeliegende Vaterschaftsverhältnis zustande gekommen war: durch Geburt des Kindes innerhalb der Ehe, durch nachträgliche Legitimierung im Zuge einer späteren Eheschließung oder durch Anerkennung der unehelichen Vaterschaft. Von den Klagen, die vor dem LGZ/LG Wien eingebracht wurden, stellte sich in der Praxis die Anfechtung der ehelichen Vaterschaft als wichtigste heraus.⁸ Die Aktivlegitimation kam dabei in erster Linie Ehemännern zu, die sich betrogen glaubten und sich daher weigerten, Unterhaltszahlungen für das potentiell außerehelich gezeugte Kind zu leisten. Nur wenn der gesetzliche Vater vor Ablauf der Anfechtungsfrist starb oder er seit Geburt des Kindes unbekanntes Aufenthalts war, konnte eine Anfechtung von Dritten (z.B. erbberechtigten Verwandten, seit der ABGB-Teilnovelle 1914 auch vom Kind selbst) eingebracht werden. Die Passivlegitimation der Ehelichkeitsanfechtungsklage kam einem Kurator zur Verteidigung der ehelichen Abstammung zu, der im Verfahren die Interessen des Kindes wahrzunehmen hatte. Die gesetzlichen Bedingungen für eine erfolgreiche Ehelichkeitsanfechtung waren für den Kläger sehr ungünstig. Zum einen konnte der Kläger die Klage nur innerhalb von drei Monaten ab Kenntnisnahme von der Geburt einbringen – der Gesetzgeber hatte in erster Linie das Kindeswohl und nicht die Übereinstimmung der biologischen mit den rechtlichen Verhältnissen im Auge –, zum anderen lag die Beweispflicht beim Kläger und der Nachweis der Nicht-Vaterschaft war in der Praxis schwer zu erbringen.

⁸ Daneben existierte noch die Anfechtung von legitimierten Vaterschaften, die ebenfalls vor dem Landesgericht bzw. Landgericht erfolgte, sowie die Anfechtung der unehelichen Vaterschaft, die beim Bezirksgericht bzw. Amtsgericht einzubringen war.

c. Die Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen

Während im sogenannten „Altreich“ – dem Staatsgebiet des Deutschen Reiches, wie es vor dem „Anschluss“ Österreichs bestanden hatte – schon im April 1938 eine Gesetzesänderung zu einer Anpassung an die neue Rolle des Abstammungsrechts führte,⁹ wurde die Anwendung des Gesetzes auf Österreich explizit ausgeschlossen. Vorerst blieben somit die abstammungsrechtlichen Bestimmungen des ABGB in Kraft.¹⁰

Dafür ausschlaggebend waren zum einen das Bestreben, ein „gesamtdeutsches Zivilrechtsbuch“ zu erlassen,¹¹ zum anderen die Unsicherheit hinsichtlich der legislativen Kompatibilität des ergangenen Gesetzes mit dem weiterhin bestehenden ABGB. Erst 1943 erfolgten mit der Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6. Februar 1943¹² grundlegende prozessrechtliche Änderungen, die zu einer weitgehenden Angleichung dieser Rechtsmaterie an die Rechtslage im „Altreich“ führten.

Die Eingriffe in das österreichische Abstammungsrecht, die die Verordnung nach sich zog, lassen sich hinsichtlich ihrer Motive und ihrer Intensität in drei Kategorien einteilen.

Zur ersten Gruppe zählen jene Änderungen, bei denen es sich um formelle Anpassungen im Hinblick auf die Harmonisierung der Rechtsordnungen in den „Donau- und Alpengauen“ und dem „Altreich“ handelte, die weder besonders ein-

⁹ Vgl. BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 123–126.

¹⁰ Bis 1943 kam es zu einer einzigen gesetzlichen Änderung, die (auch) das Abstammungsrecht betraf. Dabei ging es um eine Hemmung von Fristen, wenn eine Partei von den besonderen Verhältnisse betroffen war, die sich aus der „gegenwärtigen politischen Lage“ ergaben. Die zeitliche Nähe des Erlasses dieser Verordnung zum Angriffskrieg gegen Polen legt den Schluss nahe, dass mit „gegenwärtiger politischer Lage“ der anstehende Krieg gemeint war.

¹¹ Zum „Volksgesetzbuch“ vgl. BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 38–44.

¹² RGBl. I 1943, 80.

schneidend waren noch einen ideologischen Hintergrund hatten. Dazu gehörte die Verlängerung des in § 138 ABGB („Vermutung der Ehelichkeit“) festgelegten Zeitraums von 300 Tagen auf 302 Tage nach Beendigung der Ehe, womit den Vorgaben des BGB entsprochen wurde. Die Verlängerung der Frist wurde auch damit begründet, dass die verlängerte Empfängniszeit der neueren medizinischen Forschung eher entspräche,¹³ wobei damit wohl versucht wurde, sachlich zu rechtfertigen, warum sich die Frist des BGB und nicht die des ABGB durchgesetzt hatte.¹⁴ Ein weiterer Punkt der Verordnung betraf die Stellung von Kindern, die in den ersten 180 Tagen der Ehe geboren wurden. Während für solche Kinder nach dem ABGB die Unehelichkeitsvermutung galt oder zumindest eine vereinfachte Form der Ehelichkeitsanfechtung durch den Vater möglich war,¹⁵ wurden diese nunmehr ohne jede Einschränkungen als ehelich angesehen. Geregelt wurden nunmehr auch jene Fälle (die bislang im ABGB keine Berücksichtigung gefunden hatten), in denen Kinder zwischen zwei Ehen geboren wurden, die so knapp hintereinander lagen, dass sich die Ehelichkeitsfrist der ersten Ehe mit jener der zweiten Ehe überschneidet. Hier galt das Kind fortan prinzipiell als eheliches Kind des zweiten Ehemannes.

Die zweite Gruppe von Änderungen betraf die Neugestaltung der §§ 156–159b ABGB, die die Bedingungen modifizierte, unter denen ein bestehendes Vaterschaftsverhältnis angefochten werden konnte. Hier lässt sich ein gewisser ideologischer Einfluss des Nationalsozialismus erkennen, wobei nicht unbedingt „rassepolitische Gründe“ im Vordergrund standen. Es ging vielmehr darum, der „blutmäßigen Wahrheit“ eine Vorrangstellung gegenüber den Kindesinteressen und dem Interesse an Ehelichkeit und Familie einzuräumen. Die

¹³ SWOBODA, Familienrechtsverordnung 49.

¹⁴ Zum „Gesetzespatriotismus“ selbst unter eingefleischten „österreichischen“ Nationalsozialisten vgl. BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 31–35.

¹⁵ Dazu näher BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 71.

Anfechtungsfrist wurde auf ein Jahr verlängert und begann erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem der Ehemann Kenntnis von Umständen erlangte, die gegen die Ehelichkeit des Kindes sprachen. War der Ehemann innerhalb der letzten sechs Monate der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis an der Bestreitung gehindert, wurde zudem der Lauf der Frist gehemmt, bis der Hinderungsgrund wegfiel.

Der Großteil der Änderungen lässt sich unter die dritte Gruppe subsumieren, die durch fundamentale Eingriffe in die Grundprinzipien des österreichischen Zivilverfahrens geprägt ist, mit dem primären Zweck, Interessen des NS-Staates im Zivilverfahren geltend zu machen. Dazu gehörte die Einführung des Staatsanwalts als aktivlegitimierte Partei in Abstammungsverfahren unter der Voraussetzung, dass der gesetzlich vermutete Vater die Frist versäumt hatte oder gestorben bzw. unbekanntes Aufenthalts war. Dieser vertrat im Verfahren die Interessen des Kindes bzw. der Nachkommenschaft, primär aber das öffentliche Interesse an der „materiellen Wahrheit“, wobei sich dieses im Grunde auf Fälle, in denen die „rassische Zuordnung“ auf dem Spiel stand, beschränkte. Selbst wenn der Staatsanwalt nicht als Kläger auftrat, wurden ihm Parteienrechte zuerkannt, sodass er selbständige Anträge und Rechtsmittel einbringen konnte.

Ein weiterer Punkt betraf das Prinzip der Parteihöheit im Zivilverfahren, das in Abstammungsverfahren vor den Landgerichten aufgegeben wurde. Das zeigt sich zum einen darin, dass den Gerichten die Möglichkeit eingeräumt wurde, Tatsachen zu berücksichtigen, die nicht von den Parteien vorgebracht wurden (Prinzip der Amtswegigkeit), und dass in Abstammungsverfahren weder Versäumungs-, noch Verzichts- und Anerkenntnisurteile ergehen durften.¹⁶

Auch das Beweismittelrecht erfuhr eine Regelung, die der scheinbaren „Verwissenschaftlichung“ und

¹⁶ Vgl. SWOBODA, Familienrechtsverordnung 51.

wiederum der Förderung der „biologischen Wahrheit“ dienen sollte. Während es nach österreichischem Verfahrensrecht nicht möglich war, Zwangsmittel gegen eine Partei oder einen Zeugen zu verhängen, wenn sich dieser weigerte, sich einer körperlichen Untersuchung zu unterziehen,¹⁷ wurde diese Möglichkeit auch für den Fall der Weigerung, sich erb- und rassekundlichen Untersuchungen zu unterziehen, explizit eingeführt.

2. Der abstammungsrechtliche Judikaturbestand

Der vorliegenden Untersuchung sind zwei verschiedene Bestände zugrunde gelegt, nämlich die Akten des LGZ/LG Wien im WStLA sowie die Urteile des Reichsgerichts aus der Entscheidungssammlung im Archiv des BGH in Karlsruhe. Im Folgenden werden beide Bestände näher beschrieben.

Im Rahmen des Projekts wurde zunächst der im WStLA lagernde Bestand der abstammungsrechtlichen Klagen des LGZ/LG Wien, der 2.350 Akten umfasst, ausgewertet. Das LGZ/LG Wien war nur für Ehelichkeitsanfechtungen, Anfechtungen legitimer Vaterschaften sowie ab 1939/40 auch für „Klagen zur Feststellung der blutmäßigen Abstammung“ zuständig. Beim LGZ/LG Wien wurden gelegentlich auch Anfechtungen von unehelichen Vaterschaften eingebracht, wobei diese in der Regel zurückgewiesen wurden, da gemäß § 49 ZPO die Bezirksgerichte bzw. später die Amtsgerichte dafür zuständig waren.

Die zeitliche Einordnung von Akten lässt sich in der Regel schon an der Geschäftszahl erkennen, da die Zahl hinter dem Schrägstrich auf das Jahr der Klagseinbringung hinweist. Im untersuchten Bestand finden sich jedoch auch Akten, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten zwischen 1938 und 1945 eingebracht wurden. Ursprünglich waren diese

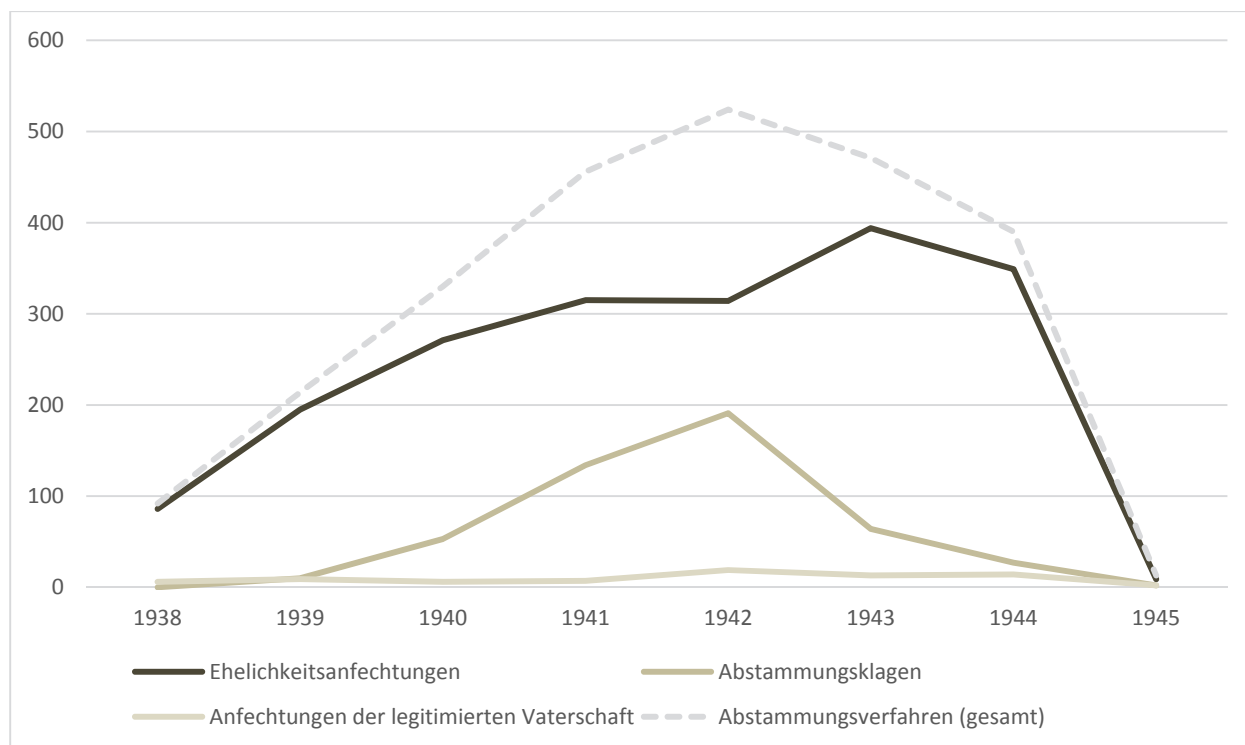
Akten nach dem Datum ihres Einlangens unter der fortlaufenden Geschäftszahl erfasst worden, 1945 erhielten dieselben Akten aber eine neue Geschäftszahl und wurden der Gerichtsabteilung 36 zugeordnet. Der Grund für diese Vorgehensweise konnte nicht eruiert werden. Im Rahmen der statistischen Auswertung wurden diese Verfahren nicht dem Jahr 1945 zugerechnet, sondern dem Jahr der tatsächlichen Einbringung.

Zur Aufarbeitung der Rechtsprechungspraxis wurde in dieser Arbeit zwischen „unauffälligen“ und „auffälligen“ Akten differenziert. Das Kriterium der Auffälligkeit war zum einen dann erfüllt, wenn aus dem Gerichtsakt hervorging, dass es sich bei der betroffenen Partei bzw. einer der betroffenen Parteien um eine Person „nicht arischer Abstammung“ handelte. Zum anderen wurde ein Akt als auffällig bewertet, wenn von Seiten einer Partei oder des Gerichts für eine Neuinterpretation des Gesetzes bzw. teilweise sogar für eine Entscheidung gegen den Wortlaut des Gesetzes argumentiert wurde. Unauffällige Urteile wurden in erster Linie statistisch ausgewertet, auffällige Urteile wurden darüber hinaus einer qualitativen Analyse unterzogen.

Aus den Akten des Jahres 1938 lassen sich insgesamt 92 Abstammungsverfahren nachweisen, wobei es sich fast ausschließlich um Ehelichkeitsanfechtungen handelt. Von diesen sind sechs als auffällig im Sinne der obigen Definition zu beschreiben. Im Jahr 1939 stieg die Anzahl der Abstammungsverfahren auf 214, wobei weiterhin die überwiegende Mehrheit der Verfahren, nämlich 195 an der Zahl, Ehelichkeitsanfechtung waren. Von diesen sind wiederum sieben als „auffällig“ einzustufen.

Der Anstieg zwischen 1938 und 1939 setzte sich in dieser Weise fort und erreichte 1942 mit 542 Anfechtungen seinen Höhepunkt. 1943 lässt sich ein leichter Rückgang auf 471 Klagseinbringungen feststellen, wobei erst 1945 ein markanter Einbruch eintrat.

¹⁷ OGH 2 Ob 325/38 EvBl. 1938/81; vgl. auch RG 17.5.1939, VIII 19/1939.



Grafik 1: Die Abstammungsverfahren vor dem LGZ/LG Wien

Darüber hinaus wurden die 99 abstammungsrechtlichen Urteile des „österreichischen Senats“ aus der Entscheidungssammlung im Archiv des BGH Karlsruhe untersucht.¹⁸

3. Ergebnisse

a. Die Entwicklung des rechtlichen Kontextes

Bei der Untersuchung der Rechtsprechung haben sich drei Phasen herauskristallisiert, die aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen jeweils durch unterschiedliche Fragestellungen in Bezug auf die Rechtsprechung geprägt sind:

¹⁸ Die in diesem Beitrag zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts sind durchwegs der „Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts u. Beschlüsse“ im Archiv des BGH Karlsruhe entnommen.

Reaktionen auf den „Anschluss“ (1938/39)

Die Beibehaltung der Regeln des ABGB schuf im Lichte der geänderten Bedeutung des Abstammungsrechts Fragestellungen, die schon bald nach dem „Anschluss“ auch vor dem LGZ/LG Wien landeten. Eine der zentralen Fragestellungen, die die Verfahren der Jahre 1938 und 1939 prägte, war, wie mit der Frist der §§ 158, 159 ABGB umzugehen sei. Klarheit wurde hier erst mit dem Urteil des „österreichischen Senats“ des Reichsgerichts vom 8. Juni 1939 geschaffen, das einer wortgetreuen Interpretation des ABGB folgte, wonach das Recht auf Anfechtung der Ehelichkeit nach Ablauf der dreimonatigen Frist ab Kenntnis von der Geburt des Kindes erlosch.

Die Einführung der Abstammungsklage und die Konsolidierung der Rechtsprechung (1940–43)

Mit der Entscheidung des Reichsgerichts, die Fristen des ABGB beizubehalten, wurde in einem nächsten Schritt die Möglichkeit geprüft,

die vom Reichsgericht für den Geltungsbereich des BGB entwickelte Klage zur „Anfechtung der blutmäßigen Abstammung“ auch in der „Ostmark“ einzuführen. Anfänglich lehnten die Richter des LGZ/LG Wien die Anwendung der Abstammungsklage durchwegs mit der Begründung ab, dass die „blutmäßige Abstammung“ kein feststellbares Rechtsverhältnis sei. Erst mit der Anerkennung der Klage im Geltungsbereich des ABGB durch das Reichsgericht im Urteil vom 6. November 1939 änderte sich auch die unterinstanzliche Rechtsprechung. Die Abstammungsklage ermöglichte in Fällen, in denen die gesetzlichen Fristen abgelaufen waren, eine Anfechtung der Ehelichkeit. Einbringen konnte eine solche Klage das Kind bzw. sein gesetzlicher Vertreter, aber auch der gesetzliche Vater und die Nachkommen des „Kindes“, sofern sie ein eigenes rechtliches Interesse nachweisen konnten. In analoger Anwendung der Ehelichkeitsanfechtung des ABGB war die Klage gegen den Kurator zur Verteidigung der ehelichen Geburt einzubringen.

Anpassung an die FamRechtsVO 1943 (1943–45)

Die Rolle der Abstammungsklage erfuhr eine drastische Änderung durch die Einführung der Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6. Februar 1943. Indem nach Ablauf der Frist nunmehr der Staatsanwalt die Ehelichkeit ohne zeitliche Befristung anfechten konnte, wurde der mögliche Anwendungsbereich der Abstammungsklage auf uneheliche Vaterschaften beschränkt. Auf diese Möglichkeit wurde sogar explizit in § 6 der Verordnung Bezug genommen. Abstammungsklagen ehelicher Kinder waren mit Einführung der Verordnung nicht mehr möglich und wurden von den Gerichten durchwegs mangels Klagsberechtigung abgewiesen.

b. Statistische Auffälligkeiten zu einzelnen Richtern und die NS-Personalpolitik¹⁹

Im Rahmen der statistischen Analyse der Akten des LGZ/LG Wien konnte ein indirekter Zusammenhang zwischen der richterlichen Entscheidungspraxis hinsichtlich ideologisch bedeutsamer Abstammungsklagen und der späteren geschäftsmäßigen Fallzuordnung an die einzelnen Richter nachgewiesen werden. Jenen Richtern, die bei ideologisch relevanten Abstammungsklagen zu ablehnenden Entscheidungen tendierten, wurden solche ideologisch heiklen Fälle verstärkt zugewiesen. Somit wurden insbesondere Verfahren, in denen die Anfechtung der „jüdischen Abstammung“ zur Disposition stand, über Personalmaßnahmen beeinflusst. Durch einen Vergleich der vorliegenden Entscheidungen konnte eruiert werden, welche Richter wie oft für Entscheidungen herangezogen wurden und wie sich diese Zuteilung über die Jahre veränderte:

In den Jahren 1938 bis 1940 lassen sich keine Auffälligkeiten in Bezug auf die richterlichen Verfahrenszuteilung bei jenen Fällen feststellen, bei denen es um die Anfechtung der „jüdischen“ Abstammung eines Klägers ging. Im Jahre 1938 wurden insgesamt zwölf Entscheidungen zehn verschiedenen Richtern zugeteilt,²⁰ im Jahr 1939 21 Entscheidungen 14 Richtern²¹ und 1940 72 Entscheidungen 21 Richtern,²² wobei keinem Richter

¹⁹ Die letzten Absätze in diesem Abschnitt entsprechen BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 223.

²⁰ Bei den Richtern handelt es sich um: Brachmann, Fischerleitner, Haindl, Hofmann, Jahoda, Müller, Pann, Paschinger, Straniak, Zothe.

²¹ Dabei handelt es sich um: Ambros, Frisch, Gabler, Gassner, Haindl, Hiltcher, Hofmann, Holler, Hollmann, Hotzy, Jahoda, Jedliczka, Karbeutz, Michlmayr, Midlarz, Mühlvenzl, Neubauer, Schuster, Schwarzingler, Weisswasser, Wintersperger.

²² Dabei handelt es sich um: Bernard, Fellner, Frisch, Fryda, Gabler, Gassner, Hiltcher, Holler, Hotzy, Jahoda, Jedliczka, Kuch, Lahr, Midlarz, Mitterlechner,

mehr als vier Klagen zukamen. Aufgrund dessen kann angenommen werden, dass die Zuteilung der einzelnen Fälle an die Geschäftsabteilungen bzw. die einzelnen Richter nach einem klassischen Muster, z.B. alphabetisch nach dem Namen des Klägers oder Beklagten, erfolgte.

Die Streuung ab 1941 lässt jedoch darauf schließen, dass das System ab diesem Zeitpunkt – zumindest hinsichtlich „ideologischer Fälle“ – abgeändert wurde. Von den 72 Urteilen aus 1941 wurden 23 von LGR Wintersperger²³ und 23 von LGR Hiltcher²⁴ entschieden; bei beiden handelt es sich um politisch verlässliche NS-Richter.²⁵ Die übrigen Urteile wurden auf 15 andere Richter verteilt.²⁶

Sarauer, Schrom, Seibt, Stahl, Stark, Straniak, Weisswasser, Wintersperger, Zothe.

²³ Anton Wintersperger, geboren am 9.5.1881, war schon 1932 der NSDAP beigetreten. Im März 1938 wurde er ans LGZ Wien berufen, wobei er aufgrund seiner langjährigen NSDAP-Mitgliedschaft als „politisch einwandfrei“ eingestuft wurde. Im März 1942 wurde er „zur Erfüllung kriegswichtiger behördlicher Aufgaben vom Wehrdienst freigestellt“ und im Juni 1942 wurde ihm das Treudienst-Ehrenzeichen 2. Stufe verliehen (ÖStA/AdR, RJM, Wintersperger, I p 18 W 1696).

²⁴ Hermann Hiltcher, geboren am 3.7.1903, war seit 5.12.1925 Mitglied der NSDAP. 1938 wurde er Richter am Kreisgericht Korneuburg und ab 1.10.1939 zum Landgerichtsdirektor in Wien. Im April 1943 wurde er zur Wehrmacht eingezogen. Nach Kriegsende wurde er vorerst aus dem Justizdienst entlassen, 1951 jedoch wieder rehabilitiert, so dass er seine Tätigkeit als Richter wieder aufnehmen konnte. 1966 war er am Aufbau der Bundesentschädigungskommission und der Bundesverteilungskommission beteiligt. 1969 wurde ihm das Große Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich verliehen (ÖStA/AdR, BMJ, Hiltcher, 5705/68).

²⁵ Die Entscheidungen der beiden fanden für diverse Cg-Abteilungen statt. So findet sich Wintersperger als Richter von 1Cg, 2Cg, 6Cg, 7Cg, 8Cg, 9Cg, 11Cg, 12Cg, 14Cg, 15Cg und 28Cg, Hiltcher wiederum als Richter von 21Cg, 22Cg, 23Cg, 24Cg, 25Cg, 26Cg, 28Cg, 29Cg.

²⁶ Dabei handelt es sich um: Ambros, Gabler, Gassner, Haindl, Hollmann, Khol, Krieger, Lahr, Michelmayr, Mitterlechner, Neubauer, Seibt, Schiroky, Stahl, Weisswasser.

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die Richter Wintersperger und Hiltcher sich durch einen besonders hohen Prozentsatz an ablehnenden Entscheidungen (circa 85 %) in solchen „ideologischen Fällen“ von den übrigen Richtern (durchschnittlich 25 %) unterschieden.²⁷ Darüber hinaus findet man gerade bei diesen beiden Richtern ideologische Argumentationen in den Entscheidungsbegründungen.

Diese Tendenz setzte sich in den folgenden Jahren fort, wobei in weiterer Folge die ideologischen Urteile nunmehr mehrheitlich von einem Richter, nämlich LGR Wintersperger, gefällt wurden. Im Jahr 1942 sind 52 von 87 Entscheidungen zur Anfechtung der „jüdischen“ Abstammung auf LGR Wintersperger zurückzuführen,²⁸ 1943 entschied derselbe 22 von 33 Fällen.²⁹ 1944 und 1945 gab es insgesamt nur mehr drei Urteile,³⁰ wobei Wintersperger für zwei Entscheidungen und Hiltcher für eine verantwortlich zeichnen. Bemerkenswert ist zudem, dass sich der Anteil der ablehnenden Entscheidungen ab 1942 bei allen Richtern bei ungefähr 50 % einpendelte.³¹

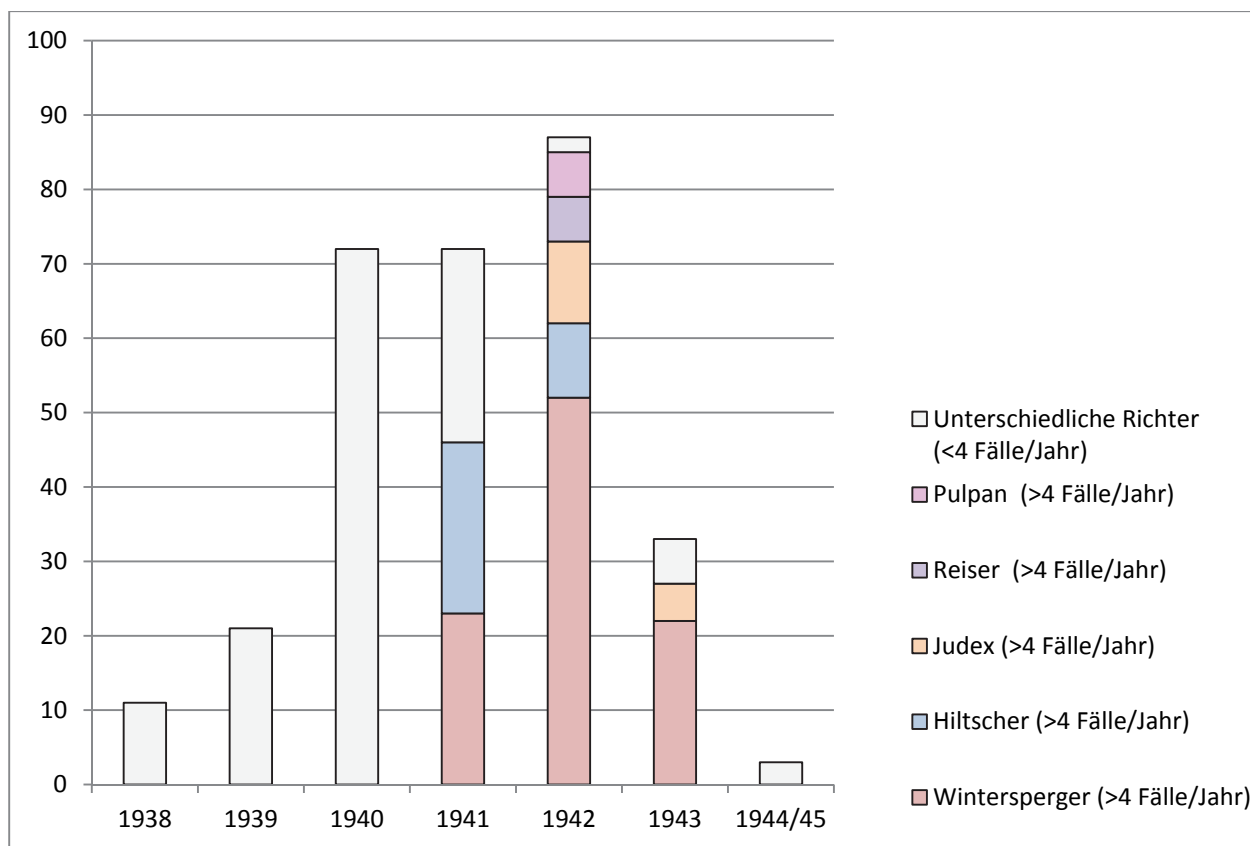
²⁷ Unter den 46 Entscheidungen von Wintersperger und Hiltcher finden sich nur 7 stattgebende Entscheidungen, die allesamt von Wintersperger gefällt wurden. Von 26 Entscheidungen der übrigen Richter wurden 19 zugunsten der klagenden Partei entschieden.

²⁸ Die übrigen 35 entschieden Judex (x11), Hiltcher (x10), Reiser (x6), Pulpan (x6), Schreyer, Weisswasser.

²⁹ Die übrigen wurden von Judex (x5), Pulpan (x4) und jeweils ein Verfahren von Hiltcher und Mühlvenzl entschieden.

³⁰ 1944 wurden die meisten Verfahren entweder aus formellen Gründen zurückgewiesen oder von der klagenden Partei zurückgezogen. Teilweise lässt sich das Verfahrensende aus dem Akt nicht erkennen.

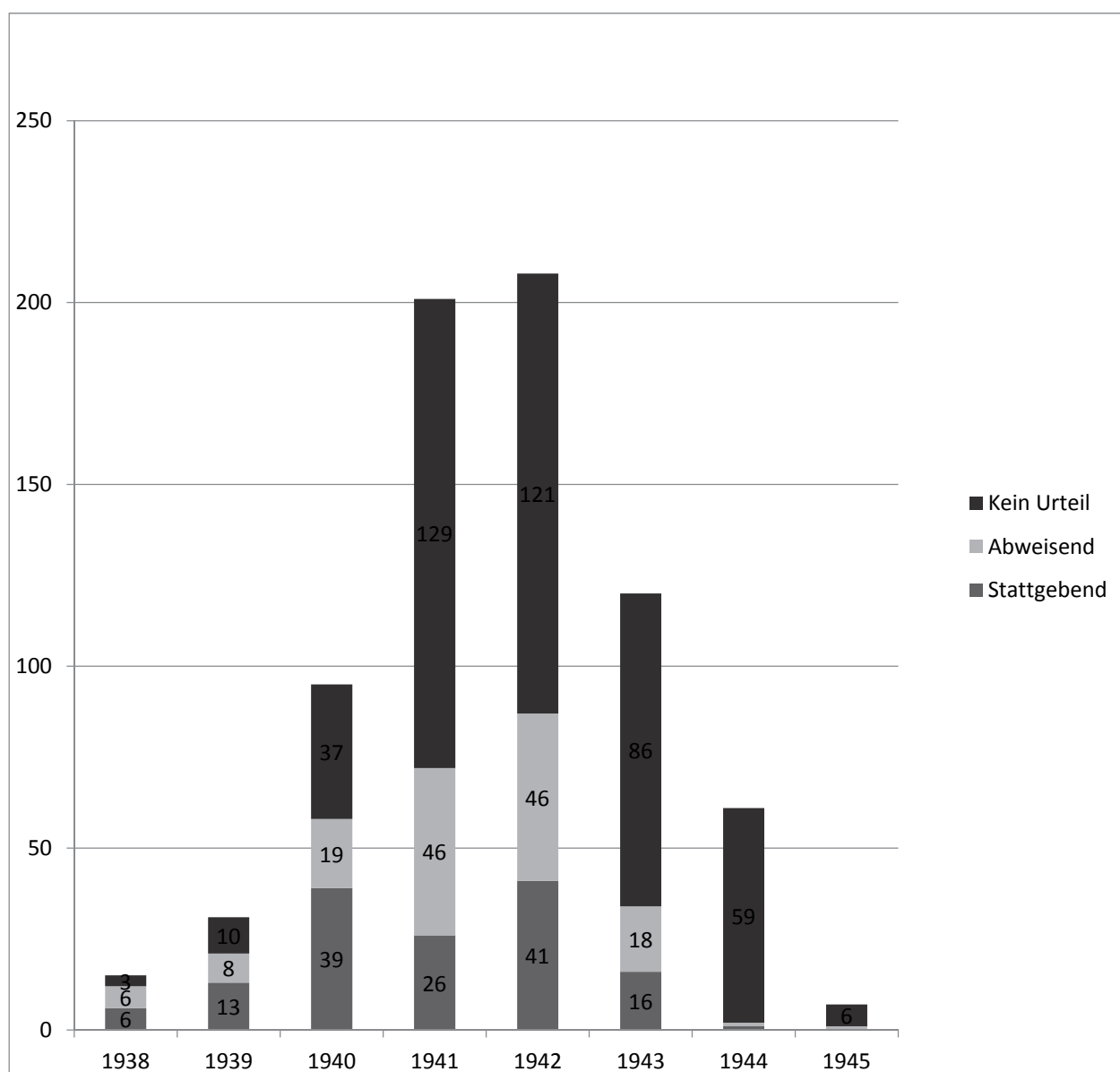
³¹ Von den 52 Entscheidungen von Wintersperger wurde in 28 Fällen zugunsten der klagenden Partei entschieden. Unter den 33 Verfahren der übrigen Richter gab es nur 15 stattgebende Urteile.



Grafik 2: Richterliche Zuteilung in Verfahren zur „jüdischen Abstammung“

Die Fälle von Wintersperger und Hiltscher lassen den Schluss zu, dass Nationalsozialisten der ersten Stunde gerade in jenen Bereichen zum Einsatz kamen, die für die Durchsetzung der NS-Ideologie bedeutsam waren. Abschließende Aussagen über die Personalpolitik und die Mo-

tive hinter der richterlichen Zuteilung am LGZ/LG Wien lassen sich auf Grundlage dieser Zahlen nicht treffen, da es dafür wohl einer genaueren Aufarbeitung der Biographien aller involvierten Richter bedürfte.



Grafik 3: Die Verfahren zur Anfechtung der „jüd. Abstammung“ 1938–1945

Es lässt sich jedoch zweifelsfrei feststellen, dass jene Richter, die 1940 durch besonders restriktive Urteile und ideologische Argumentationen gegenüber Klägern „jüdischer Abstammung“ aufgefallen sind, im darauf folgenden Jahr für einen Großteil solcher Fälle zuständig wurden. Dafür spricht auch eine handschriftliche Anmerkung, die in einem Gerichtsakt aus dem Jahr 1944 gefunden wurde, in der es heißt: „wird dem LGDir Wintersperger abgetreten, da der

gesetzliche Vater auf den Klagsausfertigungen Jude ist.“³² Dadurch zeichnet sich das Bild ab, dass vor allem ab 1941 jene Zivilrichter zum Zug kamen, die ihre Rolle als Wahrer „öffentlicher“ (im Sinne von nationalsozialistischer) Interessen mit Eifer und Elan erfüllten.³³

³² W., Friedrich Marie, Klage (29. 4. 1944) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1443/6/43, 6 Cg 110/44.

³³ Vgl. NEUGEBAUER, Richter in der NS-Zeit 58f.

c. Der Einfluss von Parteistellen und Behörden auf das Abstammungsverfahren

Aus den Gerichtsakten konnten zudem neue Erkenntnisse über die Veränderungen der Umstände gewonnen werden, unter denen Richter am LGZ/LG Wien Entscheidungen trafen. Dabei waren jene Faktoren von Interesse, die die Entscheidung der Richter beeinflussten, insbesondere die Fragestellungen, ob und in welcher Form staatliche Behörden und Parteistellen mit Forderungen an die Gerichte herantraten und inwieweit solche Interventionen Auswirkungen hatten. Aus den Gerichtsakten ließen sich diesbezüglich schriftliche Stellungnahmen diverser Behörden nachweisen. In den meisten Fällen basierte die Miteinbeziehung dieser Behörden auf einer gesetzlichen oder zumindest behördeninternen Anordnung.

Die Reichsstelle für Sippenforschung und das Gauamt für Sippenforschung³⁴

Durch die AV zur Beteiligung der Reichsstelle für Sippenforschung bei erb- und rassekundlichen Untersuchungen vom 10. Februar 1939³⁵ wurden die Gerichte dazu angehalten, in Fällen, in denen die „rassische Einordnung“ der betroffenen Person indirekt zur Frage stand, die Reichsstelle für Sippenforschung (Reichssippenamt) beizuziehen und die Vermittlung der erforderlichen Untersuchungen von dieser durchführen zu lassen. In Fällen, in denen der Kläger schon einen Abstammungsbescheid beantragt hatte, wurden dieser und die dazugehörigen Unterlagen an das Gericht übersandt. Grundsätzlich wurde das Reichssippenamt somit für die Übermittlung von Beweismitteln herangezogen. In den Gerichtsakten des LGZ/LG Wien ist

jedoch auch ein Fall erhalten, in dem es eine darüber hinausgehende Stellungnahme abgab:

In dem betreffenden Verfahren hatte der Kläger parallel zur zivilrechtlichen Abstammungsklage eine verwaltungsrechtliche „rassische Einordnung“ beantragt. In der Regel wartete das Reichssippenamt in einer solchen Situation die Entscheidung des Zivilgerichts ab, in diesem Fall wusste man dort jedoch nichts von der zivilrechtlichen Klage. Da es sich bei dem Kläger um einen Rechtsanwalt handelte, dessen Publikationen in nationalen Kreisen geschätzt wurden, war man anscheinend darauf bedacht, eine besonders „sorgfältige“ Prüfung durchzuführen. So intervenierte der Direktor des Reichssippenamtes insofern, als er das Gericht bat, sich in der Beweisaufnahme auf den positiven Abstammungsbescheid des Reichssippenamtes zu stützen und der Klage stattzugeben.³⁶ Das Verfahren wurde jedoch nicht durch eine gerichtliche Entscheidung beendet. Der Kläger zog die Klage am 7. März 1943 aufgrund „gesundheitlicher Behinderung und kriegsbedingter Verhältnisse“ unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung zurück.³⁷

Die Zentralstelle für jüdische Auswanderung³⁸

Ab 1941 lässt sich auch die Miteinbeziehung der Zentralstelle für jüdische Auswanderung nachweisen, die durch das Polizeipräsidium über Verfahren informiert wurde, in denen eine „jüdische Abstammung“ angefochten wurde.³⁹ Bis zu ihrer Schließung im März 1943 gab die Zent-

³⁶ Reichssippenamt (8. 4. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 203/6/41, 6 Cg 268/41.

³⁷ L., Victor, Klagsrückziehung (7. 3. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 203/6/41, 6 Cg 268/41.

³⁸ Dieser Abschnitt entspricht BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 213–216.

³⁹ Der Hinweis, dass die ZStfJA vom Polizeipräsidium eingebunden wurde, findet sich teilweise in den Mitteilungen der ZStfJA. (ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (11. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1284/30/39, 30 Cg 371/39; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (3. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 531/14/41, 14 Cg 346/41.

³⁴ Dieser Abschnitt entspricht BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 212–213.

³⁵ AV vom 10. 2. 1939, DJ 1939, 350.

ralstelle mindestens 82 Stellungnahmen ab. In mehreren Fällen wurde dadurch mit Nachdruck gegen ein dem Klagebegehren stattgebendes Urteil Stellung bezogen, um ein „Einschleichen jüdischen Blutes in den deutschen Volkskörper“ zu verhindern.⁴⁰ Zu diesem Zweck wurde die Glaubwürdigkeit des Klagebegehrens bestritten,⁴¹ zum Teil unter Heranziehung rein speku-

lativer Argumente, wie bspw. dass sich die klagende Partei durch ihre Flucht „zum Judentum bekannt“ hätte oder dass der unbekanntes Aufenthalt der Person beweise, dass sie „Jüdin“ sei.⁴²

Auch laienhafte Vorstellungen jüdischer Kultur und religiöser Normen wurden von der Zentralstelle für jüdische Auswanderung herangezogen, um das klägerische Vorbringen zu diskreditieren.

Die 1871 geborene Klägerin, die urkundlich das Kind eines „jüdischen“ Ehepaares war, versuchte ihre Abstammung mit dem Hinweis auf ein außereheliches Verhältnis der Mutter mit einem „Arier“ zu begründen. Die Zentralstelle verwarf diese Möglichkeit mit dem Argument der an-

⁴⁰ Z.B.: ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (8. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 161/5/41, 5 Cg 281/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (11. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1284/30/39, 30 Cg 371/39; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (3. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 531/14/41, 14 Cg 346/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (31. 10. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 531/14/41, 14 Cg 351/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (29. 7. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1006/23/41, 23 Cg 316/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (7. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1190/28/41, 28 Cg 231/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (30. 7. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 21/1/42, 1 Cg 28/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (3. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 120/4/42, 4 Cg 40/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (1. 3. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 122/4/42, 4 Cg 101/42.

⁴¹ ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (8. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 161/5/41, 5 Cg 281/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (11. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1284/30/39, 30 Cg 371/39; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (3. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 531/14/41, 14 Cg 346/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (30. 7. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 21/1/42, 1 Cg 28/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (5. 3. 1943b) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 255d/7/43, 7 Cg 178/43; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (23. 3. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1259/29/43, 29 Cg 27/43; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (26. 2. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 417/11/41, 11 Cg 13/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (4. 7. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 913/21/41, 21 Cg 215/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (25. 1. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1096/25/41, 25 Cg 235/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (3. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1188/28/41, 28 Cg 147/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (13. 2. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 252/7/42, 7 Cg 160/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (16. 2. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 531/14/41, 14 Cg 2/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (8. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 958/22/42, 22 Cg 96/42; ZStfJA,

Mitteilung an LG Wien (16. 1. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 962/22/42, 22 Cg 238/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (9. 3. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1008/23/42, 23 Cg 58/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (17. 9. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1138/26/42, 26 Cg 181/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (15. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1196/28/42, 28 Cg 120/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (14. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1254/29/42, 29 Cg 133/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (5. 3. 1943a) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 255d/7/43, 7 Cg 178/43.

⁴² ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (11. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1284/30/39, 30 Cg 371/39; ähnliche Argumentation bei ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (23. 2. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 375/10/41, 10 Cg 333/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (1. 3. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 122/4/42, 4 Cg 101/42, ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (31. 10. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 531/14/41, 14 Cg 351/41; in einem anderen Fall war der Kläger deportiert worden. Der Leiter der Zentralstelle, Alois Brunner, behauptete jedoch in der Stellungnahme, dass der Kläger vor seiner Deportation über seinen Abstammungsprozess befragt worden wäre und dabei „höhnisch“ mitgeteilt hätte, „er wäre wohl kein Patentanwalt gewesen, wenn er nicht versuchen würde mittels eines Prozesses Mischling zu werden.“ Daraus wurde geschlossen, dass der Kläger seine Abstammung von einem „Arier“ nur erfunden hätte (ZStfJA, Mitteilung an LG Wien [7. 8. 1942] WStLA 2.3.5.A24, Kart. 531/14/41, 14 Cg 1/42).

geblichen Abgeschlossenheit jüdischen Lebens in Böhmen und Mähren um 1870 und bezeichnete den Inhalt des Vorbringens als „roman- und märchenhaft“.⁴³ In der Sichtweise der Zentralstelle wäre nicht einmal „ein Prozent von den jetzt vorhandenen Seitensprüngen anzunehmen“, da die jüdische Religion einer Jüdin den Seitensprung verbiete. Diese Behauptung versuchte die Zentralstelle mit einer angeblich von „jüdischen Wissenschaftlern“ getätigten Aussage zu untermauern, wonach „nicht 1 % der jetzt auftauchenden Seitensprünge Tatsachen sind“. Denn wenn „[e]in Volljude“ wüsste, dass seine Frau „ein Kind von einem Arier“ geboren hätte, würde er „niemals die Ehe weiter aufrecht erhalten und das Kind eines Christen betreuen und pflegen“.⁴⁴

Solche Bezugnahmen auf religiöse Regeln des Judentums finden sich auch in anderen Verfahren. So stritt die Zentralstelle bspw. die Glaubwürdigkeit eines Ehebruchs der Mutter mit dem Argument ab, dass „der Jude seine Ehefrau dem Talmud entsprechend, weil sie sich mit einem Goi eingelassen hat“, mit Sicherheit verlassen hätte.⁴⁵

Von Seiten der Zentralstelle blieb es nicht nur bei solchen Versuchen, auf die richterlichen Entscheidungen in einem laufenden Verfahren

gezielt Einfluss zu nehmen. Darüber hinaus ergingen von ihr auch mehrmals Aufforderungen an das Gericht, im Fall des Erscheinens der klagenden Partei sofort Meldung zu erstatten. Als diesbezügliche Begründung wurde angeführt dass die betreffende Partei versuche, sich der „Evakuierung“ zu entziehen.⁴⁶ Über das Verhalten der Richter hinsichtlich solcher Anordnungen geben die vorliegenden Akten keine Auskunft.

Auch wenn sich direkte Auswirkungen von Stellungnahmen der Zentralstelle auf die Rechtsprechung des LGZ/LG Wien schwerlich nachweisen lassen, ist doch augenscheinlich, dass von jenen Verfahren, in denen sich die Zentralstelle gegen ein positives Urteil aussprach, nur ein einziges mit einem stattgebenden Urteil endete.⁴⁷ In diesem Fall wurde das Klagebegehren zwar zuerst abgewiesen, die Entscheidung jedoch vom RG aufgehoben und zurückverwiesen. Erst nach der Zurückverweisung gab das LG Wien der Klägerin Recht, obwohl sich die ZStfjA inzwischen gegen eine positive Entscheidung ausgesprochen hatte.⁴⁸ Andererseits kam es auch nur in insgesamt vier Verfahren zu einer Abweisung der Klage. In den anderen Fällen wurde ein dem Klagebegehren entsprechendes Urteil jedoch verhindert, weil die klagende Par-

⁴³ Mit einer fast gleichlautenden Formulierung („roman- und märchenhaft“) stritt die Zentralstelle auch eine andere Klage ab. Hier brachte sie vor, dass um 1860 das jüdische Leben in Ungarn derart abgeschlossen gewesen wäre, dass nicht angenommen werden könne, dass ein ungarischer Magnat ein ehebrecherisches Verhältnis mit einer „volljüdischen“ Frau unterhalten hätte (ZStfjA, Mitteilung an LG Wien [29. 7. 1942] WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1135/26/42, 26 Cg 79/42).

⁴⁴ ZStfjA, Mitteilung an LG Wien (30. 7. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1247/29/41, 29 Cg 271/41; ähnliche Argumentation auch bei ZStfjA, Mitteilung an LG Wien (17. 9. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1138/26/42, 26 Cg 181/42.

⁴⁵ ZStfjA, Mitteilung an LG Wien (29. 7. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1135/26/42, 26 Cg 79/42.

⁴⁶ Z.B. ZStfjA, Mitteilung an LG Wien (19. 2. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1187/28/41, 28 Cg 113/41.

⁴⁷ In einem weiteren Verfahren, in dem das erstinstanzliche Urteil das Klagebegehren abgewiesen hatte, entschied das OLG Wien trotz widersprechender Aufforderung der ZStfjA zugunsten der Klägerin (OLG Wien 1. 10. 1942, 2 R 224/42).

⁴⁸ LG Wien 15. 1. 1944, 2 Cg 15/42 (Wintersperger): Die ZStfjA betonte, dass es sich bei der in die Schweiz geflohenen Klägerin um eine Verwandte des Juden Heinrich Heine handle und dem „Versuch, sich in den deutschen Volkskörper hineinzuschwindeln“ umso mehr entgegen getreten werden müsse (ZStfjA, Mitteilung an LG Wien [21. 9. 1942] WStLA 2.3.5.A24, Kart. 48/2/41, 2 Cg 15/42).

tei während des Verfahrens verstorben,⁴⁹ deportiert,⁵⁰ ermordet⁵¹ oder geflohen⁵² war bzw. die Klage zurückziehen musste.⁵³ Mangels konkreter Anhaltspunkte kann keine Aussage darüber getroffen werden, ob die Zentralstelle Teile der Richterschaft am LGZ/LG Wien durch Drohungen unter Druck setzte, wie sie es bei „unbequemen“ Rechtsanwälten ganz offen zu tun pflegte.⁵⁴ Ihren Abbruch erfuhren die Stellungnahmen durch die Auflösung der Zentralstelle im Frühjahr 1943.⁵⁵

Der Staatsanwalt und der Oberreichsanwalt⁵⁶

Mit dem Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen vom

15. Juli 1941⁵⁷ und dessen Spezifizierung durch die amtliche Begründung vom 22. Juli 1941⁵⁸ waren Staatsanwälte befugt, in laufenden ordentlichen Zivilprozessen am Verfahren teilzunehmen, Tatsachen und Beweise vorzubringen und sich zur erlassenen Entscheidung gutachtlich zu äußern. Daher wurde die Verständigung der Staatsanwaltschaft auch ein standardisiertes Prozedere im Rahmen des Verfahrens.⁵⁹ Die praktische Auswirkung dieses Gesetzes scheint sich jedoch in Grenzen gehalten zu haben, da sich in keinem der betroffenen Verfahrensakten Beweisanträge oder Stellungnahmen des Staatsanwalts finden. In der Praxis relevant war jedoch nachweislich die Möglichkeit des Staatsanwalts, nach Fristablauf eine Ehelichkeitsanfechtung einzubringen, die durch die Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6. Februar 1943⁶⁰ eingeführt wurde.⁶¹

Zudem ermöglichte das Gesetz vom 15. Juli 1941 auch ein Einschreiten des Oberreichsanwalts gegen jedes rechtskräftig entschiedene Zivilverfahren. Bei schweren Bedenken gegen die Richtigkeit der Entscheidung konnte er binnen eines Jahres ab Eintritt der Rechtskraft einen Wiederaufnahmeantrag beim Reichsgericht einreichen (§ 2). Zweifellos steht fest, dass diese Regelung eine Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit

⁴⁹ M., Antonie, Anzeige über Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens (4. 11. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1006/23/41, 23 Cg 316/41.

⁵⁰ ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (4. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1007/23/41, 23 Cg 19/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (7. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1190/28/41, 28 Cg 231/41.

⁵¹ ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (3. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 120/4/42, 4 Cg 40/42.

⁵² ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (23. 1. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 244/7/41, 7 Cg 135/41; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (3. 11. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 532/14/42, 14 Cg 13/42.

⁵³ LG Wien, Übertragung des Kurzschriftenprotokolls (2. 8. 1944) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1196/28/42, 28 Cg 120/42.

⁵⁴ In Fällen, in denen die betroffene Person deportiert oder geflohen war, drohte die ZStfJA dem Rechtsvertreter der klagenden Partei mit einer Anzeige wegen „Behördenbelästigung“, wenn diese weitere Schritte ergreifen sollte, um das Verfahren fortzusetzen: ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (4. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1007/23/41, 23 Cg 19/42; ZStfJA, Mitteilung an LG Wien (7. 8. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1190/28/41, 28 Cg 231/41. In beiden Fällen handelte es sich um den Rechtsanwalt Dr. Fritz Habietnek, der von der Zentralstelle als „Judenmischling“ beschrieben wurde, der Abstammungsprozesse „inszenierte“.

⁵⁵ ANDERL, RUPNOW, WENCK, Zentralstelle für Jüdische Auswanderung 293.

⁵⁶ Dieser Abschnitt entspricht BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 216–219.

⁵⁷ RGBI. I 1941, 383.

⁵⁸ Amtliche Begründung zum Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen vom 22. 7. 1941, DJ 1941, 791.

⁵⁹ Siehe Formblatt, z.B. LG Wien, Formblatt (1. 7. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1284/30/39, 30 Cg 371/39.

⁶⁰ RGBI. I 1943, 80.

