

200 Jahre ABGB

(1811–2011)

Die österreichische Kodifikation  
im internationalen Kontext

Herausgegeben von  
Barbara Dölemeyer  
Heinz Mohnhaupt



Vittorio Klostermann  
Frankfurt am Main  
2012

Umschlagvignette:

Allgemeine Gerichtsordnung für Böhme, Mähren, Schlesien, Österreich ob und unter der Ennß, Steyermarkt, Kärnten, Krain, Görz, Gradiska, Triest, Tyrol und den Vorlanden, hg. von Franz Georg von Kees, Wien 1781, S. 184

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Vittorio Klostermann GmbH  
Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Druck: bookfactory – der Verlagspartner GmbH, Bad Mündel  
Typographie: Elmar Lixefeld, Frankfurt am Main

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier  ISO 9706

Printed in Germany  
ISSN 1610-6040  
ISBN 978-3-465-04141-2

# Inhalt

Vorwort ... ..	VII
<b>ERNST BRUCKMÜLLER</b> Über die Lage der Habsburgermonarchie in den Jahrzehnten zwischen Maria Theresia und Metternich in Hinblick auf die Kodifikation des ABGB ... ..	I
<b>WILHELM BRAUNEDER</b> Gesetzgebungslehre und Kodifikationspraxis am Beispiel des ABGB ... ..	33
<b>THOMAS SIMON</b> Inhalt und rechtspolitische Bedeutung der »Einleitung« des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts ... ..	41
<b>MARTIN P. SCHENNACH</b> »Gleichförmigkeit der Länderrechte« oder »ein willkürlich ganz neues Recht«? Provinzialrechte und Kodifikationsprozess in den österreichischen Ländern ... ..	71
<b>HEINZ MOHNHAUPT</b> Zum Verhältnis zwischen Kodifikation und Rechtsprechung am Beispiel von Kommentaren und Rechtsprechungssammlungen zum ABGB... ..	121
<b>HANS-PETER HAFERKAMP</b> »Österreichisches«, »Deutsches« und »Nationalsozialistisches« in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB zwischen 1939 und 1945 ... ..	159
<b>ELISABETH BERGER</b> Rechtsrezeption als Option für Kleinstaaten? Das ABGB in Lichtenstein und in den thüringischen Staaten ... ..	177

FILIPPO RANIERI	
Das ABGB in der Geschichte des italienischen Zivilrechts – Zugleich ein vergessenes Kapitel in der Geschichte des kontinentalen Privatrechts ... .. .	199
DOROTA MALEC	
Das ABGB in den Arbeiten der polnischen Kodifizierungs- kommission 1919–1939. Ein positives oder negatives Modell? ...	235
PETRA SKŘEJPKOVÁ	
Bemühungen um die Vereinheitlichung und Modernisierung des Privatrechts in der Tschechoslowakischen Republik in der Zwischenkriegszeit mit Bezug auf das ABGB ... .. .	255
JEAN-LOUIS HALPÉRIN	
La codification autrichienne comparée aux «cinq codes» français	277
CARLOS RAMOS NÚÑEZ	
The Lost Arc: a panorama of the influence of the ABGB on Latin American Codifications... .. .	291
STEFAN SCHIMA	
Die religionsrechtliche Dimension des ABGB von 1811 bis heute	299
BARBARA DÖLEMAYER	
Die Kodifikation im Blick der Öffentlichkeit: ABGB 1811 und Teilnovellen 1914–1916... .. .	353
ANDREAS DEUTSCH	
»Billig streitet die Vermuthung, daß ein Gesetz bedachtsam abgefaßt« – Zu Wortwahl und Gesetzessprache im ABGB ... .. .	375

# »Österreichisches«, »Deutsches« und »Nationalsozialistisches« in der Recht- sprechung des Reichsgerichts zum ABGB zwischen 1939 und 1945

## I. *Einleitung*

Am 13. März 1938 wurde mit dem Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich der Anschluss der nun sog. Ostmark an das Altreich vollzogen.<sup>1</sup> Artikel II dieses Gesetzes bestimmte: »Das derzeit in Österreich geltende Recht bleibt bis auf weiteres in Kraft. Die Einführung des Reichsrechts erfolgt durch den Führer und Reichskanzler oder den von ihm hierzu ermächtigten Reichsminister.«<sup>2</sup> Schon am 16. März 1938 trafen sich die Justizminister beider Länder, um über den Prozess der Rechtsvereinheitlichung zu beraten.<sup>3</sup> Man entschied sich dagegen, das österreichische Recht dem deutschen einfach anzupassen und plante eine Doppelstrategie. Im Wege der Sofortmaßnahmen sollten »die im Reiche bereits im wesentlichen abgeschlossenen, neuen nationalsozialistischen Gesetzgebungswerke« eingeführt werden. Daneben sollte eine »mehr auf die österreichischen Verhältnisse angepasste Sondergesetzgebung« geschaffen werden. Das Reichsjustizministerium folgte damit einer Strategie, die Schlegelberger am 25. Januar 1937 in seiner programmatischen Rede über den »Abschied vom BGB«<sup>4</sup> skizziert hatte. Demnach sollte an die Stelle des BGB keine neue Kodifikation treten sondern »einzelne, der Verschiedenheit der Lebensgüter entsprechende Ge-

1 RGL. I, S. 237.

2 Die Koordination der Maßnahmen oblag dem Reichsminister des Innern, vgl. die Verordnung zum Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich, RGL. I, S. 249 (§ 1).