⁶¹ Vgl. z.B.: Oberstaatsanwalt beim Landgericht Wien, Klage wegen Bestreitung der Ehelichkeit (27. 5. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 212c/6/43, 6 Cg 143/43; Oberstaatsanwalt beim Landgericht Wien, Klage wegen Feststellung der Unehelichkeit (27. 3. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 294b/8/43, 8 Cg 77/43; Oberstaatsanwalt beim Landgericht Wien, Klage wegen Bestreitung der ehelichen Geburt (4. 6. 1943) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 452c/12/43, 12 Cg 145/43.

gigkeit und eine Einflussnahme des Staates auf die Justiz intendierte und damit wohl auch Unbehagen bei der Richterschaft auslöste.⁶² In dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Fundus an Entscheidungen lässt sich jedoch kein merkbarer Anstieg an Wiederaufnahmeverfahren ausmachen.

Erst die Einführung der Verordnung über die Wiederaufnahme rechtskräftig entschiedener Abstammungsklagen vom 27. Jänner 1944⁶³ erhöhte die Anzahl von Wiederaufnahmeverfahren signifikant. Der Oberreichsanwalt konnte nunmehr beim Reichsgericht beantragen, rechtskräftig entschiedene Verfahren zur Feststellung der Abstammung von Juden und „jüdischen“ Mischlingen, durch die sich die rassistisch zugeschriebene Qualifikation dieser Person verändert hatte, wieder aufzunehmen. Im Gegensatz zum Gesetz vom 15. Juli 1941 war ein solcher Antrag auch nach Ablauf der vorgesehenen Frist von einem Jahr möglich. Auf welcher Grundlage die Auswahl der Urteile erfolgte, lässt sich nicht genau sagen; zumindest in einzelnen Fällen ist das Gericht nachweislich von sich aus mit Kritik an bereits ergangenen Urteilen an die Staatsanwaltschaft herangetreten.⁶⁴

Primär kam es bei Abstammungsverfahren, in denen Kinder erfolgreich ihre Nicht-Abstammung von einem „jüdischen“ Erzeuger geltend gemacht hatten, zur Prüfung eines Wie-

deraufnahmeantrages.⁶⁵ Manchmal blieben diese im Untersuchungsstadium stecken,⁶⁶ in vielen Fällen wurde der Antrag jedoch eingebracht. Zur Wiederaufnahme von Abstammungsverfahren kam es vor allem in solchen Fällen, in denen sich die Urteile hauptsächlich auf Zeugenaussagen stützten.⁶⁷

Je nach beanstandetem Mangel konnte das Verfahren aufgrund eines erfolgreichen Wiederaufnahmeantrages entweder zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden⁶⁸ oder das Gericht entschied – wenn das Verfahren zur Entscheidung reif war oder die Klage verfahrensrechtlich als unzulässig erkannt wurde – in der Sache selbst.

In einem Wiederaufnahmeverfahren des Jahres 1944, in dem der Oberreichsanwalt verfahrensrechtliche Mängel vorbrachte, argumentierte das

⁶⁵ In einzelnen Fällen brachte der Oberreichsanwalt auch Anträge ein, obwohl der Fall keinen „rassistischen“ Hintergrund hatte (vgl. RG 30. 8. 1944, VII 101/44); hierbei galt jedoch das Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen aus 1941 als Rechtsgrundlage und der Staatsanwalt war an die einjährige Frist ab Rechtskraft des Urteils gebunden.

⁶⁶ Generalstaatsanwalt, Mitteilung an LG Wien (10. 10. 1944) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 150/5/40, 5 Cg 49/40; Generalstaatsanwalt, Mitteilung an LGR Wintersperger (27. 11. 1944) WStLA 2.3.5.A24, Kt. 905/21/40, 21 Cg 305/40; Generalstaatsanwalt, Mitteilung an LG Wien (7. 3. 1945) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 686/17/41, 17 Cg 57/41.

⁶⁷ Vgl. RG 30. 8. 1944, VII 109/44; RG 30. 8. 1944, VII 120/44; RG 13. 9. 1944, VII 129/44; RG 4. 10. 1944, VII 144/44; RG 18. 10. 1944, VII 131/44; RG 18. 10. 1944, VII 149/44; RG 18. 11. 1944, VII 151/44; RG 18. 11. 1944, VII 162/44; RG 29. 11. 1944, VII 168/44.

⁶⁸ Vgl. RG 30. 8. 1944, VII 120/44; RG 13. 9. 1944, VII 129/44; RG 18. 11. 1944, VII 151/44; RG 25. 11. 1944, VII 166/44; RG 29. 11. 1944, VII 168/44; RG 29. 11. 1944, VII 168/44; RG 2. 12. 1944, VII 182/44; RG 6. 1. 1945, VII 208/44; z.B. mit der Forderung, ein erbiologisches Gutachten durchzuführen: RG 17. 10. 1944, VII 143/1944; im Geltungsbereich des ABGB, vgl. RG 4. 10. 1944, VII 144/44; RG 18. 10. 1944, VII 149/44; RG 18. 11. 1944, VII 162/44; teilweise Abweisung RG 29. 11. 1944, VII 168/44.

⁶² DAUT, NS-Einfluß auf die Rechtsprechung 204–207.

⁶³ RGBL. I 1944, 52.

⁶⁴ LG Wien, Mitteilung an Staatsanwaltschaft beim OLG Wien (23. 5. 1944) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 444/12/38, 12 Cg 220/38 (Hofmann, A.); LG Wien, Mitteilung an Staatsanwaltschaft beim OLG Wien (24. 5. 1944) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1166/28/39, 28 Cg 121/39; LG Wien, Mitteilung an Staatsanwaltschaft beim OLG Wien (15. 2. 1945) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1097/25/41, 25 Cg 241/41; LG Wien, Mitteilung an Staatsanwaltschaft beim OLG Wien (15. 2. 1945) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1240/29/41, 29 Cg 43/41.

Reichsgericht damit, dass eine Fortsetzung des Verfahrens gegen die Beklagten nicht möglich sei und „mit der Abweisung der Klage die Interessen der Volksgemeinschaft vorläufig gewahrt“ wären.⁶⁹

Aus dem im Rahmen der Untersuchung analysierten Bestand geht hervor, dass Wiederaufnahmeanträge des Oberreichsanwaltes ausnahmslos im Sinne des Wiederaufnahmeantrages entschieden wurden.⁷⁰

In einem Fall heiratete die Mutter im Jahre 1897, elf Jahre nach der Geburt des unehelichen Kindes, einen „Juden“, der das Kind legitimierte. Die Tochter klagte im Jahre 1939 auf Feststellung, dass ihr Vater eine andere Person sei als ihr gesetzlicher Vater, nämlich ein „Arier“. Ihr tatsächlicher Vater sei jedoch nach Argentinien ausgewandert und bereits gestorben. Die Klage stützte sich auf Aussagen des Onkels und des Ehemannes der Klägerin, die Informationen von der bereits verstorbenen Mutter erhalten hatten. Die Behauptung der Zeugen, dass die Mutter und der genannte Vater zur kritischen Zeit im gemeinsamen Haushalt gelebt hatten, konnte durch die polizeilichen Meldedaten nicht bestätigt werden. Der legitimierende Vater war zu dieser Zeit auch nicht im Haushalt der Mutter gemeldet, jedoch kurze Zeit später, noch vor der Geburt der Klägerin. Das daraufhin durchgeführte anthropologische Gutachten fand bei der Klägerin keine „Merkmale des für das jüdische Volk kennzeichnenden vorderasiatisch-orientalischen Rassengemisches“. Auf dieser Grundlage hatte das Landgericht Wien zugunsten der Klägerin entschieden. Den Wiederaufnahmeantrag des Oberreichsanwalts sah das Reichsgericht als begründet, weil den Zeugen-

aussagen alleine keine Beweiskraft zuerkannt werden konnte. Die Existenz des „arischen“ Vaters und sein Zusammenleben mit der Kindesmutter konnte dadurch nicht sicher nachgewiesen werden. Darüber hinaus konnte das erstellte Gutachten in der Abstammungsfrage nicht die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit erbringen, die notwendig wäre, um die Vaterschaft des gesetzlichen Vaters auszuschließen. Daher wurde die Entscheidung aufgehoben und zurückgewiesen.⁷¹

Weitere Parteistellen und Behörden, die am Verfahren beteiligt waren⁷²

In den Gerichtsakten finden sich spätestens ab 1942 Beschlüsse, die den Rückschluss erlauben, dass das Gericht eine Vielzahl von Einrichtungen in das Beweisverfahren miteinbezog.⁷³ Dazu gehörten neben dem Reichssippenamt auch das Gauamt für Sippenforschung (Gausippenamt), das Polizeipräsidium und das Meldeamt. Die Auskünfte dieser Stellen bezogen sich meist auf Meldedaten oder Berichte über etwaige Abstammungsverfahren des Klägers sowie seines familiären Umfeldes. Im Rahmen der Einbeziehung des Polizeipräsidioms kam es teilweise auch zu Stellungnahmen der Kriminalpolizeileitstelle sowie der Gestapo. Diese übermittelten bspw. Informationen über die politische Einstellung der klagenden Partei⁷⁴ oder ihre „rassische Einordnung“.⁷⁵

⁶⁹ RG 13. 12. 1944, VII 188/44.

⁷⁰ Vgl. RG 17. 10. 1944, VII 143/1944; RG 30. 8. 1944, VII 119/44; RG 30. 8. 1944, VII 101/44; RG 18. 10. 1944, VII 149/44; RG 18. 11. 1944, VII 151/44; RG 18. 11. 1944, VII 162/44; RG 25. 11. 1944, VII 166/44; RG 2. 12. 1944, VII 182/44; RG 6. 1. 1945, VII 208/44.

⁷¹ RG 2. 12. 1944, VII 182/44; aufgehoben wurden auch andere Urteile, die sich auf ein Gutachten stützten, in dem festgestellt wurde, dass keine Merkmale der „semitischen Rasse“ am Kläger bzw. an der Klägerin festgestellt werden konnten: RG 25. 11. 1944, VII 159/44; RG 25. 11. 1944, VII 166/44; RG 6. 1. 1945, VII 208/44.

⁷² Dieser Abschnitt entspricht BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 219–220.

⁷³ LG Wien, Formblatt (1. 7. 1942) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 1284/30/39, 30 Cg 371/39.

⁷⁴ So wurde in einem Fall über die Klägerin berichtet, dass gegen ihre Aufnahme in den Reichsverband der deutschen Presse keine staats- und abwehrpolizeili-

In einem Verfahren aus dem Jahre 1941 versuchte die Klägerin, deren Mutter „Arierin“ war, die Abstammung von dem „jüdischen“ Ehemann der Mutter anzufechten, um ihren Sohn vor der „rassischen Einordnung“ als „Jude“ zu schützen. Pikanterweise war ihr Sohn schon in den 1920er Jahren für die NSDAP tätig geworden. Der Brief der Gestapo ging auf diesen „merkwürdigen“ Umstand ein, und kommentierte dies damit, dass es sich „um einen jener nicht allzu seltenen Fälle von jüdischem Antisemitismus handelt“. Abgesehen von dem Bericht über das laufende Abstammungsverfahren des Sohnes vor dem LGZ Innsbruck, wurde in dem Bericht darauf hingewiesen, dass „die Taktik seiner Verteidigung und sein ganzes Benehmen [...] ein echt jüdisches Gebahren“ und eine „nur mit überwiegend jüdischem Blutsanteil zu erklärende Raffiniertheit“ aufweise. „[O]hne zu versuchen, auf das dort laufende Verfahren irgendwie Einfluss nehmen zu wollen,“ teilte der Gestapo-Beamte freimütig in dem Schreiben an das LG Wien mit, „darf ich zur Information noch darauf hinweisen, dass [der Kläger] hier

chen Bedenken bestanden und, dass sie der NSDAP in politischer Hinsicht schon lange nahe stehe: Gestapo, Mitteilung an LG Wien (16. 1. 1941) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 912/21/41, 21 Cg 173/41.

⁷⁵ Der Kläger war in Gestapo-Haft gewesen, jedoch während einer anthropologischen Untersuchung geflüchtet. Daher wurde er von der Gestapo als Jude behandelt und mit Schutzhaft und Überstellung in ein KZ bedroht (Gestapo, Mitteilung an LG Wien [6. 8. 1943] WStLA 2.3.5.A24, Kart. 294d/8/43, 8 Cg 168/43); die Kriminalpolizeistelle hatte diverse Personen aus dem Umfeld des in Haft befindlichen Klägers befragt, die seiner Behauptung, dass er nicht von seinen gesetzlichen Eltern abstamme, widersprachen. Die Kriminalpolizeistelle ordnete ihn daher als „Volljuden“ ein und bezeichneten seine Angaben abfällig als „jüdischen Dreh“ (Kriminalpolizeistelle Wien [Dienststelle Wieden], Mitteilung an LG Wien [9. 5. 1942] WStLA 2.3.5.A24, Kart. 694/17/42, 17 Cg 23/42).

als einwandfreier Jude angesehen wird.“⁷⁶ Ob dieses Schreiben einen nachhaltigen Einfluss auf das Verfahren gehabt hätte, lässt sich in diesem Fall nicht feststellen, da das Verfahren mangels einer gaurechtsamtlichen Vertretungsbefugnis des Anwaltes zurückgewiesen wurde.⁷⁷

d. Die Entwicklung der Beweismittel⁷⁸

Die Feststellung der Nicht-Abstammung vom vermuteten Vater verlangte gemäß §§ 158, 159 ABGB den Nachweis der Unmöglichkeit, vom vermuteten Vater gezeugt worden zu sein.⁷⁹ Bei ehelichen Kindern bedeutete dies in der Praxis jedoch, dass die Zeugung durch den gesetzlichen bzw. vermuteten Vater mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden musste.⁸⁰ Die Entscheidung, welche Beweismittel für diesen Nachweis vorgebracht werden sollten, oblag vor 1938 im Wesentlichen den Parteien; dem Gericht blieb gemäß § 275 ZPO jedoch vorbehalten, Beweismittel mit Beschluss zurückzuweisen, wenn es diese für unerheblich hielt. Nach dem „Anschluss“ kam es einerseits durch unmittelbare öffentliche Einflussnahme, andererseits aber auch durch ideologisch motivierte Eigeninitiative der Richter zu wesentlichen Änderungen im Beweisverfahren, die vor allem in der Einführung von neuen Beweismitteln und neuen Beweiswürdigungsgrundsätzen zum Ausdruck kamen. Das Ziel war es, dem nationalsozialistischen Anspruch auf „biologische Wahrheitsfindung“ Genüge zu tun. Bei den Beweismitteln wurde teilweise an Entwicklungen angeknüpft, die schon vor 1938 eingesetzt hatten. So war das von Rassenbiologen entwickelte erbbiologisch-

⁷⁶ Gestapo, Mitteilung an das LG Wien (28. 8. 1941) WStLA 2.3.5.A24, Kart. 328/9/41, 9 Cg 94/41.

⁷⁷ LG Wien 16. 9. 1942, 9 Cg 94/41 (unbekannt).

⁷⁸ Dieser Abschnitt entspricht BUKOR, Zivilrecht und Ideologie 176–185.

⁷⁹ Vgl. RG 29. 4. 1940, VIII 35/40; SWOBODA, ABGB 120.

⁸⁰ Vgl. RG 29. 9. 1943, VII 89/43.

anthropologische Gutachten bereits vor dem Anschluss in vereinzelt Zivilprozessen vor österreichischen Gerichten zum Einsatz gekommen, erst in der NS-Zeit kam ihm jedoch eine zentrale Rolle zu. Darüber hinaus wurden gelegentlich auch gänzlich neuartige Beweismittel verwendet, die zumeist in engem Zusammenhang mit NS-Gedankengut standen. Dazu zählten vor allem die Gutachten von Genealogen und Sippenforschern, die sich mit der „rassischen“ Abstammung einzelner Personen beschäftigten.

Die Blutuntersuchung und das erbbiologisch-anthropologische Gutachten

Ein wesentliches Element der Abstammungsverfahren stellten die Blutgruppenuntersuchung und das „erbbiologisch-anthropologische“ Gutachten dar.⁸¹ Hinsichtlich der Blutgruppenuntersuchung hatte sich zum Zeitpunkt des „Anschlusses“ bereits lange die Ansicht durchgesetzt, wonach bei sachgemäßer Durchführung der volle Nachweis erbracht werden könnte, dass ein bestimmter Mann als Erzeuger des Kindes ausgeschlossen war.⁸² Nur vereinzelt fanden sich noch bis Ende der 1930er Jahre Stimmen, die die Zuverlässigkeit der Methode anzweifeln. Vor allem Unterstützer der morphologischen Ähnlichkeitsanalyse, wie der „Rassenbiologe“ Walter Scheidt, sahen in der Blutgruppe „nicht mehr als irgendein erbliches Merkmal, und immer weniger als verschiedene erbliche Merkmale“.⁸³ Vor diesem Hintergrund verlangte er, dass die Blutgruppenuntersuchung nur als ein Aspekt im Rahmen der erbbiolo-

gisch-anthropologischen Untersuchung gelten sollte. Diese Ansicht blieb jedoch eine für die Judikatur unbedeutende Mindermeinung, denn mit der AV des Reichsjustizministers vom 10. August 1936⁸⁴ wurde nach Einholung eines Gutachtens von staatlicher Seite bestätigt, dass das Verfahren zur Blutgruppenbestimmung bei sachgemäßer Durchführung ausreichend Sicherheit besitze, um die offenbare Unmöglichkeit der Abstammung nachzuweisen. Anordnungen, wie eine solche „sachgemäße Durchführung“ auszusehen hätte, beinhaltete die AV ebenfalls.

Das Reichsgericht entschied daher, dass Blutgruppenuntersuchungen in Abstammungsverfahren von Amts wegen durchgeführt werden mussten, sofern die Möglichkeit dazu bestand. Das Unterlassen einer solchen Untersuchung begründete bei einer Vaterschaftsanfechtung, in der die Vaterschaft eines Dritten an dem Kind vorgebracht wurde, einen erheblichen Verfahrensmangel, selbst wenn die Parteien eine solche nicht beantragt hatten.⁸⁵

Die Pflicht zur Durchführung erb- und rassekundlicher Untersuchungen

Auch das anthropologische Gutachten (polysymptomatischer Ähnlichkeitsvergleich von morphologisch körperlichen Merkmalen) kam schon seit den 1920er Jahren vor österreichischen Gerichten zur Anwendung. Bei diesem Gutachten wurden körperliche Merkmale bei Kind und Eltern verglichen, um dadurch die Wahrscheinlichkeit der Abstammung von einem gesetzlichen Elternteil festzustellen. Obwohl ihre Beweiskraft umstritten war, galt es auch schon vor 1938 als erheblicher Verfahrensmangel, wenn in einem Abstammungsverfahren eine von einer der Parteien beantragte Ähnlichkeitsanalyse nicht berücksichtigt wurde. Die sich

⁸¹ Teilweise wurde unter erbbiologisch-anthropologischem Gutachten auch die Kombination von Blutuntersuchung und morphologischer Ähnlichkeitsanalyse verstanden.

⁸² Vgl. RG 23. 4. 1941, VIII 22/41; LG Wien 20. 3. 1941, 15 Cg 424/40 (Wintersperger); LG Wien 22. 7. 1941, 18 Cg 120/40 (Frisch).

⁸³ Zitiert nach RÜCKER, Erbbiologische Begutachtung 177.

⁸⁴ KRUG, SCHÄFER, STOLZENBURG, Strafrechtliche Verwaltungsvorschriften² 260–261.

⁸⁵ RG 19. 8. 1940, VIII 377/39.

somit schon vor 1938 abzeichnende Tendenz in der Rechtsprechung, der erb- und rassekundlichen Untersuchung eine größere Beweiskraft zuzugestehen, verstärkte sich nach 1938 zunehmend. Dies lässt sich anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung des OGH⁸⁶ und des Reichsgerichts nachweisen. Die Nicht-Durchführung eines von einer der Parteien beantragten erbbiologischen Gutachtens stellte in der Regel einen Verfahrensmangel dar.

Erb- und rassekundliche Erhebungen waren nur dann einzuholen, wenn ein bestimmter anderer (insbesondere „artfremder“) Mann als Vater genannt wurde, da andernfalls die Vergleichsgrundlage für eine solche Untersuchung fehlte.⁸⁷ Während die Hinzuziehung erbbiologisch-anthropologischer Untersuchungen in Fällen, in denen es um eine „jüdische Abstammung“ ging, obligatorisch war, blieb der Einsatz der Gutachten, in denen alle Beteiligten „deutschblütig“ waren, im Ermessen des Richters. Genauso blieb es im Ermessen des Richters, inwiefern er die Ergebnisse der Gutachten in seiner Entscheidung berücksichtigte, da der Beweiswert der Gutachten umstritten war.⁸⁸

Die wachsende Bedeutung erfolgte jedoch nicht nur auf Basis einzelner gerichtlicher Entscheidungen, sondern wurde auch gesetzlich vorangetrieben. Durch die enge Verknüpfung des nationalsozialistischen Rassenkonzepts mit der anthropologischen und rassenbiologischen Forschung setzte der NS-Staat bei der „rassischen Einteilung“ einzelner Personen großes Vertrauen in die Gutachten der diversen rassebiologischen und anthropologischen Institute. Mit dem verstärkten Rückgriff auf „Experten“ in zivilrechtlichen Verfahren entsprach man der Forderung nach einer „völkischen Justiz“, die nicht

mehr zwischen Rechts- und Lebenssachen unterschied.⁸⁹

Daher ordnete man durch die AV zur Beteiligung der Reichsstelle für Sippenforschung bei erb- und rassekundlichen Untersuchungen vom 10. Februar 1939⁹⁰ an, dass in Abstammungsverfahren erbbiologische Untersuchungen verpflichtend anzuordnen waren, wenn es um die Abstammung von einem „jüdischen“ Elternteil ging. Auch eine Unterlassung einer solchen Untersuchung mit der Begründung, dass diese angesichts der Sachlage keine Auswirkung auf die ablehnende Entscheidung hätte, wurde als Verfahrensmangel bewertet.⁹¹ Hingegen wurde ausnahmsweise von der Einholung eines Gutachtens abgesehen, wenn die Blutgruppenuntersuchung ein eindeutiges Ergebnis zu Tage gebracht hatte⁹² und wenn Zeugenaussagen und Meldedaten übereinstimmend ergaben, dass eine Person in der kritischen Zeit nicht im Land war.⁹³

Die für die Erstellung der Gutachten zuständigen Institutionen waren aufgrund der großen Anzahl von Verfahren und des kriegsbedingten Personalmangels überfordert, allen Ansuchen der Gerichte nachzukommen. Zur Entlastung dieser Einrichtungen ordnete § 19 der Zweiten KriegsmaßnahmenVO an, dass erb- und rassekundliche Untersuchungen nur dann einzuholen waren, wenn sie erforderlich waren, um klarzustellen, ob oder in welchem Grade jemand „artfremden“ Blutes sei.⁹⁴

⁸⁶ Vgl. OGH 2 Ob 325/38 EvBl 1938/372.

⁸⁷ RG 17. 11. 1943, VII 79/43; vgl. auch RG 18. 7. 1944, VII 83/44.

⁸⁸ Vgl. PRZYREMBEL, Rassenschande 162.

⁸⁹ FRANCK, Juristen und Sachverständige 210.

⁹⁰ Zitiert nach KRUG, SCHÄFER, STOLZENBURG, Strafrechtliche Verwaltungsvorschriften² 773–774.

⁹¹ OLG Wien 4. 6. 1940, 2 R 356/40.

⁹² RG 28. 5. 1941, VIII 43/41.

⁹³ Z.B. LG Wien 12. 7. 1940, 30 Cg 277/39 (Michlmayr); LG Wien 20. 10. 1942, 6 Cg 93/42 (Wintersperger); LG Wien 4. 12. 1940, 4 Cg 93/40 (Jedliczka).

⁹⁴ RG 28. 2. 1945, VII 12/45.

Die Bedeutung erb- und rassekundlicher Untersuchungen

Die Bedeutung erbbiologischer Gutachten war in erster Linie von der konkreten Fallkonstellation abhängig: Gegen ein widersprechendes Resultat einer Blutuntersuchung konnte sich das erbbiologische Gutachten niemals durchsetzen. Daher entschied das Reichsgericht, dass die Nicht-Beantragung eines erbbiologisch-anthropologischen Gutachtens in solchen Fällen auch keinen Verfahrensmangel darstelle.⁹⁵ Selbiges galt, wenn die Sachverhaltsfeststellung ergab, dass sich der gesetzliche Vater laut seiner Krankengeschichte in der kritischen Zeit in einer psychiatrischen Anstalt befunden hatte.⁹⁶ Auch in anderen Fällen konnte das Ergebnis eines erbbiologischen Gutachtens verworfen werden, bspw. dann, wenn das Erstgericht den letzten Geschlechtsverkehr zwischen der Mutter und dem Beklagten 303 Tage vor dem Geburtstermin festgestellt hatte. In diesem Fall galt die Zeugungsmöglichkeit durch den vom Gutachten präferierten Vater als so gut wie ausgeschlossen.⁹⁷ Obwohl das erbbiologische Gutachten in vielen Fällen eine wichtige Rolle spielte, zeigt dieses Beispiel, dass der anthropologischen Methode die geringste Beweiskraft unter den „naturwissenschaftlichen“ Beweisen zuerkannt wurde.

Darüber hinaus war die Aussagekraft anthropologischer Gutachten in der Praxis dadurch beschränkt, dass sie in ihrem Ergebnis laut reichsgerichtlicher Rechtsprechung zumindest einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit der Abstammung bzw. Nicht-Abstammung attestieren mussten, um überhaupt Einfluss auf das Urteil zu haben.⁹⁸ In den Gutachten wurde das Vorliegen einer „hohen Wahrscheinlichkeit“ nur selten

explizit bestätigt. Allerdings reichte zumeist auch das Ergebnis, dass die Abstammung vom angeblichen Vater beträchtlich höher sei als die vom gesetzlichen Vater. Doch selbst wenn ein anthropologisches Gutachten den erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit feststellte, musste das Gericht dem Ergebnis nicht folgen. Es stand dem Richter in Ermangelung einer entsprechenden fachlichen Ausbildung zwar nicht zu, das Ergebnis des Gutachtens abzulehnen, er konnte aber gemäß § 272 ZPO den Beweiswert des Gutachtens nach freiem Ermessen beurteilen.⁹⁹ Vor diesem Hintergrund entschieden sich einzelne Richter dazu, dem Ergebnis nicht zu folgen, weil das erbbiologische Gutachten nur auf Laienfotographien basierte,¹⁰⁰ zwei widersprüchliche Gutachten vorgelegt wurden¹⁰¹ oder die Schlüsse, die der Sachverständige aus dem Gutachten gezogen hatte, nicht überzeugen konnten.¹⁰² LGR Wintersperger ging sogar so weit, ein Gutachten abzulehnen, in dem festgestellt wurde, dass die Vaterschaft des angeblichen Vaters sehr wahrscheinlich, die des gesetzlichen Vaters jedoch unwahrscheinlich sei. Seine Entscheidung begründete er damit, dass es sich bei dem Gutachten nur um eine Wahrscheinlichkeitsaussage

⁹⁹ Siehe **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹⁰⁰ Z.B. LG Wien 29. 12. 1942, 26 Cg 79/42 (Hiltscher).

¹⁰¹ LG Wien 19. 2. 1944, 25 Cg 14/43 (Judex); andere Richter entschieden sich für das dem Kläger günstigere Gutachten mit der Begründung, dass dieses überzeugender sei. In einem Fall bezeichnete einer der Gutachter (Eberhard Geyer) den Bau der Nase als Merkmal, das bei „Mischlingen mitteleuropäischer und vorderasiatisch-orientalischer Rassenelemente“ häufig auftrete, während der andere (Josef Wastl) darin eine „auf Mischung der nordischen mit der dinarischen Rasse beruhende Extrembildung“ erblickte. Der Richter, LGR Sarauer, folgte in diesem Fall dem zweiten Gutachten (LG Wien 23. 7. 1940, 19 Cg 53/40 [Sarauer]).

¹⁰² LG Wien 24. 10. 1942, 28 Cg 284/41 (Hiltscher).

⁹⁵ RG 28. 5. 1941, VIII 43/41.

⁹⁶ LG Wien 11. 11. 1943, 20 Cg 271/43 (Wintersperger).

⁹⁷ RG 8. 5. 1941, VIII 31/41.

⁹⁸ Vgl. RG 29. 1. 1941, VIII 145/40; RG 23. 6. 1943, VII 60/43; 4 Cg 55/42 (14. 12. 1942).

handle, die alleine eine Unmöglichkeit der Vaterschaft noch nicht beweise.¹⁰³

In der bisherigen Forschung findet sich die Behauptung, dass der Ausgang von Abstammungsprozessen fast ausschließlich von den Gutachten der gerichtlich beeideten Sachverständigen abhing.¹⁰⁴ Wirft man einen Blick auf die Gerichtsakten des LGZ/LG Wien, wird diese Aussage nur teilweise bestätigt: Noch im Jahr 1940 wurde ein beachtlicher Teil der Verfahren ohne erbbiologisches Gutachten und teilweise auch entgegen dem Ergebniss des Sachverständigen entschieden. Von 38 relevanten Urteilen¹⁰⁵ basierten 15 allein auf Zeugenaussagen und Urkunden, in drei Urteilen wurde dem Sachverständigen nicht gefolgt.¹⁰⁶ Das heißt, in beinahe der Hälfte aller Fälle hatte das erbbiologische Gutachten keine Bedeutung.

Wie das Ergebnis eines Gutachtens umgedeutet werden konnte, zeigt eine Entscheidungsbeurteilung von LGR Lahr: Während der Sachverständige Tuppia den gesetzlichen Vater für den wahrscheinlichen Erzeuger hielt und mangels Bildmaterials keine Aussage über die Abstammung vom angeblichen Vater traf, bezog sich LGR Lahr im Urteil nur auf die Feststellung, dass die beiden Kläger „keine typischen Merkmale für das jüdische Volk“ aufwiesen. Des Weiteren führte er aus:

¹⁰³ LG Wien 28. 5. 1942, 28 Cg 147/41 (Wintersperger); Die beklagte Partei wurde in diesem Fall weniger als 3 Wochen nach diesem Urteil deportiert und in weiterer Folge umgebracht (DÖW-Datenbank, www.doew.at/personensuche [1. 7. 2017]).

¹⁰⁴ FUCHS, Rasse 311; vgl. auch: FRANCK, Juristen und Sachverständige 209.

¹⁰⁵ Hier sind nur Urteile berücksichtigt, in denen die Entscheidung auf einem erbbiologischen Gutachten basieren könnte. Formelle Abweisungen und Urteile, die schon aufgrund einer Blutgruppenuntersuchung entschieden wurden, bleiben unberücksichtigt.

¹⁰⁶ Zugunsten des Klägers: LG Wien 23. 7. 1940, 19 Cg 53/40 (Sarauer); LG Wien 14. 9. 1940, 8 Cg 30/40 (Lahr); zuungunsten des Klägers: LG Wien 5. 12. 1942, 25 Cg 289/40 (Hiltscher).

„Wenn sie [die Kläger] sich aus dem jüdisch-kaufmännischen Milieu heraus, in dem sie aufwachsen, zum Offiziersberuf hingezogen fühlten, gegen den Willen ihrer Eltern zum Katholizismus übertraten, während eines grossen Teiles des Weltkrieges als Reserveoffiziere an den verschiedensten Fronten kämpften und mehrfach militärische Auszeichnungen erlangten, so kann dies nur so erklärt werden, dass in ihnen neben der ja auf jeden Fall von ihrer Mutter her bestehenden jüdischen auch eine arische Erbmasse vorhanden sein muss, und deuten obige Details darauf hin, dass diese von dem erwähnten ungarischen Offizier stammt.“¹⁰⁷

Ein anderes Bild zeichnet sich jedoch im Jahr 1942 ab. Von 71 relevanten Urteilen findet sich ein einziges Urteil,¹⁰⁸ in dem ein erbbiologisches Gutachten hätte durchgeführt werden können, aber auf eine Durchführung verzichtet wurde. In drei Fällen entschieden die Richter entgegen dem eindeutigen Ergebnis des erbbiologischen Gutachtens zuungunsten des Klägers.

Vor dem Hintergrund, dass sich zwischen 1940 und 1942 die richterliche Zuteilung stark wandelte und in Fällen, in denen es um die Anfechtung der „jüdischen“ Abstammung ging, ab 1941 nur mehr ein kleiner Kreis an Richtern entschied, ist die veränderte Bedeutung des erbbiologischen Gutachtens auch in Zusammenhang mit den personellen Veränderungen zu sehen. Jene Richter, die 1940 teilweise auf die Einholung eines erbbiologischen Gutachtens verzichtet¹⁰⁹ oder sogar entgegen dem gutachtlichen Ergebnis zugunsten der Klagspartei entschieden hatten,¹¹⁰ waren ab 1942 nur mehr vereinzelt in solchen Verfahren zuständig. Jene Richter, die 1941 und 1942 bei Verfahren zur Anfechtung der „jüdischen“ Abstammung auf-

¹⁰⁷ LG Wien 14. 9. 1940, 8 Cg 30/40 (Lahr).

¹⁰⁸ LG Wien 15. 10. 1943, 25 Cg 51/42 (Judex).

¹⁰⁹ Bernard, Fryda, Gabler, Hotzy, Jedliczka Kuch, Lahr, Midlarz, Sarauer, Stahl, Straniak, Weisswasser.

¹¹⁰ Lahr, Sarauer.

scheinen, waren 1940 entweder den erbbiologischen Gutachten gefolgt oder hatten sogar entgegen dem Gutachten das Klagebegehren abgewiesen.¹¹¹ Davon abgesehen ist bei den Urteilen, in denen auf ein Gutachten verzichtet wurde, auch zu berücksichtigen, ob sich in dem konkreten Fall der Sachverhalt aufgrund der gesamten Beweislage so darstellte, dass ohne Gutachten entscheiden werden konnte.

Zusammenfassung/Conclusio

Durch die Untersuchung der abstammungsrechtlichen Gerichtsakten konnten neue Erkenntnisse über die Veränderungen des österreichischen Abstammungsrecht in der NS-Zeit gewonnen werden, aber auch über die Mechanismen, Faktoren und Akteure, die die Modifizierung und Ideologisierung der Rechts bewirkten.

Eine zentrale Rolle spielte freilich der nationalsozialistische Gesetzgeber. So lässt sich die Aufgabe fundamentaler zivilrechtlicher Prinzipien im legislativen Wege nachweisen. Die Ablöse des Dispositionsgrundsatzes durch das Prinzip der materiellen Wahrheit (Untersuchungsgrundsatz) äußerte sich nicht zuletzt darin, dass dem Staatsanwalt erweiterte Kompetenzen im Bereich des Zivilrechts zukamen. Die gesetzliche Grundlage des österreichischen Abstammungsrechts wurde jedoch relativ spät, in den Jahren 1943 und 1944 geändert.

Doch schon für die Zeit davor lassen sich auch andere Faktoren feststellen, die das österreichische Abstammungsrecht beeinflussten und oft auch ideologische Spuren in der Judikatur hinterließen. Dazu zählen z.B. die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum BGB, die zunehmende Einmischung von Behörden und Parteiorganisationen und nicht zuletzt die „Biologisierung“ des Diskurses über Familien- und Abstam-

mungsrecht. Die nicht unwesentlich auf dem Kindeswohl und der ehelichen Familie basierenden Abstammungsregelungen des ABGB wurden – vor allem dort, wo es aus „rassepolitischen und erbgesundheitslichen“ Gründen als notwendig erachtet wurde – durch einen Primat der „materiellen Wahrheit“ ersetzt, der seine Berechtigung auf die fragwürdigen Forschungen der „Erb- und Rassenbiologie“ stützte. So wurde es zuerst Usus und später Pflicht, in Fällen, in denen die „jüdische Abstammung“ des Klägers zur Disposition stand, ein erb- und rassebiologisches Gutachten einzuholen. Interessanterweise zeigt gerade der richterliche Umgang mit den Gutachten die Grenzen der „Verwissenschaftlichung“ auf. Da diese Gutachten kaum die Sicherheit boten, die verlangt wurde, spielten sie selten eine entscheidende Rolle.

Ein weiteres Ergebnis der Untersuchung betrifft die Auswirkung der „Rassepolitik“ auf das Zivilrecht, die sich zahlenmäßig nachweisen und darstellen ließ. So ist der starke Anstieg der Ehelichkeitsanfechtungen nach 1938 zu einem Großteil auf Anfechtungen zurückzuführen, die gegen die Abstammung von einem „jüdischen Elternteil“ gerichtet waren. Diese machten im Jahr 1941 sogar fast die Hälfte aller Ehelichkeitsanfechtungen aus.

Ein letzter Aspekt der Untersuchung betrifft die Rückschlüsse auf die Einstellung und Ausrichtung einzelner Richterpersönlichkeiten und auf die NS-Personalpolitik im Gerichtswesen. In diesem Zusammenhang sind zwei Umstände bemerkenswert. Zum einen die auffällig hohe Anzahl an Klagsabweisungen durch einzelne Richter in Verfahren, in denen der Kläger die Abstammung von seinem „jüdischen Elternteil“ anzufechten versuchte. Und zum anderen der Umstand, dass gerade diese Richter in weiterer Folge überproportional in solchen Verfahren anzufinden sind. Somit kann der Schluss gezogen werden, dass bestimmte Richtertypen, die für eine besonders restriktive Vorgangsweise standen, bevorzugt herangezogen wurden.

¹¹¹ Z.B. LG Wien 5. 12. 1942, 25 Cg 289/40 (Hiltscher).

Korrespondenz:

Mag. Dr. Benjamin BUKOR
benjamin.bukor@gmail.com
ORCID-Nr. 0000-0002-5265-348X

Abkürzungen:

AV	Allgemeinverfügung
DÖW	Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes
DJ	Deutsche Justiz
DR	Deutsches Recht
DR (WrA)	Deutsches Recht (Wiener Ausgabe)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
FamRechtsVO	Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6. Februar 1943
LGDir	Landesgerichtsdirektor
LGR	Landesgerichtsrat
LGZ	Landgericht/Landesgericht für Zivilrechtssachen
RdErl	Runderlass
RMI	Reichsministerium des Innern
WStLA	Wiener Stadt- und Landesarchiv
ZStfJA	Zentralstelle für jüdische Auswanderung

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis: [<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

Literatur:

Gabriele ANDERL, Dirk RUPNOW, Alexandra-Eileen WENCK, Die Zentralstelle für Jüdische Auswanderung als Beraubungsinstitution, Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich Nationalsozialistische Institutionen des Vermögensentzuges (Wien 2004).

Benjamin BUKOR, Zivilrecht und Ideologie. Die Entwicklung des österreichischen Abstammungs-

rechts in der NS-Zeit unter Berücksichtigung der Judikatur des LGZ bzw. LG Wien und des Reichsgerichts (iur. Diss., Univ. Wien 2015).

Heinz Christian DAUT, Untersuchungen über den Einfluß nationalsozialistischer Anschauungen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen bei der Anwendung einiger nationalsozialistischer Gesetze (iur. Diss., Univ. Göttingen 1965).

Brigitte FUCHS, „Rasse“, „Volk“, Geschlecht. Anthropologische Diskurse in Österreich 1850-1960 (Frankfurt am Main 2003).

Lorenzen FRANCK, Juristen und Sachverständige. Der Diskurs um die Ausgestaltung des Verfahrens mit Sachverständigen während der Zeit des Deutschen Reiches (Baden-Baden 2013).

Karl KRUG, Karl SCHÄFER, Friedrich Wilhelm STOLZENBURG (Hgg.), Strafrechtliche Verwaltungsvorschriften. Eine Sammlung der vom Reichsminister der Justiz erlassenen Verwaltungsvorschriften und wichtigen Einzelerlasse auf dem Gebiete des Strafrechts und des Strafverfahrens (Berlin 1939).

Thomas MAYER, Familie, Rasse und Genetik. Deutschnationale Eugeniken im Österreich der Zwischenkriegszeit, in: Gerhard BAADER, Veronika HOFER, Thomas MAYER (Hgg.), Eugenik in Österreich (Wien 2007) 162-183.

Wolfgang NEUGEBAUER, Richter in der NS-Zeit. Politische und gesellschaftliche Rahmenbedingungen, in: Erika WEINZIERL, Oliver RATHKOLB, Siegfried MATTL, Rudolf G. ARDEL (Hgg.), Richter und Gesellschaftspolitik. Symposium Justiz und Zeitgeschichte 12. und 13. Oktober 1995 in Wien (Innsbruck 1997) 56-68.

Alexandra PRZYREMBEL, Rassenschande. Reinheitsmythos und Vernichtungslegitimation im Nationalsozialismus (= Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 190, Göttingen 2003).

RÜCKER, Erbbiologische Begutachtung bei umstrittener Vaterschaft vom Standpunkt der Juristen, in: Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin (1937) 176-185.

Ernst SWOBODA (Hg.), Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Wien 1944).

Ernst SWOBODA, Die neue Familienrechtsverordnung, in: DR (WrA) (1943) 49.

Stephanie HANEL, Wien

Das „gesunde Volksempfinden“ und das Testamentsrecht

§ 48 Abs. 2 TestG in der Rechtsprechung des LG Wien von 1938–1945

“Healthy Popular Sensibilities” in National Socialist Inheritance Law

The Treatment of s. 48 (2) TestG in Austrian Civil Law Jurisdiction, 1938–1945

In the course of the inheritance law reform of 1938, the Testaments Act (Testamentsgesetz, TestG) was enacted, changing, and sometimes liberalizing, the formal requirements for testaments. This article sets out to analyze the provisions of s. 48(2) TestG, which were meant to counterbalance the liberalization by imposing an obligation for testators to comply with the so-called “healthy popular sensibilities” of the ‘Aryan’ German community. Non-compliance with this obligation implied the nullity of the testament. The article analyzes the interpretation of s. 48(2) TestG in the rulings of the Vienna Regional Court from 1938 to 1945.

Keywords: § 48 Abs. 2 TestG – Austrian Civil Jurisdiction – Generalklausel (general clause) – „Gesundes Volksempfinden“ (“healthy popular sensibilities”) – Inheritance Law

Einleitung

Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938, kurzbezeichnet als TestG, brachte wesentliche Neuerungen für den Bereich des Erbrechts.¹ Es trat am 4. August 1938 in Deutschland, am 4. November 1938 schließlich auch in Österreich in Kraft.²

Die erfolgten Änderungen zur bisherigen Rechtslage betrafen so gut wie ausschließlich die Formerfordernisse einer letztwilligen Verfügung, die in Deutschland als zu streng angese-

hen wurden.³ So musste etwa vor der Reform nach dem BGB die Angabe von Ort und Zeit eigenhändig geschrieben sein, die Verwendung eines Vordrucks konnte zur Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung führen.⁴ Überdies war es bislang problematisch gewesen, wenn der Erblasser statt mit vollem Namen nur mit Vornamen oder Anreden wie „euer Vater“ unterschrieben hatte. Das Testamentsgesetz ließ hingegen alternativ Vorname oder Familienstellung ausreichen, solange dadurch die Person des Erblassers einwandfrei identifizierbar war. Beim gemeinsamen Testament zweier Ehegatten sollte in Zukunft verhindert werden, dass strenge Formerfordernisse, die den Erblassern meist unbekannt waren, die Ungültigkeit ihrer letzt-

¹ Vgl. zum TestG allgemein Amtliche Begründung zum TestG 1254–1259; LANGE, TestG 577–581; SCHUBERT, Familien- und Erbrecht 288–341; VOGELS, TestG 12–22; DERS., Das neue Testamentsrecht 1269–1274; DERS., Vorarbeiten 743–744; weitere Literatur bei DEMS., TestG 8–9.

² § 50 Abs 1 und 2 TestG; SEIBERT, in: PALANDT, § 48 Anm. 1f.

³ Vgl. GRUCHMANN, Entstehung des Testamentsgesetzes 53f; VOGELS, TestG 12–17.

⁴ Etwa LG Hamburg 27. 11. 1937, 1 T 467/37 DJ 1938, 199f.

willigen Verfügung zur Folge hatten. Diese und andere Veränderungen führten in Deutschland zu einer Minderung der Formstrenge.

In Österreich hatte das TestG jedoch mitunter sogar den gegenteiligen Effekt einer Verschärfung. So wurden beispielsweise die hierzulande bis dahin zulässigen Testamentsformen des nicht eigenhändigen Privattestaments und des rein mündlichen Testaments vor drei Zeugen überhaupt beseitigt.⁵

Die einzige Bestimmung mit materiellem Gehalt, die also inhaltliche Anforderungen an die Verfügung stellte, war § 48 TestG.⁶ Dieser lautete:

„(1) Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt.

(2) Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewußter Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat.

(3) Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit ein anderer den Erblasser durch Ausnutzung seiner Todesnot zu ihrer Errichtung bestimmt hat.“

Gegenstand dieser Untersuchung ist § 48 Abs. 2 TestG, der als „inhaltliche Schranke“ ein Gegengewicht zu den beschriebenen Formerleichterungen des TestG – im Verhältnis zum BGB – darstellen sollte. Nach dem Wortlaut sollten letztwillige Verfügungen daran gemessen werden, ob sie dem „gesunden Volksempfinden“ genügten. Die Ratio dahinter drückte der mit § 48 TestG korrespondierende Vorspruch aus:

„Ziel des Erbrechts ist es, überkommenes wie gewonnenes Gut des Erblassers weiterzuleiten und über seinen Tod hinaus wirken zu lassen zum Wohle von Familie, Sippe und Volk. In der Hand eines verantwortungsbewußten Erblassers

dienen diesem Ziele auch Testament und Erbvertrag.

Die Anforderungen an die Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen sind so zu gestalten, daß unnötige Formenstrenge vermieden, andererseits eine zuverlässige Wiedergabe des Willens des Erblassers sichergestellt wird.“

Diese Gedanken finden sich bereits in der 1937 veröffentlichten Ersten Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht. Der Ausschuss stieß sich an den „individualistischen und materialistischen Züge[n]“⁷ des BGB, die sich nach seiner Ansicht im Erbrecht noch stärker als in anderen Bereichen manifestierten. Der Einzelne könnte im Erbweg willkürlich Vermögensgüter der Familie „entfremden“⁸ statt sie zu mehren und zum Wohle von Familie und Gemeinschaft einzusetzen. Anstelle des Pflichtgefühls gelte nur der Wille des Individuums. Angestrebt wurde nun, sich von diesem „übersteigerten Individualismus und Materialismus“⁹ abzuwenden und das Erbrecht an neuen Werten zu orientieren. Vermögen sollte in erster Linie in der Familie weitergegeben und für das „deutsche Volk“ eingesetzt werden.¹⁰ Der Erbrechtsausschuss formulierte prägnant, dass „[d]ie Willkür des Erblassers [...] ihre Grenze im Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken finden [muss]“.¹¹ Andererseits wollte man den Einzelnen aber auch nicht jeder Einflussmöglichkeit auf die Erbfolge berauben. Denn das hätte nur zu Verschwendung und Umgehungsgeschäften unter Lebenden geführt. Sinnvoll sei daher nicht, Wille und Pflicht gegenüberzustellen, sondern gesetzliche und gewillkürte Erbfolge miteinander möglichst in

⁷ LANGE, Denkschrift 4.

⁸ Ebd. 4.

⁹ Ebd. 5.

¹⁰ Vgl. LANGE, Denkschrift 5; SCHUBERT, Familien- und Erbrecht 314.

¹¹ Ebd. 5.

⁵ Amtliche Begründung zum TestG 1259.

⁶ RGBl. I 1938, 973.

Einklang zu bringen.¹² „Ein Gesetz, das die Errichtung von Test[amenten] so sehr erleichtert, mußte gleichzeitig Vorkehrungen gegen einen Mißbrauch der Testierfreiheit treffen“.¹³ Um das sicherzustellen, wurden der Vorspruch und § 48 in das TestG eingefügt. Der Gesetzgeber wollte damit vor allem folgende Fälle erfassen:¹⁴

- eine die Familie benachteiligende Zuwendung an eine Mätresse;
- die sachlich nicht gerechtfertigte Zuwendung von Familienschmuck, altem Tafelsilber, Familienerinnerungsstücken u. dgl. an Fremde;
- die Zuwendung von irgendwelchen Werten an eine staatsfeindliche Organisation sowie
- die Einsetzung eines „Juden“ zum Erben eines „Ariers“ unter Übergehung naher „arischer“ Verwandter.

Da § 48 TestG also eindeutig nationalsozialistisch geprägt war, überrascht es nicht, dass er in der Literatur bereits mehrfach Gegenstand rechtshistorischer Untersuchungen war. So beleuchteten Gruchmann,¹⁵ Hofmeister,¹⁶ Bielefeld¹⁷ und Bukor¹⁸ die Bestimmung unter dem Gesichtspunkt ihrer Entstehungsgeschichte. Die deutsche Judikatur wurde von Daut¹⁹ und Hackländer²⁰ untersucht. Ausführliche Untersuchungen zur Judikatur in Österreich fehlen aber noch. Bislang wurde sie zu § 48 TestG nur als Nebenschauplatz bei Meissel und Bukor²¹ behandelt, deren Arbeit die NS-Zivilgerichtsbar-

keit in Österreich generell zum Gegenstand hat. Diese stellen eine gewisse Zurückhaltung bei der Anwendung der Generalklausel fest. Das passt zu jenen Tendenzen, die der nationalsozialistischen zivilrechtlichen Judikatur im Allgemeinen zugeschrieben werden.²²

Die vorliegende Arbeit versucht, die bestehende Forschungslücke anhand der Urteile des Wiener Land- und Oberlandesgerichts zu füllen. Dazu wurden die Bestände des Wiener Stadt- und Landesarchivs ausgewertet. Im Folgenden soll vor allem gezeigt werden, wie viel Ideologie in den Gerichtsalltag tatsächlich einfluss und wie weit sich nationalsozialistisches Gedankengut darin manifestierte. Gerade die Generalklausel des § 48 Abs. 2 TestG hätte dem Richter schließlich als mögliches „Einfallstor“ für nationalsozialistische Ideologie viel Handlungsspielraum geboten.

Unter den erhaltenen Beständen, welche insgesamt 55.823 Akten umfassen, weisen rund 400 erbrechtliche Bezüge auf, wobei das Erbrecht häufig nur einen Nebenaspekt der Entscheidung bildete. Achtzehn davon betrafen § 48 Abs. 2 TestG.²³ Bei sechs kam es nicht zu einer Ent-

¹² Ebd. 6f.

¹³ VOGELS, Das neue Testamentsrecht 1273.

¹⁴ Amtliche Begründung 1259.

¹⁵ GRUCHMANN, Entstehung des Testamentsgesetzes 53–63.

¹⁶ HOFMEISTER, Privatrechtsgesetzgebung 140–142.

¹⁷ BIELEFELD, Rechtsbeziehungen II, 83–85.

¹⁸ BUKOR, Abstammungsrecht in der NS-Zeit 50–54.

¹⁹ DAUT, Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 17–63, 143–152.

²⁰ HACKLÄNDER, Prozessalltag im Dritten Reich 210–216.

²¹ MEISSEL, BUKOR, ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus 40–41.

²² HAFERKAMP, Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB 159–175; SEILER, Reichsgericht und ABGB 151–170.

²³ LG Wien, 16. 8. 1940, 1 Cg 138/40, Kart. 8/1/40 (Richter Walter Gassner); 6. 10. 1941, 16 Cg 256/40, Kart. 631/16/40 (Richter Rudolf Fellner); 18. 2. 1942, 16 Cg 289/40, Kart. 632/16/40 (Richter Rudolf Fellner); 8. 6. 1942, 3 Cg 73/42, Kart. 82/3/42 (Richter Hermann Mühlvenal); 10. 5. 1943, 29 Cg 236/41, Kart. 1246/29/41 (Richter Robert Seibt); 3. 7. 1943, 14 Cg 145/43, Kart. 540d/14/43 (Richter Hans Pulpan); 4. 10. 1943, 19 Cg 119/43, Kart. 810/19/43 (Richter Eduard Meyer); 13. 11. 1943, 13 Cg 261/42, Kart. 492/13/42 (Richter Georg Pfaundler); 16. 9. 1944, 29 Cg 32/44, Kart. 1544/29/44 (Richter Robert Seibt); 31. 10. 1944, 21 Cg 208/44, Kart. 1515/21/44 (Richter Hermann Weisswasser); 15. 12. 1944, 26 Cg 65/44, Kart. 1535/26/44 (Richter Schreyer); 12. 2. 1945, 25 Cg 221/44, Kart. 1534/25/44 (Richter Haindl); 17. 3. 1945, 11 Cg 171/44, Kart. 1466/11/44 (Richter Leopold Winkler), WStLA.

scheidung des Gerichts.²⁴ Die Parteien verglichen sich in diesen Fällen entweder oder das Verfahren wurde kriegsbedingt zurückgestellt. An fünf der achtzehn Verfahren waren „jüdische“ Parteien beteiligt.²⁵

Gegenstand diese Beitrages bilden die ausgehobenen Entscheidungen zu § 48 Abs 2 TestG. Den ideologisch auffälligen unter ihnen kommt dabei besondere Beachtung zu.

Judikatur

1. Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG

Geradezu exemplarisch für jene Fälle, die der Gesetzgeber mit § 48 TestG erfassen wollte, ist ein Urteil des Wiener Landgerichts aus dem Jahr 1943.²⁶ Es sei daher zur Illustration der Thematik eingangs dargestellt. Kläger war der „deutschblütige“ Vater des Erblassers. Dieser hatte in seinem Testament seine „jüdische“ Ehefrau zur alleinigen Erbin eingesetzt. Nach dem Vorbringen des klagenden Vaters verstieß die Verfügung seines Sohnes gegen § 48 Abs. 2 TestG. Er begehrte daher die Feststellung der Nichtigkeit. Das Urteil gab der Klage statt. Daraufhin wurde dem Vater gemäß der gesetzlichen Erbfolge die Hälfte des Nachlasses zugesprochen. In der Begründung berief sich das Gericht vor allem

auf den Vorspruch des Testamentsgesetzes sowie die Absicht des Gesetzgebers:

„Nach § 48 Abs. 2 des Testamentsgesetzes vom 31. VII. 1938 ist eine Verfügung von Todes wegen nichtig, soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat. Bei Anwendung dieser Vorschrift muss vom grundsätzlichen Standpunkt des Nationalsozialismus zum Erbrecht überhaupt ausgegangen werden. Dieser ist im Vorspruch zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen dargelegt. Darnach ist das Ziel des Erbrechts, übernommenes wie gewonnenes Gut des Erblassers weiterzuleiten und über seinen Tod hinaus wirken zu lassen, zum Wohle von Familie, Sippe und Volk. Nach diesem grundsätzlichen Standpunkt unterliegt es keinem Zweifel, dass eine Verfügung von Todes wegen im Sinne des Gesetzgebers nichtig ist, soweit in ihr ein deutschblütiger Erblasser unter Uebergehung deutschblütiger Verwandter einen Juden zum Erben einsetzt, oder zum Nachteil solcher Verwandter einem Juden eine Zuwendung von Todes wegen macht. Nach der Absicht des Gesetzgebers soll sich ein Volksgenosse einer Zuwendung in liberaler Absicht an einen Juden überhaupt enthalten.“

Das Gericht ging deshalb von der Nichtigkeit des gesamten Testaments aus, denn der vom Erblasser gesetzte Einsetzungsakt sei vom Gesetzgeber missbilligt.²⁷ Das änderte aber nichts daran, dass der „jüdischen“ Witwe²⁸ nach gesetzlicher Erbfolge immer noch die andere Hälfte des Nachlasses zukam.

²⁴ LG Wien, 9 Cg 32/41, Kart. 327/9/41 (gerichtlicher Vergleich); 13 Cg 112/42, Kart. 489/13/42 (gerichtlicher Vergleich); 8 Cg 146/43, Kart. 294d/8/43 (gerichtlicher Vergleich); 13 Cg 208/43 (Ruhens des Verfahrens); 18 Cg 183/40, Kart. 736/18/40 (Klagsrückziehung); 15 Cg 254/41, Kart. 582/15/41 (Verfahrensende unbekannt), WStLA.

²⁵ LG Wien, 6. 10. 1941, 16 Cg 256/40, Kart. 631/16/40; 8. 6. 1942, 3 Cg 73/42, Kart. 82/3/42; 4. 10. 1943, 19 Cg 119/43, Kart. 810/19/43; 15. 12. 1944, 26 Cg 65/44, Kart. 1535/26/44; 13 Cg 208/43, Kart. 493e/13/43, WStLA.

²⁶ LG Wien, 4. 10. 1943, 19 Cg 119/43, Kart. 810/19/43 WStLA.

²⁷ Anderer Ansicht: SEIBERT, in: PALANDT, § 48, Anm. 4.

²⁸ Genauer gesagt ihrem Nachlass: Die Ehefrau hatte mittlerweile Selbstmord begangen und ihrerseits ein Testament verfasst, mit dem sie ihre Verwandten bedachte.

Die Entscheidung des LG Wien entsprach in weiten Teilen wörtlich übereinstimmend einem Urteil des OLG Wien aus dem Februar 1942;²⁹ damals hatte das LG Korneuburg als Erstgericht aber noch anders entschieden.³⁰

In diesem Fall hatte der verstorbene Gatte, ebenfalls seine „jüdische“ Ehefrau als Alleinerbin eingesetzt. Klägerin war hier die Schwester des Erblassers. Der Erstrichter wies in diesem Urteil die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit ab. Er begründete dies damit, dass die Ehefrau den schwerkranken Erblasser über lange Jahre hinweg aufopfernd gepflegt hätte. In einem solchen Fall könne nicht die Rede davon sein, dass das Testament von der Nichtigkeit des § 48 Abs. 2 TestG betroffen sei. Hier wurden also die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Die lange Krankheit des Erblassers und seine Pflege durch die Ehefrau waren für den Richter der ersten Instanz ausschlaggebend. Das OLG Wien revidierte diese Entscheidung aber mit Verweis auf den Vorspruch zum Testamentsgesetz. Es betonte, die Förderung eines „Juden“ würde grundsätzlich gegen die Ziele des Testamentsrechts und damit auch gegen die Rücksichten eines verantwortungsbewussten Erblassers verstoßen. Aufrechtzuerhalten wäre eine letztwillige Verfügung zugunsten eines „Juden“ nur in wenigen Ausnahmefällen, in denen dies wegen des Gewichts besonderer Umstände des Falles eben gerade noch tragbar erschien. Solche außergewöhnlichen Umstände lägen jedoch hier nicht vor, das Testament sei daher nichtig.

Außerdem hatte sich das Gericht damit auseinandersetzen, dass das in Frage stehende Testament zwar bereits vor Inkrafttreten des TestG errichtet worden war, der Erbfall aber erst danach eintrat. Gemäß § 51 Abs. 2 TestG war die vor Inkrafttreten des TestG erfolgte „Errichtung

oder Aufhebung“ eines Testaments nach den bisherigen Vorschriften zu beurteilen, auch wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Gesetzes starb. Allerdings verstand das Gericht darunter nur die „rein formellen Fragen der Errichtung und Aufhebung einer letztwilligen Verfügung, nicht aber die Frage der Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit“. § 48 Abs. 2 TestG betraf hingegen eine Frage der „materiellen Nichtigkeit“ und war somit anwendbar. Das Urteil entsprach damit der herrschenden Meinung der Zeit.³¹

2. Keine Anwendung vor Inkrafttreten des TestG

Die beiden gleichlautenden Entscheidungen des LG und des OLG Wien befanden sich ideologisch sowohl sprachlich als auch inhaltlich auf Linie mit den von den Schaffern des TestG intendierten Ergebnissen. In anderen Fällen³² zeigten die Richter aber eine gewisse Zurückhaltung bei der Nichtigkeitsklärung letztwilliger Verfügungen, welche zugunsten von „rassisch“ diskriminierten Personen errichtet worden waren.³³ Dies galt etwa für Sachverhalte wie den folgenden, bei denen der Erbfall noch vor Inkrafttreten des TestG eingetreten und daher nur das ABGB anzuwenden war.

Der Erblasser verstarb am 21. März 1938. Er war der Onkel bzw. Großonkel der Kläger und setzte die Kinder seines „jüdischen“ Geschäftspartners, mit dem ihn eine lange Freundschaft verband, testamentarisch als Erben ein. Nach seinem Tod klagten die „arischen“ Verwandten auf Feststellung der Unwirksamkeit des Testaments. Sie beriefen sich dabei zum einen auf die Irre-

²⁹ OLG Wien, 18. 2. 1942, 6 R 142 DREvBl. (Wiener Ausgabe 1942) 112f.

³⁰ LG Korneuburg, 1 Cg 197/40 DREvBl. (Wiener Ausgabe 1942) 112 f.

³¹ VOGELS, TestG § 48, Rz. 7; RG. v. 16. 2. 39, Wx 43/39 DJ 1939, 573–575 (mit zustimmender Anm. von VOGELS) SEIBERT, in: PALANDT, § 48, Anm. 3.

³² LG Wien 6. 10. 1941, 16 Cg 256/40 Kart. 631/16/40 WStLA.

³³ So auch den Beitrag von LÖHNIG zur Rechtsprechung des 8. Senats des RG in diesem Band.

führung des Erblassers durch die Beklagten, zum anderen darauf, dass „eine letztwillige Verfügung zu Gunsten fremder rasseverschiedener, volksfeindlicher Juden und die Umgehung der dem Erblasser persönlich nahestehenden Verwandten dem gesunden Volksempfinden widerspricht und auch schon im Zeitpunkt der Testamentserrichtung widersprach, daher gegen die guten Sitten und ungiltig ist.“ Das Urteil wies das Klagebegehren ab. Der Vorwurf der Irreführung wurde mangels Beweisen abgetan. Zur Frage der Sittenwidrigkeit äußerte sich das Gericht wie folgt:

„[...] so pflichtet das Gericht den Klägern bei, dass mit Rücksicht auf die Erfahrungen, die das Deutsche Volk mit Juden im allgemeinen gemacht hat, eine Vererbung an Juden zum Nachteile der arischen Familienangehörigen dem herrschenden gesunden Volkswillen und der Sittenauffassung zuwiderläuft. Das Gericht kann jedoch auf § 48 Neues Testamentsrecht nicht verweisen, weil dieses Gesetz nur für Erbfälle Anwendung zu finden hat, die nach dem 4. VIII. 1938 eingetreten sind [...]. Vorliegendenfalls ist der Erbfall aber am 21. III. 1938, also lange vor dem Inkrafttreten des neuen Testamentsrechtes eingetreten, weshalb die Bestimmungen des ABGB Anwendung zu finden haben. Dieses kennt aber eine Erbunwürdigkeit von Juden nicht und andere Unwürdigkeits- oder Unfähigkeitsgründe als das gesunde Volksempfinden haben die Kläger nicht geltend gemacht.“

Das Gericht pflichtete also der Argumentation der Kläger zunächst bei. Eine Vererbung an „Juden“ unter Übergehung „arischer“ Verwandter laufe dem herrschenden „gesunden Volkswillen“ und der Sittenauffassung tatsächlich zuwider. § 48 TestG sei aber auf den vorliegenden Sachverhalt noch nicht anwendbar und das Testament daher gültig. Somit hielt das Gericht an der nach ABGB bestehenden Gesetzeslage fest, obwohl sich diese nicht in Einklang mit der nationalsozialistischen Ideologie befand. Das ist umso überraschender, als – den entsprechenden

Willen zur nationalsozialistischen Interpretation vorausgesetzt – das von den Klägern gewünschte Ergebnis auch nach ABGB durchaus erreicht werden hätte können. So hätte man auf § 879 ABGB zurückgreifen können, um die Nichtigkeit des Testaments wegen Sittenwidrigkeit zu begründen, wenn man letztere im NS-Sinn interpretiert hätte. In der Klagsschrift beriefen sich die Kläger sogar ausdrücklich auf die guten Sitten. Einen Verstoß gegen die „Sittenauffassung“ stellt auch das Gericht selbst fest, zog die Konsequenz des § 879 ABGB jedoch nicht.

Die Idee, dass § 48 Abs. 2 TestG ein besonderer Ausdruck der allgemeinen Gute-Sitten-Klausel war, durchzog bereits die Entstehungsgeschichte des TestG.³⁴ Die Mitglieder des Erbrechtsausschusses waren der Meinung, dass § 138 BGB eigentlich den gleichen Zweck erfüllen würde.³⁵ Allerdings war seine Fassung nach ihrem Empfinden „zu wenig volkstümlich“. Außerdem sollte die Zurückhaltung der Rechtsprechung bei der Nichtigkeitsklärung von Testamenten gelockert und herausgestrichen werden, dass auch Belange der Gemeinschaft geschützt werden sollten. Ganz in diesem Sinne hieß es dann in der Amtlichen Begründung zum TestG „§ 48 Abs. 2 des Entwurfs sagt im wesentlichen dasselbe [wie § 138 BGB]“.³⁶ Es zeigt sich also, dass der spätere § 48 Abs. 2 TestG als ausdrückliche

³⁴ BOEHMER, Gute Sitten 73f: „§ 48 II spricht also nur das aus, was für Verf[ügungen] v[on] T[odes] w[egen] schon seit 1933 oder, soweit es sich um die Sonderfrage der privatrechtlichen Stellung Fremdrassiger handelt, spätestens seit dem Herbst 1935 Inhalt des § 138 geworden war. Es wäre unerträglich, wenn der deutsche Richter gezwungen wäre, für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit einer letztwilligen Anordnung einen verschiedenen Maßstab anzulegen, je nachdem ob der Erblasser kurz vor oder kurz nach dem 4. 8. 38 verstorben ist. Es genügt, daß im Augenblick seines Todes die ‚guten Sitten‘ den – durch § 48 II nachträglich bestätigten – veränderten Normgehalt in sich aufgenommen hatten.“

³⁵ LANGE, Denkschrift 115f.

³⁶ Amtliche Begründung zum TestG 1259.

Regelung eines Spezialfalls der Sittenwidrigkeit intendiert war. Die Regelung stellte „nur die Verwirklichung allgemein gültiger, nationalsozialistischer Gedanken auf dem Gebiet des Testamentsrechts“ dar.³⁷ Das erkannten auch Literatur³⁸ und Rechtsprechung. Das OLG München verwies 1937 in einem Urteil auf § 138 BGB und nahm auf diesem Weg das noch nicht eingeführte TestG vorweg.³⁹ Ebenso sprach das LG Wien⁴⁰ später aus, § 48 Abs. 2 TestG stelle einen Sonderfall des § 879 ABGB dar.⁴¹

§ 879 ABGB war zwar nach seinem Wortlaut und der damals herrschenden Lehre – im Gegensatz zu § 138 BGB – nicht auf einseitige letztwillige Verfügungen anzuwenden.⁴² Gerade in der nationalsozialistischen Literatur wurde aber seine besondere Bedeutung als Einfallstor für NS-Gedankengut betont⁴³ und deshalb über den unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus dessen analoge Anwendung gefordert. Nach Bartsch waren die guten Sitten die Schranke für

den freien Willen des Erblassers. Das sei – so behauptet er, ohne dies allerdings zu belegen – „schon immer die Lehre des österreichischen Rechts gewesen. [...] [D]ie Regel des § 879, wonach ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist, ist immer analog auch auf Testamentsbestimmungen angewendet worden. Heute ist an Stelle dieser Bestimmungen der § 40 [gemeint ist § 48] TestG getreten.“⁴⁴ Obwohl § 48 Abs. 2 TestG nicht allgemein rückwirkend anzuwenden war, hätte er daher bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit sehr wohl als Argument eine Rolle spielen können.⁴⁵

Auf der Basis solcher Argumente erhoben auch die Kläger im Ausgangsfall gegen das ergangene Urteil Berufung. Darin führten sie an, dass dem ABGB der Begriff des „gesunden Volksempfindens“ zwar unbekannt sei, der vorliegende Fall aber genauso unter einen Verstoß gegen die „guten Sitten“ subsumiert werden könnte. Schließlich müsste man auch vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes im Sinne der „neuen Terminologie“ dem „gesunden Volksempfinden“ größtmöglichst widersprechende Testamente“ für nichtig erklären lassen können.

Zu einer Entscheidung über diese Berufung kam es allerdings nicht mehr. In den Akten wurde anstatt des Wohnortes der Beklagten der Vermerk angebracht, dass sich diese zurzeit im „feindlichen Ausland unbekanntem Aufenthaltes“ befanden. Die „jüdischen“ Beklagten waren also mittlerweile wohl geflohen. Gemäß der Elften Verordnung zum Reichsbürgergesetz⁴⁶ verfiel ihr Erbteil daher dem Reich. „Juden“, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im feindlichen Ausland hatten, verloren ihre Staatsbürgerschaft und ihr Vermögen wurde eingezogen. Die Klä-

³⁷ VOGELS, TestG § 48, Rz. 7.

³⁸ BOEHMER, Bedeutung des § 48 Abs. 2, 413; KREHAN, Erbeinsetzung eines Juden 143f; SCHMIDT-KLEVENOW, Kann ein Jude einen Deutschen beerben? 157f.

³⁹ OLG München 16. 11. 37, Wx 327/37, DJ 1938, 309–311 (mit zustimmender Anm. von VOGELS).

⁴⁰ LG Wien 16. 9. 1944, 29 Cg 32/44, Kart. 1544/29/44.

⁴¹ SEIBERT, in: PALANDT, § 51 TestG, Anm. 2 („Andererseits steht nichts im Wege bei nach dem 4.8.38 ergehenden Entscheidungen den Geist des TestGes und seines Vorspruchs auch auf frühere Erbfälle und Testamente anzuwenden.“); außerdem VOGELS, TestG § 48, Rz. 7.

⁴² Vgl Gschnitzer, in: KLANG, § 879, 181, der diesbezüglich auf die „Sondervorschriften des Erbrechtes“ verweist (gemeint war vor allem § 543 ABGB i.d.F. JGS 1811/946, aufgehoben durch BGBl. I 2009/75).

⁴³ Etwa SWOBODA, Schuldverhältnisse 15: „Dieser Bestimmung kommt im Dritten Reich eine besonders einschneidende Bedeutung zu, denn nach der strengen nationalsozialistischen Rechtsauffassung dürfen für das Gebiet des Rechts keine anderen moralischen Grundsätze gelehrt werden. Nur das entspricht der ‚Ehrlichkeit des Rechts‘.“; zu diesem LEITNER, Zivilrecht an der Universität Wien 268–274; MEISSEL, BUKOR, ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus 27f.

⁴⁴ BARTSCH, Erbrecht 33; KREHAN, Erbeinsetzung eines Juden 143f.

⁴⁵ VOGELS, TestG § 48, Rz. 7.

⁴⁶ 11. VO zum Reichsbürgergesetz vom 25. Nov. 1941 RGBl. I 1941, 72f.

ger stellten daraufhin einen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens an das OLG. Dem Reich könne nichts verfallen, was „die Juden nicht oder nicht mehr erwerben konnten“.⁴⁷ Die Korrespondenz zwischen dem Landgericht und dem Oberfinanzpräsidenten offenbart schließlich folgende Einigung: „Die Kläger bekommen die Hälfte des reinen Nachlasses im Vergleichswege die andere Hälfte das Reich, nicht die geklagten Juden, weil ihr gesamtes Vermögen und daher auch die Erbansprüche dem Reich verfallen sind.“

Zusammenfassend sei festgehalten: Obwohl das erstinstanzliche Urteil des LG Wien sprachlich bereits stark nationalsozialistisch geprägt scheint, fiel es im Ergebnis trotz der skizzierten, im NS-Sinn als „Sittenwidrigkeit“ argumentierbaren Zuwendung an vom NS-Regime verfolgte Personen (noch) zugunsten der „jüdischen“ Beklagten aus. Von einer „unbegrenzten Auslegung“⁴⁸ kann nicht gesprochen werden. Der Verfall des Vermögens der „jüdischen“ Begünstigten ergab sich letztlich aber aus der Anwendung der Elften Verordnung zum Reichsbürgergesetz.

3. Zum „Halbjuden“ als „Strohmann“ für einen „Volljuden“

Mit ähnlicher Zurückhaltung beurteilte das LG Wien einen Fall, in dem es um ein Legat zugunsten einer „Halbjüdin“ ging, die nach den Behauptungen der beklagten Erben lediglich „Strohmann“ für eine „Volljüdin“ gewesen sei.⁴⁹ Die „halbjüdische“ Legatarin klagte die eingetragenen Erben, weil ihre Legatsforderung noch nicht beglichen worden war. Diese verweigerten die Zahlung und behaupteten, die Kläge-

rin wäre lediglich in der letztwilligen Verfügung bedacht worden, um über Umwege ihrer Nichte, der „volljüdischen“ Witwe des Verstorbenen, Vermögen zukommen zu lassen. Die Legatarin sei daher bloß „Strohmann“ der „volljüdischen“ Witwe des Erblassers, das Legat verstoße gegen § 48 Abs. 2 TestG.⁵⁰

Das Urteil gab der Klage statt und bestätigte damit die Gültigkeit des Legats. In der Begründung wurde den Beklagten insoweit Recht gegeben, als eine Zuwendung an eine „volljüdische Person“ unwirksam wäre. Dasselbe gelte auch für eine Verfügung zugunsten eines „Strohmanns“ für eine „volljüdische Person“. Allerdings liege eine solche „Strohmannverfügung“ nach dem LG Wien hier nicht vor. Davon könne nämlich nur ausgegangen werden, wenn es eine diesbezügliche ausdrückliche Vereinbarung zwischen Erblasser und Begünstigter gebe. Der Erblasser wollte die Klägerin zwar, „in die Lage versetzen [...], seine Gattin, die wie er wusste als Jüdin nichts erben konnte, zu unterstützen“. Darüber hinaus spielte aber für ihn zumindest als Nebenmotiv eine Rolle, dass er der Klägerin aufgrund eines Darlehens zu großem Dank verpflichtet war. Dieses Nebenmotiv des Erblassers ließ „deutlich erkennen, dass er die Klägerin nicht als blossen Strohmann auffasste, sondern, dass er ihr etwas zuwenden wollte. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Erblasser mit seiner in den letzten Lebenstagen wiederholt gemachten Äusserung, für seine Gattin sei gesorgt, auf seine noch in Rumänien befindlichen Vermögenswerte angespielt hat, oder ob er dabei an eine Unterstützung [...] seitens der Klägerin [...] gedacht hat. [...] Eine blosser Erwartung, dass die Klägerin den ihr vermachten Betrag zum Teil oder ganz zu Gunsten der erblasserischen Gattin verwenden werde, reicht nicht aus, um diese Verfügung un-

⁴⁷ LG Wien, 6. 10. 1941, 16 Cg 256/40, Kart. 631/16/40 WStLA.

⁴⁸ So der Titel des Standardwerks RÜTHERS, Unbegrenzte Auslegung.

⁴⁹ LG Wien, 15. 12. 1944, 26 Cg 65/44, Kart. 1535/26/44, WStLA.

⁵⁰ Ein weiterer Akt zur Strohmannverfügung ist LG Wien, 8 Cg 146/43, Kart. 294d/8/43, WStLA, allerdings kam es aufgrund eines Vergleichs nie zu einem Urteil.

wirksam zu machen. Es sei noch vermerkt, dass eine Verwendung des Legats zu Gunsten der jüdischen Witwe [...] nicht mehr in Betracht kommt, weil diese seit Jahren evakuiert und verschollen ist.“

Das Urteil ist in zweifacher Weise bemerkenswert. Erstens stellte das Gericht an die „Strohmannverfügung“ strenge Anforderungen. Es bedürfe einer ausdrücklichen Vereinbarung und die Umgehung des § 48 Abs. 2 TestG müsse alleiniges Motiv für die Verfügung sein. Schon das Nebenmotiv „Dankbarkeit“ rechtfertige das Legat an die Klägerin, auch wenn der Erblasser daneben eine Unterstützung seiner „jüdischen“ Witwe erwartet haben mochte. Zweitens zeigt das Urteil, dass eine letztwillige Zuwendung an „Halbjuden“ nach Ansicht des Gerichts nicht dem „gesunden Volksempfinden“ widersprach.⁵¹

4. „Halbjuden“ nicht Teil der „Volksgemeinschaft“

Auch das folgende Urteil⁵² betraf die Stellung von „Halbjuden“ nach dem TestG. Ein („jüdisches“) Ehepaar hatte ein gemeinsames Testament errichtet. Ein Verwandter versuchte, die Verfügung für nichtig erklären zu lassen. Er argumentierte mit § 48 Abs. 2 TestG. Die letztwillige Verfügung sei nichtig, da die eingesetzten Erben „Volljuden“ seien, während er unter all den Verwandten der beiden Erblasser der einzige „Mischling ersten Grades“, also „Halbjuden“ sei. Das Gericht wies die Klage ab. Die

Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 TestG seien nicht erfüllt.

„Die beiden Erblasser sind Volljuden und gehören daher nicht zur Volksgemeinschaft. Auch der Halbjuden, Mischling I. Grades kann nicht zur Volksgemeinschaft gerechnet werden. Es lässt sich daher nicht sagen, dass die Erbeinsetzung von Volljuden mit Übergehung von Halbjuden gegen die Rücksichten, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen die Volksgemeinschaft zu nehmen hat, in einer dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise verstößt.“

Der Versuch des Klägers, die letztwillige Verfügung mit der Begründung für nichtig erklären zu lassen, er sei der qualifizierteste Erbe im Sinne des neuen Testamentsgesetzes, drang bei Gericht also nicht durch. Auch seine Berufung wurde als „offensichtlich unbegründet“ verworfen. „Halbjuden“ seien nämlich nicht Teil der Volksgemeinschaft i.S.d. § 48 TestG.

Die beiden letzten Urteile zeigen die eigentümliche Sonderstellung von „Halbjuden“ zwischen „Ariern“ und „Volljuden“ in der Rechtsprechung zum TestG. Einerseits verstieß die Verfügung zugunsten eines „Halbjuden“ nicht gegen das „gesunde Volksempfinden“. Der Erblasserwille und seine Privatautonomie wurden insofern anerkannt. Andererseits konnte sich ein sich übergeben fühlender „Halbjuden“ aber selbst nicht zu seinem Vorteil auf § 48 Abs. 2 TestG berufen, um die Nichterklärung einer Verfügung zu erwirken und so den Erblasserwillen zu durchkreuzen.

5. Keine amtswegige Wahrnehmung der Nichtigkeit

Die folgende Entscheidung berührte weniger den materiellrechtlichen Entscheidungsspielraum des Richters als viel mehr seine prozessua-

⁵¹ Mit der „Sonderstellung einer Halbjüdin“ argumentierten in der Revision an das RG schließlich auch die unterlegenen Erben. Eine Entscheidung über die Revision findet sich in den Archivbeständen allerdings nicht mehr. Ebenso die Argumentation der Kläger in LG Wien, 13 Cg 208/43, wo es aber zu einem außergerichtlichen Vergleich und deshalb zu keinem Urteil kam.

⁵² LG Wien, 8. 6. 1942, 3 Cg 73/42, Kart. 82/3/42, WSt-LA.

len Befugnisse.⁵³ Die Beschwerdeführerin argumentierte, dass der reichsdeutsche Nichtigkeitsbegriff anzuwenden sei. Die Nichtigklärung von Testamenten gemäß § 48 Abs. 2 TestG sei daher nicht nur auf Betreiben der Parteien, sondern vom Gericht amtswegig wahrzunehmen. § 126 Abs. 1 AußerstrG,⁵⁴ der den gesetzlichen Erben die Klägerrolle zuwies, wenn sie eine Verfügung wegen § 48 Abs. 2 TestG anfechten wollten, sei durch das TestG als derogiert zu betrachten.

Wäre das Gericht dieser Argumentation gefolgt, hätte es seine Gestaltungsmacht im Verlassenschaftsverfahren enorm erweitert. Dagegen wurde in der Entscheidung aber angeführt, dass entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin eine solche amtswegige Wahrnehmung auch nach reichsdeutschem Recht nicht vorgesehen war.⁵⁵ Eine Feststellung von Amts wegen sei sehr schwierig zu bewerkstelligen. Würden etwa die Benachteiligten eine solche Feststellung gar nicht wünschen, könnten sie es deshalb unterlassen, die Untersuchungen zu unterstützen, oder diese gar zu verhindern suchen. Das Gericht hätte sich mit dieser Feststellung begnügen und schon an dieser Stelle die Beschwerde abweisen können. Stattdessen fuhr es fort, um die Eigenständigkeit des österreichischen Rechts zu betonen: Selbst wenn man die amtswegige Wahrnehmung der Nichtigkeit im „Altreich“ annehme, könnte diese nicht ohne weiteres auf die „Ostmark“ übertragen werden. Dies würde die Inkraftsetzung neuer, im „Altreich“ schon geltender Bestimmungen sowie die gleichzeitige

ausdrückliche Außerkraftsetzung entgegenstehender Bestimmungen erfordern. Da solche Maßnahmen aber nicht getroffen wurden, sei ein amtswegiges Aufgreifen der Nichtigkeit nicht vorgesehen.

6. Kein „Sippenerbrecht“

Ebenso scheiterten Versuche, aus dem „Vorspruch“ zum TestG einen Anspruch auf ein „Sippenerbrecht“ herauszulesen. Ein solches Ansinnen, gleichsam entsprechend alter germanischer Vorstellungen ein eigenes Recht der „Sippe“ über den Umweg des „gesunden Volksempfindens“ zu konstruieren, wurde mit Hinweis darauf abgeschmettert, dass das TestG die gesetzliche Erbfolge nach dem ABGB nicht geändert habe.⁵⁶

Die Erblasserin setzte eine mit ihr weder verwandte noch verschwägte Person als Alleinerbin ein. Daraufhin begehrten die Angehörigen ihres vorverstorbenen Ehegatten die Feststellung der Nichtigkeit des Testaments. Sie behaupteten, durch die Ehe Teil der „Sippe“ der Erblasserin geworden zu sein. Dazu beriefen sie sich auf den Vorspruch zum TestG. Ziel des Erbrechts sei es, überkommenes wie gewonnenes Gut des Erblassers weiterzuleiten und über den Tod hinaus zum Wohle von Familie, Sippe und Volk wirken zu lassen. Die letztwillige Verfügung der Erblasserin zu Gunsten eines Fremden mit vollständiger Übergehung der Kläger verstoße in gröblichster Weise gegen die Rücksichten, die die Verstorbene als verantwortungsbewusste Erblasserin gegen die Kläger als Blutsverwandte ihres Gatten zu nehmen gehabt hätte, und sei daher gemäß § 48 Abs. 2 TestG nichtig.

Der Erstrichter wies das Klagebegehren ab, da sich die gesetzliche Erbfolge des ABGB durch das TestG nicht geändert hätte. Da den Klägern

⁵³ OLG Wien, 29. 12. 1939, 5 Wx 24, DREvBl (1940) 19; vgl. zu diesem Urteil auch MEISSEL, BUKOR, ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus 40.

⁵⁴ I.d.F. RGBl. 1854/208.

⁵⁵ Etwa SEIBERT, in: PALANDT, § 48, Anm. 3; außerdem wurden bei LANGE, Denkschrift 9ff bereits Vorschläge zu genehmigungspflichtigen letztwilligen Verfügungen sowie nachträgliche Überprüfungen derselben durch die Gerichte angedacht und bewusst verneint; a.A. aber VOGELS, TestG § 48, Rz. 9.

⁵⁶ LG Wien, 16. 8. 1940, 1 Cg 138/40, Kart. 8/1/40, WStLA.

somit mangels Titel kein Erbrecht gebühre, stehe ihnen auch nicht die Berechtigung zur Einbringung der Klage gegen den Testamentserben zu. Es wurde daher nicht als notwendig erachtet, näher auf die Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 TestG einzugehen.

„Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938 hat weder diese gesetzliche Erbfolge des bürgerlichen Rechtes abgeändert noch aufgehoben. Es enthält nur neue Formvorschriften für die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen und Bestimmungen über die Aufhebung eines Testamentes. Im § 50 Abs. 3 Punkt 2 werden daher auch nur die diesen Gegenstand behandelnden Bestimmungen des abGB [...] aufgehoben, die Bestimmungen des dreizehnten Hauptstückes §§ 727 ff dagegen unberührt gelassen. Den Klägern steht demnach kein gesetzliches Erbrecht zu. Dabei mag dahingestellt bleiben, ob die Kläger und insbesondere die Zweit- und Drittklägerin als noch zur Sippe gehörig anzusehen sind.“

Das Berufungs⁵⁷- und das Reichsgericht⁵⁸ bestätigten das erstinstanzliche Urteil mit derselben Begründung.⁵⁹

7. Heiratsschwindler

Neben den gezeigten nationalsozialistisch geprägten Urteilen gab es auch solche, die nicht von der NS-Ideologie beeinflusst waren.⁶⁰ Zur

Veranschaulichung sei hier nur eines ausführlicher dargestellt.

Der Akt handelt von einer Testamentsanfechtung der Verwandtschaft, die sich in ihrer Begründung ebenfalls auf § 48 Abs. 2 TestG stützen.⁶¹ Der Kläger war davon überzeugt, dass seine verstorbene Schwester einem Heiratsschwindler zum Opfer gefallen wäre. Die Erblasserin hatte den Beklagten als Erben eingesetzt und später ihr Leben durch Selbstmord beendet. Nach ihrem Tod musste sich der Beklagte, der bereits mehrfach wegen einschlägiger Delikte vorbestraft war, wegen Betrugs an einer anderen Frau vor Gericht verantworten und wurde zu einer sechsjährigen Gefängnisstrafe verurteilt. Der Kläger gab an, dass der Beklagte seine Schwester durch falsche Eheversprechen zu der Errichtung des Testaments zu seinen Gunsten verleitet hatte. Das Urteil fiel zu Gunsten der klagenden Partei aus.

„Es genügt darauf zu verweisen, dass der Beklagte selbst zugibt, die Verstorbene über seine Vorstrafen aufgeklärt zu haben und dass sie trotz dieser Aufklärung und trotz der Aufklärung durch ihre Verwandten die Erbeinsetzung vornahm. Mag das Verhalten der Verstorbenen in ihrem subjektiven Zustand auch menschlich entschuldbar sein, so muss doch der sachlich empfindende Dritte zu der Ansicht kommen, dass eine solche Erbeinsetzung dem gesunden Volksempfinden widerspricht und dass daher die Anwendung des § 48 Absatz 2 Testamentengesetz berechtigt ist.“

Diese Entscheidung scheint nicht weiter ideologisch auffällig, da ein Testament zugunsten eines Heiratsschwindlers wohl unabhängig von ideologischen Einflüssen für nichtig erklärt worden wäre.

⁵⁷ OLG Wien, 2. 10. 1940, 1 R 351/40.

⁵⁸ RG, 15. 1. 1941, VIII 141/40, BGH-Archiv Karlsruhe.

⁵⁹ Ebenso LG Wien, 12. 2. 1945, 25 Cg 221/44 Kart. 1534/25/44, WStLA.

⁶⁰ So etwa auch LG Wien, 13. 11. 1943, 13 Cg 261/42 Kart. 492/13/42 (Kind aus einer früheren Ehe gegen die neue Ehefrau des Erblassers, Herabsetzung der Tochter auf den Pflichtteil nicht gegen das gesunde Volksempfinden); 31. 10. 1944, 21 Cg 208/44 Kart. 1515/21/44 (Einsetzung einer Lebensgefährtin, die der Erblasser auch zu ehelichen beabsichtigte, war kein Verstoß gegen § 48 Abs. 2 TestG); 18. 2. 1942, 16 Cg 289/40, Kart. 632/16/40 (Neffe focht Testament der Tante an), WStLA.

⁶¹ LG Wien, 16. 9. 1944, 29 Cg 32/44, Kart. 1544/29/44, WStLA.

Resümee

Insgesamt ergibt die Rechtsprechung des LG Wien zu § 48 Abs. 2 TestG ein differenziertes Bild. Zwar sind alle Urteile zumindest sprachlich stark ideologisch aufgeladen. Beispiele für die Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG stellen jene Urteile dar, bei denen die „jüdischen“ Gattinnen der Erblasser unter Übergehung „arischer“ Verwandter testamentarisch bedacht worden waren. Sowohl das LG Wien⁶² als auch das OLG Wien⁶³ stellten die Nichtigkeit einer solchen letztwilligen Verfügung fest. Allerdings gibt es auch einige Urteile, die trotz ideologischer Argumentationslinien abweisend ausfielen und die Nichtigkeit der Verfügung verneinten. So wurde § 48 Abs. 2 TestG vor seinem Inkrafttreten in Österreich nicht über den Weg des § 879 ABGB vorweggenommen. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Strohmannverfügung zugunsten eines „Juden“ waren hoch und lagen deshalb wohl selten vor. „Halbjuden“ konnten sich zwar selbst nicht auf § 48 Abs. 2 TestG berufen, eine Verfügung zu ihren Gunsten, war aber sehr wohl wirksam. Der Versuch, die Wahrnehmung⁶⁴ der Nichtigkeit amtswegig durchzusetzen, scheiterte ebenso wie die Etablierung des Begriffs „Sippe“ als neuen Erbrechtstitel.⁶⁵ Schließlich begegnen auch zu § 48 Abs. 2 TestG Fälle, die ideologisch unauffällig scheinen und so den trügerischen Eindruck scheinbarer Normalität im NS-Unrechtsregime vermitteln.

⁶² LG Wien, 4. 10. 1943, 19 Cg 119/43, Kart. 810/19/43, WStLA.

⁶³ OLG Wien, 18. 2. 1942, 6 R 142, DREvBl DR (Wr Ausgabe 1942) 112f.

⁶⁴ OLG Wien, 29. 12. 1939, 5 Wx 24, DREvBl 1940 (Wr Ausgabe) 19f.

⁶⁵ LG Wien 16. 8. 1940, 1 Cg 138/40, Kart. 8/1/40, WStLA.

Korrespondenz:

Stephanie HANEL, BA
 Universität Wien
 Institut für Römisches Recht
 und Antike Rechtsgeschichte
 Schenkenstraße 8-10
 1010 Wien
 stephanie.hanel@univie.ac.at
 ORCID-Nr. 0000-0003-1207-9716

Abkürzungen:

DJ	Deutsche Justiz [Zeitschrift]
DR	Deutsches Recht [Zeitschrift]
DREvBl.	Evidenzblatt Zeitschrift Deutsches Recht
Rz.	Randziffer
TestG	Testamentsgesetz
ZakfDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

Literatur:

- Amtliche Begründung zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938, in: Deutsche Justiz 100 (1938) 1254–1259.
- Robert BARTSCH, Vierter Teil Erbrecht, in: Ernst SWOBODA (Hg.), Das österreichische Allgemeine Gesetzbuch. Eine systematische Darstellung für das Studium und für die Praxis (Wien 1942).
- Sven BIELEFELD, Österreichisch-deutsche Rechtsbeziehungen II: Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht 1938–1945 (Frankfurt am Main 1996).
- Gustav BOEHMER, Die Bedeutung des § 48 Abs. 2 des Testamentsgesetzes für einfache und gemeinschaftliche Testamente, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 6 (1939) 413–414.
- Gustav BOEHMER, Die „guten Sitten“ im Zeichen nationalsozialistischer Familienpflicht, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 8 (1941) 73–74.
- Benjamin BUKOR, Zivilrecht und Ideologie. Die Entwicklung des österreichischen Abstammungsrechts in der NS-Zeit unter Berücksichtigung der Judikatur des LGZ bzw. LG Wien und des Reichsgerichts“ (jur. Diss., Univ. Wien 2015).

- Christian Heinz DAUT, Untersuchungen über den Einfluss nationalsozialistischer Anschauungen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen bei der Anwendung einiger nationalsozialistischer Gesetze (Göttingen 1965).
- Lothar GRUCHMANN, Die Entstehung des Testamentgesetzes vom 31. Juli 1938. Nationalsozialistische „Rechtserneuerung“ und Reformkontinuität, in: ZNR 7 (1985) 53–63.
- Franz GSCHNITZER in: Heinrich KLANG (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II/2 (Wien 1934).
- Philipp HACKLÄNDER, „Im Namen des Deutschen Volkes“. Der allgemein-zivilrechtliche Prozessalltag im Dritten Reich am Beispiel der Amtsgerichte Berlin und Spandau (Berlin 2001).
- Hans-Peter HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB zwischen 1939 und 1945, in: Barbara DÖLEMEYER, Heinz MOHNHAUPT (Hgg.), 200 Jahre ABGB (1811–2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext (Frankfurt am Main 2012) 159–175.
- Herbert HOFMEISTER, Privatrechtsgesetzgebung für Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, in: Ulrike DAVY u.a. (Hgg.), Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (Wien 1990) 124–148.
- Hans KREHAN, Erbeinsetzung eines Juden, in: Deutsches Recht Wiener Ausgabe 12 (1939) 143f.
- Heinrich LANGE (Hg.), Das Recht des Testamentes. 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht (Tübingen 1937).
- Max LEITNER, Das Zivilrecht an der Universität Wien, in: Franz-Stefan MEISSEL u.a. (Hgg.), Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945 (Wien 2012) 268–274.
- Franz-Stefan MEISSEL, Benjamin BUKOR, Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Constanze FISCHER-CZERMAK u.a. (Hgg.), Festschrift 200 Jahre ABGB (Wien 2011) 17–43.
- Bernd RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (Tübingen 2012).
- Kurt SCHMIDT-KLEVENOW, Kann ein Jude einen Deutschen beerben? in: Deutsches Recht Wiener Ausgabe 13 (1940) 157f.
- Werner SCHUBERT (Hg.), Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus. Ausgewählte Quellen zu den wichtigsten Gesetzen und Projekten aus den Ministerialakten (Paderborn 1993) 288–341.
- Claus SEIBERT, Kommentierung zum Testamentgesetz, in: Otto PALANDT (Hg.), Beck'scher Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. VII: Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, Schiffsrechtgesetz, Ehegesetz, Testamentgesetz und anderen einschlägigen Vorschriften (München–Wien 1942).
- Hans Hermann SEILER, Das Reichsgericht und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, in: Bernd-Rüdiger KERN, Adrian SCHMIDT-RECLA (Hgg.), 125 Jahre Reichsgericht (Berlin 2006) 151–170.
- Ernst SWOBODA, Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III: Das Recht der Schuldverhältnisse (Wien 1942) 15.
- Werner VOGELS, Der Stand der Vorarbeiten zur Erneuerung des deutschen Erbrechts, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 4 (1937) 743–744.
- Werner VOGELS, Das neue Testamentsrecht, in: Deutsche Justiz 100 (1938) 1269–1274.
- Werner VOGELS, Kommentar zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938 (Berlin–München 1943).

Stefan WEDRAC, Wien

Die politische Einstellung der Richter des Präsidiums und des Geschäftsbereiches Zivil- und Handelssachen des Landgerichts Wien 1942

Versuch einer Kollektivbiographie

The political views of the judges of the presidium and the division for civil and commercial matters of the Viennese Regional Court in 1942. Attempt of a collective biography

This article sets out to create a political collective biography of 64 judges of the civil law division of the Viennese Regional Court that were active in 1942. Of these judges, the political view before and after 1938 was examined. Before 1938, about 40 percent belonged to German national or national socialist parties; after 1938 over 70 percent were active in the Nazi party, its branches or affiliated organizations.

Keywords: 1938/45 – Austrian contemporary history – Austrian judges – Collective biography – Courts in Vienna – NS-era – Nazi party – Legal history – Private law jurisdiction

1. Forschungsfrage, Stand der Forschung und Ausgangspunkt dieser Analyse

Der vorliegende Artikel beschäftigt sich mit der Frage, wie die im Jahre 1942 aktiven Richter des Präsidiums und des Geschäftsbereiches für Zivil- und Handelssachen des Landgerichts Wien vor und nach 1938 politisch eingestellt waren. Bevor versucht wird, darauf eine Antwort zu geben, sind einige einleitende Bemerkungen notwendig. Zur politischen Einstellung der Richterschaft in Österreich während der Ersten Republik, im Austrofaschismus und Nationalsozialismus existieren einige Publikationen,¹ welche im Wesentli-

chen ausführen, dass ein großer Teil der Richter und Staatsanwälte dem großdeutsch/nationalen oder nationalsozialistischen Milieu nahegestanden sei. Dies wird einerseits auf die Sozialisierung vieler Juristen in Studentenverbindungen bzw. ihren Familien zurückgeführt, andererseits damit begründet, dass das Justizministerium während der Ersten Republik lange Zeit in der Hand der nationalen Parteien war.² Wenn auch quantitative Studien bisher kaum publiziert wurden,³ so deuten doch einzelne Artikel und Zwischenergebnisse von laufenden Projekten⁴ darauf

se bedanke ich mich ganz herzlich bei Sarah Knoll, MA, Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel und DDr. Christoph Schmetterer.

² SCHWARZ, Zur Frage der personellen Kontinuitäten 130f.

³ ENDERLE-BURCEL, NEUBAUER-CZETTL, Justiz am Prüfstand 33.

⁴ Siehe dazu die Berichte NEUGEBAUER, SCHWARZ, Die Bemühungen des DÖW und FORM, NEUGEBAUER,

¹ Neben den in den folgenden Fußnoten genannten Werken siehe dazu vor allem NEUGEBAUER, Richter in der NS-Zeit; MATTL, Zu Sozialgeschichte und Habitus österreichischer RichterInnen; STADLER, „...juristisch bin ich nicht zu fassen.“. Für ihre wertvollen Hinwei-

hin, dass dies tatsächlich der Fall gewesen sein dürfte. In diesem Zusammenhang ist vor allem Gerhard Botz' Artikel über das Verhältnis von Politik und Rechtswesen in der Ersten Republik zu nennen, in dem er nachweist, dass bei der Rechtsprechung über politische Straftaten unter Mitwirkung von Laienrichtern die Urteile zwar generell betrachtet oft (zu) milde ausfielen, man jedoch öfter über linke Angeklagte angemessene oder harte Urteile fällte als über „Antimarxisten“. Botz bringt dies in Zusammenhang mit der politischen Haltung der Berufsrichter, welche auch an solchen Urteilen einen wesentlichen Anteil hatten.⁵ Neueste Publikationen folgen dieser Ansicht.⁶ Abgesehen von der Historiographie findet man auch zeitgenössische Hinweise auf die tendenziell nationale oder nationalsozialistische Haltung der Richterschaft: Die Probleme, welche die autoritäre Regierungsdiktatur 1934 bis 1938 mit der Richterschaft hatte,⁷ deuten beispielsweise auf diesen Umstand hin. Dazu kommen die Aussagen einiger Nationalsozialisten,⁸ darunter des kurzzeitigen Justizministers Franz Hueber, der 1938 schätzte, dass in den Jahren der Illegalität etwa die Hälfte der Richter Mitglieder der verbotenen NSDAP gewesen seien.⁹ Diese Zahlen sind sicherlich übertrieben, aber die Forschung schließt sich dem mit gewissen Abstrichen an.

Wenn im vorliegenden Artikel als Beitrag zur oben skizzierten Diskussion der Versuch unternommen wird, eine politische Kollektivbiographie der Richter des Präsidiums und des Geschäftsbereiches Zivil- und Handelssachen des Landgerichts Wien 1942 zu erstellen, so muss kurz die Auswahl der Stichprobe erklärt werden:

SCHWARZ, Die Kooperationsprojekte der Universität Marburg und des DÖW.

⁵ BOTZ, Zum Verhältnis von Politik und Rechtswesen 109–111.

⁶ REITER-ZATLOUKAL, Die (Un)Abhängigkeit der Richter 437; SCHWARZ, NS-Richter in Österreich 126f.

⁷ Ebd. 437f.

⁸ STADLER, „...juristisch bin ich nicht zu fassen.“ 15.

⁹ HUEBER, Der Weg der Rechtsvereinheitlichung 238.

Der Verfasser war im Rahmen des vom österreichischen Fonds zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung finanzierten Projektes „Privatrecht in unsicheren Zeiten – Österreichische Zivilrechtsjudikatur unter der NS-Herrschaft“¹⁰ am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien bei Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel neben der Mitarbeit an einer Datenbank sämtlicher erhaltener Zivilprozessakten des Land(es)gerichts Wien auch mit Recherchen zur Gerichtsorganisation und den betreffenden Richtern beschäftigt.

Während es sowohl zum Strafrecht im Nationalsozialismus, den Sondergerichten und den jeweils tätigen Richtern aufgrund des politischen Interesses bereits einige Studien gibt,¹¹ so ist dies zum Zivilrecht mit wenigen Ausnahmen, welche zumeist die Höchstgerichte betreffen,¹² nicht der Fall. Weil sich aber aufgrund der teilweise ideologisch gefärbten Rechtsprechung im Zivilrecht¹³ die Frage nach dem politischen Hintergrund der Richter für Zivilrechtsachen aufdrängt, wurde es ins Auge gefasst, eben dies im Rahmen des Projektes zu bearbeiten. Als Referenzpunkt diente das Land(es)gericht Wien, da eine Analyse der Richterbiographien möglichst als Hilfe bei der inhaltlich-rechtshistorischen Aufarbeitung der Akten vorgesehen war.

Da die Justizverwaltungsakten des Land(es)gerichts Wien aus der Zeit des Nationalsozialismus im Gegensatz zu den Fallakten nicht in das

¹⁰ Projektnummer des FWF: P-25200.

¹¹ Beispielsweise SZECSI, STADLER, Die NS-Justiz in Österreich; REITER-ZATLOUKAL, Die Umgestaltung der österreichischen Strafrechtsordnung, und NEUGEBAUER, Zur wissenschaftlichen Erforschung (mit weiteren Hinweisen).

¹² HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“; LÖHNIG, Entwicklungspfade des Deliktsrechts; WEDRAC, Die Richter des Obersten Gerichtshofs.

¹³ Siehe etwa MEISSEL, BUKOR, Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus; BUKOR, Zivilrecht und Ideologie.

Wiener Stadt- und Landesarchiv gelangt waren, stellte sich zunächst die Frage, wie man an eine Geschäftsverteilung kommen könne. Im Zuge der Recherche konnten Kopien von fünf erhaltenen Geschäftsplänen des Landgerichts Wien dankenswerter Weise von Senatspräsident des Verwaltungsgerichtshofes i.R. Dr. Alfred Waldstätten für das Projekt beschafft werden, der sie im Zuge der Recherchen für seine Gesamtdarstellung der Wiener Gerichte und ihrer Organisation seit Maria Theresia¹⁴ aufgefunden hatte. Dabei handelt es sich um vier datierte Geschäftspläne für die Jahre 1942 bis 1945 und einen nicht datierten Plan, der vermutlich 1940 zuzuordnen ist. Da der Geschäftsplan von 1942 der früheste, sicher datierbare Plan ist, wurde er als Grundlage für die Stichprobe ausgewählt. Weil der Fokus auf Zivilrecht lag, wurden die Richter des Geschäftsbereiches für Zivil- und Handelssachen, wo auch fast alle Präsidiumsmitglieder tätig waren, als Untersuchungsgruppe bestimmt. Bevor auf den Geschäftsplan im Detail eingegangen wird, sei kurz der rechtlich-organisatorische Rahmen thematisiert.

2. Organisatorische Änderungen der österreichischen Justiz nach 1938

Die Justizorganisation Österreichs erfuhr schon bald nach dem Anschluss Änderungen. Ende März 1938 bestimmte eine Verordnung,¹⁵ dass die Gerichte in Zukunft „Recht im Namen des Deutschen Volkes“ zu sprechen und die Richter und Staatsanwälte das Hoheitszeichen des Deutschen Reiches auf ihrer Tracht zu führen hatten. Im August führte man die deutschen Bezeichnungen für die Gerichte in Österreich ein: Aus Bezirksgerichten wurden Amtsgerichte, aus Landesgerich-

ten Landgerichte.¹⁶ 1939 wurde das ehemalige Justizministerium, schon zuvor als „Abteilung Österreich“ des Reichsjustizministeriums geführt, aufgelöst und sein Leiter Franz Hueber zum Unterstaatssekretär ernannt.¹⁷ Per 1. April¹⁸ löste man den Obersten Gerichtshof auf¹⁹ und übertrug seine Agenden an Senate des Reichsgerichts. Mit der „Verordnung zur Änderung der Gerichtsgliederung im Lande Österreich“²⁰ legte man mehrere österreichische Gerichte zusammen. Für Wien bedeutete dies, dass das Landgericht für Zivilrechtssachen, die Landgerichte für Strafsachen I und II, das Handelsgericht und der Jugendgerichtshof per 1. Mai zum Landgericht Wien vereinigt wurden. Auf der Ebene darunter kam es in weiterer Folge auch noch zu Gerichtskonzentrationen, wie etwa in Form von Aufhebungen und Zusammenführungen von Wiener Amts-(früher Bezirks-)gerichten.²¹ Ein weiterer, zum Verständnis der folgenden Geschäftspläne wichtiger Punkt ist, dass im Zuge des Zweiten Weltkrieges zahlreiche „Vereinfachungsverordnungen“ ergingen, von denen etwa die erste die Senatsgerichtsbarkeit in Zivilsachen beseitigte und die Versetzbarkeit der Richter anordnete.²²

3. Regelungen zur Geschäftsverteilung in Austrofaschismus und Nationalsozialismus

Kurz soll auf die Gestaltung der Geschäftspläne zur Zeit des Nationalsozialismus eingegangen werden. Eine autonome Festlegung der Geschäftsverteilung kannten die österreichischen Gerichte schon seit 1934 nur mehr eingeschränkt.

¹⁶ GBIÖ. 1938/350.

¹⁷ WALDSTÄTTEN, Staatliche Gerichte 268.

¹⁸ GBIÖ. 1939/353.

¹⁹ GBIÖ. 1939/307.

²⁰ GBIÖ. 1939/522.

²¹ WALDSTÄTTEN, Staatliche Gerichte 270–275.

²² GBIÖ. 1939/1244.

¹⁴ WALDSTÄTTEN, Staatliche Gerichte.

¹⁵ GBIÖ. 1938/20.

Einige Tage vor dem Bürgerkrieg hatte die Regierung Dollfuß per Verordnung²³ basierend auf dem Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz festgelegt, dass nicht mehr die kollegialen Personalsenate der Gerichte, sondern der Gerichtspräsident die Geschäftsverteilung bestimmte. Dies musste nicht mehr nur jahresweise geschehen, sondern konnte bei Wechsel des Personalstandes, „wegen Überlastung oder zu geringer Beschäftigung einzelner Richter oder Senate oder aus anderen wichtigen Gründen“ erfolgen, jeweils unter Genehmigung des Oberlandesgerichtspräsidenten (bzw. beim Oberlandesgericht des Justizministers). Aus „wichtigen Gründen“ konnte zudem der Bundesminister für Justiz im Austrofaschismus die Geschäftsverteilung sämtlicher Gerichte ändern, womit ein wichtiger Aspekt der Autonomie der Gerichte zerstört worden war.

Im Deutschen Reich war die Verteilung der Geschäfte (welche nur wegen Überlastung, Wechsels oder dauernder Verhinderung eines Richters geändert werden konnte) unter die Kammern der Landgerichte und die Bestimmung ihrer Vorsitzenden und ständigen Mitglieder nach den §§ 61–63 Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 Sache des Präsidiums. Dieses war ein Kollegialorgan des Präsidenten, der Direktoren und der ältesten Räte des Gerichtes und entschied mit Stimmenmehrheit.²⁴ Nach der Machtübernahme der Nationalsozialisten kam es zuerst am 20. März 1935 „übergangsweise“ zu einer reichsweiten Regelung mit der „Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung“.²⁵ In deren § 5 wurde bestimmt, dass bei Amtsgerichten der Präsident – bzw. falls es einen solchen nicht gab, der übergeordnete Landgerichtspräsident – vor Beginn eines Geschäftsjahres die Geschäfte

verteilte und der Reichsminister der Justiz Grundsätze für die Verteilung aufstellen konnte. Die Vorsitzenden und Mitglieder der Strafkammern bestimmte der Landgerichtspräsident. Gemäß § 6 konnten diese Anordnungen wie schon zuvor nur wegen Überlastung, Wechsels oder dauernder Verhinderung eines Richters geändert werden. Für Landgerichte sah die Verordnung vor, dass der Minister auch hier Grundsätze aufstellen durfte. Der jeweilige Landgerichtspräsident bestimmte die Zahl der Zivil- und Strafkammern und bestellte ihre Vorsitzenden. 1937 erging die definitive gesetzliche Regelung:²⁶ Im „Gesetz über die Geschäftsverteilung bei den Gerichten“²⁷ war vorgesehen, dass vor Beginn des Geschäftsjahres die Geschäfte der Richter des Amtsgerichtes, der Kammern der Landgerichte, der Senate der Oberlandesgerichte, des Volksgerichtshofes und des Reichsgerichts zu verteilen und ihre Vorsitzenden und ständigen Mitglieder zu bestimmen waren. Im Laufe des Geschäftsjahres konnte die Geschäftsverteilung nur geändert werden, falls es eine Überlastung, einen Wechsel oder eine dauernde Verhinderung eines Richters gab oder dies „sonst im Interesse der Rechtspflege dringend erforderlich“ war. Die Geschäftsverteilung erfolgte nun durch den Amts- oder Landgerichtspräsidenten bei Amtsgerichten. Bei Landgerichten, Oberlandesgerichten, dem Volksgerichtshof und dem Reichsgericht geschah dies durch die dortigen Präsidenten und bei Sondergerichten durch die Oberlandesgerichtspräsidenten und innerhalb der Senate durch die Vorsitzenden. Gleichzeitig traten die Bestimmungen über das kollegiale Präsidium gemäß Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 außer Kraft und dessen Aufgaben gingen auf die Präsidenten über. Der Justizminister konnte Grundsätze für die Geschäftsverteilung aufstellen und über den Weg der Weisungsbefugnis und Dienstaufsicht ein-

²³ BGBl. 1934/83.

²⁴ dRGBL. 1877 Nr. 4 41. Die Regelung der Geschäftsverteilung der Amtsgerichte war den Einzelstaaten des Reiches überlassen: KERN, Der gesetzliche Richter 134.

²⁵ dRGBL. 1935 I 403.

²⁶ STEINLECHNER, Der Richter im Dritten Reich 106f.

²⁷ dRGBL. 1937 I 1286.

greifen,²⁸ weil die Verteilung der Geschäfte von einer richterlichen Aufgabe zu einer Sache der Justizverwaltung wurde. Politischer Intervention war dadurch Tür und Tor geöffnet.²⁹

4. Der „Geschäftsplan“ des Landgerichts Wien für 1942

Der „Geschäftsplan“ des Landgerichts Wien für 1942³⁰ sah verschiedene Abteilungen vor, die den 1939 aufgelösten Gerichten entsprachen. Im Justizpalast untergebracht war der Geschäftsbereich 1, der für alle Zivil- und Handelssachen, Ausgleichs- und Konkursachen zuständig war. Im dritten Wiener Gemeindebezirk, in der Rüdengasse, war der Geschäftsbereich 2 beheimatet, welcher alle Jugendsachen (Vormundschaft und Strafsachen) umfasste. Im bekannten „Grauen Haus“ (Gebäude des Straflandesgerichts, achter Bezirk, Landesgerichtsstraße) war der Geschäftsbereich 3 angesiedelt, zuständig für Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Amtsgerichts Wien in Strafsachen und für Vergehen und Verbrechen im Bereich desselben Gerichts. Am Hernalsergürtel, ebenfalls im achten Bezirk, befand sich schließlich der Geschäftsbereich 4 mit Zuständigkeit für Rechtsmittel im Sprengel von zehn Amtsgerichten (Bruck/Leitha, Floridsdorf, Groß-Enzersdorf, Hainburg/Donau, Klosterneuburg, Liesing, Mödling, Neusiedl/See, Purkersdorf und Schwechat) und für Vergehen und Verbrechen im Bereich dieser Amtsgerichte.

Der Präsident des Landgerichtes war 1942 Ernst Endlicher, sein erster Stellvertreter Ferdinand Fuhrmann und sein zweiter Stellvertreter Friedrich Müller. Im Geschäftsbereich 1 vertraten den

²⁸ dRGL. 1935 I 403 §§ 13–17.

²⁹ WAGNER, Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung 208.

³⁰ Siehe für den folgenden Abschnitt den Geschäftsplan des Landgerichtes Wien für das Geschäftsjahr 1942, Privatarchiv Alfred Waldstätten, Kopie beim Verfasser.

Präsidenten Leopold Winkler, Waldemar Schaub und Karl Fellner, im Geschäftsbereich 2 Anton Stainingner, im Geschäftsbereich 3 wiederum Ferdinand Fuhrmann und in Nummer 4 Richard Eberstaller.

Der Geschäftsbereich 1 – Zivil- und Handelssachen – war 1942 in 27 Gerichtsabteilungen gegliedert, deren Einzelrichter Bürgerliche Streitsachen mit bestimmten Buchstaben (der Anfangsbuchstabe des Nachnamens der beklagten Partei) zu übernehmen hatten. Daneben gab es zahlreiche Sonderabteilungen. Eine bestand für Bergrecht, eine für Jagdrecht. Außerdem existierten zwei Abteilungen für Streitigkeiten auf Grund der Haftung aus dem Betrieb von Kraftfahrzeugen, vier Abteilungen für Handels- und Wechsel-sachen, eine für Patent- und Gebrauchsmustersachen. Fünf Gerichtsabteilungen waren Berufungssenate und drei Abteilungen befassten sich mit freiwilliger Gerichtsbarkeit, mit Pressesachen und mit Konkurs- und Ausgleichsverfahren. Daneben gab es ein System von Entlastungsrichtern und „Arbeitsgemeinschaften“, wobei für letztere nicht hervorgeht, was deren Aufgaben waren.

5. Quellen und Kategorien der Analyse

5.1 Quellen

Der vorliegende Artikel versucht auf die eingangs dargelegte Forschungsfrage nach der politischen Einstellung der Richter eine Antwort zu geben, indem die Personalakten der im Jahr 1942 tätigen Richter des Präsidiums und des Geschäftsbereiches Zivil- und Handelssachen des Landgerichts Wien nach Hinweisen auf ihre politische Betätigungen durchsucht werden. Es wurden diejenigen Akten herangezogen, welche im Österreichischen Staatsarchiv im Archiv der Republik, Gruppe Justiz lagern. Dort kann man drei große Gruppen von erhaltenen Akten zu richter-

lichen Beamten unterscheiden. Der bedeutendste Bestand für die Zeit des Nationalsozialismus ist jener des früheren Reichsjustizministeriums. Er umfasst alle noch erhaltenen Akten über Österreicher in der deutschen Justiz. Diese Akten bilden das ab, was die Ministerialbürokratie von den Richtern 1938–1945 wusste: Es finden sich darin Fragebögen über persönliche und politische Vergangenheit, Dienstbeurteilungen, Lebensläufe, Korrespondenz über Beförderungen und Ähnliches. Daneben gibt es die Akten des Liquidators der Einrichtungen des Deutsche Reiches und der verschiedenen (Sonder-)Kommissionen zur Entnazifizierung nach 1945. Sie enthalten aufgrund der durchzuführenden Entfernung, Maßregelung und Beurteilung von ehemaligen Nationalsozialisten oft wichtige Hinweise und sind mitunter die einzig erhaltenen Dokumente zu Richtern.³¹ Ein weiterer, nach 1945 angelegter Aktenbestand sind die Namensakten des Bundesministeriums für Justiz, welche diverse Dokumente zur Karriere von Richtern ab 1945 enthalten. Aus ihnen lässt sich oft nur indirekt oder nebenbei eine politische Haltung des Betreffenden herauslesen. Darüber hinaus wurden die ebenfalls im Archiv der Republik, Gruppe Zivilakten der NS-Zeit lagernden Akten des Gaupersonalamtes des Reichsgaues Wien, die sogenannten Gauakten, herangezogen.

Zumeist sind nicht alle Kategorien von Akten zu den einzelnen Richtern erhalten. Dies ergibt sich schon aus biografischen Umständen, etwa, weil jemand vor 1945 starb oder pensioniert wurde und daher kein Akt aus der Zeit nach 1945 existiert. Andererseits sind nicht alle Akten des Reichsjustizministeriums überliefert, was an zeitgenössischen Verlusten oder Skartierungen liegen kann. Zu vielen Richtern ist uns jedoch nur ein Akt überliefert, auf den sich die Analyse zu stützen hat. Zu den 64 Richtern der untersuchten Gruppe wurden 32 Akten des Reichsjustizminis-

teriums, 17 Akten der diversen Kommissionen zur Entnazifizierung, neun Namensakten des Bundesministeriums für Justiz und drei Gauakten herangezogen. Zu drei weiteren Richtern konnten keine Akten aufgefunden werden.

5.2 Analysekategorien

Zeitlich ist die Analyse auf zwei Zeiträume aufgeteilt, nämlich auf die Zeit von 1918–1938 und die Zeit von 1938–1945. Der erste Zeitraum soll die politische Betätigung der Richter vor dem Nationalsozialismus erfassen, denn es ist zunächst interessant, wie sich die Richterschaft in der Ersten Republik diesbezüglich zusammensetzte. Es wurden jedoch auch vereinzelt politische Betätigungen in der Zeit der Monarchie (z.B. Mitgliedschaften bei nationalen Studentenverbindungen) berücksichtigt. Die zweite Periode schließlich, 1938–1945, umfasst die Zeit des Nationalsozialismus. Von Interesse ist hier, wie viele Richter sich letztendlich in der einen oder anderen Form mit dem Regime arrangierten. Analysiert wird darüber hinaus die Frage, aus welchen politischen Lagern vor 1938 diese Personen kamen.

5.2.1 Kategorien zur politischen Einstellung 1918–1938

Zur Einordnung der Richter im ersten Analysezeitraum wurden vier Kategorien geschaffen, welche ihre politische Tätigkeit vor 1938 widerspiegeln sollen. Keine Kategorie im engeren Sinne, sondern eine rein faktische Aussage mit der Bezeichnung „unbekannt“, umfasst die Richter, zu denen keine Akten aufgefunden werden konnten. Sie ist in allen Statistiken ausgewiesen.

Die erste Kategorie ist „christlichsozial/VF“. Sie umfasst zuvor als christlichsozial angesehene Richter, die im Ständestaat in der Vaterländischen Front nicht bloß zwangsweise Mitglieder, sondern auch in Funktionen aktiv tätig waren. Hier ist ein genauer Blick notwendig, denn die bloße Zugehörigkeit zur Vaterländischen Front an sich kann kein Kriterium für die politische

³¹ STADLER, „...juristisch bin ich nicht zu fassen.“ 122–125.

Haltung sein, da sie sich, soweit ersichtlich, durchgehend findet.

Die zweite Kategorie trägt die Bezeichnung „großdeutsch/deutschnational“. Sie beinhaltet all jene Richter, die vor 1938 entweder in der „Großdeutschen Volkspartei“, dem „Landbund für Österreich“ oder ähnlichen politisch als deutschnational zu bezeichnenden Parteien oder Vorfelddorganisationen wie etwa dem Deutschen Schulverein oder einem entsprechenden Verein (z.B. einem Turnverein) angehörten und/oder sich dort auch betätigten.

Die dritte Kategorie ist „(illegal) nationalsozialistisch“ betitelt und soll erfasst jene Personen, die sich vor 1938 für die Nationalsozialisten engagiert haben. Dabei kann es sein, dass sich jemand vor dem Parteiverbot, währenddessen oder durchgehend betätigte. Bei der Analyse wurde darauf geachtet, dass das Bekenntnis zur NSDAP vor 1938 nicht lediglich ein reines Selbstzeugnis auf Fragebögen nach 1938 ist, sondern auch durch andere Aussagen oder die Dichte der Hinweise hinreichend plausibel ist. Bei einem eindeutig nationalsozialistischen Gesamtbild wurde auch die Zugehörigkeit zu einem eindeutig als NS-Tarnorganisation bekannten Verein, etwa der Gesellschaft für Rechts- und Staatswissenschaften oder dem Deutschen Club, als Betätigung für den Nationalsozialismus gewertet.

Unter „unpolitisch“ sind viertens all jene Richter zu finden, deren Akten eine politische Betätigung nicht erkennen lassen und/oder die auch dezidiert als „unpolitisch“ bezeichnet werden. Dabei handelt es sich, soweit möglich, ebenfalls um ein Gesamtbild der Eigen- und Fremddarstellungen. Ebenfalls in diese Kategorie fallen die Richter, bei denen es Akten gibt, aus denen eine politische Betätigung nicht ersichtlich ist, wobei sich eine solche darin jedoch sehr wahrscheinlich niedergeschlagen hätte und sie daher im Zweifel auch als unpolitisch zu gelten haben.

5.2.2 Kategorien zur politischen Einstellung 1938–1945

Zur Zeit nach 1938 gibt es, abgesehen von den Richtern, zu denen es keine Akten gibt, zwei Kategorien. Erstens: Unter „unpolitisch“ sind wie oben dargelegt all jene Richter zu finden, deren Akten eine politische Betätigung nicht erkennen lassen.

Zweitens: Unter „Nationalsozialistische Betätigung nach 1938“ fallen Richter, die zwischen 1938 und 1945 Mitglied der NSDAP, ihrer Gliederungen oder eines angeschlossenen Verbandes waren und/oder sich in besonderer Weise nationalsozialistisch betätigt haben, soweit das aus den Akten hervorgeht. Zur nationalsozialistischen Betätigung der Richter ist anzumerken, dass diese verschiedene Facetten haben konnte. Einerseits dürfte sie tatsächlich der Gesinnung eines Teils der Richterschaft entsprochen haben, andererseits gab es mitunter einen Zwang zur Mitarbeit und Beförderungen waren kaum ohne formelle Mitgliedschaften möglich: „Wer nicht *Beweise* seiner nationalsozialistischen Haltung gab, hatte keine Aussicht, beruflich vorwärtszukommen.“³² Ein Teil der Richter war also sicherlich äußerlich Mitglied der NSDAP, ihrer Gliederungen oder eines angeschlossenen Verbandes, innerlich jedoch nicht, kaum oder wenig mit den nationalsozialistischen Inhalten identifiziert.³³

Innerhalb der Gruppe der Richter, die sich 1938 bis 1945 im nationalsozialistischen Sinne betätigten, ist daher zusätzlich die Intensität der Betätigung zu unterscheiden. Hier wurden zwei Unterkategorien gebildet: Diejenigen, welche der NSDAP und/oder einer ihrer Gliederungen angehörten, in Funktionen dort mitarbeiteten und/oder im Gesamtbild eine nationalsozialisti-

³² WAGNER, Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung 234; Hervorhebung im Original.

³³ SCHORN, Der Richter im Dritten Reich 35–44; zur Partei und ihren Gliederungen in Österreich siehe STADLER, „...juristisch bin ich nicht zu fassen.“ 22–33; BERGER, Aufbau.

sche Haltung erkennen ließen (etwa durch die aktive Mitgliedschaft in mehreren angeschlossenen Verbänden), wurden in die Gruppe der „aktiven Nationalsozialisten“ eingereiht. Jene Richter, die nur eine Mitgliedschaft zu einem angeschlossenen Verband wie etwa dem NS-Rechtswahrerbund aufzuweisen hatten und bei denen es keine Hinweise auf eine darüber hinausgehende Betätigung gab, die also in manchen Fällen wohl überspitzt als „Karteileichen“ zu bezeichnen gewesen wären, wurden unter „nominelle Nationalsozialisten“ zusammengefasst.

6. Ergebnisse

Die 64 richterliche Beamte des Präsidiums und des Geschäftsbereiches Zivil- und Handelssachen umfassende Stichprobe anhand der Geschäftsverteilung 1942 teilt sich anhand der oben dargelegten Kategorien folgendermaßen auf:

6.1 Politische Haltung 1918–1938

Zunächst sei auf die ersichtliche politische Haltung vor 1938 eingegangen: Nur ein³⁴ Richter (1,6 % aller Richter) mit einem ausreichend dichten Naheverhältnis zu christlichsozialen bzw. austrofaschistischen Ansichten konnte in den Akten ausgemacht werden. Unter die Kategorie der großdeutsch bzw. national orientierten Richter fallen hingegen 13³⁵ Personen (20,3 %). Natio-

nalsozialisten, welche schon vor und/oder während des Parteiverbotes in Österreich sich betätigt hatten, finden sich insgesamt 13³⁶ (20,3 %) unter den Richtern. Unpolitische Richter konnten 34³⁷ (53,1 %) festgestellt werden. Zu drei (4,7 %) Richtern³⁸ konnten keine Akten im Österreichischen Staatsarchiv aufgefunden werden, weswegen man ihre politische Haltung als unbekannt ver-

mann Weißwasser *1889 (RJM) und Johannes Zothe *1882 (RJM).

³⁶ Karl Ambros *1900 (ÖStA, AdR, Justiz, BMJ, Personalakten, Namensakt [im Folgenden: Namensakt]), Ernst Endlicher *1879 (RJM), Ferdinand Fuhrmann *1878 (RJM), Hermann Hiltischer *1903 (Namensakt), Eduard Jenisch *1902 (RJM), Emil Krieger *1898 (RJM), Friedrich Lutz *1901 (RJM), Hans Mitterlechner *1884 (RJM), Fritz (Friedrich) Müller *1897 (RJM), Viktor Reindl *1895 (RJM), Moriz Schreyer *1895 (Sonder-)Kommissionen 1K758/47), Johann Stark *1890 (Sonder-)Kommissionen SK-Post 1173) und Anton Wintersperger *1882 (RJM).

³⁷ Leo Auteried *1887 (Sonder-)Kommissionen 4K328/47), Viktor Bernard *1894 (Namensakt), Karl Fellner *1901 (Namensakt), Emil Frisch *1885 (RJM), Hans Gamper *1900 (RJM), Ludwig Götz-Pelz *1887 (Sonder-)Kommissionen SK453a), Johann Grabmayr von Angersheim *1890 (RJM), Friedrich Haindl *1906 (RJM), Arnold Hofmann *1889 (Namensakt), Erich Hödl *unbekannt (Sonder-)Kommissionen SK-Post 1123), Hans Hollmann *1886 (Namensakt), Anton Hotzy *1883 (RJM), Wilhelm Jedliczka *1890 (RJM), Oskar Kirchmayr *1875 (Gauakt), Josef Klampfl *1889 (RJM), Albert Köhler *1896 (Sonder-)Kommissionen 1K650/47), Rodrich Kralik *1890 (RJM), Karl Kraus *1874 (Namensakt), Simon Kreuzer *1883 (Sonder-)Kommissionen 1K709/47), Karl Lahr *1888 (RJM), Anton Mayr *1896 (Sonder-)Kommissionen 1K71/47), Hermann Mühlvenzl *1879 (RJM), Karl Neubauer *1885 (Namensakt), Georg Pfaundler *1886 (RJM), Hans Reiser *1890 (Sonder-)Kommissionen 1K237/47), Oskar Schaller *1884 (Sonder-)Kommissionen 1K49/47), Rudolf Schandorfer *1885 (Gauakt), Waldemar Schaub *1889 (Sonder-)Kommissionen 1K79/47), Julius Schiroky *1880 (RJM), Alois Schrom *1892 (Sonder-)Kommissionen 1K485/47), Oskar Stahl *1886 (Namensakt), Julius Straniak *1895 (Sonder-)Kommissionen SK-Post 1080), Guido Weinberger *1888 (RJM) und Leopold Winkler *1887 (RJM).

³⁸ Walter Gassner *unbekannt, Franz Khol *unbekannt und Johann Winter *1882.

³⁴ Ferdinand Gabler *1901 (ÖStA, AdR, Justiz, BMJ, Personalakten (Sonder-)Kommissionen, [im Folgenden: (Sonder-)Kommissionen] SK-Post 1655).

³⁵ Rudolf Christ *1876 (Sonder-)Kommissionen SK-Post 929) Rudolf Fellner *1904 (ÖStA, AdR, Justiz, BMJ, Personalakt RJM [im Folgenden: RJM]), Hermann Hartl *unbekannt (Sonder-)Kommissionen SK-Post 562b), Robert Höller *1888 (ÖStA, AdR, Zivilakten der NS-Zeit, Gaupersonalamt des Reichsgaues Wien, Gauakt [im Folgenden: Gauakt]), Karl Kuch *1896 (RJM), Karl Lahola *1887 (RJM), Erich Midlarz *1891 (RJM), Alfons Regius *1876 (RJM), Otto Sarauer *1890 (RJM), Robert Seibt *1892 (RJM), Karl Vinciguerra *1894 (Sonder-)Kommissionen 1K21/47), Her-

zeichnen musste. Als Ergebnis kann hier festgehalten werden, dass, wenn auch nicht die Mehrheit, dann ein sehr deutlicher Prozentsatz der Richter, nämlich insgesamt 40,6 % entweder großdeutsch, national oder nationalsozialistisch eingestellt war. Tendenziell bestätigt dies also die bisherigen Forschungen zur politischen Haltung

vieler Richter, wobei auch gesagt werden muss, dass der Anteil der tatsächlichen Nationalsozialisten zumindest in dieser Stichprobe weit geringer ist als man angesichts der euphorischen Äußerungen der nationalsozialistischen Spitzenpolitiker glauben würde.

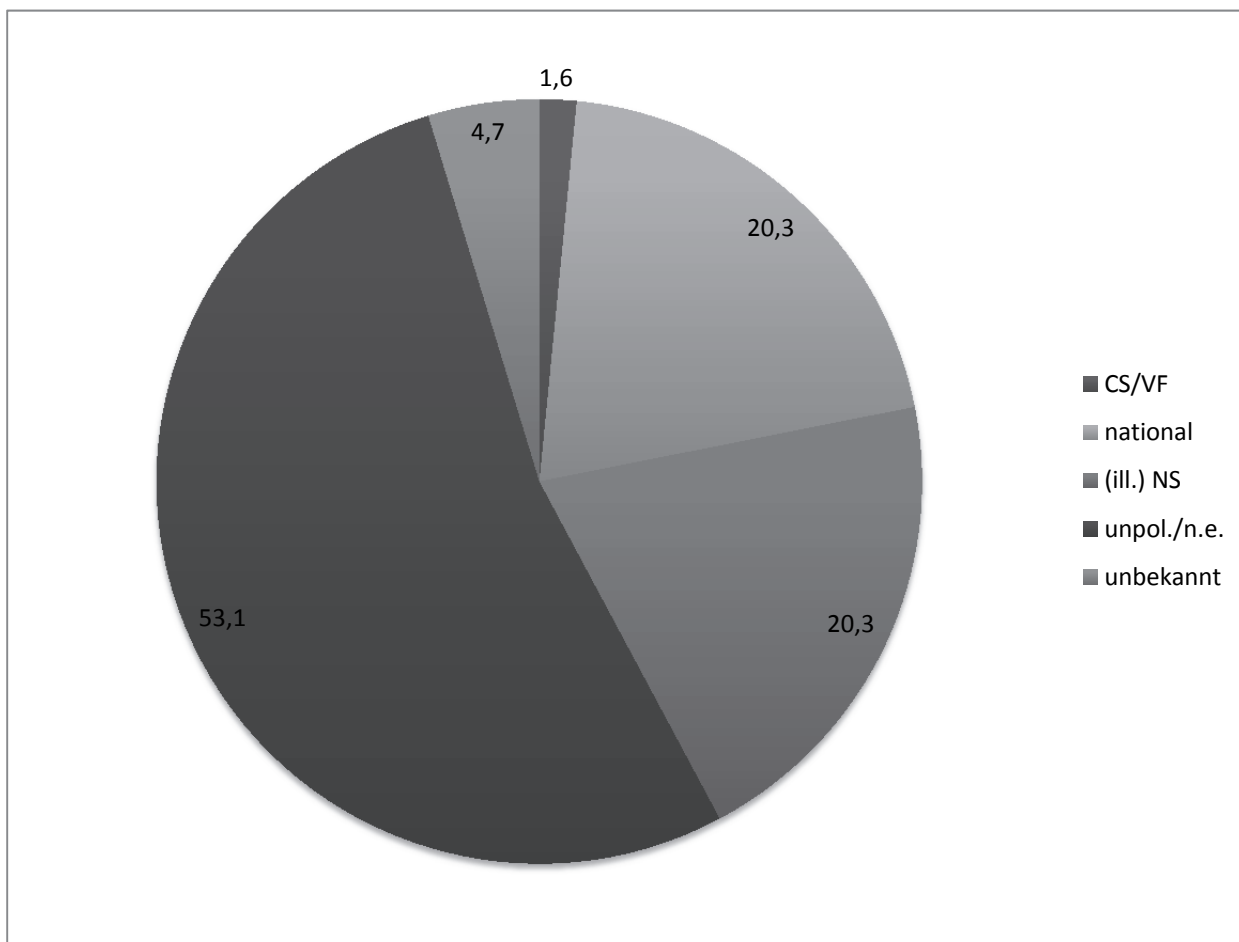


Abbildung 1: Politische Haltung der untersuchten Richter vor 1938 in Prozent

6.2 Politische Haltung 1938–1945

Nach 1938 betätigten sich von den 64 Richtern – bei nach wie vor drei (bzw. 4,7 %) Unbekannten – 45 (oder 70,3 %) politisch im nationalsozialisti-

schen Sinne. 16 Richter (25 %) betätigten sich auch nach 1938 nicht oder schlicht nicht nachweisbar für die Politik des Regimes.

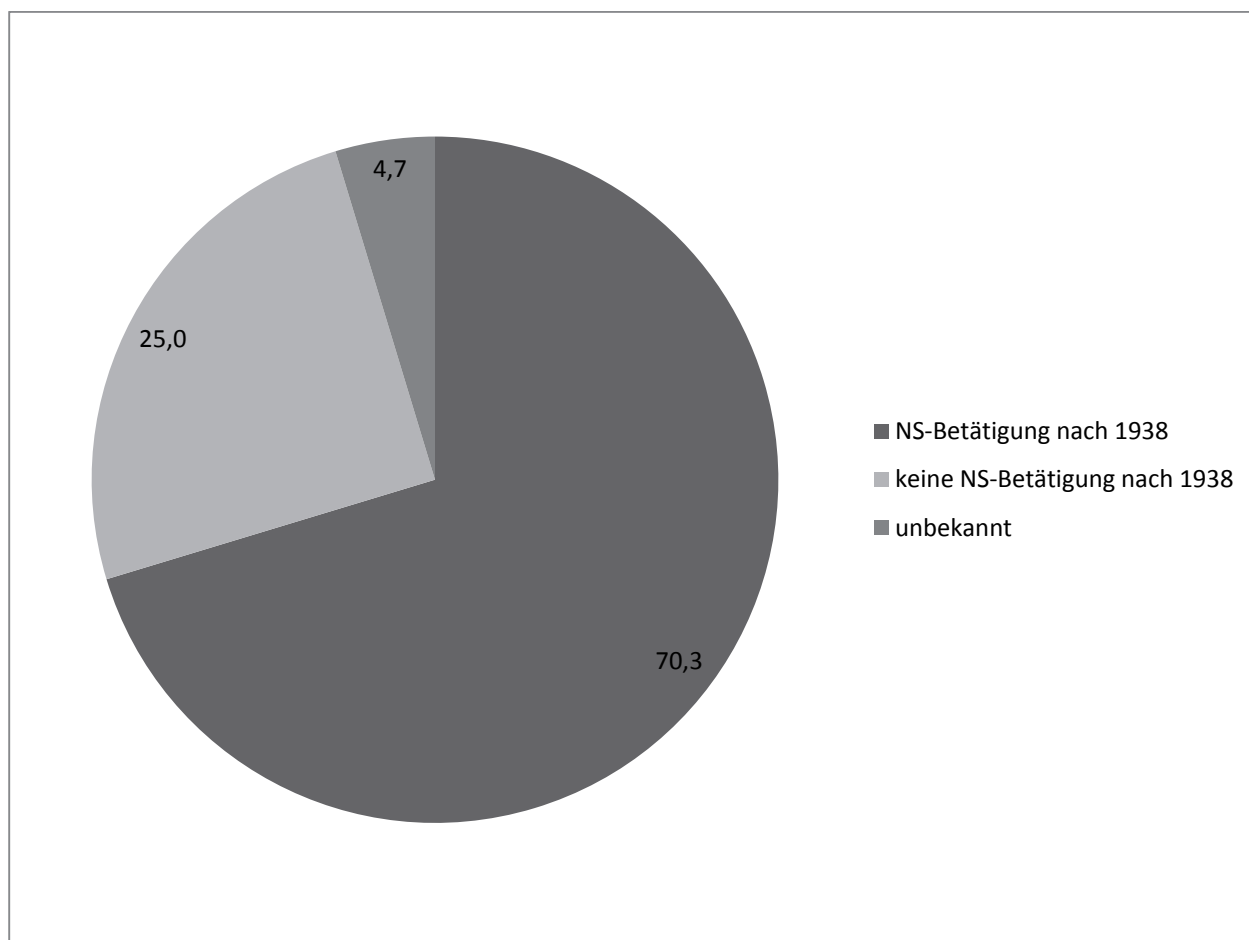


Abbildung 2: Politische Haltung der untersuchten Richter nach 1938 in Prozent

Der Richter, welcher vor 1938 der Gruppe der christlichsozialen/VF-Anhänger angehörte (1,6 %) betätigte sich nationalsozialistisch,³⁹ bei den großdeutsch/nationalen betätigten sich zehn⁴⁰ (bzw. 15,6 %), drei⁴¹ (oder 4,7 %) jedoch nicht. Von den vor 1938 nationalsozialistisch tätigen richterlichen Beamten waren alle bis auf einen⁴² (1,6 %), also zwölf⁴³ (18,7 %) auch nach dem Anschluss politisch aktiv. Unter den zuvor

unpolitischen Richtern engagierten sich 22⁴⁴ (34,4 %) politisch, während zwölf⁴⁵ (bzw. 18,7 %) keine Betätigung nachzuweisen ist. Über zwei Drittel der Richterschaft waren also zumindest formell in der nationalsozialistischen „Bewegung“ organisiert. Die Beteiligung der zuvor großdeutsch/national oder nationalsozialistisch gesinnten Beamten am Nationalsozialismus war zudem um ein Vielfaches höher als die jener, welche zuvor als unpolitisch galten.

³⁹ Im Folgenden werden nur mehr die Nachnamen der Richter genannt; für Geburtsdatum und Quelle siehe Fußnoten des Abschnitts 6.1: Gabler.

⁴⁰ Christ, Fellner R., Hartl, Höller, Lahola, Regius, Sarauer, Seibt, Weißwasser und Zothe.

⁴¹ Kuch, Midlarz und Vinciguerra.

⁴² Schreyer.

⁴³ Ambros, Endlicher, Fuhrmann, Hiltcher, Jenisch, Krieger, Lutz, Mitterlechner, Müller, Reindl, Stark und Wintersperger.

⁴⁴ Auteried, Frisch, Götz-Pelz, Haindl, Hödl, Hotzy, Jedliczka, Kirchmayr, Köhler, Kralik, Kreuzer, Lahr, Mayr, Mühlvenzl, Reiser, Schaller, Schandorfer, Schaub, Schiroky, Schrom, Straniak und Winkler.

⁴⁵ Bernard, Fellner K., Gamper, Grabmayr von Angersheim, Hofmann, Hollmann, Klampfl, Kraus, Neubauer, Pfaundler, Stahl und Weinberger.

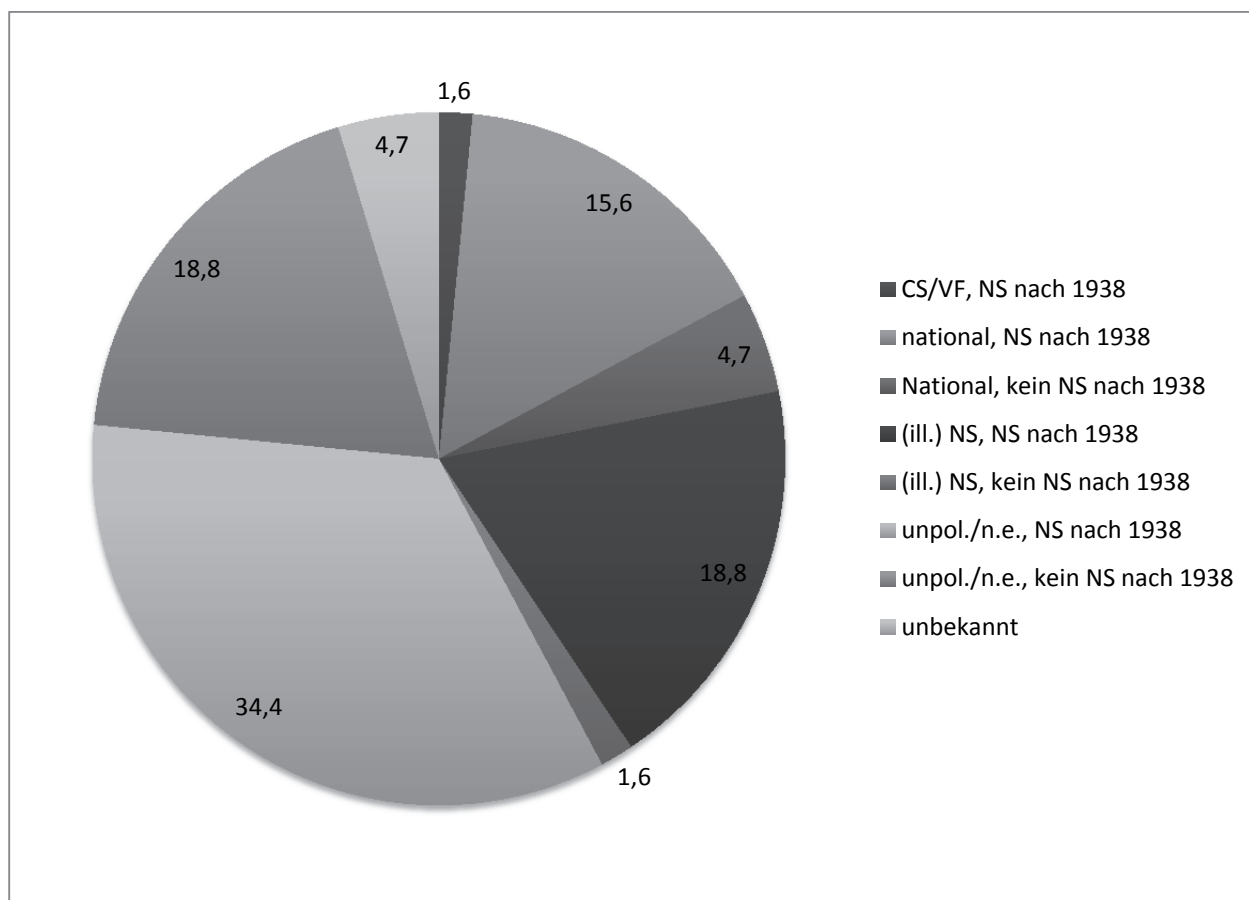


Abbildung 3: Politische Haltung nach 1938, aufgeschlüsselt nach Haltung vor 1938 in Prozent.

Die Intensität der politischen Betätigung nach 1938 wird hier weiter aufgeschlüsselt: Von den 45 Richtern (70,3 %), die sich nach 1938 politisch betätigten, fallen 28⁴⁶ (43,7 %) in die Gruppe der

aktiven Nationalsozialisten, während die nominelle Nationalsozialisten auf 17⁴⁷ Richter (26,6 %) kommen.

Ein Blick auf die politische Betätigung vor 1938 in Kombination mit der aktiven oder Nominellen Betätigung am Nationalsozialismus fördert folgende interessante Trends zu Tage:

⁴⁶ Ambros, Auteried, Christ, Endlicher, Fellner R., Fuhrmann, Gabler, Götz-Pelz, Haindl, Hartl, Hödl, Köhler, Kreuzer, Krieger, Lutz, Mayr, Mitterlechner, Müller, Reindl, Reiser, Schaller, Schaub, Stark, Straniak, Weißwasser, Winkler, Wintersperger und Zothe.

⁴⁷ Frisch, Hiltcher, Höller, Hotzy, Jedliczka, Jenisch, Kirchmayr, Kralik, Lahola, Lahr, Mühlvenzl, Regius, Sarauer, Schandorfer, Schiroky, Schrom und Seibt.

Der einzige christlichsoziale Richter betätigte sich aktiv nationalsozialistisch, als Österreich ein Teil des Dritten Reiches war. Von den 13 Nationalsozialisten vor 1938 beteiligten sich fast alle, nämlich zehn, aktiv, einer hingegen nicht und zwei nur nominell. Von den zuvor als großdeutsch/national Geltenden engagierten sich fünf aktiv, fünf nur nominell und drei gar nicht nationalsozialistisch nach dem Anschluss. Beides überrascht nicht. Die Nationalsozialisten blieben größtenteils bei ihrer Überzeugung, von persönlichen Einzelfällen abgesehen, und die großdeutsch/national Eingestellten konnten sich eben mehr oder weniger mit der verwandten Ideologie abfinden. Eine interessante Betrachtung ergibt sich bei den vor 1938 unpolitischen Richtern. Während von den 34 unpolitischen Richtern der Zwischenkriegszeit zwölf dies auch in der Zeit des Nationalsozialismus blieben, engagierten sich 22 davon allerdings nationalsozialistisch. Nur jeder dritte unpolitische Richter blieb es also der Politik fern. Unter den früher unpolitisch und dann nationalsozialistisch auf-

tretenden Richtern gab es zudem eine überraschend große Anzahl von aktiven Nationalsozialisten: Von den 22 sich engagierenden waren es mehr als die Hälfte (oder wiederum ein Drittel aller unpolitischen Richter), nämlich zwölf Richter, die wirklich aktiv im nationalsozialistischen Sinne arbeiteten. Nur 10 davon blieben „nominelle“ Anhänger der Politik der Machthaber.

Über die Gründe für dieses Phänomen kann angesichts der dafür unergiebigsten Quellenlage leider nur spekuliert werden. Es mag sein, dass die aktiv gewordenen zuvor unpolitischen Richter nur aufgrund von Berufsethos oder äußerem Zwang vor 1938 keine Affinität zur NSDAP erkennen lassen hatten, oder aber, dass sie nach 1938 letztendlich irgendeinen Gefallen oder Vorteil an dem System fanden. Nicht außer Acht gelassen dürfen darüber hinaus karrieropolitische und psychologische Motive für diesen Schritt. Hier kann an dieser Stelle aber nur darauf verwiesen werden, dass viele Aspekte der Justizgeschichte 1918 bis 1945 weiterhin Desiderata bleiben.

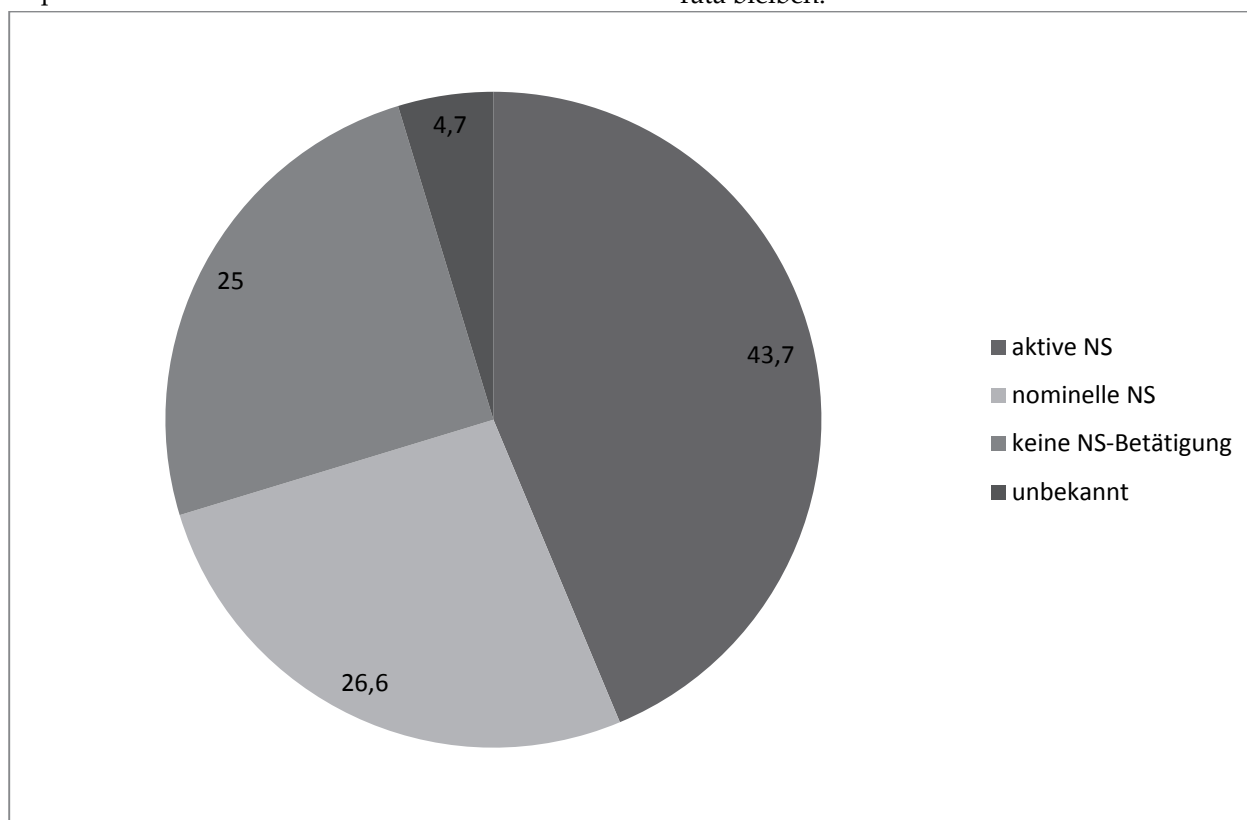


Abbildung 4: Intensität der politischen Beteiligung nach 1938 in Prozent

7. Ergänzende Überlegungen und spezielle Aspekte der Stichprobe

7.1 Politische „Säuberungswellen“ 1934/1938 und die Richterschaft

Zur personellen Situation der Richter des Landgerichtes Wien 1942 ist anzumerken, dass die hier verwendete Stichprobe eine Momentaufnahme nicht nur nach der Konsolidierung der nationalsozialistischen Herrschaft in Österreich darstellt, sondern auch eine Personalsituation abbildet, die das Ergebnis zweier verschiedener politischer Säuberungswellen war. Schon 1934 kam es unter dem Austrofaschismus zu Maßregelungen von Richtern, welche von der Regierung der mangelnden Regimetreue bezichtigt wurden. Richter wurden örtlich oder in den Ruhestand versetzt, interniert oder mit Disziplinarverweisen bedacht.⁴⁸ Wenn auch konkrete Forschungen noch fehlen und es sich bei den betroffenen Richtern zumeist um Nationalsozialisten gehandelt haben dürfte, so kann jedoch angenommen werden, dass auch Sozialdemokraten betroffen gewesen sein dürften. Im März 1938 kam es dann zu einer besonders gegen Exponenten des Ständestaates gerichtete Verhaftungs- und Entlassungswelle.⁴⁹ Die bekannte „Verordnung zur Neuordnung des österreichischen Berufsbeamtentums“⁵⁰ betraf darüber hinaus noch viele rassistisch Verfolgte und andere politische Gegner, sodass innerhalb einiger Monate zirka 13 Prozent der Richter, Richteramtsanwärter und Staatsanwälte (in absoluten Zahlen 205 von insgesamt 1.550 im Jahre 1938 im Justizdienst tätigen Richtern und Staatsanwälten, 130 davon aus dem Sprengel des Oberlandesgerichts Wien) aus dem Dienst entfernt wur-

den.⁵¹ Von den politischen Säuberungen unmittelbar nach dem Anschluss waren im Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien drei Richter betroffen. Es handelte sich um den Vizepräsidenten Johann de Pers-Susans sowie die zwei Richter Johann Kowalski und Julius Stava. Darüber hinaus war am Handelsgericht der Präsident Paul Herz betroffen.⁵² Bis April 1938 wurden am Landesgericht für Zivilrechtssachen insgesamt 45 richterliche Beamte entfernt, am Handelsgericht waren es 13.⁵³ Jüdische Richter mussten ihre Posten verlassen; einige emigrierten oder lebten, wie der am Handelsgericht tätige Karl Wahle, als U-Boot. Doch konnten viele den Verfolgungen nicht entkommen: An verschiedenen Orten bzw. im Konzentrationslager ermordet wurden zumindest Herbert Grütz, Robert Lanzer, Robert Hahndel, Rudolf Müller, Richard Steiner, Erwin Jerusalem, Leopold Fanta und Alois Osio, allesamt Richter des Landesgerichts für Zivilrechtssachen oder des Handelsgerichts Wien.⁵⁴

7.2 Spezielle Aspekte

7.2.1 Durchschnittsalter der Richter in den verschiedenen Kategorien

Das Durchschnittsalter aller Richter im Präsidium und dem Geschäftsbereich Zivil- und Handelssachen des Landgerichts Wien betrug 1942

⁴⁸ REITER-ZATLOUKAL, Die (Un)Abhängigkeit der Richter 437–451.

⁴⁹ NEUGEBAUER, Politische Justiz in Österreich 123; NEUGEBAUER, Richterliche Unabhängigkeit 64f.

⁵⁰ dRGBI 1938 I 607.

⁵¹ NEUGEBAUER, Politische Justiz in Österreich 123. Die Zahl ist nach neueren Erkenntnissen nach oben zu korrigieren: SCHWARZ, Zur Frage der personellen Kontinuitäten.

⁵² ÖStA, AVA, Justizministerium Präsidiale, 1938 Karton 109, Personalveränderungen bei öffentlichen Dienststellen – Weisungen, Zl. 292/38, darin Beilage: Verzeichnis über die bei Justizstellen vollzogenen Einsetzungen und sonstigen Personellen Veränderungen.

⁵³ MULLEY, Zur „Gleichschaltung“ der Justiz 270.

⁵⁴ SCHWARZ, Zur Frage der personellen Kontinuitäten 125.

52 Jahre. Der älteste eingesetzte Richter war der 1874 geborene Karl Kraus, der jüngste Richter der 1906 geborene Friedrich Haindl. Das Durchschnittsalter der vor 1938 großdeutsch/national gesinnten Richter betrug 1942 54, das der (illegalen) Nationalsozialisten 50 und das der unpolitischen Personen 54 Jahre. Nationalsozialistisch gesinnt vor 1938 waren in der herangezogenen Gruppe also eher die jüngeren Richter.

7.2.1 Besonderheiten einiger Richterbiographien

Zwei Richter,⁵⁵ welche sich vor 1938 bei den Nationalsozialisten betätigt hatten, dürften sich im Laufe des Krieges von den neuen Machthabern distanziert haben. Selbiges gilt für drei⁵⁶ weitere Richter, die erst nach 1938 politisch aktiv geworden waren. Die Gründe hierfür liegen in zwei⁵⁷ Fällen darin, dass sich die Richter gegen Interventionen der NSDAP zur Wehr setzten und daraufhin Probleme bekamen; die anderen drei dürften sich unter dem Eindruck der NS-Verbrechen abgewandt⁵⁸ haben.

Probleme mit dem Rassismus des NS-Regimes bekamen zwei Richter; beide waren vor 1938 eindeutig großdeutsch/national gesinnt: Karl Kuch galt nach den Rassegesetzen als sogenannter „Mischling 2. Grades“. Für ihn setzten sich jedoch der Präsident des Oberlandesgerichtes und der Reichskommissar für die Wiedervereinigung ein, welche eine ausnahmsweise Belassung im Dienst beim Reichsminister des Innern erreichen konnten. Als Argument führten sie an, dass er stets national eingestellt gewesen sei und dem Nationalsozialismus positiv gegenüberstünde. Als „jüdisch versippt“ galt Robert Höllner, dessen Frau als „Mischling 1. Grades“ angesehen wurde. Da Höllner eine starke nationale Einstellung nachweisen konnte und eine Tochter

aus erster Ehe illegale Nationalsozialistin gewesen war, sprach sich der Reichsstatthalter für eine Weiterbelassung Höllners im Dienst aus.

Eine Spruchpraxis mit Bezug auf das Gedankengut des Nationalsozialismus findet sich nur zweimal in den Akten, und zwar einmal in überraschender Weise. Richter Guido Weinberger wurde gescholten, weil er „in seinen eingehenden Ausführungen über die Beweiswürdigung die rassische Einordnung der Partei völlig außer Acht“⁵⁹ gelassen hätte und überdies zu lange Urteile verfasse. In eine ganz andere Richtung geht die Beschreibung der Urteile des einzigen Richters, der sich nachweislich für die Nationalsozialisten vor 1938 an Auseinandersetzungen beteiligt hatte, nämlich Eduard Jenisch. Er hatte am nationalsozialistischen Straßenterror in den 20er und 30er Jahren aktiven Anteil, war von der autoritären Regierungsdiktatur 1934–1938 strafversetzt worden und kehrte erst danach wieder nach Wien zurück. In einer Beurteilung des Landesgerichtspräsidenten von 1940 heißt es über ihn: „Amtsgerichtsrat Dr. Jenisch, der ein sehr aktiver Kämpfer für die NSDAP in der illegalen Zeit war, sich andererseits nicht bester Gesundheit erfreut, auch unter seiner zur Systemzeit erfolgten amtswegigen Versetzung in das Burgenland seelisch und gesundheitlich gelitten hat, machte nach dem Umbruch den Eindruck eines Menschen mit ganz zerstörten Nerven, dem die Ereignisse des Frühjahres 1938 und ihre Folgen jedes Masshalten in der Vertretung seiner sehr radikalen politischen Ansichten auch bei der Ausübung des Richteramtes zu nehmen schienen. Diese Wahrnehmung war namentlich bei ‚Judenkündigungen‘ zu machen, bei denen er, ohne sich irgendwie um das Parteivorbringen zu kümmern, einfach der Kündigung stattgab, weil der Gekündigte Jude sei. Dr.

⁵⁵ Ambros und Schreyer.

⁵⁶ Reiser, Schaub und Schrom.

⁵⁷ Ambros und Schrom.

⁵⁸ Reiser, Schaub und Schreyer.

⁵⁹ Schreiben des Reichsministers der Justiz an den Oberlandesgerichtspräsidenten in Wien vom 21.10.1943, Zl. VI i 3 1301b/43; im Akt Weinberger (siehe oben).

Jenisch ging in dieser Übung so weit, dass er Kündigungen gegen die formelle Einwendungen wie Verspätung, unrichtiger Termin und dgl. erhoben worden waren, einfach mit Urteil als Räumungsklagen entschied, womit er über diese Einwendungen hinwegzukommen hoffte.⁶⁰ Ob diese Beurteilung langfristig negative Auswirkungen gehabt hätte, kann nicht festgestellt werden, da sich Jenisch danach wiederholt im Krankenstand befand und er krankheitsbedingt 1944 in den Ruhestand versetzt wurde.

Abschließend sei noch auf eine besondere Gruppe von Richtern der Stichprobe eingegangen, nämlich auf die Südtiroler Umsiedler. Vier Richter⁶¹ hatten sich über die „Amtliche Deutsche Ein- und Rückwandererstelle“ in Bozen um Richterposten im Deutschen Reich beworben. Dies konnten sie nach Einbürgerung, Vorlage der Ausbildungsurkunden und Bescheinigung der Befähigung zum Richteramt beim Oberlandesgerichtspräsidenten tun, welcher sie dann auf freie Richterstellen verteilte. Der Hintergrund der vier Personen ist verschiedenartig: Zwei waren Rechtsanwälte in Bozen⁶² und Meran,⁶³ einer zuvor Landgerichtsrat in Bologna⁶⁴ und ein weiterer ebenfalls Richter.⁶⁵ Die Gründe für ihre Einwanderung lagen, soweit ersichtlich, in besseren Karrierechancen bzw. der besseren wirtschaftlichen Lage im Deutschen Reich.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Ergebnis der Analyse im Wesentlichen die bisher in der Literatur vertretenen Aussagen über die politische Einstellung der österreichischen Richter in der ersten Hälfte des 20. Jahr-

hunderts bestätigt. Mit knapp über 40 % vor 1938 im großdeutsch/nationalen und nationalsozialistischen Lager engagierten Richter ist der Geschäftsbereich für Zivil- und Handelssachen des Landgerichts Wien vielleicht sogar guter österreichischer Durchschnitt. Ob dies allerdings wirklich zutrifft, müssten weitere quantitative Studien zur österreichischen Richterschaft zeigen.

Korrespondenz:

Dr. Stefan WEDRAC
 Österreichische Akademie der Wissenschaften
 Institut für Neuzeit- und Zeitgeschichtsforschung
 Hollandstraße 11–13
 1020 Wien
 stefan.wedrac@oeaw.ac.at
 ORCID-Nr. 0000-0003-2793-3946

⁶⁰ Beurteilung des Oberlandesgerichtspräsidenten vom 2. Jänner 1940 unter Punkt 16 b) des Personalbogens Eduard Jenisch; im Akt Jenisch (siehe oben).

⁶¹ Gamper, Grabmayr von Angersheim, Neubauer und Pfaundler.

⁶² Gamper.

⁶³ Pfaundler.

⁶⁴ Grabmayr von Angersheim.

⁶⁵ Neubauer.

Abkürzungen:

dRGBL. Deutsches Reichsgesetzblatt
 RJM Reichsjustizministerium
 GBlÖ Gesetzblatt für das Land Österreich

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
 [<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

Literatur:

- Erwin BERGER, Aufbau und Organisation des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes und der Deutschen Rechtsfront, in: LANDESGESCHÄFTSSTELLE DES NS-RECHTSWAHRERBUNDES (Hg.), Grundsatzungen des Rechtsstandes (= Schriften der Landesführung Österreich des NS-Rechtswahrerbundes 1, Wien 1938).
- Gerhard BOTZ, Zum Verhältnis von Politik und Rechtswesen in der Ersten Republik, in: Erika WEINZIERL, Oliver RATHKOLB, Rudolf G. ARDEL, Siegfried MATTI (Hgg.), Justiz und Zeitgeschichte. Symposionsbeiträge 1976–1993, Bd. 1 (Wien 1995) 99–113.
- Benjamin BUKOR, Zivilrecht und Ideologie. Die Entwicklung des österreichischen Abstammungsrechts in der NS-Zeit unter Berücksichtigung der Judikatur des LGZ bzw. LG Wien und des Reichsgerichts (jur. Diss., Univ. Wien 2015).
- Gertrude ENDERLE-BURCEL, Alexandra NEUBAUER-CZETTL, Justiz am Prüfstand. Spitzenbeamte im Justizministerium 1938–1945–1955, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 5 (2015) 32–57.
- Wolfgang FORM, Wolfgang NEUGEBAUER, Ursula SCHWARZ, Die Kooperationsprojekte der Universität Marburg und des DÖW zur NS-Justiz, in: DOKUMENTATIONSARCHIV DES ÖSTERREICHISCHEN WIDERSTANDES (Hg.), Jahrbuch 2007. Schwerpunkt: Namentliche Erfassung von NS-Opfern (Wien 2007) 161–176.
- Hans-Peter HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB zwischen 1939 und 1945, in: Barbara DÖLEMAYER, Heinz MOHNHAUPT (Hgg.), 200 Jahre ABGB (1811–2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext (Frankfurt am Main 2012) 159–175.
- Franz HUEBER, Der Weg der Rechtsvereinheitlichung. Vortrag am „Tag des Deutschen Rechts“ 1939, in: Deutsches Recht 13–14 (1939) 237–242.
- Eduard KERN, Der gesetzliche Richter (Berlin 1927).
- Martin LÖHNIG, Entwicklungspfade des Deliktsrechts. Zur Anwendung des österreichischen ABGB durch das deutsche Reichsgericht, in: Zeitschrift für europäisches Privatrecht 19 (2011) 820–830.
- Siegfried MATTI, Zu Sozialgeschichte und Habitus österreichischer RichterInnen seit 1924, in: Barbara HELIGE, Thomas OLECHOWSKI (Hgg.), 100 Jahre Richtervereinigung. Beiträge zur Juristischen Zeitgeschichte (Wien 2007) 67–87.
- Franz-Stefan MEISSEL, Benjamin BUKOR, Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Constanze FISCHER-CZERMAK (Hg.), Festschrift 200 Jahre ABGB. Band 1 (Wien 2011) 17–44.
- Klaus-Dieter MULLEY, Zur „Gleichschaltung“ der Justiz im Bereich des Oberlandesgerichts Wien 1938/39. Bemerkungen zu „Recht“, „Rechtsprechung“ und „Richterschaft“ vor und nach dem „Anschluß“ Österreichs 1938, in: Williband ROSNER (Hg.), Recht und Gericht in Niederösterreich. Die Vorträge des 17. Symposions des Niederösterreichischen Instituts für Landeskunde, Stift Ardagger, 30 Juni bis 4. Juli 1997 (= Studien und Forschungen aus dem Niederösterreichischen Institut für Landeskunde 31, St. Pölten 2002) 258–294.
- Wolfgang NEUGEBAUER, Politische Justiz in Österreich, in: Erika WEINZIERL, Oliver RATHKOLB, Rudolf G. ARDEL, Siegfried MATTI (Hgg.), Justiz und Zeitgeschichte. Symposionsbeiträge 1976–1993, Bd. 1 (Wien 1995) 114–138.
- Wolfgang NEUGEBAUER, Richter in der NS-Zeit. Politische und gesellschaftliche Rahmenbedingungen, in: Erika WEINZIERL, Oliver RATHKOLB, Siegfried MATTI, Rudolf G. ARDEL (Hgg.), Richter und Gesellschaftspolitik. Symposion Justiz und Zeitgeschichte 12. und 13. Oktober 1995 in Wien (= Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Geschichte und Gesellschaft 28, Innsbruck–Wien 1997) 56–68.
- Wolfgang NEUGEBAUER, Richterliche Unabhängigkeit 1934–1945, unter Berücksichtigung der Standgerichte und der Militärgerichte, in: Erika WEINZIERL, Oliver RATHKOLB, Rudolf G. ARDEL, Siegfried MATTI (Hgg.), Justiz und Zeitgeschichte. Symposionsbeiträge 1976–1993, Bd. 2 (Wien 1995) 51–74.
- Wolfgang NEUGEBAUER, Zur Wissenschaftlichen Erforschung der NS-Justiz in Österreich, in: Wolfgang Form, Wolfgang NEUGEBAUER, Theo SCHILLER (Hgg.), NS-Justiz und politische Verfolgung in Österreich 1938–1945. Analysen zu den Verfahren vor dem Volksgerichtshof und dem Oberlandesgericht Wien (München 2006) 5–12.

- Wolfgang NEUGEBAUER, Ursula SCHWARZ, Die Bemühungen des DÖW zur Aufarbeitung der NS-Justiz und deren Opfer, in: DOKUMENTATIONSARCHIV DES ÖSTERREICHISCHEN WIDERSTANDES (Hg.), Bewahren Erforschen Vermitteln. Das Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes (Wien 2008) 125–133.
- Ilse REITER-ZATLOUKAL, Die Umgestaltung der österreichischen Strafrechtsordnung im NS-Staat, in: Österreichische Richterzeitung 92 (2014) 145–151.
- Ilse REITER-ZATLOUKAL, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 6 (2016) 419–469.
- Hubert SCHORN, Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente (Frankfurt/Main 1959).
- Ursula SCHWARZ, Zur Frage der personellen Kontinuitäten im Richtertum. Entlassungen und Weiterverwendungen von Richtern 1938 und 1945, in: Barbara HELIGE, Thomas OLECHOWSKI (Hgg.), 100 Jahre Richtervereinigung. Beiträge zur Juristischen Zeitgeschichte (Wien 2007) 127–145.
- Ursula SCHWARZ, NS-Richter in Österreich, in: Gerald KOHL, Ilse REITER-ZATLOUKAL (Hgg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft. Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn (Wien 2014) 125–144.
- Wolfgang STADLER, „...juristisch bin ich nicht zu fassen.“ Die Verfahren des Volksgerichts Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945–1955 (= Schriftenreihe des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstandes zu Widerstand, NS-Verfolgung und Nachkriegsaspekten 5, Wien–Berlin 2007).
- Wolfgang STEINLECHNER, Der Richter im Dritten Reich. Status – Unabhängigkeit – Persönlichkeit (jur. Diss., Univ. Mainz 1974).
- Maria SZECSEI, Karl STADLER, Die NS-Justiz in Österreich und ihre Opfer (= Sammlung des einsamen Gewissen. Beiträge zur Geschichte Österreichs 1938 bis 1945 1, Wien–München 1962).
- Albrecht WAGNER, Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat (= Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte 16/1, Stuttgart 1968).
- Alfred WALDSTÄTTEN, Staatliche Gerichte in Wien seit Maria Theresia. Beiträge zu ihrer Geschichte. Ein Handbuch (= Forschungen zur Wiener Stadtgeschichte. Publikationsreihe des Vereins für Geschichte der Stadt Wien 54, Innsbruck–Wien–Bozen 2011).
- Stefan WEDRAC, Die Richter des Obersten Gerichtshofs vom Anschluss 1938 bis zur Eingliederung ins Reichsgericht 1939; in: Österreichische Richterzeitung 92 (2014) 152–158.

Lilly LEITNER, Wien

Arisierungen im Spiegel der Judikatur des Landgerichts Wien in der NS-Zeit

The Judicial Approach to “Aryanisations” taken by the Regional Court of Vienna (Landgericht Wien) between 1938 and 1945.

Much has been written about the process of Austrian “aryanisations”; this paper, however, aims to describe how “aryanisations” are reflected in the civil judicial decisions of the Regional Court of Vienna (Landgericht Wien) from the Nazi period. For that purpose, 28 court files were analysed, of which 13 resulted in a court ruling. The paper concerns exclusively the “aryanisations” of sole proprietorships and points out the most common difficulties and questions arising from the transfer of “Jewish” assets into “Aryan hands”. This includes, for instance, the uncertain effects of National Socialist provisions in civil court procedures, the intervention of the Property Transactions Office (Vermögensverkehrsstelle) and its impact on the price agreement of the parties, as well as the question of the legal basis of “aryanisations”. It is demonstrated that the economic interests of the National Socialist state were respected by the courts and that its institutions and regulations were taken into account and included in the decision-making practice of the Regional Court of Vienna (Landgericht Wien). The work concludes that – based on the small sample of decisions analysed – there was nevertheless a basic tendency to adhere to the traditional principles of civil law, specifically private autonomy and the sanctity of contracts, in litigations involving “Jewish” and “Aryan” individuals.

Keywords: *civil contracts – compulsory sales – systematic exclusion of “Jews” from businesses and society – interventions of administrative authorities – Jewish assets managed by temporary administrators – Property Transactions Office (Vermögensverkehrsstelle)*

1. Einleitung

Die nationalsozialistische Führung scheint zur „Judenfrage“ in Österreich zunächst noch keine konkrete Strategie vorbereitet zu haben.¹ Vielmehr bestimmten die antisemitischen Ausschreitungen vor und nach den „Anschluss“-Tagen die Richtung und die Vorgehensweise gegen die österreichischen „Juden“. Einen wesentlichen Schritt stellte die Definierung² der Feindgruppe

dar.³ Diese Funktion erfüllten die Nürnberger Rassengesetze.⁴ Anhand der darin enthaltenen gesetzlichen Kriterien wurde definiert, wer als „Jude“ und was als „jüdisch“ galt. Gleichzeitig

November 1938 deuteten hebräische Schriftzeichen auf „jüdische“ Geschäfte hin.

³ Vgl. UNFRIED, Liquidierung 166ff; vgl. BOTZ, Stufen der Ausgliederung 362.

⁴ Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Verordnung über die Einführung der Nürnberger Rassengesetze im Lande Österreich vom 20. 3. 1938 bekanntgemacht wird, GBlÖ. 150/1938. Eingeführt wurden damit das Reichsbürgergesetz dRGBl. 1935, 1146 und die Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz dRGBl. 1935, 1333. Vgl. BOTZ, Stufen der Ausgliederung 362.

¹ Vgl. WEBER, Arisierung in Österreich 41ff.

² Und Kennzeichnung: Die Pflicht zur Führung einer Personal-Kennkarte (Oktober 1938), die Annahme der Vornamen Sara und Israel (Juli/August 1938); ab

zwangen sie die Bevölkerung, sich mit ihrer („arischen“ oder „nichtarischen“) Herkunft und mit der antisemitischen Diskriminierungspolitik der NSDAP zu befassen. Auf dieser Grundlage konnten wirksame Verfolgungsmaßnahmen gesetzt werden. Die begriffliche Ausgrenzung war damit „Voraussetzung für eine Art ‚legalen‘, d.h. durch Gesetze geregelten, Antisemitismus“.⁵

Neben die rassenideologische Komponente traten eine soziale und ökonomische Komponente.⁶ Ein maßgeblicher Faktor für den besonders gewaltsamen Ausbruch der „Arisierungs“-Wellen war die Struktur der österreichischen Wirtschaft im Jahre 1938.⁷ Annähernd 40% der deutschen⁸ „Juden“ lebten in Österreich.⁹ „Jüdische“ Betriebe waren in den Bereichen des Einzelhandels, der Immobilien, des Rechts und der Gesundheit, aber auch im Bankgeschäft, im Lebensmittel- und im Metallgroßhandel stark vertreten.¹⁰ „Einmal an die Macht gelangt, waren die antijüdischen Maßnahmen des Nationalsozialismus keineswegs bloße Konsequenz seiner antisemitischen Programmpunkte, sondern mindestens in demselben Maße ein Weg zur Bereicherung für Privatleute, ein nationalökonomisches Problem und eine Gelegenheit zur Strukturverbesserung [...]“.¹¹

⁵ BOTZ, *Stufen der Ausgliederung* 363.

⁶ BOTZ, *Anschluss*, 329; WITEK, *Arisierungen* 797.

⁷ GENSCHEL, *Verdrängung der Juden* 160.

⁸ Bezogen auf die Gesamtbevölkerung des Deutschen Reiches in der NS-Zeit.

⁹ GENSCHEL, *Verdrängung der Juden* 160; vgl. WEBER, *Arisierung in Österreich* 58.

¹⁰ HILBERG, *Vernichtung* 1, 97; GENSCHEL, *Verdrängung der Juden* 160, berichtet von ca. 26.000 jüdischen Betrieben von insgesamt 65.000. Damit stellten sie bereits eine erhebliche Konkurrenz für den „arischen“ Mittelstand dar; durch die allgemein schlechte Wirtschaftslage 1938 wurde die Überrepräsentation der „Juden“ in der Wirtschaft aber umso deutlicher akzentuiert, siehe GENSCHEL, *Verdrängung der Juden* 161; Botz, *Anschluss* 328.

¹¹ BOTZ, *Anschluss* 328.

Dieses Ineinandergreifen von Nationalsozialismus und Wirtschaftspolitik zeigte sich deutlich im Vorgang der „Arisierungen“ nach dem Anschluss im Jahre 1938.¹²

Der Begriff der „Arisierung“ ist eine nationalsozialistische Wortneuschöpfung.¹³ Eine offizielle oder verbindliche rechtliche Definition gab es nicht, da der Begriff in den Anwendungsbereichen verschiedenster Gesetze, Verordnungen, Erlässe etc. verwendet wurde und mit ihm zum Teil sehr unterschiedliche Bedeutungsinhalte verknüpft wurden.¹⁴ Überwiegend wurde der Begriff aber in einem ökonomischen Zusammenhang verwendet.¹⁵ Hermann Göring¹⁶ definierte den Grundgedanken der „Arisierung“ der gesamten Wirtschaft folgendermaßen: „Der Jude wird aus der Wirtschaft ausgeschieden und tritt seine Wirtschaftsgüter an den Staat ab. Er wird dafür entschädigt“.¹⁷ In einem weiteren Sinn stand „Arisierung“ für den Prozess der Verdrängung und Existenzvernichtung von „Juden“ und der als „jüdisch“ qualifizierten Unternehmen aus dem Berufs- und Wirtschaftsleben. Im engeren Sinne meinte sie den Eigentums-transfer von „jüdischen“ in „arischen Besitz“.¹⁸ Zeithistoriker unterscheiden zudem verschiedene Phasen der „Arisierung“.¹⁹ Die Zeit vor dem

¹² Insbesondere sollte die „Gelegenheit“ zu einer Strukturverbesserung und einem Modernisierungs- und Konzentrationsschub der rückständigen österreichischen Wirtschaft genutzt werden, siehe WITEK, *Arisierungen* 797.

¹³ WALZER, *TEMPL*, *Arisierung* 11.

¹⁴ BAILER-GALANDA, *BLIMLINGER*, *KOWARC*, *Arisierung und Rückstellungen* 112; *BAJOHR*, *Arisierung* 15.

¹⁵ *BAJOHR*, *Arisierung* 15; vgl. *BAILER-GALANDA*, *BLIMLINGER*, *KOWARC*, *Arisierung und Rückstellungen* 112.

¹⁶ Als Beauftragter für den Vierjahresplan.

¹⁷ BOTZ, *Anschluss* 330.

¹⁸ *BAJOHR*, *Arisierung* 15; *BAILER-GALANDA*, *BLIMLINGER*, *Kowarc*, *Arisierung und Rückstellungen* 112.

¹⁹ *HILBERG*, *Vernichtung* 98. Dies gilt für Deutschland; für Österreich und die dort gleichsam im Zeitraffer „akzelerierten Arisierungen“ siehe *WEBER*, *Arisierung in Österreich* 43.

„Anschluss“ und unmittelbar danach wird als Phase der „freiwilligen Arisierungen“ bezeichnet. Charakteristisch ist ein „antizipierendes Nachgeben“²⁰, das heißt die mehr oder weniger freiwillige Übertragung von Eigentum, um später keinem stärkeren Druck oder Gewalt ausgesetzt zu sein.²¹ Dies galt, solange noch eine Möglichkeit zur Verhandlung blieb. Von „Freiwilligkeit“ kann aber keine Rede sein, vielmehr wurde durch Propaganda, Druck und Boykott zum Verkauf genötigt.²² Der Verhandlungsspielraum war eingeschränkt oder überhaupt nicht mehr vorhanden.²³ Die Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben²⁴ leitete die Phase der „Zwangsarisierungen“ ein. Zur Veräußerung wurde nun mittels staatlicher Verordnungen gezwungen.

2. Arisierungsvorgänge in den vom FWF-Projekt erfassten Akten

Wie spiegeln sich die „Arisierungen“ in der zivilgerichtlichen Judikatur des Landgerichts Wien? Zu dieser Fragestellung wurden im Rahmen des FWF-Projekts die Akten dieses Gerichts untersucht. Die gegenständliche Arbeit beschränkt sich dabei auf die „Arisierung“ von Unternehmen in der Rechtsform eines Einzelunternehmens. Von den im Bereich des Schuldrechts gescannten 348 Akten und den in der Kategorie „Kaufvertrag“ der Datenbank gescannten 101 Akten hatten nur 28 Akten „Arisierungen“ im Zusammenhang mit Einzelunter-

nehmen zum Gegenstand. Von diesen 28 erging in 13 Fällen eine Entscheidung (Urteil, Beschluss), die restlichen 14 fanden einen anderen Verfahrensausgang (Ruhe des Verfahrens, Vergleich, Klagerückziehung, unbekannter Ausgang).

Die Sachverhalte der Entscheidungen lassen sich in verschiedene Probleme im Zusammenhang mit der Arisierung gliedern. In acht Fällen klagten ehemalige „jüdische“ Inhaber von Unternehmen „Ariseure“ auf Berichtigung des Kaufpreises für die Unternehmen, vorwiegend in den Jahren 1940/1941. In sieben weiteren Fällen klagten hingegen „Ariseure“ ehemalige „jüdische“ Inhaber auf Zurückzahlung des bereits erlegten Kaufpreises. Der Grund dafür fand sich immer in der Preisfestsetzung durch die Vermögensverkehrsstelle, die schließlich einen niedrigeren als den zwischen den Kaufvertragsparteien zunächst vereinbarten Kaufpreis festlegte. Vier Fälle stehen weiters im Zusammenhang mit § 1409 ABGB. Einerseits wandten sich „Altgläubiger“ an den Übernehmer des Unternehmens, andererseits machten „Ariseure“ noch rückständige Unternehmensschulden geltend. Schließlich kam es in zwei der Fälle nicht zu einer meritorischen Entscheidung. So stand einmal die Zulässigkeit des Rechtsweges in Frage, da eine als Verwaltungsakt qualifizierte Ermächtigung des Staatskommissars in der Privatwirtschaft die Durchsetzung eines Rechtes hinderte. In dem zweiten Fall bereitete der Umfang der Vertretungsmacht bzw. die gerichtliche Vertretungsmacht eines Treuhänders Probleme.²⁵ Letzterer Fall betraf übrigens das Wiener Riesenrad, womit in Erinnerung gerufen wird, dass auch das Wiener Wahrzeichen Gegenstand einer „Arisierung“ war.

²⁰ HILBERG, Vernichtung 100.

²¹ HILBERG, Vernichtung 100.

²² HILBERG, Vernichtung 98.

²³ WITEK, Arisierungen 802.

²⁴ Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Verordnung zur Durchführung der Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom 23. November 1938 bekanntgemacht wird, GBlÖ. 584/1938.

²⁵ LG Wien 20. 11. 1939, 30 Cg 226/39.

2. „Arisierungen“ im Spiegel der Ziviljustiz der NS-Zeit

Im folgenden Beitrag sollen aus den relativ wenigen erhaltenen Zivilverfahren einige Beispiele gegeben werden, aus denen man ablesen kann, wie der Ablauf der „Arisierungen“ und damit zusammenhängende Rechtsfragen auch in der Rechtsprechung des Landgerichts Wien in der NS-Zeit Niederschlag gefunden haben.

Davor sollen aber noch überblicksmäßig die wichtigsten Akteure bzw. Institutionen im Zusammenhang mit der „Arisierung“ vorgestellt sowie kurz auf den Vorgang der „Arisierungen“ in Österreich nach dem „Anschluss“ am 12. März 1938 dargestellt werden.

Unmittelbar nach der NS-Machtergreifung setzte die Hetze gegen die österreichischen „Juden“ ein, zunächst in Form von sogenannten „wildem Arisierungen“, bei denen ehemalige Konkurrenten, Angestellte und Nationalsozialisten jüdische Geschäfte plünderten, die Besitzer und Eigentümer vertrieben und allenfalls selbst fortführten.²⁶ Erst von deutscher Seite, nämlich auf Betreiben Görings,²⁷ sah man sich gezwungen die „Arisierungen“ in geordnete Bahnen zu lenken.²⁸ In Österreich oblag es dem Reichs-

kommissar für die Wiedervereinigung Österreichs mit dem deutschen Reich, Josef Bürckel, die nach dem Anschluss vorgefundenen Zustände, d.h. das spontan entstandene Kommissarsystem („als notwendiges Übel“) zu legalisieren, Exzesse durch den Einsatz von Polizei in Zaum zu halten und geeignete Maßnahmen für die „Arisierung“ gesetzlich vorzusehen und durchzusetzen.²⁹

Das System der kommissarischen Verwaltung, das seine Funktion im Wesentlichen im Entzug der Verfügungsmacht des „jüdischen“ Unternehmensinhabers über die den Geschäftsbetrieb betreffenden Angelegenheiten hatte, wurde also beibehalten, man achtete aber zunehmend auf die Auswahl der kommissarischen Verwalter, die Herausarbeitung ihrer Rechtsstellung und schaffte eine Einsetzungs- und Kontrollinstanz.³⁰ Die gesetzten Maßnahmen entfalteten aber nicht die von den obersten Parteibehörden gewünschte Wirkung. Es sollten daher schnell neue, „arische“ Träger der Unternehmen gefunden werden.³¹ Im Juli 1938 erging die Anordnung über kommissarische Verwalter in der Privatwirtschaft,³² nach der bestehende Vollmachten bis zum 1. August 1938 erloschen, sofern sie bis

Der Wert der in den ersten Wochen beschlagnahmten Gegenstände und Geldbeträge gilt als nicht abschätzbar, dürfte aber Millionen betragen haben, siehe BOTZ, Stufen der Ausgliederung 364. In Österreich wurde in kurzer Zeit nachgeholt, was sich in Deutschland seit 1933 in einem Prozess „schleichender Radikalisierung“ entwickelt hatte, nämlich „[d]ie systematische Ausdünnung der ökonomischen Grundlagen der jüdischen Minderheit in einer mehr oder weniger offenen Allianz von Partei und Gesellschaft, von der unterschiedliche bürgerliche und mittelständische Gruppierungen bis hin zu Maklern, Rechtsanwälten und Notaren profitierten“; siehe WEBER, Arisierung in Österreich 43.

²⁹ BOTZ, Stufen der Ausgliederung 365.

³⁰ WITEK, Arisierungen in Wien 802.

³¹ BOTZ, Anschluss 332.

³² Anordnung des Reichsstatthalters über kommissarische Verwalter in der Privatwirtschaft GBl.Ö. 226/1938.

²⁶ BAILER-GALANDA, BLIMLINGER, KOWARC, Arisierung und Rückstellungen 113.

²⁷ Die unkontrollierten Beschlagnahmungen stellten eine Gefährdung für den Vierjahresplan dar. Der Vierjahresplan umriss programmatisch das Ziel, Wirtschaft und Armee innerhalb von vier Jahren in Kriegsbereitschaft zu versetzen.

²⁸ BOTZ, Anschluss 330. Nach dieser ersten Arisierungswelle blieben etwa 26.000 jüdische Betriebe übrig, derer sich etwa 25.000 „kommissarische Verwalter“ (vertreten waren Angehörige lokaler Parteistellen, SA-Leute, Mitglieder der nationalsozialistischen Betriebsorganisationszellen, Kaufleute und Gewerbetreibende, die der NS-Handelsstelle angehörten, nationalsozialistische Arbeitsgemeinschaften oder Betriebsgemeinschaften „arischer“ Angestellter, siehe WITEK, Arisierungen 801) bemächtigt hatten.

dahin nicht erneut erteilt wurden. Im Dezember folgte als bedeutendste Maßnahme die Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens.³³ Inhabern eines „jüdischen“ Gewerbebetriebes „konnten“ Aufträge zur Veräußerung oder Abwicklung erteilt werden, zu deren Durchführung „Treuhänder“ bestellt wurden. Mit ihrer Einsetzung sollte auch eine sukzessive Ablösung der kommissarischen Verwalter bewirkt werden.³⁴

Ende April 1938 stellte sich das Problem, dass genaue Angaben zu Einziehungen zugunsten des Reiches nicht gemacht werden konnten. Die Erstellung eines Verzeichnisses über die vorhandenen und verwertbaren Vermögen in „jüdischem“ Eigentum sollte die Feststellung des Ausmaßes und des Wertes der beschlagnahmten Güter ermöglichen. Diesen Ansatzpunkt verfolgte die Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden vom 26. April 1938.³⁵ Bis Ende Juni 1938 hatten alle „Juden“ ihr Vermögen anzumelden.³⁶ Zuständig war ab 18. Mai 1938 eine staatliche Zentralstelle, die Vermögensverkehrsstelle.³⁷ Sie bestellte die Kommissa-

re, Treuhänder und Abwickler und koordinierte die gesamtwirtschaftliche Planungsarbeit der „Arisierungen“, genehmigte die Kaufverträge, setzte die Kaufpreise nach den jeweiligen Gutachten fest oder verordnete die Betriebsauflösung. Sie sollte damit auch den Einfluss der kommissarischen Verwalter eliminieren.³⁸ Zugleich mit der Anordnungsverordnung erfolgte eine Anordnung, dass die Verpachtung, Veräußerung oder Neueröffnung eines gewerblichen, land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs einer behördlichen Genehmigung bedurfte, wenn an dem Rechtsgeschäft ein „Jude“ beteiligt war.³⁹

Zwischen Juli und Dezember 1938 folgte die „antijüdische“ Gesetzgebung Schlag auf Schlag, diese hatte die Zerschlagung der noch verbliebenen „jüdischen“ Geschäftstätigkeit und Selbständigkeit zum Ziel.⁴⁰ Die entsprechenden Verordnungen setzten einerseits Fristen für die Einstellung gewerblicher Dienste und die Schließung von Arztpraxen, Rechtsanwaltskanzleien und Einzelhandelsgeschäften und stellten andererseits Einzelhandelsgeschäfte, Industriebetriebe, den Grundbesitz und landwirtschaftliche Güter unter treuhänderische Verwaltung bzw. ordneten deren Liquidierung an. Eine Verschärfung brachten die Novemberpogrome der sogenannten „Reichskristallnacht“. Mit der Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom 19. November 1938⁴¹ wurde per 1. Jänner 1939 die Führung

³³ Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens vom 3. Dezember 1938 bekanntgemacht wird, GBlÖ. 633/1938.

³⁴ WITEK, Arisierungen in Wien 803.

³⁵ Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden vom 26. April 1938 bekanntgemacht wird, GBlÖ. 102/1938.

³⁶ In der Entscheidung 7 Cg 342/39 ging es um ein Schätzungsgutachten, das für die Vermögensanmeldung vom kommissarischen Verwalter, der gleichzeitig gerichtlich beeideter Schätzmeister war, erstellt worden war. Strittig war, ob das Erstellen des Schätzungsgutachtens zu den Aufgaben eines kommissarischen Verwalters gehörte. Das LG Wien entschied, dass die Vermögensanmeldung mit der kommissarischen Verwaltung in keinerlei Verbindung gestanden hätte; LG Wien 1. 3 1941, 7 Cg 342/39.

³⁷ Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich über die Übertragung von Befugnissen nach den Vorschriften über die Anmeldung des Vermögens

von Juden und über die Errichtung einer Vermögensverkehrsstelle im Ministerium für Handel und Verkehr, GBlÖ. 139/1938.

³⁸ WEBER, Arisierung in Österreich 81.

³⁹ Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Anordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan auf Grund der Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden vom 26. April 1938 bekanntgemacht wird, GBlÖ. 103/1938.

⁴⁰ Zum Folgenden HILBERG, Vernichtung 130ff.

⁴¹ Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom

sämtlicher „jüdischer“ Einzelhandelsgeschäfte sowie verschiedener Gewerbe untersagt. Darauf folgte eine Durchführungsverordnung,⁴² welche deren Auflösung und Abwicklung verfügte.

a. Die VO zur Ausschaltung der Juden aus der Wirtschaft und Vertragsansprüche jüdischer Parteien

Auf diese Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus der Wirtschaft berief sich eine Beklagte in einem Verfahren vor dem Landgericht Wien,⁴³ um die Einstellung der Bezahlung ihrer Pachtzinsen zu rechtfertigen.

1936 hatte der „jüdische“ Eigentümer einer Liegenschaft, mit der ein Gast- und Schankgewerbe verbunden war, das Recht zum Betrieb an die Beklagte verpachtet. Ab Jänner 1939 setzte die Pächterin die Zahlung der Zinsen aus, übte den Unternehmensbetrieb aber weiter aus. Aufgrund von Steuerschulden pfändete das Deutsche Reich die Zinsforderung gegen die Pächterin und reichte 1941 Klage ein. Die Beklagte berief sich auf die Verordnung über die Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben,⁴⁴ durch welche „Juden“ der Betrieb eines Gewerbes untersagt worden und die ihnen dafür verliehenen Konzessionen erloschen seien. Ihr sei daher die Ausübung des Gewerbes seit dem 1. Jänner 1939 nicht mehr möglich gewesen. Das Landgericht Wien folgte diesen Argumenten aber nicht, sondern gab der Klage statt und begründete die Pflicht zur Zahlung der rückständigen Pachtzinsen folgendermaßen: „Mit der Verordnung zur Ausschaltung der Juden

aus dem deutschen Wirtschaftsleben⁴⁵ ist den Juden lediglich die Führung jeglicher Gewerbebetriebe untersagt worden; die ihnen aus vorher abgeschlossenen Verträgen zustehenden Rechte sind hierdurch nicht unmittelbar berührt und keineswegs mit einer den Schuldner befreienden Wirkung erloschen.“

Der Zivilrichter ging zwar auf die Bestimmungen der Verordnung ein, durch die die endgültige Schließung jeder „jüdischen“ Geschäftstätigkeit verfügt worden war, verneinte aber eine Auswirkung auf die vertragliche Zinszahlungspflicht, die als weiterbestehend angenommen wurde. Damit vereitelte er aber in gewisser Weise den Zweck der Verordnung, „Juden“ aus der Wirtschaft auszuschneiden, da dem jüdischen Eigentümer so auch nach dem 1. Jänner 1939 die Pachtzinsen zugestanden hätten.

Die Entscheidung erscheint bemerkenswert, da sie zu Ungunsten der „arischen“ Pächterin ausfiel, die sich auf den spezifisch nationalsozialistischen Zweck der VO, die Ausschaltung der „Juden“ aus der Wirtschaft, berufen hatte. Andererseits muss bedacht werden, dass vom Ausgang des Verfahrens konkret die Finanzverwaltung des Deutschen Reiches profitierte, welche die Pachtforderung gepfändet hatte. In ökonomischer Betrachtung geht es also gleichsam um eine Zuordnung eines „Arisierungsprofits“, die hier zugunsten des NS-Staates ausging.

b. Vermögensverkehrsstelle und Zivilrecht

Mit der Anordnung aufgrund der Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden⁴⁶ wurden die Arisierungen einem Schema unterworfen: Die Gauwirtschafts- und Bezirksamter mussten der Veräußerung zustimmen, die zuständigen Handelskammern sollten zur Frage des volkswirtschaftlichen Nutzens gehört wer-

12. November 1938 bekanntgemacht wird, GBlÖ. 584/1938.

⁴² Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Verordnung zur Durchführung der Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom 23. November 1938 bekanntgemacht wird, GBlÖ. 619/1938.

⁴³ LG Wien 13. 5. 1942, 2 Cg 223/41.

⁴⁴ GBlÖ. 584/1938.

⁴⁵ GBlÖ. 584/1938.

⁴⁶ GBlÖ. 102/1938.

den, die politische Zuverlässigkeit der „Ariseure“ wurde von der NSDAP geprüft, zur Ermittlung der Verkaufspreise zog man Wirtschaftsprüfer heran.⁴⁷ Durch Zusammenwirken all dieser Instanzen sollte die „Arisierung“ bzw. Liquidation der Unternehmen rascher und reibungsloser finalisiert werden.⁴⁸

Zwischen den verschiedenen beteiligten Akteuren gab es aber auch immer wieder Kompetenzkonflikte und widersprüchliche Vorgangsweisen, wie der folgende Fall zeigt, bei dem eine Unklarheit bestand, ob eine Liquidation stattfinden oder eine Arisierung durchgeführt werden sollte.⁴⁹

Der Beklagte in einem Verfahren schloss einen Mietvertrag über die Geschäftsräumlichkeiten eines Einzelhandels, der zuvor „jüdische“ Inhaber gehabt hatte. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages gingen die Vertragsparteien von einer Liquidation aus, was ihnen die „Kreisleitung II“ zugesagt hatte. Zeitgleich wurde das Haus, in dem sich dieses Geschäft befand und welches „jüdische“ Eigentümer hatte, vom Kläger gekauft. Dem Kläger teilte die Vermögensverkehrsstelle mit, dass das Geschäft zu „arisieren“ sei, weswegen er zusätzlich um die Erteilung einer Gewerbeberechtigung für den Einzelhandel ansuchte.

Aufgrund des Mietvertrages des Beklagten war der Kläger aber nicht in der Lage, das Gewerbe auszuüben. Er behauptete daher die Nichtigkeit des Mietvertrages aufgrund der Anordnung zur Verordnung über die Anmeldung des Vermö-

gens von Juden,⁵⁰ nach der „durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Genehmigungspflicht der Vermögensverkehrsstelle nicht umgangen werden dürfe“. Der Beklagte sei daher nicht berechtigt „aufgrund eines formal-rechtlichen Mietvertrages“ das Gewerbe in einem vormals „jüdischem“ Geschäft, über das nur im Rahmen der Anordnung zu verfügen sei, auszuüben, ohne dafür die entsprechende Genehmigung innezuhaben.

Das Landgericht Wien wies die Klage ab. Es beurteilte einzig den Abschluss des rechtsgültigen Mietvertrags über das Geschäft als maßgeblich. Der Gültigkeit könne nicht entgegenstehen, dass die Vermögensverkehrsstelle für das Geschäft später eine „Arisierung“ in Aussicht genommen hatte, wovon die Beteiligten zum Zeitpunkt des Abschlusses keine Kenntnis gehabt hatten. Eine Umgehung der Anordnung schloss das Gericht aus. Nach den §§ 1 und 2 der Anordnung sei nur die Veräußerung und Verpachtung sowie die Neueröffnung eines „jüdischen“ Gewerbebetriebes genehmigungspflichtig. Der Mietvertrag sei aber über ein leeres Geschäft, das bereits geräumt und gesperrt worden war, geschlossen worden und dies außerdem mit Zustimmung des Sonderbeauftragten für den „Kreis II“ der Vermögensverkehrsstelle.

Der Sachverhalt der Entscheidung basiert auf den Interessens- bzw. Kompetenzstreitigkeiten zwischen den verschiedenen nationalsozialistischen Einrichtungen, die rechtlich eine erhebliche Unsicherheit mit sich brachten. Das allgemeine Vertragsrecht wurde schon durch die Genehmigungspflicht der Vermögensverkehrsstelle „ausgehebelt“. Nun kamen aber weitere Instanzen hinzu, die eine Entscheidungsrelevanz für sich beanspruchten. Das Gericht scheint den Schwerpunkt der Beweisaufnahme nicht darauf gelegt zu haben, wem die endgülti-

⁴⁷ WEBER, Arisierung in Österreich 55.

⁴⁸ Dadurch wurden Interessenskonflikte aber nicht beseitigt. Auf der einen Seite stand die Behörde unter Bürckel, der es um eine strukturelle und volkswirtschaftliche Umverteilung ging, auf der anderen Seite das Interesse der lokalen NS-Führer an einem Versorgungssystem zugunsten von Parteigenossen oder NS-Sympathisanten; siehe WITEK, Arisierungen in Wien 800f.

⁴⁹ LG Wien 16. 2. 1940, 4 Cg 356/39.

⁵⁰ GBl.Ö. 103/1938.

ge „Entscheidungshoheit“ zustand und damit die Macht, über eine „Arisierung“ oder Liquidation zu bestimmen. Vielmehr entschied es im Sinne der Rechtssicherheit, indem es schlicht auf die Tatsachen im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages abstellte, auf die die Mietvertragsparteien vertrauen durften, ohne sich darauf einzulassen, die politische Frage der Letztzuständigkeit anzusprechen.

War die Durchführung einer „Arisierung“ einmal entschieden, stellte sich die Frage der Festsetzung des Kaufpreises. Kurz zusammengefasst, unterschied man zwischen dem Sachwert eines Unternehmens und dem Firmenwert.⁵¹ Der Kaufpreis beinhaltete den Sachwert des Unternehmens. Die Differenz zwischen Sachwert, d.h. Kaufpreis, und Verkehrswert hatte der „Arisierer“ in Form einer Ausgleichsabgabe an den Staat zu zahlen.⁵² Bei Industrie- und Großhandelsfirmen, größeren Gewerben und Einzelhandelsbetrieben wurde deren Sach- und Verkehrswert durch Wirtschaftsprüfergutachten festgestellt, bei Kleinbetrieben gaben nur Schätzgutachten Auskunft.⁵³

In drei Verfahren (mit Entscheidungen) vor dem LG Wien wurde der noch ausstehende Kaufpreis von dem ehemaligen „jüdischen“ Inhaber verlangt. Das LG Wien wies die Klagebegehren ab, ausgenommen eine Entscheidung, in der die Forderung an einen „Vollarier“, so das Vorbringen der Partei, zediert wurde.⁵⁴ In den anderen Entscheidungen begründete das LG Wien, dass das Vermögen des „jüdischen“ Klägers aufgrund der §§ 2 i.V.m. 3 der Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 dem Reich verfallen und es ihm daher verwehrt

sei, über sein Vermögen zu verfügen, da dies nunmehr ausschließlich „Sache des Reiches“ sei.⁵⁵ Oder es wies die Klage ab, da der Beklagte dem ihm in der (während des Verfahrens endgültig erteilten) Genehmigung der Vermögensverkehrsstelle erteilten Auftrag nachgekommen sei, den Kaufpreis auf ein Sperrkonto zu überweisen und eine Auflage zu bezahlen und das Begehren des „jüdischen“ Klägers daher zu Unrecht gestellt gewesen sei.⁵⁶

Andererseits wurde in zwei Entscheidungen dem Klagebegehren der Rückerstattung eines zu viel entrichteten Kaufpreises, der nachträglich von der Vermögensverkehrsstelle herabgesetzt wurde, stattgegeben.⁵⁷

c. „Arisierung“ und Vermögensübergang i.S.v. § 1409 ABGB

Wie war der Vermögensübergang durch „Arisierung“ zivilrechtlich zu qualifizieren?

Während das ABGB nach dem Anschluss weiterhin in Geltung stand, stand für das Reichsjustizministerium die Einführung des deutschen HGB in Österreich aufgrund der Bedeutung des Handelsrechts für das nun einheitliche Wirtschaftsgebiet von Anfang an fest.⁵⁸ Durch die Vierte Einführungsverordnung sollte das ABGB-Recht mit dem neuen HGB kombiniert werden. Die Kombination erfolgte aber äußerst unbefriedigend.

Im Hinblick auf die „Arisierungskäufe“ (sofern man diese als privatrechtliche Verträge qualifiziert), standen damit mindestens zwei Normen zur Auswahl. Nämlich § 1409 ABGB und § 25 HGB. In den durchgesehen Entscheidungen des

⁵¹ Bestehend aus immateriellen Gütern wie Marken, Ruf, Kundenstamm, Lieferverträge, Know-how etc.

⁵² HILBERG, Vernichtung 136. Siehe WITEK, Arisierungen in Wien 798.

⁵³ WITEK, Arisierungen in Wien 798.

⁵⁴ LG Wien, 14 Cg 150/41.

⁵⁵ LG Wien 9. 1. 1942, 35 Cg 404/41.

⁵⁶ LG Wien 4. 4. 1939, 24 Cg 19/39.

⁵⁷ LG Wien 4. 9. 1940, 16 Cg 230/40; LG Wien 19. 11. 1940, 16 Cg 130/40 – hier wurde die Entscheidung mit der Verfügung der Vermögensverkehrsstelle aufgrund der Verordnung über den Einsatz jüdischen Vermögens vom 18. 1. 1940 begründet.

⁵⁸ Siehe HOFMEISTER, Privatrechtsgesetzgebung 143.

Landesgerichts Wien wurden zwar beide Normen erwähnt, maßgeblich war aber stets § 1409 ABGB.

§ 1409 ABGB ordnet im Falle der Übertragung eines Vermögens oder eines Unternehmens einen gesetzlichen Schuldbeitritt an. Dem Gläubiger wird ein zusätzlicher Schuldner ex lege zur Verfügung gestellt, was jenen vor dem Verlust des Haftungsfonds seines Schuldners schützen soll. Der Übernehmer haftet aber nur für jene Schulden des Veräußerers, die er bei der Übergabe kannte oder kennen musste. Die Haftung insgesamt ist beschränkt mit der Höhe des übernommenen Aktivvermögens. § 1409 ist zwingendes Recht und kann durch abweichende Parteienvereinbarung nicht ausgeschlossen oder abgeändert werden.⁵⁹ Nach § 25 HGB haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts, wenn er die Firma des Unternehmers fortführt, für die Schulden des Veräußerers. Die Haftung ist im Gegensatz zu § 1409 ABGB nicht eingeschränkt, kann aber bis zu der zwingenden Grenze des § 1409 ausgeschlossen durch Vereinbarung und deren Eintragung im Firmenbuch werden.

In den Akten des Landgerichts Wien finden sich drei Urteile zu § 1409 ABGB.

Eine „Ariseurin“ machte die Nichtigkeit eines Vergleiches, in dem die Rückzahlung von Abstandsgeld für die Nichteinhaltung eines Mietvertrages vereinbart wurde, geltend. Der Vergleich war von dem ehemaligen Inhaber geschlossen worden; als Rechtsnachfolgerin im Sinne des § 1409 ABGB sei sie aber zur Rückforderung des bezahlten Betrages berechtigt. Das LG Wien stellte fest, dass die Mieträumlichkeiten nicht dem Geschäftsbetrieb gewidmet gewesen seien und jede Beziehung zum Handelsbetriebe fehle; ein Übergang der klagegegenständ-

lichen Forderung auf die Klägerin als Rechtsnachfolgerin habe daher nicht stattgefunden. Sie habe nur die zum Geschäftsvermögen gehörigen, nicht aber auch die zum Privatvermögen gehörigen Aktiven erworben.⁶⁰

In einem anderen Verfahren setzte eine „jüdische“ Angestellte ihre Ansprüche aus einer fristlosen Entlassung durch einen kommissarischen Verwalter durch. Kurz nach ihrer Entlassung wurde das Unternehmen „arisiert“. Aufgrund von Vereinbarungen zwischen dem ehemaligen „jüdischen“ Inhaber des Unternehmens und dessen Übernehmer, wurde ihre Forderung unter eine aufschiebende Bedingung gestellt. In diesem Sinne entschied das LG Wien und verneinte die Fälligkeit ihrer Forderung. Das OLG Wien als Berufungsgericht gab ihr jedoch Recht. Es zog § 914 ABGB zur Interpretation des Vergleichsvertrags heran und kam zu dem Schluss, dass „der Versuch des Übernehmers, die Fristsetzung für sich in Anspruch zu nehmen, nicht der Übung des redlichen Verkehrs entspreche“. Im konkreten Fall könne die Befriedigung der Lohnforderung nicht aufgrund einer gar nicht zur Sache gehörigen Streitigkeit zwischen Übernehmer und Übergeber hinausgezögert werden.⁶¹

⁶⁰ LG Wien 25. 1. 1941, 1 Cg 227/40.

⁶¹ LG Wien 11. 12. 1939, 6 Cg 381/39; OLG Wien 13. 3. 1940, 2 R 156/40. Das OLG sah in der Festsetzung einer Zahlungsfrist von drei Tagen nach Erlag des Kaufpreises nur dann einen Zweck, wenn der bisherige Inhaber darüber verfügen und daraus die Zahlung leisten hätte können. An eine Begünstigung des Übernehmers sei bei Abschluss des Vergleiches nicht gedacht worden. Vielmehr, stellte das Gericht fest, seien die Vertragsparteien beim Abschluss des Vergleiches davon ausgegangen, dass die „Arisierung“ bald durchgeführt und die Zahlung bald erfolgen werde. Es sei auch nicht vorgesehen gewesen, dass die Zurückbehaltung der klägerischen Lohnforderung als Druck gegen den Übergeber des Unternehmens benutzt werden würde, seine Verpflichtungen gegenüber dem Übernehmer einzuhalten; LG Wien 11. 12. 1939, 6 Cg 381/39; OLG Wien 13. 3. 1940, 2 R 156/40.

⁵⁹ Eine Ausnahme bestünde nur dann, wenn die Gegenleistung des Erwerbers an den Veräußerer die gleiche Sicherheit wie die übertragenen Güter darstellten. Vgl. etwa LUKAS in: KLETEČKA/SCHAUER, ABGB-ON § 1409 Rz. 3.

In einem weiteren Rechtsstreit⁶² des Jahres 1939 bestritt die Beklagte die Subsumtion der „Arisierung“ unter § 1409 ABGB, was sie mit der Einrichtung und Rolle der Vermögensverkehrsstelle begründete. Dabei ging es um eine strittige Unternehmensschuld, die gegen die „Ariseurin“ eines Unternehmens als Rechtsnachfolgerin geltend gemacht wurde.

Die Beklagte brachte vor, dass die Haftung nach § 1409 ABGB, in Analogie zur Zwangsversteigerung bzw. zur Erwerbung aus der Konkursmasse, nicht auf Übertragungen, die der Bewilligung der Vermögensverkehrsstelle bedürften, anwendbar sei. Die Vermögensverkehrsstelle setze die Vertragsbedingungen, die zuvor zwischen den Parteien vereinbart wurden, mit oder ohne Abänderung endgültig fest. Das gelte auch für den Preis, von dem nicht mehr abgewichen werden könne, auch nicht durch Anwendung des § 1409 ABGB. Der „Entjudungswerber“ hafte daher, so die Argumentation der „Ariseurin“, nur für jene Schulden, die ihm in der Genehmigung der Vermögensverkehrsstelle überbunden worden seien. In ihrer Genehmigung sei die Forderung der Klägerin nicht enthalten, weshalb sie die Bezahlung verweigerte.

Das Landgericht Wien qualifizierte die „Arisierung“ von Unternehmen als einen privatrechtlichen Kaufvertrag, dessen Zustandekommen aus öffentlichen Interessen auch erzwungen werden könne und der Genehmigung der Vermögensverkehrsstelle bedürfe. Es handle sich aber stets um eine vertragsmäßige Übernahme im Sinne des § 1409 ABGB (wenn auch unter Mitwirkung einer staatlichen Stelle). Dementsprechend sei die Beklagte Übernehmerin im Sinne des § 1409 ABGB, die mit dem Eigentümer des Unternehmens, vertreten durch den kommissarischen Verwalter, einen Kaufvertrag abgeschlossen und alle Rechte und Pflichten des Unternehmens übernommen hätte.

Die entscheidende Rechtsfrage bestand dann darin, ob die klägerische Schuld zu jenen Schulden zählte, die die Beklagte im Sinne des § 1409 ABGB „kannte oder kennen musste“. Das Landgericht Wien stellte fest, dass die klägerische Forderung zwar nicht in der Buchhaltung enthalten gewesen war und der kommissarische Verwalter sie nicht ausreichend informiert hatte. Damit sei sie ihrer Sorgfaltspflicht nach § 1409 ABGB allerdings nicht ausreichend nachgekommen. Es wäre die Pflicht der Beklagten gewesen, vor der Übernahme des Unternehmens ausreichend Nachforschungen, auch durch Anfrage bei der Vermögensverkehrsstelle, über den wirtschaftlichen Stand des Unternehmens anzustellen. Dem Gericht lag nämlich ein Gutachten zur Bewertung des Unternehmens vor, das bereits anlässlich eines früheren „Arisierungsbewerbers“ (der vom Erwerb zurückgetreten war), angefertigt worden war. In dem Gutachten wurde die Buchhaltung als äußerst mangelhaft beurteilt und es wurde auch die strittige Forderung bemerkt. Nach Ansicht des Gerichts hätte die Beklagte durch Einsicht in den Akt bei der Vermögensverkehrsstelle daher schon bei Antragstellung sowie im Zeitpunkt der Geschäftsübernahme von der klägerischen Forderung Kenntnis haben müssen.

Das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht bestätigte das angefochtene Urteil. Im Gegensatz zur ersten Instanz maß das OLG aber der Involvierung der Vermögensverkehrsstelle im Arisierungsverfahren größeres Gewicht bei. Es begründete, dass die Ausführungen der Berufung, die Preisfestsetzung der Vermögensverkehrsstelle könne durch Anwendung des § 1409 ABGB nicht durchbrochen werden, im gegenständlichen Fall ins Leere gingen, da die Vermögensverkehrsstelle die eingeklagte Forderung ohnedies in den Schuldenstand vor der Preisfestsetzung aufgenommen habe und die Beklagte die gesamten Schulden nach der von der Vermögensverkehrsstelle genehmigten Kaufvereinbarung zu übernehmen habe.

⁶² LG Wien 9. 2. 1940, 6 Cg 443/39.

Es zeigt sich, dass die Zivilgerichte die Rolle der Vermögensverkehrsstelle bei der „Arisierung“ berücksichtigten. In der erstinstanzlichen Entscheidung des Landgerichts Wien wird der Vorgang aber dennoch als Unternehmensveräußerung im Sinne des § 1409 ABGB qualifiziert, selbst wenn diese auch erzwungen werden konnte. Fraglicher erscheint die Anwendung in der Entscheidung des OLG Wien, der zufolge sich die Schuldenübernahme nach § 1409 ABGB im gegenständlichen Fall nur daraus ergebe, dass die Vermögensverkehrsstelle die Forderung auch in ihre Preisfestsetzung aufgenommen hatte.

3. Schlussbemerkungen

Das Massenphänomen der „Arisierung“ zehntausender Unternehmen hat in den von uns untersuchten Akten des LG Wien nur einen sporadischen Niederschlag gefunden. Dennoch spiegeln sich in diesen Gerichtsakten sowohl die Abläufe der „Arisierung“ als auch die Vielzahl der beteiligten Akteure in anschaulicher Weise.

In inhaltlicher Hinsicht erscheint, dass – auch wenn hier aufgrund des kleinen Sample keine Generalisierungen gemacht werden können – Versuche von „Arisieren“, das Zivilrecht zu ihren Gunsten im Sinne der NS-Ideologie umzudeuten, nach den von uns gefundenen Verfahren zu schließen, nicht erfolgreich gewesen sein dürften. Als Grundtendenz lässt sich demgegenüber ein Festhalten an den von Privatautonomie und Vertragstreue geprägten Prinzipien des traditionellen Zivilrechts feststellen.

Andererseits zeigt sich, dass die wirtschaftlichen Interessen des NS-Staates respektiert wurden. Die NS-Institutionen und -Verordnungen wurden in die Entscheidungspraxis des LG Wien integriert. In den Entscheidungen spiegelt sich daher auch die, bereits in der Einleitung angesprochene, ökonomische Komponente des Antisemitismus und der rechtlichen Maßnahmen der Nationalsozialisten im Bereich der „jüdischen“

Wirtschaft. Es erscheint also oft denkbar, dass in Verfahren mit „jüdischen“ Parteien ein potentieller Profit zugunsten des Staates den Ausschlag für die Entscheidung gab. In jenen Konstellationen, in denen sich zwei oder mehrere „Arier“ gegenüberstanden, ist hingegen eine Tendenz nicht feststellbar.

Korrespondenz:

Lilly LEITNER
Nußdorferstraße 74/3
1090 Wien
lilly.leitner@gmx.at
ORCID-Nr. 0000-0003-1381-5869

Abkürzungen:

dRGBL. deutsches Reichsgesetzblatt

GBIÖ. Gesetzblatt für das Land Österreich

Rz. Randziffer

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

Literatur:

Gerhard BOTZ, Stufen der Ausgliederung der Juden aus der Gesellschaft. Die österreichischen Juden vom „Anschluß“ zum „Holocaust“, in: *Zeitschichte* (Wien) 14 (1987) 359–378.

Gerhard BOTZ, Wien – vom „Anschluss“ bis zum Krieg (Wien-München 21980).

Frank BAJOHR, „Arisierung“ als gesellschaftlicher Prozeß. Verhalten, Strategien und Handlungsspielräume jüdischer Eigentümer und „arischer“ Erwerber, in: Fritz Bauer Institut (Hg.), „Arisierungen“ im Nationalsozialismus (Frankfurt am Main 2000) 15–30.

Helmut GENSCHEL, Die Verdrängung der Juden aus der Wirtschaft im Dritten Reich (Göttingen 1966).

Brigitte BAILER-GALANDA, Eva BLIMLINGER, Susanne KOWARC, „Arisierung“ und Rückstellungen von Wohnungen in Wien, in: Österreichische Historikerkommission (Hg.), „Arisierung“ und Rückstellungen von Wohnungen in Wien (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich 14, Wien 2004) 91–232.

Raul HILBERG, Die Vernichtung der europäischen Juden, Bd. 1 (Frankfurt 1990).

Herbert HOFMEISTER, Privatrechtsgesetzgebung für Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, in: Ulrike DAVY u.a. (Hgg.), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus in Österreich* (Wien 1990) 124–148.

Meinhard LUKAS, § 1409 ABGB, in: Andreas KLETEČKA, Martin SCHAUER, *ABGB-ON 1.0* (Wien 2010).

Berthold UNFRIED, Liquidierung und Arisierung von Betrieben als Elemente von Strukturpolitik und NS-„Wiedergutmachung“, in: Ulrike FELBER u.a. (Hgg.), *Ökonomie der Arisierung, Teil 1: Grundzüge, Akteure und Institutionen* (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich 10/1: Zwangsverkauf, Liquidierung und Restitution von Unternehmen in Österreich 1938 bis 1960, Wien 2004) 166–226.

Stephan WALZER, Tina TEMPL, *Unser Wien: „Arisierung“ auf österreichisch* (Berlin 2011).

Fritz WEBER, Die Arisierung in Österreich: Grundzüge, Akteure und Institutionen, in: Ulrike FELBER (Hg.), *Ökonomie der Arisierung, Teil 1: Grundzüge, Akteure und Institutionen* (= Veröffentlichungen der Österreichischen Historikerkommission. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich Bd. 10/1: Zwangsverkauf, Liquidierung und Restitution von Unternehmen in Österreich 1938 bis 1960, Wien 2004) 40–165.

Hans WITEK, „Arisierungen“ in Wien, in: Emmerich TALOS u.a. (Hgg.), *NS-Herrschaft in Österreich* (Wien 2002) 795–816.

Victoria STICKELBERGER, Wien

Die Stimme des Blutes

Rassistisch motivierte Ehetrennungen in der Judikatur des LG für ZRS Wien 1938 und 1939

Racially Motivated Divorces and Marriage Annulments in Austrian Court Cases between 1938 and 1939

National Socialists regarded families as “germ cell(s) of the nation”. Marriages had to serve the nation and guarantee for the future of the ‘Aryan race’. Therefore, family law was of particular interest to the National Socialists.

Although the Austrian General Civil Code (ABGB) remained in force throughout the Nazi era, parts of the Austrian jurisdiction included the racial aspects of the Nazi ideology into their verdicts as soon as the National Socialists had come into power. Judges resorted to s. 115 ABGB to separate intermarriages and argued that the racial differences between the spouses had caused their “insurmountable differences”.

The divorce of intermarriages was not regulated in the Marriage Act 1938, although the ‘Nazi jurisdiction’ referred to s. 37 Marriage Act 1938 to separate “undesirable intermarriages”. However, the files on which the research is based showed no consistent judicial practice.

The verdicts used for and/or referred to in the article were processed in the course of the FWF-funded research project “Privatrecht in unsicheren Zeiten – Österreichische Zivilrechtsjudikatur unter der NS-Herrschaft”, headed by Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel.

Keywords: annulment – divorce – intermarriage – judicial practice – Marriage Act 1938 – racial differences – World War II

A. Das Ehe- und Familienbild im Nationalsozialismus

Im Nationalsozialismus sah man die Familie als „Urzelle des Volkes“¹ und „Grundlage aller Kultur“.² Ihr Schutz diene dazu, die Volksgemeinschaft von innen heraus zu stärken und ihren „ewigen Fortbestand“ zu sichern. Den „völkischen“ und „rassistischen“ Charakter der Ehe betonte Hitler bereits in „Mein Kampf“:

„Auch die Ehe kann nicht Selbstzweck sein, sondern muß dem einen größeren Ziel, der

Vermehrung und Erhaltung der Art und Rasse, dienen. Nur das ist ihr Sinn und ihre Aufgabe.“³

„Nein, es gibt nur ein heiligstes Menschenrecht, und dieses Recht ist zugleich die heiligste Verpflichtung, nämlich: dafür zu sorgen, daß das Blut rein erhalten bleibt, um durch die Bewahrung des besten Menschentums die Möglichkeit einer edleren Entwicklung dieser Wesen zu geben. Ein völkischer Staat wird damit in erster Linie die Ehe aus dem Niveau einer dauernden Rassenschande herauszuheben haben, um ihr die Weihe jener Institution zu geben, die berufen

¹ BUCH, Gedanken um das Familienrecht 146.

² LENZ, Die Familie als Grundlage der Kultur 151.

³ HARTMANN, Hitler, Mein Kampf I, 663.

ist, Ebenbilder des Herrn zu zeugen und nicht Mißgeburten zwischen Mensch und Affe.“⁴

Um dieses Ziel umzusetzen, versuchten die Nationalsozialisten, die Ideologie einer „rassegleichen Volksgemeinschaft“ auch in der breiten Bevölkerung so rasch wie möglich zu verankern. Dies sollte u.a. durch eine grundlegende Reform des Eherechts ermöglicht werden.⁵

a. Nationalsozialistische Begriffsbestimmung der Ehe

Um die von den Nationalsozialisten geforderte „völkische“ Ehemoral herstellen zu können, sollte – neben den gesetzlichen Anforderungen – das Volk zum „sittlichen Denken, Fühlen und Handeln“ in ehelichen Angelegenheiten erzogen werden.⁶ Dafür entwickelte der Familienausschuss der Akademie für deutsches Recht⁷ folgende Begriffs- und Zweckbestimmung der nationalsozialistischen Ehe:

„Ehe ist die von der Volksgemeinschaft anerkannte, auf gegenseitiger Treue, Liebe und Achtung beruhende dauernde Lebensgemeinschaft zweier rassegleicher, erbgesunder Personen verschiedenen Geschlechts zum Zwecke der Wahrung und Förderung des Gemeinwohls durch einträchtige Zusammenarbeit und zum Zwecke der Erzeugung rassegleicher, erbgesunder Kinder und ihrer Erziehung zu tüchtigen Volksgenossen.“⁸

Diese Begriffs- und Zweckbestimmung umfasste sämtliche Erfordernisse, die die Nationalsozia-

listen an die Ehe bzw. Familie stellten. Auf diese wird im Folgenden näher eingegangen.

b. Volksgemeinschaft, Kinder, Erziehung

Die Ehe im Nationalsozialismus sollte nicht mehr nur den Interessen der einzelnen Ehegatten dienen, sondern auf die Bedürfnisse des gesamten Volkes ausgerichtet sein. Die persönlichen Interessensphären der Gatten sollten in den Hintergrund treten und die Ehe nach ihrem Wert für die nationalsozialistische Volksgemeinschaft beurteilt werden. Die Ehegemeinschaft hatte sich – als kleinster und wesentlichster Baustein des Volkes – der Volksgemeinschaft unterzuordnen.⁹ Sie war die „Keimzelle für die Erhaltung und Förderung des nationalsozialistischen Volkstums“ und sollte daher vom „völkischen Staat“ geschützt werden. Eine – gemäß der nationalsozialistischen Ideologie – schützenswerte Ehe war allerdings lediglich die „Gemeinschaft zwischen Angehörigen verwandter Rassen“.¹⁰ Die Eheideologie orientierte sich somit vollständig an dem nationalsozialistischen ideologischen Rassegedanken.¹¹

⁹ Vgl. AUERT, Eheauflösung 7; EBEN-SERVAES, Kind in der Ehe 91; FRANK, Nationalsozialismus und Familienrecht 82; DERS., Erneuerung des Ehescheidungsrechts 178; NAHMMACHER, Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Hamburger Gerichte 20ff.; STOLLEIS, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht 76; WIEACKER, Geschichtliche Ausgangspunkte der Ehereform 179.

¹⁰ Siehe § 1 Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. 9. 1935, RGBl. I 1935, 1146 und Erste Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 14. 11. 1935, RGBl. I 1935, 1334ff.

¹¹ Vgl. GFÖRER, Recht der Familie im Dritten Reich 154; HETZEL, Anfechtung der Rassenmischehe 39f.; HOLZHAUER, Die Scheidungsgründe in der nationalsozialistischen Familienrechtsgesetzgebung 59; LARENZ, Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht 186; NAHMMACHER, Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Hamburger Gerichte 22ff.

⁴ HARTMANN, Hitler, Mein Kampf II, 1027ff.

⁵ Vgl. GFÖRER, Recht der Familie im Dritten Reich 151; HETZEL, Anfechtung der Rassenmischehe 39.

⁶ Vgl. MÖßMER, Gemeinschaftsgedanke 86.

⁷ Der Familienrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht wurde 1933 von Hans Frank gegründet. Rechtsanwalt Ferdinand Mößmer hatte von Beginn an den Vorsitz. Der Familienausschuss der Akademie für Deutsches Recht nahm eine führende Rolle in der Entwicklung des Ehegesetzes von 1938 ein.

⁸ MÖßMER, Gemeinschaftsgedanke 86.

Der Wahl eines „rassereinen“ Ehegatten kam im Nationalsozialismus daher besondere Bedeutung zu. Es war im Sinne der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft, dass die „passenden“ Menschen sich finden und paaren.¹² Um dies zu ermöglichen, sollte es essentieller Bestandteil einer jeden nationalsozialistischen Erziehung sein, dem Kind die nationalsozialistischen Werte mitzuteilen und es so bestmöglich auf die Gattenwahl vorzubereiten. Nur so konnten „gesunde Ehen“ und somit auch der Fortbestand des nationalsozialistischen Volkes gefestigt bzw. gefördert werden. Der nationalsozialistische Staat sah es als seine Pflicht an, dafür zu sorgen, dass heranwachsende Kinder im Sinne des Nationalsozialismus erzogen wurden, um so das weitere Bestehen der „arischen“ Volksgemeinschaft zu sichern.¹³

Im Nationalsozialismus galt nicht die Ehe per se als wichtigster Bestandteil für den Fortbestand des Volkes, sondern lediglich die kinderreiche Ehe. Der Wert der Ehe für die Volksgemeinschaft lag daher vor allem in der Zeugung und nationalsozialistischen Erziehung der Kinder. Nur „erbgesunde, rassegleiche, deutsche Familien“ mit ausreichender Kinderzahl hatten Anspruch auf Anerkennung, Schutz und Förderung durch den nationalsozialistischen Staat. Die Schaffung und Erhaltung einer „deutschblütigen, erbgesunden Volksgemeinschaft“ konnte

nur durch die Zeugung und Aufzucht einer entsprechenden Nachkommenschaft erreicht werden.¹⁴

In den Mittelpunkt der Zeugung und Aufzucht „rassisch wertvoller, erbgesunder Kinder“ wurde die Ehefrau gestellt.¹⁵ Eben-Servaes¹⁶ beschrieb die nationalsozialistische Ehefrau und Mutter als die „Trägerin des neuen Geschlechts, die Erhalterin seelischer und blutmäßiger deutscher Art und die Hüterin der Kindheit“. Die Ehefrau und Mutter sollte sich lediglich auf ihre häuslichen Aufgaben konzentrieren, die nationalsozialistische Erziehung der Kinder übernehmen und sie zu wertvollen Mitgliedern der Volksgemeinschaft ausbilden. Der eigene Erwerb der Ehefrau wurde durch die nationalsozialistische Forderung der vollkommenen Hingabe auf die häuslichen Aufgaben bewusst unmöglich gemacht. Mit Aufgabe der erwerblichen Tätigkeit und Konzentration auf die häuslichen Pflichten handelte die Ehefrau und Mutter „zum Wohle des Volkes“ und somit im Einklang mit dem nationalsozialistischen Gemeinschaftsgedanken.¹⁷

¹² Vgl. BLÜMEL, Aufhebung der sog „Rassenmischehe“ 11f.; BUCH, Gedanken um das Familienrecht 148; EBEN-SERVAES, Kind in der Ehe 95; HETZEL, Anfechtung der Rassenmischehe 39; KERRL, Ehe, Mischehe, Mischlingsehe 6; SCHULTZE, Reform des Eheprozesses 95; SEYDEL, Scheidungsrecht und Scheidungshäufigkeit 210; WEBLER, Familie und Erziehung im Recht 91.

¹³ Vgl. BLÜMEL, Aufhebung der sog „Rassenmischehe“ im Nationalsozialismus 11f.; BUCH, Gedanken um das Familienrecht 148; EBEN-SERVAES, Kind in der Ehe 95; HETZEL, Anfechtung der Rassenmischehe 39; SCHULTZE, Reform des Eheprozesses 95; SEYDEL, Scheidungsrecht und Scheidungshäufigkeit 210; WEBLER, Familie und Erziehung im Recht 91.

¹⁴ Vgl. BECKER, Familie 117; BUCH, Gedanken um das Familienrecht 148; EBEN-SERVAES, Kind in der Ehe 91; FRANK, Nationalsozialismus und Familienrecht 83; GFÖRER, Recht der Familie im Dritten Reich 152ff.; WEIß, Familie im Dritten Reich 157; WIEACKER, Geschichtliche Ausgangspunkte der Ehereform 181.

¹⁵ Als Auszeichnung für Verdienste deutscher Mütter um das deutsche Volk wurde das „Ehrenkreuz der Deutschen Mutter“, das sogenannte „Mutterkreuz“, verliehen. Ein bronzenes Ehrenkreuz erhielt eine Mutter mit vier oder fünf Kindern, das silberne Ehrenkreuz wurde für sechs bis sieben Kinder verliehen und das goldene Ehrenkreuz erhielt eine Mutter mit mehr als acht Kindern. Die Verleihung des Mutterkreuzes wurde durch die Verordnung des Führers und Reichskanzlers über die Stiftung des Ehrenkreuzes der Deutschen Mutter und die Satzung des Ehrenkreuzes der Deutschen Mutter vom 16. 12. 1938, RGBL. I 1939, 1923ff., festgelegt.

¹⁶ EBEN-SERVAES, Frau und Mutter 90.

¹⁷ Vgl. EBEN-SERVAES, Kind in der Ehe 91; EBEN-SERVAES, Frau und Mutter 90; GFÖRER, Recht der Fa-

Zur Sicherung des Fortbestandes des „deutschen Volkes“ waren einige hochrangige Nationalsozialisten allerdings bereit, die Institution der nationalsozialistischen Ehe zu umgehen und die Zeugung von unehelichen Kindern zu befürworten. Himmler¹⁸ führte im SS-Befehl vom 28. Oktober 1939¹⁹ Folgendes aus:

„Über die Grenzen vielleicht sonst notwendiger bürgerlicher Gesetze und Gewohnheiten hinaus wird es auch außerhalb der Ehe für deutsche Frauen und Mädels guten Blutes eine hohe Aufgabe sein können, nicht aus Leichtsinn, sondern in tiefstem sittlichem Ernst Mütter der Kinder ins Feld ziehender Soldaten zu werden, von denen das Schicksal allein weiß, ob sie heimkehren oder für Deutschland fallen. [...] Für alle ehelichen und unehelichen Kinder guten Blutes, deren Väter im Kriege gefallen sind, übernehmen besondere, von mir persönlich Beauftragte im Namen des Reichsführers SS die Vormundschaft.“

Um den Kinderreichtum in der „SS“ zu unterstützen gründete Heinrich Himmler bereits im Jahr 1936 den eingetragenen Verein „Lebensborn“. Aufgabe dieses NS-Vereins war es „rassisch und erbbiologisch wertvolle Mütter, Kinder und Familien“ zu unterstützen. Dies unab-

hängig davon, ob die Mütter verheiratet waren oder nicht.²⁰

c. Rassenmischehe

Höchstes Ziel der Familienideologie der Nationalsozialisten war die „Reinhaltung des Blutes von nichtarischen Komponenten“ und die Schaffung einer „reinrassigen Volksgemeinschaft“. Ehen zwischen „Ariern“ und „Nichtariern“ waren daher spätestens seit der Machtübernahme der Nationalsozialisten in Deutschland nicht erwünscht. Schnell wurde für diese Ehekonstellation der Begriff „Rassenmischehe“ geschaffen. Der Begriff „Mischehe“ wurde traditionell nur für Ehen zwischen Angehörigen verschiedener Religionen verwendet. Der Nationalsozialismus verband das in den Nürnberger Gesetzen²¹ zum Ausdruck kommende Rassedenden²² mit dem

²⁰ Satzung des „Lebensborn“ e.V. vom 10. 2. 1938, http://www.karwi.de/images/stories/dokumente_lebensborn/satzung_lebensborn.pdf (7. 3. 2017).

²¹ Als Nürnberger Gesetze werden das „Reichsbürgergesetz“ RGBl. I 1935, 1146 und das „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ RGBl. I 1935, 1146, welche einstimmig auf dem 7. Reichsparteitag der NSDAP verabschiedet wurden, gezählt.

²² § 5 Abs. 1 Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz, RGBl. I 1935, 1333ff.: „Jude ist, wer von mindestens 3 der Rasse nach volljüdischen Großeltern abstammt.“ § 5 Abs. 2 Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz, RGBl. I 1935, 1333ff.: „Als Jude gilt auch der von zwei volljüdischen Großeltern abstammende Staatsangehörige jüdische Mischling, a) der beim Erlass des Gesetzes der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat oder danach in sie aufgenommen wird, b) der beim Erlass des Gesetzes mit einem Juden verheiratet war oder sich danach mit einem solchen verheiratet, c) der aus einer Ehe mit einem Juden im Sinne des Absatzes 1 stammt, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. 9. 1935 (RGBl. I, 1146) geschlossen ist, d) der aus dem außerehelichen Verkehr mit einem Juden im Sinne des Absatzes 1 stammt und nach dem 31. 7. 1936 außerehelich geboren wird.“ § 2 Abs. 2 Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz, RGBl. I 1935, 1333ff.: „Jüdischer Mischling ist, wer von einem oder zwei der

milie im Dritten Reich 152; MAIMANN, Zur Frauen- und Familienideologie 54ff.; NAHMMACHER, Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Hamburger Gerichte 23; WEBLER, Familie und Erziehung im Recht 90.

¹⁸ Heinrich Himmler wurde am 7. 10. 1900 in München geboren, war von 1929 bis 1945 Reichsführer der SS und von 1939 bis 1945 Reichskommissar für die Festigung des deutschen Volkstums. Am 23. 5. 1945 verübte Himmler in britischer Gefangenschaft Selbstmord.

¹⁹ Der Reichsführer SS und Chef der deutschen Polizei im Reichsministerium des Innern, SS-Befehl für die gesamte SS und Polizei vom 28. 10. 1939.

Begriff der „Mischehe“ und verwendete diesen fortan für die nicht erwünschte Verbindung zwischen „Ariern“ und „Nichtariern“.²³ In einem Runderlass vom 26. April 1935²⁴ wurde festgehalten, dass im behördlichen Verkehr als Mischehe nur eine zu einer „Rassenmischung“ führende Ehe zu verstehen war, somit eine eheliche Verbindung zwischen einem „Arier“ und einem „Nichtarier“.

B. Eherecht in Deutschland vor dem Ehegesetz 1938

Kurz nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten in Deutschland beschränkte sich die Gesetzgebung vorerst darauf, den politischen und kulturellen Einfluss des Judentums zu bekämpfen. In das Eherecht griff der nationalsozialistische Gesetzgeber vorerst nicht ein. Weder wurde die Eingehung von Ehen zwischen „Ariern“ und „Juden“ verboten, noch wurde eine Bestimmung zu einer möglichen Auflösung von „Rassenmischehen“ erlassen. Auf politischer, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Ebene waren Ehegatten einer „Mischehe“ jedoch sehr wohl mit enormen Nachteilen konfrontiert.²⁵

Grundlage des Scheidungsrechts im Jahr 1933 war das am 1. Jänner 1900²⁶ in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch.²⁷ „Mischehen“ im Sinne

des Nationalsozialismus konnten daher nur auf Grundlage des BGB getrennt werden, das allerdings keine Unterscheidung der Menschen nach „rassischen“ Gesichtspunkten kannte. Bereits im Frühjahr 1933 beehrten „arische“ Kläger die Anfechtung der Ehe aufgrund der „rassischen Verschiedenheit“ des Ehepartners. Die Anfechtung der Ehe aufgrund der „rassischen Verschiedenheit“ stützten sie dabei auf § 1333 BGB.²⁸ § 1333 BGB lautete:

„Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der sich bei der Eheschließung in der Person des anderen Ehegatten oder über solche persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden.“

Die Schwierigkeit, die sich dadurch für die Nationalsozialisten ergab, war, dass man die Zugehörigkeit zur „jüdischen Rasse“ zuerst zu einer persönlichen Eigenschaft erklären musste. Das Reichsgericht nahm dazu erst Mitte 1934 Stellung, nachdem die einzelnen Instanzgerichte zu dieser Frage eine uneinheitliche Rechtsprechung entwickelt hatten.²⁹

Mit gleich fünf Urteilen³⁰ äußerte sich das Reichsgericht am 12. Juli 1934 erstmals zur Anfechtbarkeit der „Rassenmischehe“. Das Reichsgericht erklärte, dass die Zugehörigkeit zur „jüdischen Rasse“, als persönliche Eigenschaft i.S.d. § 1333 BGB anzusehen wäre. Das Reichsgericht erläuterte, dass wegen der besonderen Eigentümlichkeiten der verschiedenen „Rassen“, die Zugehörigkeit zu einer „Rasse“, insbesondere zur „jüdischen Rasse“, nach der natürlichen Lebensauffassung als wesentlicher Bestandteil der Persönlichkeit eines Menschen und damit als persönliche Eigenschaft im Sinne der ange-

Rasse nach volljüdischen Großelternanteilen abstammt, sofern er nicht nach § 5 Abs. 2 als Jude gilt. Als volljüdisch gilt ein Großelternanteil ohne weiteres, wenn er der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat.“

²³ Vgl. BLÜMEL, Aufhebung 9f.; KERRL, Ehe, Mischehe, Mischlingsehe 6; MÖßMER, Rassenmischehe und geltendes Recht 86ff.

²⁴ Runderlass des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern vom 26. 4. 1935, DJ 1935, 770.

²⁵ Vgl. BUKEY, Jews and Intermarriage 14ff.; MÖßMER, Rassenmischehe und geltendes Recht 88ff.

²⁶ Bürgerliches Gesetzbuch vom 24. 8. 1896, RGBl. 1896 S 195 Nr. 21.

²⁷ Vgl. HOLZHAUER, Scheidungsgründe in der nationalsozialistischen Familienrechtsgesetzgebung 53.

²⁸ Vgl. HETZEL, Anfechtung der Rassenmischehen 48f.

²⁹ Vgl. ebd. 52ff.

³⁰ Reichsgericht vom 12. 7. 1934–IV 89/34; IV 94/34; IV 103/34; IV 104/34; IV 115/34.

gebenen Gesetzesvorschriften erscheine. Nach dem Reichsgericht läge ein Irrtum über eine persönliche Eigenschaft gemäß § 1333 BGB vor, wenn der „arische“ Ehegatte bei der Eheschließung nicht wusste, dass der andere der „jüdischen Rasse“ angehörte. Die Anfechtbarkeit der Ehen war, nach Ansicht des Reichsgerichts, jedoch regelmäßig zu verneinen, wenn die „Rassenzugehörigkeit“ bereits bei Eheschließung bekannt gewesen war.³¹

C. Eherecht in Österreich vor dem Ehegesetz 1938

Das österreichische Eherecht beruhte, vor der Einführung des Ehegesetzes 1938, im Wesentlichen noch auf dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811,³² das für die einzelnen Religionsgemeinschaften jeweils ein eigenes Eherecht vorsah. Für Katholiken gab es im ABGB keinerlei Eheauflösungsmöglichkeiten. Das ABGB bezeichnete die Ehe zwar als einen bürgerlichen Vertrag, anders als andere Verträge konnte dieser Vertrag jedoch bei Katholiken nicht zu Lebzeiten der Eheleute aufgelöst werden.³³

Mit der Einführung der Verfassung vom 1. Mai 1934 trat auch das zweite österreichische Konkordat³⁴ und damit das Konkordats-Eherecht in Kraft. Das Konkordat anerkannte kirchliches Eherecht und kirchliche Ehegerichtsbarkeit neben dem weltlichen Eherecht und neben der weltlichen Ehegerichtsbarkeit. Das kirchliche Eherecht und die kirchliche Ehegerichtsbarkeit für Katholiken wurden vom Staat anerkannt

und mit bürgerlicher Wirksamkeit ausgestattet. Allerdings ließ der Staat für Katholiken das weltliche Eherecht und die weltliche Ehegerichtsbarkeit zur Auswahl offen und behielt sich die Gerichtsbarkeit hinsichtlich der „Scheidung von Tisch und Bett“ vor. Die kirchlich oder zivil geschlossenen Ehen von Katholiken waren jedoch weiterhin untrennbar. Selbst wenn nur ein Ehegatte katholischen Glaubens war, durfte die Ehe nicht getrennt werden.³⁵

Nichtkatholiken war gemäß § 115 ABGB³⁶ die gänzliche Trennung ihrer Ehe aus erheblichen Gründen möglich. § 115 ABGB besagte:

„Nicht katholischen christlichen Religions-Verwandten gestattet das Gesetz, nach ihren Religions-Begriffen aus erheblichen Gründen die Trennung der Ehe zu fordern. Solche Gründe sind: Wenn der Ehegatte sich eines Ehebruches oder eines Verbrechens, welches die Verurteilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen, schuldig gemacht; wenn ein Ehegatte den anderen boßhaft verlassen hat, und, falls sein Aufenthaltsort unbekannt ist, auf öffentliche gerichtliche Vorladung innerhalb eines Jahres nicht erschienen ist; dem Leben oder der Gesundheit gefährliche Nachstellungen; wiederholte schwere Mißhandlungen; eine unüberwindliche Abneigung, welcher wegen beyde Ehegatten die Auflösung der Ehe verlangen; doch muß in dem letzten Falle die Trennung der Ehe nicht sogleich verwilliget, sondern erst eine Scheidung von Tisch und Bett, und zwar nach Beschaffenheit der Umstände auch zu wiederholten Mahlen versucht werden. Uebrigens ist in allen diesen Fällen nach eben den Vorschriften zu handeln, welche für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe gegeben sind.“

³¹ Reichsgericht vom 12. 7. 1934–IV 94/34.

³² Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie vom 1. 6. 1811, JGS Nr. 946/1811.

³³ Siehe § 111 ABGB 1811.

³⁴ Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich samt Zusatzprotokoll vom 1. 5. 1934, BGBl. II Nr. 2/1934.

³⁵ Vgl. FUHRMANN, Diskussion über die Einführung der fakultativen Zivilehe 219; HARMAT, Ehe auf Widerruf? 10f.

³⁶ Siehe § 115 ABGB 1811.

Dieser Paragraph diente nach der Machtübernahme der Nationalsozialisten in Österreich und vor Einführung des Ehegesetzes von 1938 als Grundlage dafür, „Rassenmischehen“ zu trennen. Ehepartner, die die Scheidung der Ehe suchten, stützten sich mit ihrem Begehren auf die von § 115 ABGB geforderte „unüberwindliche Abneigung“, die sich durch die „Rassenverschiedenheit“ entwickelt hätte.

D. Forschungsprojekt

Der – im Rahmen des FWF-Projekts „Privatrecht in unsicheren Zeiten – Österreichische Zivilrechtsjudikatur unter der NS-Herrschaft“ (P 25200) unter der Leitung von Franz-Stefan Meissel – untersuchte Aktenbestand des LGZ/LG Wien (aus der Zeit 1938 bis 1945) beinhaltete insgesamt 37.534 Eheaufhebungsbegehren und Ehescheidungsklagen. Die Zahl der Eheaufhebungsbegehren und Ehescheidungsklagen blieb auch in den Kriegsjahren konstant.

Nach dem erhaltenen Aktenbestand wiesen im Jahr 1938, 4.384 Akten einen eherechtlichen Kontext auf. Im Jahr 1939 waren es 6.480 und im Jahr 1940 waren es 5.324 Gerichtsverfahren. In den folgenden Jahren blieb die Anzahl der Eheaufhebungsbegehren und Ehescheidungsklagen mit 5.324 Akten im Jahr 1941, 5.386 Akten im Jahr 1942 und 5.680 im Jahr 1943 auf einem ähnlichen Niveau. Erst im Jahr 1944 war mit 4.800 Akten ein leichter Rückgang an eherechtlichen Gerichtsverfahren am LG Wien zu beobachten. Im Jahr 1945 wurden bis zum Kriegsende 160 Eherechtsakten erfasst.

Aus diesem Aktenbestand werden im Folgenden einige Beispiele aus der Rechtsprechung näher erläutert. Die herangezogene Judikatur wurde nach mehreren Gesichtspunkten ausgewählt. Zunächst wurden jene Entscheidungen näher untersucht, in denen zumindest eine Partei „jüdischer Abstammung“ war. Bevor die ideologische Argumentation in der Rechtspre-

chung analysiert wurde, folgte eine Einteilung in stattgebende bzw. abweisende Urteilsprüche. Die für diesen Beitrag ausgewählte Rechtsprechung weist in den Urteilsbegründungen einen besonders starken Einfluss des nationalsozialistischen Gedankengutes auf.

Im Folgenden werden zunächst Beispiele aus der Rechtsprechung zu § 115 ABGB näher erläutert.

a. 16 Cg 132/38:

Die „Stimme des Blutes“ und die „im Volk verwurzelte Empfindung der Rassenschande“

Am 10. Mai 1938 trennte Richter Gassner die am 27. Mai 1929 geschlossene Ehe zwischen dem „Volljuden“ Rudolf A. und der „Vollarierin“ Brunhilde A.

Die beiden Antragsteller brachten vor, dass die bestehenden Religions- und Rassengegensätze zu einer Entfremdung geführt hätten. Die Ehegattin sympathisierte nach Erstarken der NSDAP in Österreich offen mit den Gedankengängen dieser Bewegung, während der Ehegatte aufgrund seiner „Rassenzugehörigkeit“ die entgegengesetzte Weltanschauung vertrat. Dies habe ein Zusammenleben unmöglich gemacht.

In seiner Begründung führte Richter Gassner u.a. Folgendes aus:

„Auf Grund der vernommenen Zeugen und der Zweitantragstellerin steht fest, dass der zwischen den Ehegatten bestehende Rassenunterschied und die damit verbundenen weltanschaulichen Differenzen zu einer weitgehenden Entfremdung derselben führte. Die Zweitantragstellerin, die im Zeitpunkt der Ehe 18 Jahre alt war, glaubte, dass die Liebe die gegenseitigen Rassenunterschiede überbrücken werde. Sie wurde jedoch schon bald nach Abschluss der Ehe eines Besseren belehrt.

Von den Verwandten, vornehmlich von der Mutter des Erstantragstellers, angefeindet, musste sie des Öfteren, weil sie „Christin“ war, empfindliche Kränkungen erdulden. Bei solchen

Gelegenheiten nahm sie ihr Gatte keineswegs in Schutz, sondern verhielt sich passiv. [...] ³⁷

Der Einfluss der Familie der Zweitantragstellerin, die seit jeher national eingestellt war und deren Bruder sogar sich illegal in der Hitlerjugend und später in der S.A. betätigte, trug schließlich noch dazu bei, dass sich die Zweitantragstellerin geistig und weltanschaulich vollkommen von ihrem Ehegatten entfremdete. [...] ³⁸

Wie groß die gegenseitige Abneigung der Ehegatten war, ergibt sich daraus, dass die Zweitantragstellerin seit drei Jahren ein außereheliches Verhältnis mit einem Arier hatte, den sie auch zu heiraten beabsichtigt und von dem der Erstantragsteller Kenntnis hatte und dennoch niemals seine Gattin veranlasste, dasselbe aufzugeben.

Schließlich sind die Gegensätze durch den Sieg der nationalen Bewegung in Österreich noch vergrößert worden. Bei der im Volke verwurzelten Empfindung der Rassenschande bei einem außerehelichen Verkehr mit einem Angehörigen der jüdischen Rasse, kann es der Zweitantragstellerin nicht zugemutet werden, die eheliche Gemeinschaft mit einem jüdischen Rassenangehörigen weiter aufrecht zu erhalten. Aus diesem Grunde kann auch von einer Versöhnung der Ehegatten keine Rede sein, da der einmal bestehende Rassenunterschied zwischen ihnen nicht mehr aus der Welt geschafft werden kann. Es war die Stimme des Blutes, die bei beiden Ehegatten durchschlug, alle Bande zwischen ihnen zerriss und eine unüberwindliche gegenseitige Abneigung schuf.

Da aber die gegenseitige Abneigung in der Verschiedenheit der Charaktere und in der durch die Rassenverschiedenheit bedingten Divergenz der weltpolitischen Anschauungen wurzelt, war

keinen der beiden Ehegatten ein Verschulden an der Trennung der Ehe anzulasten und die Ehe gem. § 115 ABGB dem Bande nach für getrennt zu erklären.“ ³⁹

Auffallend ist, dass Richter Gassner bereits am 10. Mai 1938 von einer „im Volke verwurzelten Empfindung der Rassenschande“ und „Stimme des Blutes“ sprach, die die unüberwindliche gegenseitige Abneigung zwischen den Ehegatten bewirke. Die Möglichkeit einer Versöhnung sah Gassner als ausgeschlossen an, da ein bestehender „Rassenunterschied“ etwas Endgültiges, eine aus eigener Kraft nicht überwindbare persönliche Eigenschaft war. Mit der Urteilsbegründung, dass „die Stimme des Blutes“ die von § 115 ABGB geforderte unüberwindliche Abneigung schuf, fand bereits kurz nach dem „Anschluss“ der nationalsozialistische Gedanke des „reinen Blutes“ Eingang ins österreichische Rechtssystem.

b. 20 Cg 127/38:

Die Nachteile infolge „jüdischer Versippung“

Die Ehegatten P. stellten im Juni 1938 ein einverständliches Ansuchen auf Trennung ihrer Ehe wegen beiderseitiger „unüberwindlicher Abneigung“.

Der Ehegatte begründete die Trennung damit, dass er der eheliche Sohn zweier „Volljuden“ sei und er demnach ohne Rücksicht auf seine Konfession ebenfalls „Volljude“ sei. Im Verlauf der Ehe seien die Gegensätze, die sich aus der „Rassenverschiedenheit“ ergaben, schon seit längerer Zeit bedeutend hervorgetreten und hätten mit der Zeit eine beiderseitig unüberwindliche Abneigung hervorgerufen. Dieser Zustand sei laut dem Ehegatten seit Einführung der „Rassengesetze“ in der „Ostmark“ vollständig unhaltbar geworden.

³⁷ LG Wien für ZRS zu 16 Cg 138/38, ON 5 Aktenseite 27f. (Gassner).

³⁸ LG Wien für ZRS zu 16 Cg 138/38, ON 5 Aktenseite 28 (Gassner).

³⁹ LG Wien für ZRS zu 16 Cg 138/38, ON 5 Aktenseite 28f. (Gassner).

Die Ehegattin sagte aus, dass sie selbst Arierin sei und ein Zusammenleben mit ihrem Ehegatten aufgrund der ganz verschiedenen politischen und weltanschaulichen Einstellungen nicht mehr möglich sei.

LG Wien-Richter Zothe⁴⁰ sah es als erwiesen an:

„Daß die Ehegatten wegen der Rassenverschiedenheit oft Differenzen hatten, und zwar in den ersten Jahren der Ehe weniger, später aber immer häufiger und daß es zu Auseinandersetzungen wegen der Erziehung und jüdischen Manieren der Kinder gekommen ist, daß ferner die Gattin dem Manne seine jüdische Abstammung vorgeworfen und in der letzten Zeit das Verhältnis zwischen den Ehegatten unerträglich geworden sei, mit Rücksicht auf die veränderte politische Lage in der Ostmark und daß schließlich die Ursache der ehelichen Streitereien immer die Rassegegensätze bildeten, deretwegen die Antragsteller widereinander eine unüberwindliche Abneigung empfinden, daß sich die Ehegatten des Rassenunterschieds voll bewußt sind und einander wegen der Rassenverschiedenheit vollkommen gleichgültig gegenüberstehen. [...]“⁴¹

In Anbetracht dieser Ergebnisse der Verhandlung und des durchgeführten Beweisverfahrens kann kein Zweifel bestehen, dass zwischen den beiden verschiedenen rassenangehörigen Ehegatten jedes Gemeinschaftsgefühl geschwunden

⁴⁰ Dr. Johannes Zothe wurde am 4. 4. 1882 in Rumänien geboren. Am 10. 9. 1910 wurde Zothe in den richterlichen Vorbereitungsdienst übernommen und am 27. 3. 1928 zum Rat des LG für ZRS Wien ernannt. Im Jahr 1934 wurde Johannes Zothe zum Oberlandesgerichtsrat ernannt. Am 24. 8. 1939 bewarb sich Zothe für die Stelle des Landesgerichtsdirektors. In der politischen Beurteilung des NSDAP-Gaupersonalamts Wien vom 28. 10. 1939 wurde Zothe als „politisch immer antisemitisch und national eingestellt“ beschrieben (ÖStA, AdR, RJM, Zothe, I p 18 Z 378). Siehe dazu näher in diesem Band, WEDRAC, Politische Einstellung der Richter.

⁴¹ LG Wien für ZRS zu 20 Cg 127/38, ON 8 Aktenseite 50f. (Zothe).

ist und dass die gegenständliche Ehe schon seit Jahren zerrüttet ist, nur mehr rechtlich als Ehe aufzufassen ist und dass mithin bei den Ehegatten jener Gemütszustand eingetreten ist, den das Gesetz unter dem Begriff der unüberwindlichen Abneigung verstanden wissen will, es dürfen auch die durch den Nationalsozialismus zur Geltung gelangten Grundsätze über den Schutz des deutschen Blutes nicht übersehen werden. Die nationalsozialistische Weltanschauung und die Gesetzgebung des deutschen Staates zielen darauf ab, den für das arische Staatsvolk als schädlich erkannten Einfluss des Judentums auf den Gebieten der Kultur und Zivilisation, der Wirtschaft und der Gesellschaft auszuschalten. Jene Personen nun, welche mit einem Juden versippt sind, haben daher in ihrem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Fortkommen mit Schwierigkeiten zu rechnen, die mindestens auf Seite des nichtjüdischen Ehepartners eine unüberwindliche Abneigung als zweifellos erscheinen lassen. [...]“⁴²

Ein Verschulden an der Trennung der Ehe kann aber keinem der beiden Ehegatten angelastet werden, da die bisherige liberale Auffassung mancher Bevölkerungskreise über Ehen zwischen rassisch verschiedenen Personen – wie zwischen Juden und Arier – in solchen Mischehen keine Gefahr für das deutsche Volk erblickte.⁴³

LG Wien-Richter Zothe legte in diesem Urteil vom 10. Juli 1938 das ABGB nach der „Gesetzgebung des deutschen Staates“ aus und hielt eindeutig fest, dass die gesamten Staatsorgane, somit auch die Rechtsorgane, die Aufgabe hätten, den „Einfluss des Judentums“ auf die Gesellschaft auszuschalten. Zothe hielt nicht nur fest, dass das durch die „Rassenverschiedenheit“ verschwundene Gemeinschaftsgefühl zur

⁴² LG Wien für ZRS zu 20 Cg 127/38, ON 8 Aktenseite 51f. (Zothe).

⁴³ LG Wien für ZRS zu 20 Cg 127/38, ON 8 Aktenseite 52 (Zothe).

unüberwindlichen Abneigung führte, sondern ging sogar einen Schritt weiter, indem er eine unüberwindliche Abneigung des „nichtjüdischen Ehepartners“ alleine durch die „Versippung“ mit einem „Juden“ und die daraus resultierenden Nachteile feststellte.

c. 15 Cg 100/38:

Die sinngemäße Anwendung des noch nicht in Kraft getretenen „Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“

Die Eheleute H. schlossen am 6. Jänner 1932 die Ehe. Im April 1938 beantragten sie die Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung, die sie ebenfalls auf die „Rassenverschiedenheit“ zurückführten.

Richter Wintersperger⁴⁴ trennte die Ehe am 19. Mai 1938 und führte in seinem Urteil aus:

„Aufgrund des vorstehenden Sachverhaltes ergibt sich, dass zwischen den Eheleuten eine unüberwindliche Abneigung, insbesondere auf Seiten der Frau besteht. Es ist selbstverständlich, dass bis zu andersgearteten Charaktereigenschaften und entgegengesetzter Weltanschauung, welche letztangeführte Umstände im Anfange der ursprünglich auf Neigung aufgebauten Ehe noch nicht in vorliegender Weise aufge-

⁴⁴ Anton Wintersperger wurde am 9. 5. 1882 geboren und trat der NSDAP bereits am 1932 bei. Er legte 1911 die Richterprüfung ab und wurde infolge der NS-Machtergreifung noch im März 1938 ans LGZ Wien berufen. Im Ernennungsvorschlag für den Posten als Landgerichtsdirektor in Wien vom 18. 1. 1939 wurde er als „politisch einwandfrei“ beschrieben, da er „seit mehreren Jahren Parteigenosse“ und „eifriges Mitglied der ns. Gesellschaft für Rechtswissenschaften“ sei. Am 9. 2. 1939 wurde dem Ernennungsvorschlag gefolgt und Wintersperger zum Landgerichtsdirektor ernannt. Im März 1942 wurde er „zur Erfüllung kriegswichtiger behördlicher Aufgaben vom Wehrdienst freigestellt“ und im Juni 1942 wurde ihm das Treudienst-Ehrenzeichen 2. Stufe verliehen (ÖStA, AdR, RJM, Wintersperger, I p 18 W 1696; vgl. BUKEY, Jews and Inter marriage 101f.). Siehe dazu näher in diesem Band, WEDRAC, Politische Einstellung der Richter.

schienen sind, – die Frau sport- und gesellschaftsliebend, nationalgesinnt, deutschblütiger Abstammung, der Mann ruheliebend, gesellschaftlich zurückgezogen, Jude – eine Entfremdung innerer Natur eingetreten ist. Sagt doch Frau H. selbst, dass sie gegen ihren Mann Abneigung empfinde, da er jüdischer Abstammung sei. [...] ⁴⁵

Während Frau H. als Nationalgesinnte den Umbruch im März 1938 und damit im Zusammenhange den Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich begrüßte, nahm der Mann eine entgegengesetzte Stellung ein.

Es kann daher eine nicht bloß vorübergehende sondern eine andauernde Antipathie zwischen den Ehegatten als erwiesen angenommen werden. Daher besteht ein Mangel jeglicher inneren, dem Zweck und dem Wesen der Ehe entsprechenden Verbundenheit. Bei Vorliegen einer derartigen hauptsächlich durch die Rassenverschiedenheit und durch die daraus abzuleitenden oben angeführten Divergenzen bedingten Abneigung kann mit Sicherheit angenommen werden, dass eine Wiederherstellung der Zuneigung aussichtslos ist.

Wenn nach § 1 des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935 RGBl. I S. 1146 (in Österreich derzeit noch nicht in Kraft) Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes verboten und nichtig sind, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Aufrechterhaltung einer durch eine solche Rassenverschiedenheit in die Brüche gegangenen Ehe nicht im Sinne des nationalsozialistischen Rechtsgedankengutes gelegen ist. [...] ⁴⁶

Ein Verschulden war auf keiner Seite anzunehmen, da die gegenseitige Entfremdung und ent-

⁴⁵ LG für ZRS Wien zu 15 Cg 100/38, ON 3 Aktenseite 18 (Wintersperger).

⁴⁶ LG für ZRS Wien zu 15 Cg 100/38, ON 3 Aktenseite 18f. (Wintersperger).

standene unüberwindliche Abneigung hauptsächlich durch die rassische Verschiedenheit der Ehegatten bedingt wurde.⁴⁷

Richter Wintersperger wandte hier – nur 39 Tage nach der „Volksabstimmung zur Vereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich“ – das in Österreich noch nicht in Kraft getretene Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre⁴⁸ mittelbar an, um die Trennung der Ehe gemäß § 115 ABGB auf die vorliegende „Rassenverschiedenheit“ der Eheleute zu stützen. Die „unüberwindliche Abneigung“, die die Eheleute gegeneinander entwickelt hätten, wurde hauptsächlich aufgrund der „Rassenverschiedenheit“ angenommen. Mit Blick auf das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre argumentierte Wintersperger, dass die Aufrechterhaltung der Ehe nicht im Sinne des nationalsozialistischen Rechtsgedankengutes lag und dies auch im Rahmen eines nach ABGB zu entscheidenden Falles zu berücksichtigen wäre.

d. 30 Cg 120/38: „Rasseverschiedenheit“ allein kein Trennungsgrund

Richter Jahoda hielt dagegen in seinem Urteil vom 6. Juli 1938 fest, dass „Rassenverschiedenheit“ alleine keinen Trennungsgrund im Sinne des § 115 ABGB darstellen könne. Im vorliegenden Fall sprach der Richter eine Trennung daher (bloß) wegen des durch den Ehegatten begangenen Ehebruchs aus.

Der Richter stellte dazu fest:

„Was die geltend gemachten Trennungsgründe betrifft, so war im übrigen auf den geltend gemachten Trennungsgrund der Rassenverschiedenheit nicht näher einzugehen, nachdem nach

dem noch in Geltung stehenden Bestimmungen des § 115 ABGB eine solche Rassenverschiedenheit keinen Ehetrennungsgrund bildet. Was den zweiten Trennungsgrund des Ehebruchs betrifft so ist doch die Aussage der Zeugin Rosa Smolarc festgestellt, dass Beklagter seit 2 Jahren mit dieser Zeugin in eheähnlicher Gemeinschaft lebt, welcher Verbindung auch bereits ein 8 Monate altes Kind entsprossen ist. Dadurch ist der Ehebruch des Beklagten erwiesen und somit der geltend gemachte Trennungsgrund gegeben.“⁴⁹

Richter Jahoda hielt in dieser Entscheidung dezidiert fest, dass die „Rassenverschiedenheit“ nicht unter die Trennungstatbestände des § 115 ABGB und somit auch nicht unter den Ehetrennungsgrund der „unüberwindlichen Abneigung“ zu subsumieren wäre. Bemerkenswert scheint vor allem die Formulierung Jahodas, dass zumindest nach den „noch in Geltung stehenden Bestimmungen“ eine Ehe nicht aufgrund (bloßer) „Rassenverschiedenheit“ aufgelöst werden könnte. Dies scheint umso bemerkenswerter, als noch am gleichen Tag die Reichsregierung das „Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet“⁵⁰ beschloss.

e. Allgemeine Erläuterungen zu der Rechtsprechung zu § 115 ABGB

Die ausgewählten Urteile zeigen deutlich, dass die Urteilsfeststellungen und -begründungen bereits kurz nach dem Anschluss Österreichs an Deutschland einem starken ideologischen Einfluss unterlagen. Die – zum Teil aber unterschiedlichen – Argumentationen der Richter zeigen, wie schnell sich das Gedankengut der

⁴⁷ Ebd., diese Argumentation hat Wintersperger auch in weiteren Entscheidungen herangezogen, u.a. in 15 Cg 135/38.

⁴⁸ Gesetz zum Schutze der deutschen Ehre und des deutschen Blutes vom 15. 9. 1935, RGBl. I, 1146.

⁴⁹ LG Wien für ZRS zu 30 Cg 120/38, ON 4 Aktenseite 24f. (Jahoda).

⁵⁰ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. 7. 1938, RGBl. I 1938, 807.

Nationalsozialisten auch in der Richterschaft bzw. im gesamten juristischen Apparat verbreitete und Eingang in Urteilsbegründungen fand. Mit dem Anschluss Österreichs und der damit einhergehenden Eingliederung der nationalsozialistischen Ideologie in der Gesellschaft wurde versucht, auch die bestehende österreichische Rechtslage diesen Wertvorstellungen anzupassen. Für die von den Nationalsozialisten bekämpfte „Mischehe“, die eine Gefahr für das „reine deutsche Blut“ darstellte, sollte daher dementsprechend eine rechtliche Grundlage für die Auflösung dieser Ehen gefunden werden. Ein solcher Grund wurde in dem – aufgrund seiner nicht eindeutigen Definition – weit auszuliegenden Begriff der „unüberwindbaren Abneigung“ gefunden. Gleichzeitig eignete sich dieser Begriff auch dazu, die von den Nationalsozialisten propagierte Unterschiedlichkeit zwischen den „Rassen“ und die damit einhergehenden unüberwindbaren Differenzen erstmals auch in die Rechtsordnung einzuschleusen. Rassenunterschiede führten – der Rechtsprechung dieser Zeit nach – zwangsläufig zu einer Zerrüttung und somit einem faktischen Scheitern der Ehe. Dieser Umstand sollte auch rechtlich berücksichtigt werden können.

E. Ehegesetz 1938

Nach der Vereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich am 13. März 1938 setzten die Nationalsozialisten alles daran, die Rechtsordnungen beider Länder so rasch wie möglich anzugleichen. Aufgrund der politischen Bedeutung, welche der Nationalsozialismus Ehe und Familie einräumte, bestand am Eherecht – im Gegensatz zu vielen anderen Teilgebieten des bürgerlichen Rechts – ein so starkes ideologisches Interesse, dass eine sofortige Neuregelung

vor allem in Österreich als unumgänglich gesehen wurde.⁵¹

Am 6. Juli 1938 beschloss die Reichsregierung das „Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet“.⁵² Dieses trat am 1. August 1938 in Kraft und gleichzeitig auch die erste Durchführungsverordnung.⁵³

Die Grundlage des neuen Eherechts ergab sich aus der nationalsozialistischen Auffassung des völkischen Charakters der Ehe. Das Ehegesetz 1938 verzichtete allerdings auf eine Definition des Wesens der Ehe, es erwähnte „Rassenmischehen“ auch nicht ausdrücklich. Aufgrund des Widerstandes von Adolf Hitler war eine generelle Trennungsmöglichkeit für noch bestehende „Mischehen“ nicht denkbar. Adolf Hitler soll verlautbart haben, dass die Scheidung „mischrassiger Ehen“ unanständig und unsittlich sei.⁵⁴ Man kann jedoch nicht davon ausgehen, dass das Hitlers wirkliche Überzeugung war. Plausibler erscheint die Deutung, dass Adolf Hitler zu diesem Zeitpunkt noch keinen Konflikt mit den konservativen und liberalen Kräften im Bürgertum riskieren wollte, die als Fachleute auf ihrem Gebiet für das Regime unersetzlich waren und für die der Schutz auch der „Rassenmischehe“ einen hohen Stellenwert hatte.⁵⁵ Dass Hitler

⁵¹ Vgl. DAVY, Nationalsozialismus und Recht 125.

⁵² Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. 7. 1938, RGBI I 1938, 807.

⁵³ Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 27. 7. 1938, RGBI I 1938, 923.

⁵⁴ Ressortbesprechung des Reichsjustizministers vom 17. 10. 1936 über die Reform des Ehescheidungsrechts, abgedruckt in: SCHUBERT, Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus 190ff.

⁵⁵ Vgl. BUKEY, Jews and Inter-marriage 2; HETZEL, Anfechtung der Rassenmischehen 167f.

diese Ansicht nicht teilte, hat er bereits in seinem Buch „Mein Kampf“ zugestanden, in dem er Folgendes festhielt:

„Diese Verjudung unseres Seelenlebens und Mammonisierung unseres Paarungstriebes werden früher oder später unseren gesamten Nachwuchs verderben, denn an Stelle kraftvoller Kinder eines natürlichen Gefühls werden nur mehr die Jammererscheinungen finanzieller Zweckmäßigkeit treten. Denn diese wird immer mehr die Grundlage und einzige Voraussetzung unserer Ehen. Die Liebe aber tobt sich woanders aus.“⁵⁶

Der Legistik des NS-Regimes ist es mit § 37 EheG 1938 allerdings gelungen, die Rassenideologie in einen Tatbestand über die Aufhebung bereits bestehender Ehen zu integrieren, ohne jedoch „Rassenmischehen“ explizit zu erwähnen.⁵⁷

a. § 37 EheG 1938

Irrtum über Umstände, die die Person des anderen Ehegatten betreffen

Der Aufhebungsgrund des § 37 EheG 1938 löste den Anfechtungsgrund wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten des § 1333 BGB ab. Das österreichische ABGB kannte keinen Anfechtungsgrund i.S.d. § 1333 BGB, sondern enthielt lediglich besondere, auf Irrtum beruhende Ungültigkeitsgründe.⁵⁸

„§ 37 EheG

(1) Ein Ehegatte kann Aufhebung der Ehe begehren, wenn er sich bei der Eheschließung über solche die Person des anderen Ehegatten betreffende Umstände geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten.

⁵⁶ Vgl. HARTMANN, Hitler, Mein Kampf I, 653.

⁵⁷ Vgl. DAVY, Nationalsozialismus und Recht 135.

⁵⁸ Vgl. VOLKMAR, Großdeutsches Eherecht 132; SCANZONI, Großdeutsches Ehegesetz 65; SCHARNAGL, Neues deutsches Ehegesetz 88.

(2) Die Aufhebung ist ausgeschlossen, wenn der Ehegatte nach Entdeckung des Irrtums zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe fortsetzen will, oder wenn sein Verlangen nach Aufhebung der Ehe mit Rücksicht auf die bisherige Gestaltung des ehelichen Lebens der Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt erscheint.“

§ 37 EheG 1938 enthielt zwei wichtige Veränderungen gegenüber § 1333 BGB. An die Stelle des Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten, trat der Irrtum über Umstände, die die Person des anderen Ehegatten betreffen. Dadurch wurde der Anwendungsbereich des § 37 EheG 1938 erweitert. Diese Erweiterung sollte der durch die Rechtsprechung entstandenen, nach Ansicht der Nationalsozialisten, zu engen Auslegung des Begriffs der persönlichen Eigenschaften, entgegenwirken. Der nationalsozialistische Gesetzgeber war der Meinung, dass die Rechtsprechung den Spielraum, den der § 1333 BGB bot, vor allem bei den „Rassenmischehen“ nicht ausgeschöpft habe.⁵⁹

Weiters trug § 37 Abs. 2 EheG 1938 zusätzlich dem nationalsozialistischen Gedanken der Bewährung der Ehe Rechnung. Das bedeutete, dass die Aufhebung der Ehe wegen Irrtums für unzulässig erklärt wurde, wenn das Verlangen des irrenden Ehegatten nach Aufhebung der Ehe mit Rücksicht auf die bisherige Gestaltung des ehelichen Lebens der Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt erschien.⁶⁰

b. Rechtsprechung zu § 37 EheG 1938

Die Analyse der Rechtsprechung zu § 37 EheG 1938 zeigt, dass die Richter verschiedene Ansätze wählten, um eine „Rassenmischehe“ nach § 37 EheG 1938 zu trennen. Es finden sich Urtei-

⁵⁹ Vgl. HETZEL, Anfechtung der Rassenmischehen 181f.; SCANZONI, Großdeutsches Ehegesetz 65; SCHARNAGL, Neues deutsches Ehegesetz 88.

⁶⁰ Vgl. SCANZONI, Großdeutsches Ehegesetz 72; Amtliche Begründung in SCHUBERT, Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus 153.

le,⁶¹ die sich nicht näher mit einer Begründung auseinandersetzen und eine Ehe aufhoben, da sich der „arische“ Ehepartner nicht darüber im Klaren gewesen war, was es bedeutete, mit einem „Juden“ verheiratet zu sein. Hintergrund dieser Rechtsprechung war die Annahme, dass die Erweiterung des § 37 EheG 1938 nun auch die Aufhebung der Ehe aufgrund des Irrtums über die Bedeutung der „Rassenverschiedenheit“ ermöglichte.

In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass sich die Parteien eines Aufhebungsbegehrens in ihrem Vorbringen und ihren Aussagen sehr schnell an die nationalsozialistische Rechtsprechung zu § 37 EheG 1938 anpassten. Dies

⁶¹ Aufhebung der Ehe aufgrund des Irrtums über die Bedeutung der Rassenunterschieds 1938–1939, u.a. 6 Cg 475/38; 7 Cg 181/38, 7 Cg 183/38, 7 Cg 210/38, 7 Cg 362/38, 9 Cg 300/38, 9 Cg 317/38, 9 Cg 392/38, 9 Cg 441/38, 14 Cg 392/38, 15 Cg 359/38, 15 Cg 409/38, 15 Cg 416/38, 15 Cg 440/38, 15 Cg 461/38, 15 Cg 474/38, 16 Cg 411/38, 18 Cg 448/38, 18 Cg 511/38, 19 Cg 291/38, 19 Cg 319/38, 19 Cg 345/38, 19 Cg 386/38, 19 Cg 430/38, 19 Cg 536/38, 20 Cg 463/38, 21 Cg 318/38, 21 Cg 363/38, 21 Cg 566/38, 21 Cg 596/38, 21 Cg 599/38, 23 Cg 181/38, 23 Cg 198/38, 23 Cg 215/38, 23 Cg 254/38, 23 Cg 258/38, 23 Cg 274/38, 23 Cg 290/38, 23 Cg 316/38, 23 Cg 346/38, 23 Cg 350/38, 23 Cg 366/38, 23 Cg 398/38, 23 Cg 427/38, 23 Cg 430/38, 23 Cg 577/38, 25 Cg 233/38, 25 Cg 239/38, 25 Cg 264/38, 25 Cg 286/38, 25 Cg 297/38, 25 Cg 315/38, 25 Cg 326/38, 25 Cg 362/38, 25 Cg 365/38, 25 Cg 379/38, 25 Cg 384/38, 28 Cg 225/38, 28 Cg 289/38, 28 Cg 325/38, 28 Cg 326/38, 28 Cg 350/38, 28 Cg 366/38, 28 Cg 375/38, 28 Cg 389/38, 28 Cg 417/38, 28 Cg 419/38, 28 Cg 425/38, 28 Cg 431/38, 28 Cg 436/38, 28 Cg 441/38, 28 Cg 454/38, 28 Cg 458/38, 28 Cg 464/38, 29 Cg 293/38, 29 Cg 305/38, 29 Cg 311/38, 29 Cg 339/38, 29 Cg 356/38, 29 Cg 358/38, 29 Cg 367/38, 29 Cg 380/38, 29 Cg 387/38, 29 Cg 391/38, 29 Cg 393/38, 29 Cg 415/38, 29 Cg 425/38, 29 Cg 429/38, 29 Cg 449/38, 29 Cg 461/38, 29 Cg 483/38, 29 Cg 495/38, 30 Cg 300/38, 30 Cg 321/38, 30 Cg 330/38, 30 Cg 364/38, 30 Cg 367/38, 30 Cg 389/38, 30 Cg 390/38, 30 Cg 406/38, 30 Cg 424/38, 7 Cg 46/39, 20 Cg 1/39, 20 Cg 24/39, 20 Cg 181/39, 20 Cg 234/39, 21 Cg 54/39, 25 Cg 33/39, 25 Cg 52/39, 25 Cg 72/39, 25 Cg 94/39, 25 Cg 135/39, 25 Cg 189/39, 25 Cg 220/39, 25 Cg 230/39, 25 Cg 305/39, 25 Cg 318/39, 28 Cg 128/39, 28 Cg 142/39, 28 Cg 187/39, 29 Cg 3/39, 29 Cg 43/39, 29 Cg 132/39; 10 Cg 75/40.

wurde durch diverse gerichtliche bzw. richterliche Hilfestellungen zusätzlich begünstigt. So findet sich in einigen Akten⁶² ein Formular zur Einbringung eines Eheaufhebungsbegehrens, das lediglich mit den persönlichen Daten der Parteien ergänzt werden musste. Das Formular wurde in jenen Fällen verwendet, in denen die Klage auf Aufhebung der Ehe direkt bei Gericht aufgenommen wurde. Unzutreffendes wurde durchgestrichen. Das Formular enthielt folgendes vorgedrucktes Vorbringen:

„[...] Ich habe mich bei der Eheschliessung über einen die Person meines Gatten betreffenden Umstand insofern geirrt, als mir die Bedeutung der zwischen uns bestehendes, durch die Abstammung verursachten Verschiedenheiten damals noch vollkommen unbekannt war. Ich war vielmehr der Überzeugung, dass es sich bei uns lediglich um eine Religionsverschiedenheit handle, der eine wesentliche Bedeutung nicht zukommt.

Ich war vielmehr der Überzeugung, dass zwischen uns kein persönlicher Unterschied bestehe, zumal mein Ehegatte zur Zeit der Eheschliessung sich ebenso wie ich zum christlichen Glauben bekannt hatte.

Die Bedeutung des Unterschiedes der Abstammung kannte ich damals nicht. Erst durch die nationalsozialistische Revolution in Österreich,

⁶² Aufhebungsbegehren mittels Formular eingebracht, u.a. 9 Cg 297/38 (Kohl); 9 Cg 300/38 (Kohl); 9 Cg 317/38 (Kohl); 15 Cg 359/38 (Wintersperger); 15 Cg 440/38 (Wintersperger); 15 Cg 461/38 (Wintersperger); 15 Cg 474/38 (Wintersperger); 16 Cg 381/38 (Gassner); 16 Cg 389/38 (Gassner); 16 Cg 402/38 (Gassner); 16 Cg 456/38 (Gassner); 16 Cg 457/38 (Gassner); 16 Cg 509/38 (Gassner); 16 Cg 513/38 (Gassner); 28 Cg 436/38 (Haindl); 28 Cg 441/38 (Haindl); 28 Cg 454/38 (Haindl); 28 Cg 458/38 (Haindl); 28 Cg 464/38 (Haindl); 30 Cg 408/38 (Jahoda); 14 Cg 247/39; 15 Cg 52/39 (Gassner); 15 Cg 68/39 (Gassner); 15 Cg 167/39 (Wintersperger); 15 Cg 253/39 (Wintersperger); 16 Cg 36/39 (Gassner); 25 Cg 94/39 (Hollmann); 29 Cg 3/39 (Midlarz); 30 Cg 264/39 (Jahoda); 30 Cg 310/39 (Jahoda).

welche den Unterschied zwischen der arischen und der jüdischen Volkszugehörigkeit erst zur allgemeinen Anerkennung gebracht hat, ist mir diese Bedeutung zur Erkenntnis gekommen. Hätte ich diese Erkenntnis, dass eine eheliche Gemeinschaft zwischen Ariern und Nichtariern deutscher Staatsangehörigkeit nunmehr überhaupt nicht möglich ist, schon zur Zeit der Eheschließung gehabt, so hätte ich diese bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung einer solchen Ehe sicher abgehalten.

Beweis: P.V.

Diese fehlende Erkenntnis stellt einen Irrtum über Umstände dar, welche die Person des anderen Ehegatten betreffen im Sinne des § 37 Reichsgesetz vom 06.07.1938 österr. Landesgesetzblatt Nr 244/38, welcher mich berechtigt, die Aufhebung der Ehe zu begehren.

Die klagende Partei beantragt das

URTEIL

Die zwischen der klagenden und beklagten Partei am vor geschlossenen Ehe wird aus dem Verschulden der beklagten Partei aufgehoben. Ein Verschulden trifft keinen der beiden Teile.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die Prozesskosten binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.“

Den Parteien wurde somit nicht nur das Einbringen eines Aufhebungsbegehrens erleichtert, sie wussten auch sofort, was der jeweilige Richter in der Parteienvernehmung hören musste bzw. wollte, um die Aufhebung der Ehe zuzulassen. Zum einem wurde das Formular eingesetzt, um „Rassenmischehen“ schnellstmöglich aufzuheben, zum anderen diente es für die Gerichte als Hilfsmittel, um mit dem großen Andrang an Ehescheidungen ab Einführung des Ehegesetzes 1938 zurechtzukommen. Das Formular wurde vorwiegend von jenen Richtern verwendet, die den Irrtum über die Bedeutung des „Rassenunterschieds“ als Aufhebungsgrund gemäß § 37 EheG 1938 zuließen. Die Verfahren,

die sich für die Einbringung einer Aufhebungsklage eines Formulars bedienten, wurden nahezu ausschließlich von den Richtern Wintersperger und Gassner geführt.

In einem Großteil der Urteile, findet sich jedoch sehr wohl eine detaillierte Begründung, warum die Zulässigkeit der Aufhebung einer „Rassenmischehe“ gemäß § 37 EheG 1938 gegeben wäre oder nicht. Dies unter anderem durch Aufzeigen der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Folgen, die eine Ehe mit einem „Juden“ mit sich brächte.

Im Folgenden eine Auswahl dieser Urteile.

i. 15 Cg 359/38:

Nachteile für den arischen Teil der „Rassenmischehe“

In der Entscheidung 15 Cg 359/38 vom 16. Mai 1939 stellte Wintersperger klar, dass die zu erwartenden Nachteile, die einen „arischen“ Ehepartner einer „Rassenmischehe“ erwarteten, sehr wohl einen Aufhebungsgrund gemäß § 37 EheG 1938 begründeten.

Wintersperger hielt Folgendes fest:

„Es ist auch glaubhaft, dass der Kläger zur Zeit der Eheschließung sich in dem Irrtum befand, dass eine bloße Religionsverschiedenheit zwischen Juden und Nichtjuden bestehe, während er nach seiner Behauptung damals die Wesensverschiedenheit, die sich aus der verschiedenen Volkszugehörigkeit ergibt, nicht erkannte.

Insbesondere ist anzunehmen, dass er damals nicht erkannte, dass die Verhehlung eines Nichtjuden mit einer Jüdin Nachteile verschiedener Art infolge Änderung der politischen Verhältnisse nach sich ziehe. Der Eintritt solcher Nachteile aus dem Grund, dass die Beklagte jüdischer Volkszugehörigkeit ist, ist ein Umstand, der die Person des anderen Ehegatten

betrifft. Ein Irrtum über einen solchen Umstand bildet aber einen Aufhebungsgrund.“⁶³

Wintersperger hielt eindeutig fest, dass die Nachteile, die dem Kläger und der Beklagten⁶⁴ aufgrund der „jüdischen Volkszugehörigkeit“ der Beklagten widerführen, auf Änderungen der politischen Verhältnisse zurückzuführen wären. Wintersperger hob die Ehe aufgrund eines Umstandes auf, der nicht in der Sphäre der „jüdischen“ Ehefrau lag. Dem Kläger wäre bei Eheschließung bewusst gewesen, dass seine Frau „jüdischer Abstammung“ war, doch erst durch die politischen Änderungen begründete die Abstammung der Ehefrau einen weiteren Irrtum beim Kläger und zwar den der Bedeutung des Rassenunterschiedes der Ehegatten.

ii. 16 Cg 322/38

Sittliche Verpöntheit von „Rassenmischehen“ unter sinngemäßer Anwendung des Blutschutzgesetzes

Richter Gassner entwickelte in seinen Entscheidungen eine eigene, weite Auslegung zu § 37 EheG 1938. In nahezu sämtlichen Urteilen, die Gassner im Jahr 1938 und 1939 zu § 37 EheG 1938 erlies, findet sich die gleiche Argumentationsweise zur Aufhebung von Ehen, die zwischen „rasseverschiedenen“ Ehegatten geschlossen wurden.

Helene K. beantragte im Frühjahr 1938 die Aufhebung ihrer erst 1934 geschlossenen Ehe mit dem „Volljuden“ Norbert K. Sie stützte ihren Antrag auf einen Irrtum über die Bedeutung der Rassenverschiedenheit gemäß § 37 EheG 1938.

Nach Feststellung der jeweiligen Abstammung der Ehegatten begründete Richter Gassner sein Urteil vom 26. September 1938 auf Aufhebung der Ehe wie folgt:

⁶³ LG Wien für ZRS zu 15 Cg 359/38, ON 5 Aktenseite 16f. (Wintersperger).

⁶⁴ Die Beklagte wurde am 27. 4. 1942 von Wien nach Wlodawa deportiert und hat nicht überlebt, DÖW-Datenbank, www.doew.at/personensuche (7. 3. 2017).

„Mit Verordnung vom 20.05.1938 (RGBl. I S. 594) wurde das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15.09.1935 (RGBl. I S. 1146) im Lande Österreich eingeführt. Dieses Gesetz will, ausgehend von der Erkenntnis, dass die Reinheit des deutschen Blutes die Voraussetzung für den Fortbestand des deutschen Volkes ist, die eheliche und außereheliche Rassenmischung verhüten. In den §§ 1, 5 erklärt es unter Strafsanktion die Eheschließung zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes für verboten und nichtig, weil der Bestand einer solchen Mischehe mit dem im Blutschutzgesetz verwirklichten Sittlichkeitsbegriff unvereinbar ist. Daraus ergibt sich aber die weitere Folgerung, dass grundsätzlich auch die Aufrechterhaltung und Fortsetzung einer vor dem Wirksamkeitsbeginn dieses Gesetzes geschlossenen Mischehe diesem Sittlichkeitsgrundsatz widerstreitet. Im Allgemeinen kann daher von einem Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes, der vor dem Blutschutzgesetz eine Mischehe geschlossen hat, nicht verlangt werden, eine nunmehr sittlich verpönte eheliche Gemeinschaft aufrechtzuerhalten; es muss vielmehr seine Berechtigung anerkannt werden, die Auflösung dieser Ehe zu begehren, sofern dieses Verlangen nicht mit Rücksicht auf die bisherige Gestaltung des ehelichen Lebens der Ehegatten oder anderer wichtiger Umstände als sittlich nicht gerechtfertigt erscheint. [...]“⁶⁵

Es ist daher glaubwürdig, dass die Klägerin erst durch den nationalsozialistischen Umbruch in Österreich, welcher den Unterschied zwischen der arischen und der jüdischen Volkszugehörigkeit erst zur allgemeinen Anerkennung gebracht und diesen Sittlichkeitsgrundsatz im Blutschutzgesetz verwirklicht hat, zur Erkenntnis der Bedeutung dieser Verschiedenheit gelangt

⁶⁵ LG Wien für ZRS zu 16 Cg 322/38, ON 3 Aktenseite 16f. (Gassner).

ist und dass sie, wenn sie diese Erkenntnis schon zur Zeit der Eheschließung gehabt hätte, bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe mit dem Beklagten abgehalten worden wäre.

Diese, zur Zeit der Eheschließung fehlende Erkenntnis stellt einen Irrtum über einen die Person des anderen Ehegatten betreffenden Umstand im Sinne des § 37 EheGes. dar, welcher die Klägerin berechtigt, die Aufhebung der Ehe zu begehren.“⁶⁶

Richter Gassner zog für seine Urteilsbegründungen die Eheverbote des „Blutschutzgesetzes“⁶⁷ heran und folgerte daraus, dass auch die vor Einführung dieses Gesetzes geschlossenen „Rassenmischehen“ dem „Sittlichkeitsgrundsatz“ widerstreiten. Gassner argumentierte, dass die Führung einer „Mischehe“ gemäß dem „Blutschutzgesetz“ sittlich verpönt sei und der Klägerin erst durch Kenntnis dieses Umstandes, die Bedeutung der „Rassenverschiedenheit“ zwischen ihr und ihrem Ehegatten bewusst geworden sei.

Im Gegensatz zu Wintersperger, der den Irrtum über die Bedeutung des Rassenunterschiedes in den zu erwartenden Nachteilen der Ehegatten sah, versuchte Gassner mit der Heranziehung des „Blutschutzgesetzes“ eine gesetzliche Rechtsgrundlage für die Aufhebung von „Rassenmischehen“ herzustellen. Es kann daraus geschlossen werden, dass Gassner in § 37 EheG

1938 keine eindeutige Rechtsgrundlage für die Aufhebung von „Rassenmischehen“ sah und daher den „Sittlichkeitsgrundsatz“ des „Blutschutzgesetzes“ zu Hilfe nahm.

iii. 8 Cg 467/38:

Keine Eheaufhebung, wenn Irrtum über Rassenzugehörigkeit im Zeitpunkt der Verheiratung (vor der NS-Zeit) nicht gegeben war

Den zuvor aufgezeigten Argumentationslinien folgten jedoch nicht alle Richter.⁶⁸ Beispielsweise wies Schwarzingner⁶⁹ am 24. Jänner 1939 die Aufhebung der Ehe der Ehegatten Hedwig und Arnold G. ab. Dies begründete er wie folgt:

„Die Klägerin gibt vollkommen glaubwürdig an, dass sie erst durch die aufklärende Tätigkeit des Nationalsozialismus nunmehr zur Erkenntnis gekommen sei, dass der Beklagte einer anderen Rasse angehöre, dass sie aber anlässlich ihres Eheabschlusses im Beklagten lediglich den Angehörigen einer fremden Religionsgesellschaft erblickt habe. Als Grund für die Einbringung der Klage gibt die Klägerin die materiellen Sor-

⁶⁶ Ebd., diese Argumentationsweise findet sich nahezu identisch u.a. in 16 Cg 191/38; 16 Cg 253/38; 16 Cg 256/38; 16 Cg 277/38; 16 Cg 318/38; 16 Cg 363/38; 16 Cg 370/38; 16 Cg 389/38; 16 Cg 402/38; 16 Cg 456/38; 16 Cg 459/38; 16 Cg 509/38; 16 Cg 513/38; 16 Cg 36/39; 16 Cg 75/39.

⁶⁷ Siehe § 1 Abs. 1 Blutschutzgesetz: Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes sind verboten. Trotzdem geschlossene Ehen sind nichtig, auch wenn sie zur Umgehung dieses Gesetzes im Ausland geschlossen sind, RGBl. 1935, 1146 und Verordnung über die Einführung der Nürnberger Rassegesetze im Lande Österreich, RGBl. 1938, 594f.

⁶⁸ Siehe u.a. 8 Cg 467/38 (Schwarzinger); 11 Cg 244/38 (Fischerleithner); 11 Cg 368/38 (Fischerleithner); 11 Cg 383/38 (Fischerleithner); 11 Cg 431/38 (Fischerleithner); 11 Cg 470/38 (Fischerleithner); 11 Cg 477/38 (Fischerleithner); 11 Cg 506/38 (Fischerleithner); 17 Cg 246/38 (Paschinger); 18 Cg 254/38 (Frisch); 18 Cg 444/38 (Frisch); 21 Cg 318/38 (Frisch); 6 Cg 27/39 (Brachmann); 6 Cg 92/39 (Brachmann); 18 Cg 17/39 (Frisch); 18 Cg 27/39 (Frisch); 18 Cg 72/39 (Frisch); 30 Cg 113/39 (Jahoda).

⁶⁹ Dr. Alfred Schwarzinger wurde am 8. 2. 1895 in Hainfeld geboren. Vom Bezirksgericht Laa an der Thaya wurde Schwarzinger am 29. 10. 1937 ans Landesgericht für ZRS Wien versetzt. Am 6. 7. 1939 wurde er zum Landgerichtsdirektor beim Landgericht Wien ernannt. Schwarzinger sympathisierte bereits vor Machtergreifung der Nationalsozialisten mit dem Programm der NSDAP und war seit 27. 3. 1938 Parteianwärter. Seine Parteimitgliedschaft wurde nach erstmaliger Abweisung erst im Juli 1943 genehmigt. (ÖStA, AdR, Schwarzinger 2695/46). Siehe dazu näher in diesem Band: WEDRAC, Politische Einstellung der Richter.

gen für ihre Zukunft an, insbesondere die Gefahr, dass sie im Zuge der Arisierung bei Nichtaufhebung der Ehe nicht mit der Weiterführung des Geschäftes betraut werden würde und so keine Verdienstmöglichkeit mehr hätte. Infolge der bereits erlittenen finanziellen Nachteile durch die Führung des Geschäftes durch einen Treuhänder sei sie auch gezwungen gewesen, ihren Schmuck zu versetzen, um die Bestreitung des Lebensunterhaltes für sich und den Beklagten vornehmen zu können.

Die Klägerin hat auch erklärt, sie würde nach Auflösung der Ehe aus reinen Menschlichkeitsgründen sich um ihren Gatten weiter kümmern, da sie ihn doch nach 25-jähriger Ehe nicht deshalb im Stiche lassen könne, weil er Jude ist.

Das Gericht ist der Meinung, dass die Klage abzuweisen war, weil § 37 EheG. überhaupt keine Handhabe bietet, um die Aufhebung einer Mischehe auszusprechen, wenn dem arischen Ehepartei die Zugehörigkeit des anderen Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung bekannt war. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird das Vorliegen eines Irrtums über solche die Person des anderen Ehegatten betreffenden Umstände gefordert, die dem die Aufhebung der Ehe begehrenden Ehegatten bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten. Unter „Umständen“ im Sinne des Gesetzes müssen Tatsachen verstanden werden. Nach den eigenen Angaben der Klägerin war ihr aber die Tatsache, dass der Beklagte Jude sei, bei Abschluss der Ehe genau bekannt. Nicht bekannt aber war der Klägerin die Bedeutung dieser Tatsache und hierüber hat sich die Klägerin in einem Irrtum befunden. Diese Angaben der Klägerin sind ohne Zweifel vollkommen glaubwürdig, weil bei Abschluss der Ehe im Jahr 1914 in Wien der Rassedanke nur einem verschwindenden Bruchteil des deutschen Volkes überhaupt geläufig war. Erst der Umbruch im Jahr 1938 hat durch die Aufklärungsarbeit der

NSDAP. die Rassenlehre den Volksgenossen in ihrer innersten Bedeutung näher gebracht.

Das Gericht ist der Meinung, dass von einem Irrtum der Klägerin im Zeitpunkte der Eheschließung überhaupt nicht gesprochen werden kann, nachdem die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung in einer Eheschließung mit einem Juden damals gar nichts Besonderes erblickte und es überhaupt nicht angeht, in Ehesachen die Folgen des Wandels der Meinungen bei einer Urteilsfällung in Betracht zu ziehen. Man käme dann dazu, dass es jedem Ehegatten möglich wäre, die Aufhebung seiner Ehe zu begehren, wenn ihm bereits zur Zeit der Eheschließung bekannte Eigenschaften des anderen Ehegatten in der Entwicklung der Zeit umgewertet werden und sich für ihn nachteilig auszuwirken beginnen. Dies hatte nach Meinung des Gerichtes der Gesetzgeber nicht beabsichtigt und daher den Nachweis des Irrtums über das Vorhandensein zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt gefordert. Die bloße Wertung eines Umstandes im Rahmen des § 37 EheG. als Irrtum kann daher die Voraussetzung des 1. Absatzes des § 37 nicht erfüllen. [...] ⁷⁰

Hätte der Gesetzgeber die Lösung der Mischehen gewünscht, dann würde er dies jedenfalls im Gesetz zum Ausdruck gebracht haben. Es ist nicht Sache des Gerichtes, eine Interpretation des Gesetzes vorzunehmen, welche augenscheinlich dem klaren Willen des Gesetzgebers widerspricht. Die bisherigen Reichgerichtsentscheidungen können daher für die Anwendung des § 37 keineswegs als präjudiziell erachtet werden. [...] ⁷¹

Mag nun auch dieser Zustand für beide Ehegatten die größten Schwierigkeiten nach sich ziehen, vielleicht sogar die Vernichtung ihrer wirtschaftlichen Existenz nach sich bringen, so kön-

⁷⁰ LG Wien für ZRS zu 8 Cg 467/38, ON 4 Aktenseite 20ff. (Schwarzinger).

⁷¹ LG Wien für ZRS zu 8 Cg 467/38, ON 4 Aktenseite 23f. (Schwarzinger).

nen diese Umstände die Aufhebung der Ehe trotzdem nicht rechtfertigen, weil nach obigen Ausführungen derartige Erwägungen vom Gericht einfach unberücksichtigt zu bleiben haben.

Es dürfte wohl nicht zu viel gesagt sein, wenn man den Standpunkt vertritt, dass derjenige Ehegatte, der mit einem Juden die Ehe geschlossen hat, mit ihm 25 Jahre im besten Einvernehmen gelebt hat, nun auch sittlich verpflichtet ist, die unangenehmen Auswirkungen eines derartigen Zustandes über sich ergehen zu lassen.

Die bevorstehende Zerrüttung der Ehe durch die materiellen Auswirkungen, insbesondere der drohenden Existenzvernichtung beider Streitparteien müssen bei Lösung der Rechtsfrage vollkommen außer Betracht bleiben. Nach Ansicht des Gerichtes kann nur derjenige Ehegatte die Auflösung der Ehe im Sinne des § 37 EheG. begehren, der sofort nach Kenntnis der Tatsache, dass sein Ehepartner Jude ist, die Konsequenz zieht, die eheliche Gemeinschaft aufgibt und sich restlos von seinem Ehepartner löst. Da nun im vorliegenden Falle diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, war das Klagsbegehren abzuweisen.⁷²

Schwarzinger vertrat in dieser Entscheidung eine diametral abweichende Meinung zu den vorangegangenen Urteilen. Er sah in dem Irrtum über die Bedeutung des „Rassenunterschiedes“ keinen Aufhebungsgrund. Auch in der Literatur der damaligen Zeit fanden sich vereinzelte Stimmen, welche die „Rassenverschiedenheit“ nicht unter einen Aufhebungsgrund gemäß § 37 EheG 1938 subsumierten. So auch Dienstleder,⁷³ der in seinem Kommentar zum Eherecht 1938 ausführte, dass die „Rasseneinheit“ nicht als Umstand, über den ein Ehegatte geirrt hatte, anzusehen war. Schwarzinger begründete seine Entscheidung damit, dass der Gesetzgeber den

Irrtum zu einem bestimmten Zeitpunkt forderte, nämlich zum Zeitpunkt der Eheschließung. Eigenschaften, die schon bei Eheschließung vorhanden und dem Ehegatten auch bewusst waren, konnten somit keinen Irrtum gemäß § 37 Abs. 1 EheG 1938 bilden, auch nicht, wenn diese Eigenschaften im Laufe der Zeit eine für den Ehegatten nachteilige Umwertung erfuhren.

Meines Erachtens war die Entscheidung von Schwarzinger mit dem Gesetz vereinbar. Der nationalsozialistische Gesetzgeber verlangte für die Aufhebung einer Ehe in § 37 Abs. 1 EheG 1938 einen Irrtum über Umstände, die die Person des anderen Ehegatten betrafen. Dieser Irrtum musste bereits bei Eheschließung bestehen. Ehegatten, die vor 1938 eine „Rassenmischehe“ eingegangen, konnten zum Zeitpunkt der Eheschließung keinem Irrtum über die „Rassenzugehörigkeit“ unterliegen, wenn ihnen bekannt war, dass ihr Ehepartner „Jude“ war.

F. Zusammenfassung

Bereits kurz nach Machtergreifung der Nationalsozialisten in Österreich übernahm ein Teil der österreichischen Gerichtsbarkeit die „rassischen“ Aspekte der nationalsozialistischen Weltanschauung in ihre Urteilsbegründungen auf. Der in § 115 ABGB festgehaltene Ehetrennungsgrund der „unüberwindlichen Abneigung“ wurde von einigen Richtern herangezogen, um sogenannte „Rassenmischehen“ zu trennen. Die entstandene gegenseitige „unüberwindliche Abneigung“ der Ehegatten wurde auf deren „Rassenunterschied“ zurückgeführt, wobei die Begründungen unterschiedliche Nuancen aufweisen. Zum Teil wurde affirmativ im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie von der „Stimme des Blutes“ und der „Verpöntonheit der Rassenschande“ gesprochen, die zur unüberwindlichen Abneigung führten. Zum Teil hingegen wurde eher auf die Benachteiligungen für die Partner einer „Rassenmischehe“ abge-

⁷² LG Wien für ZRS zu 8 Cg 467/38, ON 4 Aktenseite 25f. (Schwarzinger).

⁷³ DIENSTLEDER, Neues großdeutsches Eherecht 55.

stellt, womit der Bezug hergestellt wurde zu den Diskriminierungen und Verfolgungen, denen „Juden“ und „jüdisch Versippte“ ausgesetzt waren. Vereinzelt wurde allerdings überhaupt die Relevanz der bloßen „Rassenzugehörigkeit“ für die Frage des Vorliegens einer unüberwindlichen Abneigung verneint.

Mit Einführung des Ehegesetzes im Jahre 1938 war in Österreich erstmals die Eheaufhebung bzw. Ehescheidung auch für Katholiken möglich. Die Aufhebung bzw. Scheidung von „Rassenmischehen“ wurde im Gesetz nicht dezidiert geregelt. Es wurde von der Rechtsprechung jedoch § 37 EheG 1938 herangezogen, um sogenannte „rassisch unerwünschte“ Ehen aufzuheben. Festzuhalten ist allerdings, dass die Richterschaft weiterhin keiner ganz einheitlichen Rechtsprechungslinie folgte. Die Mehrheit der Richter sah in § 37 EheG 1938 eine geeignete gesetzliche Grundlage für die Auflösung von „Rassenmischehen“. Ein kleiner Teil der Richterschaft sah aber auch in § 37 EheG 1938 keine Aufhebungsmöglichkeit für „Rassenmischehen“ aus dem alleinigen Grund der „Rassenverschiedenheit“. Die verschieden lautenden Urteile zeigen, dass die Richter versuchten, sich den neuen Verhältnissen, auf welche Weise auch immer, anzupassen. Die nationalsozialistische Weltanschauung fand durch diese Rechtsprechung im Eheaufhebungsrecht jedenfalls Eingang in das österreichische Rechtssystem und bestätigte damit die NS-Rassenideologie auch im kollektiven Bewusstsein der Gesellschaft.

Korrespondenz:

Mag. Victoria Stickelberger, LL.M. (Maastricht)
Wess Kux Kispert & Eckert – Rechtsanwältinnen
Himmelpfortgasse 20/2
1010 Wien
V.Stickelberger@wkklaw.at
ORCID-Nr. 0000-0002-6833-6817

Abkürzungen:

ON Ordnungsnummer
ZRS Zivilrechtssachen

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

Literatur:

- Hermann AUERT, Die Eheauflösung im neuen deutschen Recht unter Berücksichtigung der neuesten Bestimmungen (Nürnberger Gesetze) und Entscheidungen (Berlin 1936).
- Horst BECKER, Die Familie (Leipzig 1935).
- Karl-Heinz BLÜMEL, Die Aufhebung der sog. „Rassenmischehe“ im Nationalsozialismus (Regensburg 1999).
- Walter BUCH, Gedanken um das Familienrecht, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1934) 145–148.
- Evan Burr BUKEY, Jews and Intermarriage in Nazi Austria (Cambridge 2011).
- Ulrike DAVY u.a. (Hgg.), Nationalsozialismus und Recht: Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (Wien 1990).
- Alois DIENSTLEDER, Das neue großdeutsche Eherecht samt Durchführungsverordnung und Personenstandsgesetz für das Land Österreich (Wien 1939).
- Ilse EBEN-SERVAES, Das Kind in der Ehe, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1935) 91–94.
- Ilse EBEN-SERVAES, Die Frau und Mutter im nationalsozialistischen Familienrecht, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1938) 90–92.
- Hans FRANK, Nationalsozialismus und Familienrecht, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1935) 82–86.
- Hans FRANK, Zur Erneuerung des Ehescheidungsrechts, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1937) 177–178.
- Inken FUHRMANN, Die Diskussion über die Einführung der fakultativen Zivilehe in Deutschland und Österreich seit Mitte des 19. Jahrhunderts (Frankfurt 1998).
- Friedrich GFÖRER, Das Recht der Familie im Dritten Reich, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bun-

- des Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1934) 151–154.
- Ulrike HARMAT, Ehe auf Widerruf?: der Konflikt um das Eherecht in Österreich 1918–1938 (Frankfurt am Main 1999).
- Christian HARTMANN u.a. (Hgg.), Hitler, Mein Kampf. Eine kritische Edition, 2 Bde. (München–Berlin 2016).
- Marius HETZEL, Die Anfechtung der Rassenmischehe in den Jahren 1933–1939. Die Entwicklung der Rechtsprechung im Dritten Reich: Anpassung und Selbstbehauptung der Gerichte (Tübingen 1997).
- Heinz HOLZHAUER, Die Scheidungsgründe in der nationalsozialistischen Familienrechtsgesetzgebung, in: NS-Recht in historischer Perspektive. Kolloquien des Instituts für Zeitgeschichte (München 1981) 53–70.
- Hanns KERRL, Ehe, Mischehe, Mischlingehe, religions-verschiedene und religions-gemischte Ehe, in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (1936) 6–7.
- Karl LARENZ, Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1937) 184–188.
- Fritz LENZ, Die Familie als Grundlage der Kultur, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1934) 149–151.
- Helene MAIMANN, Zur Frauen- und Familienideologie des Nationalsozialismus, in: Erika WEINZIERL, Karl STADLER (Hgg.), Geschichte der Familienrechtsgesetzgebung in Österreich (Wien 1978).
- Ferdinand MÖSSMER, Der Gemeinschaftsgedanke im Recht der Eheschließung und Ehescheidung, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1935) 86–88.
- Ferdinand MÖSSMER, Rassenmischehe und geltendes Recht, in: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (1934) 86–92.
- Kathrin NAHMMACHER, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Hamburger Gerichte zum Scheidungsgrund des § 55 EheG 1938 in den Jahren 1938 bis 1945 (Frankfurt 1999).
- Gustav SCANZONI, Das großdeutsche Ehegesetz vom 06. Juli 1938 (Berlin 1939).
- Anton SCHARNAGL, Das neue deutsche Ehegesetz. Mit den für das Land Österreich und das Sudetenland geltenden Sonderbestimmungen (München 1939).
- Werner SCHUBERT (Hg.), Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus – Ausgewählte Quellen zu den wichtigsten Gesetzen und Projekten aus den Ministerialakten (Paderborn 1993).
- Hans SCHULTZE, Die Reform des Eheprozesses, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1935) 94–96.
- Helmut SEYDEL, Scheidungsrecht und Scheidungshäufigkeit, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1937) 209–210.
- Michael STOLLEIS, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (Berlin 1974).
- Erich VOLKMAR u.a. (Hgg.), Großdeutsches Eherecht: Kommentar zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938 mit sämtlichen Durchführungsvorschriften (München 1939).
- Heinrich WEBLER, Familie und Erziehung im Recht, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1935) 89–91.
- Hans WEISS, Die Familie im Dritten Reich, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1934), 156–159.
- Franz WIEACKER, Geschichtliche Ausgangspunkte der Ehereform, in: Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (1937) 179–184.

Susanne K. PAAS, Köln

Das Bewegliche System im Spiegel national-sozialistischer Gesetzgebungsdebatten*

The Flexible System in the Reflection of the National Socialist Legislative Debate

In 1941, Walter Wilburg's "Die Elemente des Schadensrechts" ("The Elements of the law of torts") proposed what came to be known as the "flexible system" ("bewegliches System"). The flexible system suggested the possibility of a middle way between general clauses on the one hand and specific norms on the other. Its merits are still under discussion: While some praise the jurisdictional flexibility it grants, others criticise the inherent lack of foreseeability brought about by its flexibility.

This contribution will leave the ambit of current debate. It will re-examine its very source, "Die Elemente des Schadensrechts", and answer the questions for the nature underlying the "flexible system" and whether it was truly novel or typical of its time. It will be argued that Wilburg had never meant the "flexible system" to only be a pragmatic solution to a dogmatic problem. Rather, he wanted it to constitute an integral part of the planned new civil code, the "Volksgesetzbuch" (People's Civil Law Code). Further, Wilburg's work was indeed typical of its time: In the 1930s such middle ways, also witnessed in the basic rules ("Grundregeln") at the beginning of the People's Civil Law Code as well as in preambles, were cheered as a new, National Socialist legislative style. But even though it tuned in with such developments, it still set itself apart from other concepts in that Wilburg did not aim for steering the judges by means of ideological guiding principles or ones taken from social reality. Instead, he wanted to tie judges to scientific concepts, namely to a specified set of elements, interdependent and flexibly arranged within a closed system.

Keywords: basic rules – flexible system – legislative technique – People's Civil Law Code – preamble – social reality in norms – Walter WILBURG

I. Das Bewegliche System als Gesetzgebungstechnik: Einschätzungen damals und heute

Als Helmut Koziol 2005 das bewegliche System als Modell eines neuen österreichischen Schadensrechts vorschlug,¹ ließ die Kritik nicht lange

auf sich warten.² Streit entstand nicht nur über die dogmatische Gestaltung, sondern vor allen Dingen über die Gesetzestechnik, die Koziol Walter Wilburgs beweglichem System entlehnte hatte. Gerhard Wagner blickte als Außenstehender auf die Debatte und erklärte zum bewegli-

2017 gehalten wurde. Die Vortragsfassung wurde beibehalten.

¹ KOZIOL, Grundgedanken 28.

² Zu der Kritik siehe m.w.N. WAGNER, Reform 2 und HUBER, Reform 473 bzgl. des europäischen Schadensrechtsentwurfs sowie zur Verteidigung, KOZIOL, Schadenersatzreform 348.

* Es handelt sich um eine überarbeitete Fassung eines Vortrages, der im Rahmen der Tagung „Zivilgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus“ unter Leitung von Professor Meissel an der Universität Wien im März

chen System als Stein des Anstoßes: „Diese Lehre ist zwar berühmt, aber keinesfalls allgemein anerkannt“.³ Wagners Hinweis auf die Berühmtheit des beweglichen Systems leuchtet unmittelbar ein. Obwohl Walter Wilburg das bewegliche System bereits 1941 in „Die Elemente des Schadensrechts“ erstmalig vorstellte,⁴ ist die Idee noch heute lebendig. Auch wenn sie heute primär adaptiert wird, um unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren und Richterrecht zu systematisieren,⁵ ist sie nie aus der Gesetzgebungsdebatte verschwunden. Das bewegliche System gilt als besonders geeignet Vielgestaltigkeit abzubilden und wurde daher bspw. vorgeschlagen, um verschiedenen Prinzipien im Recht der einzelnen EU-Staaten in ein einheitliches Recht umzusetzen.⁶ Dies wird ermöglicht durch eine von der Kodifikation des BGB und ABGB abweichende Technik. Im beweglichen System wird die konditionale Rechtssatzstruktur aufgelöst zugunsten einer Strukturierung nach den maßgeblichen Leitgedanken eines Rechtsgebietes. Diese Leitgedanken bezeichnete Wilburg als „Elemente“⁷ oder „bewegende Kräfte“.⁸ Schon früh hat sich synonym der Ausdruck Prinzip durchgesetzt.⁹ Anders als bei dem großen Teil der Tatbestandsmerkmale des Bürgerlichen Gesetzbuches werden die Elemente graduell gedacht. Das jeweilige Element kann in

unterschiedlichen Stärken vorliegen und so gemeinsam mit anderen Elementen flexibel die Rechtsfolge formen.¹⁰ Befürworter des beweglichen Systems erblicken darin eine Überwindung der Antinomien von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit. Der Wettbewerbsvorteil des beweglichen Systems vor anderen Konkretisierungsmodellen liege in seiner Mittellösung. Auf der einen Seite stünden die „bloße[n] Billigkeitsjurisprudenz“¹¹ sowie die „konturenlosen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen“,¹² auf der anderen Seite die (zu engen) Tatbestände. Zwischen ihnen stehe das bewegliche System, das zugleich Struktur *und* Flexibilität biete.¹³ Eben diese Mittellösung hatte Koziol bewogen, das bewegliche System gesetzestechnisch zu nutzen.¹⁴ Der eingangs zitierte Gerhard Wagner hatte freilich auch Recht damit, dass Wilburgs Konzept bis heute viele Kritiker gefunden hat. So wandte man gegen das bewegliche System als Entwurf des österreichischen Schadensrechts ein, es sei kein System, sondern „Chaos“.¹⁵ Die Flexibilität wird in dieser Lesart zum trojanischen Pferd der Rechtsunsicherheit.

Diese Kritik wurde bereits gegen „Die Elemente des Schadensrechts“ bei deren Veröffentlichung vorgebracht.¹⁶ Ich frage nicht, ob sie berechtigt war und ist, möchte mich dem beweglichen System also nicht methodologisch, sondern rechtshistorisch nähern. Ausgangsthese ist, dass es sich bei dem beweglichen System nicht einfach nur um eine von mehreren denkbaren Lösungen handelt, sondern dass Wilburgs Konzept

³ Ebd. 2.

⁴ WILBURG, Elemente.

⁵ ARMBRÜSTER, in: SÄCKER, Münchener Kommentar § 138 BGB, Rz. 29; JANSEN, Haftungsrecht; ENDERLEIN, Rechtspaternalismus; HEINRICH, Freiheit; KLING, Sprachrisiken 2008; STÜRNER, Verhältnismäßigkeit.

⁶ KOZIOL, Schadenersatzrecht.

⁷ WILBURG, Elemente 28 u. a.

⁸ WILBURG, Rede 12. Teilweise auch „gefährüberwältigende Kräfte“, DERS., Zusammenspiel 360. Auch Gerechtigkeitsskriterien finden sich teilweise als Ausdruck, CANARIS, Systemdenken 75 oder KLING, Sprachrisiken 227.

⁹ BYDLINSKI, Mitte 332. Freilich diskutierte man, was Elemente und Prinzipien im Kern unterscheidet, siehe u.a. ENDERLEIN, Rechtspaternalismus 292.

¹⁰ WILBURG, Elemente 26ff.

¹¹ KLING, Sprachrisiken 232.

¹² HEINRICH, Freiheit 217

¹³ So statt vieler aus der neuen Literatur ENDERLEIN, Rechtspaternalismus 292; STÜRNER, Verhältnismäßigkeit 349.

¹⁴ KOZIOL, Grundgedanken 27ff. Ebenso SCHILCHER, Gesetzgebung und Bewegliches System, insb. 289ff.

¹⁵ WELSER, Reform 6, 21. Siehe auch die bereits zitierte Kritik.

¹⁶ Dazu unter III.

auf einen bestimmten Entstehungskontext reagierte. Die rechtshistorische Forschung der letzten Jahre hat diesen Aspekt bereits mehrfach hervorgehoben.¹⁷ Eine genaue Untersuchung dieser Zusammenhänge steht aber bisher aus.¹⁸ Schwerpunkt der Untersuchung ist das bewegliche System in „Die Elemente des Schadensrechts“ von 1941 und damit während der Zeit des Nationalsozialismus. Wilburg schlug das bewegliche System als Lösung der Ewigkeitsfrage eines sachgerechten Schadensrechts in Gesetzesform vor. Eine Analyse des dogmatischen Kontextes ergab, dass die Elemente Wilburgs, deren Zusammenspiel und die Bedeutung der Abwägung mit Debatten um die Haftung ohne Verschulden seit den 1870er Jahren in einer älteren Linie stehen. Das bewegliche System als Gesetzgebungstechnik transportierte aber den Zeitgeist der 1940er Jahre, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

Beginnen möchte ich mit zwei unterschiedlichen Einschätzungen der Bedeutung von Wilburgs gesetzgeberischem Konzept für diese Zeit: Mohnhaupt-Wolf, die die rechtspolitischen Debatten der Akademie für Deutsches Recht im Schadensrecht untersuchte, deutet das bewegliche System im Sinne der heutigen Kritik als besonders rechtsunsicher. Im Schadensrecht habe die Akademie auf Generalklauseln gesetzt, das bewegliche System sei im Vergleich zu ihnen noch unbestimmter.¹⁹ Ganz anders urteilte zeitgenössisch Josef Esser: Er hatte 1941 sein berühmtes Werk zur Gefährdungshaftung vorgelegt.²⁰ Obwohl oder gerade weil Esser und Wilburg Konkurrenten waren um die richtige Lösung des Schadensrechts, hatten sie intensiven brieflichen Kontakt. Esser gab 1942 zu:

„Wenn diese Pläne eines rigorosen Abbaus des zivilistischen Details durchführbar sind, so haben Sie in Ihren ‚Elementen‘ die richtige Spürnase gehabt und den einzig möglichen wissenschaftlichen Weg gezeigt“.²¹ Für Josef Esser war Wilburgs bewegliches System ein Weg zu mehr Wissenschaftlichkeit verglichen mit den Generalklausel-Konzepten der Zeit. Er selbst präferierte aber eine andere Lösung. Wie ist Wilburgs bewegliches System also in die Gesetzgebungsdebatten der 1940er Jahre einzuordnen? Dies soll mit Hilfe dreier Perspektiven beantwortet werden: Für wen schrieb Wilburg „Die Elemente des Schadensrechts“, welche Intention verfolgte er und war sein Ansatz innovativ.

II. Mitwirken am „lebendigen Neuaufbau“²²

Franz Bydlinksi erklärte die diffuse Stellung des beweglichen Systems zwischen *lex lata* und *lex ferenda* als Stolperstein der Rezeption.²³ Jedenfalls für „Die Elemente des Schadensrechts“ kann dies aber nicht überzeugen. Die These verschließt die Augen davor, dass Wilburg am „lebendigen Neuaufbau“ mitwirken wollte.²⁴ Er zielte auf die Kodifikation der Akademie für Deutsches Recht. Seine Gesprächspartner waren 1941 die Akademiejuristen, die die Rechtserneuerung über den Weg der Kodifikation suchten. Mit dem Volksgesetzbuch begann für die juristische Elite der Abstieg aus dem Elfenbeinturm in die Untiefen der Rechtspolitik. Dogmatische Konzepte standen unter den Vorbehalt gesetzestechnischer Umsetzbarkeit. Gustav Boehmer

¹⁷ HAFERKAMP, Methodengeschichte 72ff.; MOHNHAUPT-WOLF, Deliktsrecht; SCHRÖDER, Rechtswissenschaft 51; THIESSEN, Diskussionsbericht 419ff.

¹⁸ PAAS, Walter Wilburg (im Erscheinen).

¹⁹ MOHNHAUPT-WOLF, Deliktsrecht 176f.

²⁰ ESSER, Gefährdungshaftung.

²¹ Josef Esser an Walter Wilburg, 18. 8. 1942, Nachlass UB Sondersammlung Karl-Franzens-Universität Graz Walter Wilburg, UBG MS 2225 2. Korrespondenz 2.1.

²² WILBURG, Elemente VIII.

²³ BYDLINSKI, Walter Wilburg 779.

²⁴ WILBURG, Elemente VIII.

erklärte 1939 in einer Darstellung des „Schrifttums zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts“:

„An die Stelle der ruhigen Kleinarbeit erkenntnismäßiger Zergliederung der *lex lata*, die sich im Wesentlichen in unpolitischen ‚Kontroversen‘ über die Auslegung des einer Wertkritik nicht unterliegenden rationalen ‚Willen des Gesetzgebers‘ und in der systematischen Ordnung des gegebenen Rechtsmaterials erschöpfte, ist eine, oft leidenschaftlich bewegte, rechtsphilosophische und rechtssoziologische Auseinandersetzung *de lege ferenda* getreten.“²⁵

Über diese Debatte und die Akademiejuristen, verstanden als Gruppe innerhalb der Rechtswissenschaft, wissen wir wenig.²⁶ Das liegt auch daran, dass die Forschung sich erst spät der Gesetzgebung im Nationalsozialismus zugewandt hat.²⁷ Lange wurde vorwiegend untersucht, wie man das BGB mit der neuen Ideologie in Einklang gebracht hatte²⁸ und damit nationalsozialistische Rechtserneuerung gerade jenseits der neuen Gesetze analysiert. In welchem Kontext agierte also Wilburg: 1941 war die heute zumeist mit dem Nationalsozialismus verknüpfte Gesetzesskepsis verschwunden. Anfangs hatte sich diese nicht nur gegen das als liberalistisch, römisch und gemeinschaftsnegierend ver-

schrieene BGB,²⁹ sondern gegenüber Gesetzen allgemein gezeigt. Handlungsbedarf sah man in politischen Kreisen allenfalls im Straf- und Öffentlichen Recht.³⁰ Zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft wurde die Umsetzung der Ideologie in einer Ausbildungsreform gesucht. In der Programmschrift „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft“ der sog. Kieler Schule beantwortete Karl Michaelis die aufgeworfene Frage, ob die Zukunft „fixiertes Gesetzesrecht oder freies Richterrecht“ sei, deutlich: „Das Recht ist freilich nichts anderes als der Inbegriff der im Volke lebenden Ordnungen und Überzeugungen. Insofern bedarf es keiner gesetzlichen Fixierung.“³¹ Gesetze standen unter dem Verdacht der Inflexibilität, Lebensferne und Vergangenheitsbezogenheit.

1941 hatte sich das Klima gewandelt. Als Wilburg „Die Elemente des Schadensrechts“ veröffentlichte, hörte man vermehrt eine Wissenschaftsgeschichte der Rechtserneuerung, in der das Volksgesetzbuch der Held war. Heinrich Lange, der maßgeblich die Entscheidung für ein Volksgesetzbuch betrieben hatte,³² erklärte 1941 rückblickend: „Der Glaube an die Freiheit des Richters von Gesetzesbindungen zerbrach rasch. Das Gesetz wurde bald als das wichtigste Führungsmittel erkannt, die Bindung des Richters an dieses scharf betont.“³³ Zwei Entwicklungen waren entscheidend: Heinrich Lange betonte die Bedeutung des „Anschlusses“ Österreichs.³⁴ Für das geplante „Großreich“ standen am 13. März

²⁵ BOEHMER, Schrifttum 77f.

²⁶ WOLF, Privatrecht 350ff. rief 1998 zu genaueren Untersuchungen der führenden Akademiemitglieder auf, die er als Gruppe verstand. Bislang sind sie ein Desiderat. RÜCKERT, Freirecht 226 Anm. 125 spricht von einer „sonst kaum gesehenen Juristenfraktion im Nationalsozialismus“.

²⁷ Zentrale Arbeiten sind BUSCHMANN, Weltanschauung; MERTENS, Rechtsetzung; SCHORN, Gesetzgebung.

²⁸ Statt aller RÜTHERS, Unbegrenzte Auslegung, der die Forschung 1968 anstieß; MERTENS, Rechtsetzung, erklärte Forschungen auf diesem Gebiet noch 2009 zum Desiderat. Zu dieser Forschungslücke auch die umfangreichen Rezensionen Mertens: BUSCHMANN, Rezension 907; PAULY, Rezension 309; MOLL, Rezension 910; BUSCHMANN, Weltanschauung 2, sprach noch 2015 von einer „vielberufenen Lücke in der Forschung“.

²⁹ Siehe nur die Rede (mit dem sprechenden Titel) des Staatssekretärs SCHLEGELBERGER, Abschied vom BGB. Für die Ablehnung einer Kodifikation durch Hitler selbst, SCHUBERT, Volksgesetzbuch 10f.

³⁰ GRAUE, Zivilrecht 117; HATTENHAUER, Akademie 680–684; WAGNER, Strafrecht, zu den vielen Verordnungen und Gesetzen gerade in der Anfangszeit der nationalsozialistischen Herrschaft.

³¹ MICHAELIS, Wandlungen 58f.

³² Vgl. SCHUBERT, Volksgesetzbuch 9.

³³ LANGE, Entwicklung 8.

³⁴ Ebd. 32f.; ähnlich SCHMIDT-RIMPLER, Gesetzgebungstechnik 75.

1938 bereits zwei Rechtsordnungen nebeneinander, wobei die österreichische Rechtswissenschaft, allen voran Ernst Swoboda,³⁵ massiv für das ABGB warb. Es zugunsten des BGB, dessen Stellung angegriffen war, abzulösen, war keine Option.³⁶ Aus deutscher Perspektive war dies also ein geeigneter Zeitpunkt, die Vorteile einer Kodifikation hervorzuheben. Geschickt bediente man sich des Neuerungsstrebens im Nationalsozialismus und erklärte alle bis dato verabschiedeten Gesetze für bloße „Zwischengesetze“, hinter denen „die große und abschließende Gesetzgebung aus neuem Geiste und in neuer Form stehen müsse“.³⁷ Dieses Credo völliger Neuausrichtung war aber nicht ausschließlich Rhetorik. Die Rechtswissenschaft kämpfte um Einfluss. Seit 1933 war eine Vielzahl neuer Gesetze entstanden. Da das formelle Gesetzgebungsverfahren aufgelöst worden war, waren die neuen Gesetze solche der Reichsregierung, „Führererlasse“ und Verwaltungsvorschriften, die nicht aufeinander abgestimmt worden waren.³⁸ Die Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe in den neuen, nationalsozialistischen Gesetzen wurden durch minutiöse Durchführungsverordnungen gefüllt. Carl Schmitt sprach mit dem für ihn typischen Gespür für Veränderungen vom „motorisierten Gesetzgeber“. Er beobachtete, dass das Gesetz immer stärker zugunsten von Verordnungen verdrängt wurde;³⁹ eine Entwicklung, die Heinrich Lange

bereits in der Kriegs- und Nachkriegszeit ausmachte.⁴⁰

Bei den Kodifikationsplänen handelte es sich also nicht nur um eine Entscheidung gegen die „Rechtserneuerung“ durch Ausbildungsreform, sondern auch um eine Selbstbehauptung gegenüber der Exekutive. Diese habe, hob Heinrich Lange hervor, „die Alleinherrschaft über das Gesetz“ übernommen.⁴¹ Sie füllte, was die deutsche Methodengeschichte bisher kaum beachtet hat, vor allen Dingen die Generalklauseln, nicht der Richter. In der Kodifikation feierte Josef Esser eine „Rückgewinnung der gesetzgeberischen Initiative für die Rechtswissenschaft.“⁴² Tatsächlich handelte es sich bei der Akademie für Deutsches Recht, wie ein Blick auf die Teilnahmelisten nur allzu deutlich verrät, um ein „Professorenunternehmen“.⁴³

Walter Wilburg wusste als Teilnehmer der Akademie, wonach man suchte. Gerne wird er als „nicht anpaßbare[r] und daher mißliebige[r] Gelehrte[r]“ und „einfache[r] Volkssturmsoldat“⁴⁴ stilisiert. Tatsächlich war er aber während des Nationalsozialismus ein sehr erfolgreicher Wissenschaftler. Seine „Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung“ aus dem Jahr 1934 machte ihn so bekannt,⁴⁵ dass er zu den wenigen

³⁵ Zu Ernst Swoboda, insbesondere in Hinblick auf die Verteidigung des ABGB gegenüber dem deutschen Recht MEISSEL, ABGB 22ff.; SCHUBERT, Entwurf 276, 308ff., untersuchte seine Bedeutung für die Kodifikation in der Tschechoslowakei; KEPPELER, Spengler, 45ff. in Hinblick auf Swobodas Spengler-Rezeption, sowie zu seiner Bejahung eines Naturrechts, GOLLER, Naturrecht 292ff.

³⁶ HAFERKAMP, ABGB m.w.N.

³⁷ LANGE, Entwicklung 32.

³⁸ BUSCHMANN, Weltanschauung 2. Beispiele für „Führerverordnungen“ bei HUBER, Gesetzgeber 277; zu den Akteuren, MERTENS, Rechtsetzung 11ff.

³⁹ SCHMITT, Lage 404ff.

⁴⁰ LANGE, Einzelgesetze 232

⁴¹ Ebd. 232.

⁴² ESSER, Rezension.

⁴³ HATTENHAUER, NS-Volksgesetzbuch 274; DERS., Akademie 681; dies wird auch deutlich, wenn man sich das Mitgliederverzeichnis für Augen führt, PICHINOT, Akademie 156ff. Dieser arbeitete auch heraus, dass die wenigsten Professoren „Banntträger“ des Nationalsozialismus waren (ebd. 14). ANDERSON, Academy 526 betonte, dass in der Akademie die großen Rechtswissenschaftler der Zeit gewirkt hätten, nachdem Größen des Faches mit jüdischer Religionszugehörigkeit dazu keine Möglichkeit hatten; zu deren Vertreibung, BREUNUNG, WALTHER, Emigration; BEATSON, ZIMMERMANN, Jurists uprooted.

⁴⁴ BYDLINSKI, Walter Wilburg 776.

⁴⁵ WILBURG, Lehre.

Österreichern⁴⁶ in der Akademie für deutsches Recht gehörte. Auf Betreiben von Hans-Carl Nipperdey arbeitete er⁴⁷ einen Entwurf des Bereicherungsrechts für das Volksgesetzbuch aus.⁴⁸ Ursprünglich wollte er die „Elemente des Schadensrechts“ sogar in der Reihe der Akademie veröffentlichen. Da das Kontingent aber bereits erschöpft war, gelang es ihm, mit Hilfe seines Studienfreundes Max Kaser, in der Reihe Ernst Heymanns unterzukommen.⁴⁹ „Die Elemente des Schadensrechts“ wurden ein voller Erfolg. Das Werk wurde positiv von Josef Esser⁵⁰ und Rudolf Reinhardt,⁵¹ einem ständigen Mitglied des Schadensrechtsausschusses der Akademie, rezensiert,⁵² 1946 auch von Heinrich Klang.⁵³ Heinrich Lange erklärte, Wilburg habe zusammen mit Esser großen Einfluss auf die Tätigkeiten der Akademie gehabt.⁵⁴ Tatsächlich wurde Wilburg nach Erscheinen der Schrift als Gast in

den Schadensrechtsausschuss der Akademie geladen.⁵⁵

III. Das bewegliche System als „goldene Mitte“

Wenig Anklang fand bei den Rezensenten allerdings Wilburgs Gesetzgebungstechnik. Heinrich Klang erklärte 1946, das bewegliche System sei eine „völlige Abdikation des Gesetzgebers zugunsten des Richters“,⁵⁶ und fand sich diesbezüglich auf gleicher Linie mit Rudolf Reinhardt, der Rechtssicherheitsverluste befürchtete.⁵⁷ Auch Josef Essers briefliche Äußerung ist nur so zu verstehen, dass er Wilburgs Modell, verglichen mit den anderen Konzepten, bevorzugte. In seiner Rezension warnte er vor einer „Prozessinflation“ durch das bewegliche System.⁵⁸

Demgegenüber war Wilburgs Ziel gerade ein Mehr an Rechtssicherheit. Bereits in früheren Schriften hatte er eine Aporie des Gesetzgebers beschrieben, als deren Lösung er 1941 das bewegliche System präsentierte. Das bewegliche System sollte zwischen die als systemlos verpönte Kasuistik von Einzelgesetzen auf der einen Seite und die rechtssicherheitsgefährdende Weite der Generalklauseln auf der anderen Seite treten. Die Elemente sollten dabei nicht in einzelne Rechtssätze aufgelöst, wie dies im BGB geschehen war,⁵⁹ sondern unmittelbar in Gesetzesform gegossen werden. Da sie unbestimmter als Konditionalsätze waren, hätten sie dem Rich-

⁴⁶ Mitgearbeitet haben die Wiener Professoren Hans Würdinger, Ernst Swoboda und Ernst Schönbauer; zu ihrem Einfluss auf das Volksgesetzbuch vgl. MEISSEL, BUKOR, ABGB 22ff. und SCHUBERT, ADR XXVIIIff.

⁴⁷ Wilburg erklärte selbst in einem Brief an Max Kaser vom 6. 11. 1940, dass er den Auftrag, einen bereicherungsrechtlichen Entwurf auszuarbeiten, von Nipperdey erhalten habe. Auch Briefe Nipperdeys an Wilburg finden sich mit der Bitte um Ausarbeitung eines Entwurfes (Hans-Carl Nipperdey an Walter Wilburg vom 12. 7. 1940 und 8. 11. 1940, Nachlass UB Sondersammlung Karl-Franzens-Universität Graz Walter Wilburg UBG MS 2225, Korrespondenz 2.1).

⁴⁸ Für den Bereicherungsausschuss ist nur der Entwurf überliefert, er findet sich bei SCHUBERT, Volksgesetzbuch 150ff.

⁴⁹ Walter Wilburg an Max Kaser, 6. 11. 1940, Nachlass UB Sondersammlung Karl-Franzens-Universität Graz Walter Wilburg UBG MS 2225, Korrespondenz 2.1.

⁵⁰ ESSER, Theorie.

⁵¹ REINHARDT, Beiträge, rezensierte Essers Arbeit zur Gefährdungshaftung und Wilburgs Schrift zu den Elementen gemeinsam.

⁵² REINHARDT, Billigkeitshaftung, schrieb über die Billigkeitshaftung im künftigen Schadensrecht im ersten Arbeitsbericht der Akademie; dazu MOHNHAUPT-WOLF, Deliktsrecht 57ff., 114ff.

⁵³ KLANG, Buchbesprechung.

⁵⁴ LANGE, Wesen 218.

⁵⁵ Leider sind kaum Quellen vorhanden: Für den Schadensrechtsausschuss ist das Protokoll der Sitzung nicht überliefert, nur ein kurzer Vermerk findet sich. Die Ergebnisse der Beratungen finden sich in SCHUBERT, Volksgesetzbuch 143ff.

⁵⁶ KLANG, Buchbesprechung 330; zu Klang, MEISSEL, Klang.

⁵⁷ REINHARDT, Beiträge 148.

⁵⁸ ESSER, Theorie 78.

⁵⁹ PLANCK, Bürgerliches Gesetzbuch 20f. Dazu HAFERKAMP, Methodengeschichte, und MEDER, Planck.

ter mehr Freiheit als bisher gegeben. Wilburg wollte sie durch „Durchschnittsregeln“ ergänzen, die für einzelne, typische Fälle die Wertungen aufzeigen.⁶⁰ Beispielsweise: „Eine erhöhte Verantwortlichkeit trifft gefährliche Unternehmen, wenn dies die Sicherheit des Lebens oder Eigentums als notwendig erscheinen läßt“⁶¹ – dies hätte viel Spielraum gelassen. Dennoch: Im Vergleich zur Lösung über Generalklauseln war sein Konzept bindender. Das bewegliche System sollte auf diesem Wege zwei Probleme lösen: Richterfreiheit schaffen, um so Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen, und das Recht entwicklungs offen halten und zugleich anleiten. Gebunden wäre der Richter nicht durch enge Normen, sondern durch die Elemente. Gerne verwies man damals wie heute darauf, dass diese aufgrund ihrer Weite keine dogmatische Stoppfunktion hätten. Eine solche Deutung missversteht aber Wilburgs Konzept. Wilburg wollte durch Reduktion des Rechts auf Prinzipien „das Rechtsempfinden klären und die Möglichkeit richtigen Sehens schaffen.“⁶² Er strebte eine Bindung des Richters durch Erkenntnis über die Struktur des Rechts an. In der Wilburg-Rezeption ist breit diskutiert worden, ob er die Elemente dem positiven Recht entnahm, der Rechtsvergleichung entlehnte oder Richterrecht systematisierte.⁶³ Tatsächlich handelte es sich 1941 um schon lange in der Rechtswissenschaft diskutierte haftungsrechtliche Prinzipien, die sogenannten Haftungsgründe.⁶⁴ Sie addierte Wilburg – in dieser Hinsicht wenig innovativ. Für die Frage, ob das bewegliche System Rechtssicherheit erzeugen sollte, ist aber nicht interessant, wie groß Wilburgs eigene Leistung war, sondern, dass Wilburg über die

Elemente den Richter an wissenschaftliche Konzepte binden wollte. Das entsprach nicht dem Zeitgeist der 1933er Jahre, der auf eine innere Bindung des Richters durch Ideologie setzte. Auch als man Ende der 1930er Jahre skeptisch geworden war, propagierte eine Mehrheit, das Recht entstamme einer werthaltigen Wirklichkeit. Im Vergleich mit Esser wird deutlich, wie stark sich Wilburgs Konzept von der Zeit in diesem Punkt unterschied. Esser setzte rechtspolitisch auf ein Recht, das dem Rechtsbewusstsein folgen sollte,⁶⁵ Wilburg dagegen wollte das Rechtsbewusstsein durch das Gesetz prägen. Zeituntypisch waren daher Forschungsergebnisse, nicht die Betrachtung der „Wirklichkeit“ für ihn leitend.

IV. Legistik im Haftungsrecht

Auch in einem anderen Punkt stieß Wilburg bei Esser auf Unverständnis. Esser glaubte nicht an Mittellösungen:

„In Wahrheit gibt es eben doch nur die Alternative: erschöpfende, aber elastische Tatbestandbildung mit der Gewähr der Einheit und Nachprüfbarkeit der Judikatur, mit einer der Zeit sich anpassenden und in der Praxis sich festigenden Begriffsfüllung, oder Verzicht auf alles das zugunsten freier richterlicher Gestaltung nach Leitsätzen.“⁶⁶

Damit sprach Esser die beiden klassischen Gesetzgebungstechniken, Generalklauseln und enge Tatbestände, an. Beide lehnte Wilburg ab, wobei er mit seiner Kritik nicht allein war. Was er meinte, wird deutlich am Schadensrecht. Es ist kein Zufall, dass Wilburg das bewegliche System als gesetzestechnische Lösung gerade im Schadensrecht entwickelte. Zeitgenossen galt es als prominentes Beispiel für das Versagen des Gesetzgebers. Das BGB sei nicht in der Lage, die

⁶⁰ WILBURG, Elemente IX.

⁶¹ Ebd. 162.

⁶² Ebd.

⁶³ BYDLINSKI, Walter Wilburg 690; STEININGER, Walter Wilburg 4; POSCH, Rechtsvergleichung, 254.

⁶⁴ Speziell zu diesen nur LENZ, Haftung.

⁶⁵ Bspw. ESSER, Gefährdungshaftung 67.

⁶⁶ ESSER, Theorie 79.

mit der Industrialisierung zunehmende verschuldensunabhängige Haftung abzubilden. Ihre Enge zwang nach Vorstellung der Zeit zu realitätsfernen Fiktionen und Überdehnungen des Wortlautes, um gegen das Gesetz doch noch ein Verschulden zu konstruieren. Um das Rechtsempfinden und das Gesetz vereinigt zu halten, musste letzteres mangels Offenheit umgangen werden. Richterfreiheit war in dieser Lesart notwendig, um die Autorität des Gesetzes zu bewahren. Diese würde auch unterminiert, wenn man, nach dem Konzept des BGB, besondere Sachverhalte in Einzelgesetze auslagerte. Dies führe zu einer Kapitulation des Systems, das nicht mehr die relevanten Entwicklungen abbilde.⁶⁷ Entsprechend pejorativ ist der Ausdruck „Flut von Einzelgesetzen“, der nach 1900 für die Sondernormen geprägt wurde.⁶⁸ Auch für Wilburg waren die Einzelvorschriften bloße „Kasuistik“, die aus dem Rechtssystem hinausfielen und es von innen aushöhlten.⁶⁹

Aber auch das Gegenteil, die Unbestimmtheit der Generalklauseln, lehnte Wilburg ab. Als er Mitte der 1930er Jahre begann, an seinem Werk zu arbeiten, war dies die Hochzeit der Beschwörungen von Generalklauseln und Billigkeitsrecht. Sie wurden nicht nur als ideologische Einfallstore verwendet, sondern sollten auch Bestandteile der neuen Gesetze sein. Feith lobte die Billigkeit im Schadensrecht als „geschmeidig“ und „elastisch“, sie könne dem „Wechsel der Interessenlagen und Interessenwertungen Rechnung tragen“, gewähre „Beweglichkeit, Freiheit, Lockerung“, mit ihr würden die Vorteile der Generalklauseln weitergedacht und das „Leben“ in seiner Vielfalt berücksichtigt. Die Rechtssicherheit müsse angesichts der Gerech-

tigkeit, die die Billigkeit leiste, zurücktreten.⁷⁰ Nipperdey schlug prominent für das Schadensrecht 1940 im Entwurf der Akademie eine Generalklausel vor, um Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten.⁷¹ Methodisch naiv war niemand, wusste man doch spätestens seit Hedemanns Flucht in die Generalklauseln von deren Gefahren. Sie traten aber in den Hintergrund angesichts der Wertungseinheit, die der Nationalsozialismus vermeintlich gebracht hatte. Heinrich Lange erklärte: „Die weltanschauliche Gleichgültigkeit des früheren Staates ließ jeden nach seiner Fassung selig werden, konnte fast alles verstehen, fast alles verzeihen. [...] Hier hat der Nationalsozialismus eine wesentliche Vereinheitlichung und damit Vereinfachung gebracht.“⁷² Für Wilburg war Billigkeit eine niedrige Entwicklungsstufe auf dem Weg zur wissenschaftlichen Lösung. Generalklauseln würden die Rechtssicherheit gefährden und bürden ungelöste gesetzgeberische Aufgaben dem Richter auf. Gegen Feith als Repräsentanten einer viel gehörten Stimme erklärte er mutig: „Die Billigkeit überläßt es dem Richter, nach seinem, im Einklang mit der Volksüberzeugung gedachten, Rechtsbewußtsein zu entscheiden. Sie hat den Vorzug der Schmiegsamkeit und Anpassung an den einzelnen Fall. Dem steht jedoch die Gefahr der Unsicherheit, Willkür und Bequemlichkeit gegenüber.“⁷³

In einer immer schneller sich verändernden Welt galt Richterfreiheit also als unumgänglich; wollte man aber, wie Wilburg, weiterhin dem Gesetzgeber die Führung überlassen, hieß das, Normen mit weniger Bindungskraft zu entwickeln.

⁶⁷ Statt vieler – die Debatte ist voller bekannter Namen – MERKEL, Juristische Enzyklopädie, 236. Dazu im Einzelnen PAAS, Walter Wilburg (im Erscheinen).

⁶⁸ EMMENEGGER, Gesetzgebungskunst 213.

⁶⁹ WILBURG, Elemente 63.

⁷⁰ FEITH, Haftung 46–54.

⁷¹ NIPPERDEY, Generalklausel. Zu Nipperdey auch HOLLSTEIN, Nipperdey.

⁷² LANGE, Arbeiten 924.

⁷³ WILBURG, Elemente 22.

V. Mittlere Lösungen im Nationalsozialismus

Anders als das Zitat Josefs Essers zu den gesetzgeberischen Alternativen vermuten lässt, war Wilburg mit seiner Mittellösung Anfang der 1940er Jahre nicht allein. Mit dem Volksgesetzbuch war die Frage nach einer spezifisch nationalsozialistischen Gesetzgebung virulent geworden. Das Gesetz galt als Führungsinstrument, nicht als liberalistisches Bollwerk gegen die Diktatur.⁷⁴ Voraussetzung war die Sicherung staatlicher Autorität, die gerade im Führerstaat als notwendig betrachtet wurde. Es standen vier Gesetzgebungstechniken zur Verfügung: kasuistische Aufzählungen, Generalklauseln, Kombinationen der beiden und Mittellösungen. Anfang der 1940er Jahre wurden Mittellösungen favorisiert. Wie kam es dazu?

Ausgangspunkt war das gesetzgeberische Dilemma, das auch Wilburg beschrieben hatte. Spätestens mit dem Ersten Weltkrieg hatte man den Glauben daran verloren, durch starre Einzelschriften das Privatrecht regeln zu können. Schlegelberger erklärte: „Krieg und Nachkriegszeit, Währungsverfall, Inflation, Deflation, Sittenverfall und staatliche Unordnung haben das allgemein gesetzte Recht in einen derartigen Strudel der Gelegenheitsgesetzgebung gerissen, daß es schließlich bis zur Unkenntlichkeit zerstört und dem Volke unerkannt, ja verächtlich wurde.“⁷⁵ Eine hohe Normendichte überlastete den Richter.⁷⁶ Flexible Normen waren also nötig, um die Flucht des unbefriedigten Rechtsgefühls in gesetztesferne Räume zu unterbinden und so die Autorität der Legislative zu bewahren. Argumentiert wurde regelmäßig mit der Offenheit für neue Entwicklungen. In einer sich verändernden Welt galten detaillierte Normen in Kodifika-

tionen als unpassend. Tolle erklärte: „Gesetze sind sich mehr als früher im Klaren, dass sie Mängel und Lücken haben.“ So sei das Reichserbhofgesetz, ein nationalsozialistisches Vorzeigesetz, innerhalb eines kurzen halben Jahres drei Mal ergänzt und geändert worden.⁷⁷ Richterfreiheit diente in dieser Lesart der Bindung.

Auch der Optimismus der Anfangsjahre gegenüber Generalklauseln als flexibelsten Normtypen hatte sich 1941 in Teilen verloren. Ab 1938 stand eine immer größer werdende Gruppe von Rechtswissenschaftlern einer zu großen Richterfreiheit skeptisch gegenüber. 1940 sprach man offen von einer Justizkrise, Personalmängeln und dem noch weiten Weg zu einer liniengetreuen Justiz.⁷⁸ Der Richterkönig war vom Thron gestoßen. Lange resümierte: „[D]ie harte Notwendigkeit unserer Lage erlaubt uns nicht mehr als den richterlichen Verwaltungsbeamten in breiten Bereichen des Rechtslebens.“⁷⁹ Auch Reinhardt, der im Akademieentwurf die Billigkeitsklausel verteidigte, hatte Bauchschmerzen: Es lägen eben leider zu wenig wissenschaftliche Erkenntnisse über die Haftung ohne Verschulden vor, sodass man sie nur durch Billigkeit regeln könne. Diese solle man aber sparsam verwenden, um nicht das Vertrauen des Volkes in die Rechtsprechung zu verlieren.⁸⁰

Die Mehrheit der Juristen, die mit Generalklausel und engem Tatbestand unzufrieden war, wuchs. Abgelehnt wurden, mit Heinrich Henkel, die „Skylla eines starren Absolutismus ebenso wie die Charybdis des vom Gesetz befreiten Richterabsolutismus“.⁸¹ Damit war der Weg frei für Mittellösungen. Wilburg dachte

⁷⁴ Wörtlich LANGE, Justizreform 186; so auch WOLF, Privatrecht 120ff.

⁷⁵ SCHLEGELBERGER, Beruf 102.

⁷⁶ LANGE, Einzelgesetze 236.

⁷⁷ TOLLE, Einleitungsworte.

⁷⁸ Dazu HAFERKAMP, Methodengeschichte 74f.; zur sogenannten Justizkrise, SCHÄDLER, Justizkrise m.w.N.

⁷⁹ LANGE, Wesen 254.

⁸⁰ REINHARDT, Billigkeitshaftung 75.

⁸¹ HENKEL, Unabhängigkeit 34.

also ganz zeittypisch. Man reduzierte das Recht auf Prinzipien und wollte diese unmittelbar im Gesetz statuieren. Schlagworte waren Leitsätze, Prinzipien und Rahmenrecht. Walter Schmidt-Rimpler sprach für dieses Recht von einem sich seiner „Gründe bewußt werdende[n] Fallrecht“.⁸² Carl Schmitt brachte ihre Funktion auf den Punkt: „Sie geben dem Richter eine neue Bindung und eine neue Freiheit“.⁸³ Der Richter sollte „im denkenden Gehorsam“ das Recht weiterentwickeln. Dies sei typisch nationalsozialistisch, wie Hans-Helmut Dietze erklärte: „Seine Gesetze folgen den Vorgängen des Lebens. Sie wollen daher nicht normativistisch ‚lückenlos‘ sein, sondern nur bestimmte Richtlinien, d. h. einen Plan aufstellen, um das Leben nicht vergewaltigen zu müssen.“⁸⁴

Jenseits der programmatischen Äußerungen wurde ein festes Konzept der mittleren Lösung nicht vertreten, stattdessen diskutierte man verschiedene Ideen, von denen ich einige zum Abschluss vorstellen will. Mit Hilfe zweier Perspektiven, die der Gesetzgebungstechnik und der Natur der Prinzipien, werden die Unterschiede der Konzepte, insbesondere zum beweglichen System, deutlich.

Heinrich Lange setzte auf Grundregeln. Diese sollten „Klarheit und Beständigkeit [...] verbinden“ und so Billigkeit und Rechtssicherheit vereinen und eine „Fortentwicklung des Rechts“ ermöglichen. Diese Abstraktionshöhe brächte Zukunftsoffenheit, müsste aber ausgemünzt werden, um den Richter nicht zu überlasten. Daher sollten Verordnungen mit Detailregelun-

gen die Grundregeln ergänzen.⁸⁵ Was genau diese Grundregeln waren, erklärte er nicht.

Auch Ernst Swoboda wollte ein flexibles, aber bindendes Recht. Er suchte die Lösung bei Kant – das Gesetz solle sich seiner Prinzipien bewusst werden und ein „in einheitliche Bahnen gelenktes Selbstdenken des Richters“⁸⁶ ermöglichen. Diese Prinzipien, er sprach denkbar weit von Gleichheit, begrenzter Freiheit des Einzelnen etc., müsse jede Epoche für sich aktualisieren.⁸⁷ Gesetzestechnisch schlug er mehrfach eine Art § 7 ABGB vor.⁸⁸ Er wollte den Richter also auf Grundsätze verweisen, aber nur, wenn dem Gesetz eine konkrete Regelung nicht entnommen werden konnte. Der große Teil der Kodifikation sollte also dem bekannten Muster – Generalklausel und enge Tatbestände – folgen.

Dies ähnelt einer anderen, in der Zeit enthusiastisch diskutierten Idee: den Gesetzesvorsprüchen oder Präambeln. Im Esser-Zitat firmieren sie unter dem Begriff der Leitsätze. Man feierte sie als eigenen nationalsozialistischen Stil der Gesetzgebung.⁸⁹ Vorbild war das Reichserbhofgesetz, in dem der Telos der Normen zu Beginn des Gesetzes festgelegt worden war. Dort fanden sich u. a. folgende Vorsprüche:

„Die Grundgedanken des Gesetzes sind: Land- und fortwirtschaftlicher Besitz in der Größe von mindestens einer Ackernahrung und von höchstens 125 Hektar ist Erbhof, wenn er einer bauernfähigen Person gehört. Der Eigentümer des Erbhofes heißt Bauer. Bauer kann nur sein, wer

⁸² SCHMIDT-RIMPLER, Gesetzgebungstechnik 79.

⁸³ SCHMITT, Kodifikation 923.

⁸⁴ DIETZE, Gesetzesvorspruch 29f. So bspw. auch JÄGER, Richter 56: „So entspricht der nationalsozialistischen Rechtsschau das Rahmengesetz. Das Rahmengesetz wird jeweils die Grundzüge des Rechtes allgemein oder auf einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls die Richtlinien für die Rechtswahrung aufstellen.“

⁸⁵ LANGE, Einzelgesetze 231.

⁸⁶ SWOBODA, Wert 31.

⁸⁷ SWOBODA, Privatrecht der Zukunft, 24, 53.

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ BEYERLE, Schuldenken 252; HUBERNAGEL, Nationalsozialistische Rechtauffassung und Generalklauseln 971: „Der Vorspruch gibt dem Richter einen Anhalt für die Auslegung. Vorausgegangen mit dieser Ausgestaltung ist das Schweizer Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB)“.

deutscher Staatsbürger, deutschen oder stammesgleichen Blutes und ehrbar ist.“⁹⁰

Die Kategorisierung der Präambeln wurde breit im öffentlichen Recht diskutiert. Dabei wurden ihnen unterschiedlichen Funktionen zugeschrieben. Dem Richter sollten sie eine Hilfe bei der Auslegung bieten, ohne ihn zu eng zu binden, gleichzeitig sollten sie dem Volk, in einfachen Worten, die Ziele des Gesetzes erklären.⁹¹ Problematisch war, welche Natur die Leitgedanken haben sollten. Über die Wirklichkeitsnähe war man sich einig,⁹² damit war aber über den Grad der Regelungstiefe noch nichts gesagt. Den Grundregeln der Akademie warf beispielsweise Heinrich Lange vor, in „gefährliche Nähe zu dem Parteiprogramm einerseits, zu der Weimarer Verfassung andererseits gerückt“ zu sein. Sie boten keine „handfeste Kost“.⁹³ Tatsächlich statuierten sie in allgemeiner Form Grundsätze nationalsozialistischer Rechts- und Gesellschaftsauffassung.⁹⁴ Wenn man mit Gesetzesvorsprüchen den Richter im Sinne der Gesetzgebers leiten wollte, zielte das auf Leitsätze, die mehr als Wiederholung von Propaganda boten. Daher gab es Wissenschaftler, die zwar Leitsätze wollten und bspw. das Reichserbhofgesetz guthießen, die Grundregeln der Akademie aber ablehnten. Was sie stattdessen guthießen, war ein weites Feld. Die Mehrheit aber suchte in werthafter Wirklichkeit die Prinzipien, der sogenannten „Sozialwirklichkeit“.⁹⁵ Da das Volksgesetzbuch nie in Kraft trat, konnten die Rechtswissenschaftler ihre Ideen, anders als die Exekutive, nicht umsetzen. Welche Richtung sich durchgesetzt hätte, bleibt also offen. Funktional ähneln die Konzepte dem beweglichen

System, wobei Wilburg, auch mit seinen Durchschnittsregeln, auf den Gesetzgeber und den Richter, nicht auf die Exekutive setzte und über die Elemente der Wissenschaft eine beherrschende Rolle zusprach.

VI. Zusammenfassung

Lassen Sie mich zusammenfassen: Es lohnt sich also, Wilburgs bewegliches System in seinen Entstehungskontext einzuordnen, um Wilburgs Intention besser zu verstehen. Entwickelt wurde es am Schadensrecht, einer Materie, die seit langem als nicht durchnormierbar angesehen wurde. Im rechtspolitischen Kontext der 1940er Jahre ging es Wilburg darum, dieses Problemfeld nicht einer Generalklausel zu opfern und damit dem freien Richterrecht zu überlassen. Dies passte durchaus in die Zeit, in der die Rechtswissenschaft darum kämpfte, einerseits der Flut der Einzelgesetze ein systematisches Rechtsgebäude in Form des Volksgesetzbuches entgegenzusetzen, ohne jedoch in die Regelungsgenauigkeit zurückzufallen, die man dem BGB gerade vorgehalten hatte. So detailliert wie Wilburg wollte niemand werden. Er band das Recht mit seinen Elementen nicht an das Parteiprogramm und nicht an die Sozialwirklichkeit, sondern an in der Wissenschaft diskutierte Konzepte. In Bezug auf die Regelungstiefe war sein Konzept innovativ, in der Sache war das, was man heute so lobt, die Mittellösung, viel diskutiert.

⁹⁰ VOGELS, Reichserbhofgesetz.

⁹¹ KLAUSING, Treupflicht 451.

⁹² Statt vieler: SCHMELZEISEN, Deutsches Recht 61 „Das sind wirklichkeitsnahe Leitgedanken.“

⁹³ LANGE, Wesen 249f.

⁹⁴ Bei SCHUBERT, Volksgesetzbuch 662.

⁹⁵ Weitere Beispiele bei HAFERKAMP, Methodengeschichte 71f.; auch MERTENS, Rechtsetzung 83ff.

Korrespondenz:

Mag. Susanne K. PAAS, B.A.
 Universität zu Köln
 Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte,
 Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte
 Universitätsstraße 47
 50931 Köln
 susanne.paas@uni-koeln.de
 ORCID-Nr. 0000-0003-3326-5075

Abkürzungen:

AcP Archiv für die civilistische Praxis
 AöR Archiv für öffentliches Recht
 DJZ Deutsche Juristenzeitung
 DR Deutsches Recht
 DRW Deutsche Rechtswissenschaft
 JuS Juristische Schulung
 Rz. Randziffer
 UB
 UBG
 VGB Volksgesetzbuch
 ZgS Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
 ZVR Zeitschrift für Verkehrsrecht

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

Literatur:

Dennis LeRoy ANDERSON, *The Academy for German Law, 1933–1944* (New York–London 1987).
 Christian ARMBRÜSTER, in: Franz Jürgen SÄCKER u.a. (Hgg.), *Münchener Kommentar*, Bd. 1 (München 72015).
 Jack BEATSON, Reinhard ZIMMERMANN (Hgg.), *Jurists uprooted. German-speaking émigré lawyers in twentieth-century Britain* (Oxford 2004).
 Leonie BREUNUNG, Manfred WALTHER, *Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933. Ein bio-bibliographisches Handbuch*, Bd. 1 (Berlin–Boston 2012).
 Franz BEYERLE, *Schuldenken und Gesetzeskunst*, in: ZgS 102 (1941) 209–258.
 Gustav BOEHMER, *Das Schrifttum zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts*, in: DRW 4 (1939) 77–92.
 Arno BUSCHMANN, *Rezension von: Bernd MERTENS, Rechtssetzung im Nationalsozialismus*, in: ZRG GA 129 (2011) 907–909.

Arno BUSCHMANN, *Nationalsozialistische Weltanschauung und Gesetzgebung 1933–1945*, Bd. 1; *Grundlinien einer Entwicklung* (Wien 2015).
 Franz BYDLINSKI, Walter Wilburg, in: JBl. 113 (1991) 776–780.
 Franz BYDLINSKI, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, in: AcP 204 (2004) 309–395.
 Claus-Wilhelm CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Berlin 1969).
 Hans-Helmut DIETZE, *Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht* (Berlin–Wien 1939).
 Sigrid EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre* (Tübingen 2006).
 Wolfgang ENDERLEIN, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht* (München 1996).
 Josef ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts* (München–Berlin 1941).
 Josef ESSER, *Theorie und System einer allgemeinen Deutschen Schadensordnung*, in: DRW 7 (1942) 65–81.
 Josef ESSER, *Rezension VGB*, in: Schmollers Jahrbuch 66 (1942) 93–102.
 Hans FEITH, *Haftung ohne Verschulden im kommenden Recht?* (Mannheim–Berlin–Leipzig 1936).
 Peter GOLLER, *Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848–1945)* (Frankfurt am Main 1997).
 Eugen Dietrich GRAUE, *Das Zivilrecht im Nationalsozialismus*, in: Franz Jürgen SÄCKER (Hg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel* (Baden-Baden 1992) 103–140.
 Hans-Peter HAFERKAMP, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB zwischen 1939 und 1945, in: Barbara DÖLEMEYER, Heinz MOHNHAUPT (Hgg.), *100 Jahre ABGB. Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext* (Frankfurt am Main 2012) 159–175.
 Hans-Peter HAFERKAMP, *Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen*, in: AcP 214 (2014) 60–92.

- Hans HATTENHAUER, Die Akademie für Deutsches Recht (1933–1944), in: JuS 26 (1986) 680–684.
- Hans HATTENHAUER, Das NS-Volksgesetzbuch, in: Arno BUSCHMANN u.a. (Hg.), Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag (Bielefeld 1983) 255–279.
- Christian HEINRICH, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts (Tübingen 2000).
- Heinrich HENKEL, Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt (Hamburg 1934).
- Thorsten HOLLSTEIN, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“. Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hand Carl Nipperdey (1895–1968) (Tübingen 2007).
- Christian HUBER, Die Reform des österreichischen Schadensrechts, in: ZVR 118 (2006) 472–483.
- Ernst Rudolf HUBER, Der Führer als Gesetzgeber, in: DR 9 (1939) 275–278.
- Gerhard HUBERNAGEL, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, in: Hans FRANK (Hg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung (München 1935) 971–978.
- August JÄGER, Der Richter. Wesen und verfassungsrechtliche Stellung (Berlin 1939).
- Nils JANSEN, Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz (Tübingen 2003).
- Lutz Martin, KEPPELER, Oswald Spengler und die Jurisprudenz. Die Spenglerrezeption in der Rechtswissenschaft zwischen 1918 und 1945, insbesondere innerhalb der „dynamischen Rechtslehre“, der Rechtshistoriographie und der Staatsrechtswissenschaft (Tübingen 2014).
- Heinrich KLANG, Die Elemente des Schadenersatzrechtes. Eine Buchbesprechung, in: JBl. 68 (1946) 326–331.
- Friedrich KLAUSING, Treupflicht des Aktionärs? Gedanken über „Aktienreform“ und „Wirtschaftsethos“, in: Sonderdruck aus Beiträge zum Recht des Neuen Deutschland. Festschrift für Franz Schlegelberger (Berlin 1936) 405–456.
- Michael KLING, Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr. Die wertende Verteilung sprachenbedingter Verständnisrisiken im Vertragsrecht (Tübingen 2008).
- Helmut KOZIOL, Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen, in: Irmgard GRISS, Georg KATHREIN, Helmut KOZIOL (Hgg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (Wien 2006) 23–35.
- Helmut KOZIOL, Schadenersatzreform: Der Gegenentwurf eines Arbeitskreises, in: JBl. 130 (2008) 348–358.
- Helmut KOZIOL, Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit und Traum, in: JBl. 123 (2001) 29–38.
- Heinrich LANGE, Justizreform und der deutsche Richter, in: Deutscher Juristentag 1933. 4. Reichstagung des BNSDJ, Ansprachen und Festvorträge (Berlin 1933) 181–189.
- Heinrich LANGE, Einzelgesetze oder Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des volksgenössischen Rechtslebens, in: DRW 4 (1939) 222–240.
- Heinrich LANGE, Die Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht an der Erneuerung des bürgerlichen Rechts, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 6 (1939) 469–472.
- Heinrich LANGE, Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht seit 1933. Eine Privatrechtsgeschichte der neusten Zeit (Tübingen 1941).
- Heinrich LANGE, Wesen und Gestalt des Volksgesetzbuchs, in: ZgS 103 (1943) 208–259.
- Lukas LENZ, Haftung ohne Verschulden in deutscher Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des 19. Jahrhundert. Untersuchungen zur Entstehung des Haftungsrechts im BGB (Münster 1995).
- Stephan MEDER, Gottlieb Planck und die Kunst der Gesetzgebung (Baden-Baden 2010).
- Franz-Stefan MEISSEL, Benjamin BUKOR, Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Constanze FISCHER-CZERMAK u.a. (Hgg.), Festschrift 200 Jahre ABGB (Wien 2011) 12–43.
- Franz-Stefan MEISSEL, Heinrich Klang (1875–1954). Rede anlässlich der Verleihung der Heinrich-Klang-Preise, in: JBl. 138 (2016) 151–157.
- Adolf MERKEL, Juristische Enzyklopädie (Berlin 1895).
- Bernd MERTENS, Rechtsetzung im Nationalsozialismus (Tübingen 2009).
- Karl MICHAELIS, Wandlungen des Deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts, in: Georg DAHM, Karl LARENZ (Hgg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (Berlin 1935) 9–61.
- Martin MOLL, Rezension von Bernd MERTENS, Rechtsetzung im Nationalsozialismus, in: ZRG GA 127 (2010) 910–912.
- Uta MOHNHAUPT-WOLF, Deliktsrecht und Rechtspolitik. Der Entwurf einer deutschen Schadensordnung (1940/1942) im Kontext der Reformdiskussion über die Konzeption des Deliktsrechts im 20. Jahrhundert (Baden-Baden 2004).
- Hans-Carl NIPPERDEY, Die Generalklauseln im künftigen Recht, in: DERS. (Hg.), Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts. 1. Arbeitsbericht

- des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht. Unterausschuß für Schadenersatz (München-Berlin) 1940, 36–49.
- Susanne K. PAAS, Walter Wilburg und die Geschichte von den Anfängen des beweglichen Systems (jur. Diss. Universität zu Köln 2017).
- Walter PAULY, Rezension von: Bernd MERTENS, Rechtssetzung im Nationalsozialismus, in: AÖR 135 (2010) 309–311.
- Hans-Rainer PICHINOT, Die Akademie für Deutsches Recht. Aufbau und Entwicklung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Dritten Reichs (Kiel 1981).
- Gottlieb PLANCK, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzen, Bd. 1 (Berlin 1897).
- Willibald POSCH, Bewegliches System für die Rechtsvergleichung und das Einheitsprivatrecht, in: Franz BYDLINSKI u.a. (Hgg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (Wien-New York 1986) 253–269.
- Rudolf REINHARDT, Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadenersatzrecht, in: Hans-Carl NIPPERDEY (Hg.), Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts. 1. Arbeitsbericht des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht. Unterausschuß für Schadenersatz (München-Berlin 1940) 64–89.
- Rudolf REINHARDT, Beiträge zum Neubau des Schadenersatzrechts, in: AcP 148 (1943) 147–187.
- Joachim RÜCKERT, Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, in: ZRG GA 125 (2008) 199–255.
- Bernd RÜTHERS, Unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (Tübingen 2012).
- Sarah SCHÄDLER, „Justizkrise“ und „Justizreform“ im Nationalsozialismus. Das Reichsjustizministerium unter Reichsjustizminister Thierack (1942–1945) (Tübingen 2009).
- Bernd SCHILCHER, Gesetzgebung und Bewegliches System, in: Franz BYDLINSKI u.a. (Hgg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (Wien-New York 1986) 286–323.
- Franz SCHLEGELBERGER, Der Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, in: Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht 1 (1933/34) 99–110.
- Franz SCHLEGELBERGER, Abschied vom BGB. Vortrag, gehalten an der Universität zu Heidelberg am 25. Januar 1937 (Berlin 1937).
- Gustav Klemens SCHMELZEISEN, Deutsches Recht. Einführung in die Rechtswissenschaft (Leipzig 1938).
- Carl SCHMITT, Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung, in: DJZ 40 (1935) 919–925.
- Carl SCHMITT, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44), ND in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954 (Berlin 1958), 387–429.
- Walter SCHMIDT-RIMPLER, Zur Gesetzgebungstechnik. Sonderabbruch aus der Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum sechzigsten Geburtstag 24. April 1938 (Jena 1938) 75–86.
- Jan SCHRÖDER, Rechtswissenschaft in Diktaturen. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR (München 2016).
- Hubert SCHORN, Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik (Frankfurt am Main 1963).
- Werner SCHUBERT, Werner SCHMID, Jürgen REGGE (Hgg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse, Volksgesetzbuch, Bd. III, 1: Volksgesetzbuch: Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien (Berlin 1988).
- Werner SCHUBERT, Werner SCHMID, Jürgen REGGE (Hgg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III, 4: Unterausschuß für allgemeines Vertragsrecht. 1938–1942 (Vereinsrecht. Allgemeines Vertragsrecht: Geschäftsfähigkeit, Vertragsschluß. Willenserklärung. Grundzüge des Deliktsrechts) Arbeitsgemeinschaft für Deutsch-Italienische Rechtsbeziehungen 1938–1941 (Referate der deutschen Teilnehmer zum Schuldrecht) (Berlin 1992).
- Werner SCHUBERT, Der tschechoslowakische Entwurf zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch und das ABGB von 1937, in: ZRG GA 112 (1995) 271–315.
- Viktor STEININGER, Walter Wilburg als Lehrer und Forscher in der Erinnerung seiner unmittelbaren Schüler und das Bewegliche System im Gesamtgefüge der Wissenschaften in: Franz BYDLINSKI u.a. (Hgg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (Wien-New York 1986) 1–19.
- Michael STÜRNER, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten (Tübingen 2010).
- Ernst SWOBODA, Der Wert der einleitenden Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und ihre Gestaltung im künftigen bürgerlichen Recht, in: Juristenzeitung für das Gebiet der tschechoslowakischen Republik (1935) 29–32.
- Ernst SWOBODA, Das Privatrecht der Zukunft (Berlin 1932).

- Jan THIESSEN, Statt eines Diskussionsberichts, in: Stefan GRUNDMANN, Karl RIESENHUBER (Hgg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen* (Berlin–New York 2010) 407–429.
- Adolf TOLLE, Die Einleitungsworte des Reichserbhofgesetzes. Zweck. Grundgedanken. §§ 56–61 (Berlin 1934).
- Werner VOGELS, Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933. Nebst Durchführungsverordnungen (Berlin 1933).
- Heinz WAGNER, Das Strafrecht im Nationalsozialismus, in: Franz Jürgen SÄCKER (Hg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*. Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Alberts-Universität zu Kiel (Baden-Baden 1992) 141–184.
- Gerhard WAGNER, Reform des Schadenersatzrechts, in: *JBl.* 130 (2009) 2–22.
- Rudolf WELSER, Braucht Österreich ein neues Schadenersatzrecht, in: Rudolf REISCHAUER, Karl SPIELBÜCHLER, Rudolf WELSER (Hgg.), *Reform des Schadenersatzrechts*, Bd. II: Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe (Wien 2006) 1–22.
- Walter WILBURG, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau. Festschrift an der Universität Graz 1933/1934 (Graz 1934).
- Walter WILBURG, Der Unternehmer im Schadensrecht. *Wissenschaftliches Jahrbuch der Universität Graz* (Graz 1940).
- Walter WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts* (Marburg an der Lahn 1941).
- Walter WILBURG, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht. Rede, gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzens-Universität in Graz am 22. November 1950 (Graz 1950).
- Walter WILBURG, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, in: *AcP* 163 (1964) 346–379.
- Wilhelm WOLF, Vom alten zum neuen Privatrecht. Das Konzept der normgestützten Kollektivierung in den zivilrechtlichen Arbeiten Heinrich Langes (1900–1977) (Tübingen 1998).