3 Verhandlungsbericht vom 17.3.1938 ÖStA RJM K 13, zusammengefasst bei SVEN BIELEFELDT, Die deutsch-österreichische Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiete des Privatrechts von 1938 bis 1945, Dissertation Kiel 1989, S. 17.

4 FRANZ SCHLEGELBERGER, Abschied vom BGB, Berlin 1937 (mit Ankündigung des Volksgesetzbuches S. 26).

setze«. <sup>5</sup> Konsequenz wurde zwischen dem Altreich und der Ostmark zunächst in solchen Gebieten ein einheitliches Privatrecht erlassen, in denen bereits neue, nationalsozialistisch fundierte Gesetze vorlagen. Dies betraf noch 1938 vor allem das Ehegesetz <sup>6</sup> und das Testamentsgesetz, <sup>7</sup> die gleichzeitig in Österreich und im Altreich eingeführt wurden, sowie das Erbhofrecht, <sup>8</sup> das vom Altreich übernommen wurde. Damit eröffnete sich freilich ein breites Konfliktfeld zwischen den verbleibenden Gebieten, in denen das ABGB fort galt, und dem im Altreich weiterhin anzuwendenden BGB. Bald entwickelte sich ein neues Rechtsgebiet: Das interlokale Privatrecht zwischen dem Altreich und der Ostmark, <sup>9</sup> welches darüber entschied, ob BGB oder ABGB anzuwenden waren. Wurden hier die Vorlieben für die eine oder andere Kodifikation noch verdeckt im Gewand juristischer Dogmatik thematisiert, so begann zeitgleich eine offene und lebhaft Diskussions zwischen österreichischen und deutschen Juristen über die Vor- und Nachteile von BGB und ABGB. <sup>10</sup> Auf

5 SCHLEGELBERGER, Abschied vom BGB (Anm. 4), S. 26.

6 Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 8.7.1938, RGBl. I, S. 807 ff. mit DurchführungsVO RGBl. I, S. 923 ff.; zu den Hintergründen VESTA HOFFMANN-STEUDNER, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dem Scheidungsgrund des § 49 EheG (EheG 1938) in den Jahren 1938–1945, Frankfurt a. M. 1999, S. 60 ff.

7 Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31.7.1938, RGBl. I, S. 973, § 49 regelte dabei Übergangsprobleme in Österreich.

8 Verordnung über die Einführung des Erbhofrechts im Lande Österreich (ÖEHG) vom 27.7.1938, RGBl. I, S. 935 ff.

9 Vgl. früh bereits hierzu GÜNTHER BEITZKE, Das Verhältnis zwischen deutschem und österreichischem BGB. Interlokal- und internationalprivatrechtliche Fragen nach der Wiedervereinigung, in: ZAKfDR 1938, S. 368–370; späterer Überblick bei GERHARD HUBERNAGEL, Das interlokale Privatrecht in Deutschland, in: DR (Wiener Ausgabe) 1942, S. 48–51; zu einzelnen Fragen: KURT SCHMOTZER, Welches Recht ist im interlokalen Vaterschaftsprozess anzuwenden?, in: DR (Wiener Ausgabe) 1941, S. 179; RG-Rat BUCHWALD, Interlokales Erbrecht, in: DR (Wiener Ausgabe) 1941, S. 169–170; FRIEDRICH SCHECK, Vaterschafts- und Unterhaltsklagen unehelicher Kinder nach interlokalem Recht, in: DR (Wiener Ausgabe) 1942, S. 81–83.

10 Hierzu glänzend und grundlegend WERNER SCHUBERT, Rechtsvereinheitlichung mit Österreich, in: WERNER SCHUBERT, Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III 4: Ausschluß für Personen-, Vereins- und Schuldrecht 1937–1939, Berlin 1992, S. XXVIII–XXXV; BARBARA DÖLEMEYER, WERNER SCHUBERT, Der Einfluss des ABGB auf Deutschland, II. Das ABGB in den Gesetzgebungsarbeiten des Deutschen Reiches (1873–1944), in: ELISABETH BERGER (Hg.), Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation, Bd. III: Das ABGB außerhalb Österreichs, Berlin 2010, S. 361–397, insb. 363 ff. und 374 ff.; FRANZ STEFAN MEISSL, BENJAMIN BUKOR, Das ABGB in der Zeit des

der 5. Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht, die vom 16. bis 18. Juni 1938 in Berlin stattfand, stand die Frage der Rechtseinheit mit Österreich im Zentrum der Erörterungen.<sup>11</sup> Dort sprach Ernst Schönbauer, zu diesem Zeitpunkt bis 1943 Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch und die Rechtsenernung. Er betonte, das ABGB enthalte zahlreiche deutschrechtliche Gedanken, seine weitgehenden Generalklauseln würden es möglich machen, das Gesetz bereits jetzt im nationalsozialistischen Sinne auszulegen. Anders als das BGB stamme das Gesetz nicht aus der liberalen Zeit und sei dadurch dem heutigen Rechtsdenken viel zeitnäher.<sup>12</sup> Schörfbauer machte deutlich, wie man in Österreich über die Konkurrenz der beiden Gesetzbücher und die Rechtsvereinheitlichung dachte. Man sah im ABGB die gegenüber dem BGB modernere, dem neuen Rechtsdenken besser entsprechende Kodifikation. Der vormalige österreichische Justizminister Franz Hueber betonte im gleichen Jahr: »Die Rechtsvereinheitlichung kann nicht in der Weise geschehen, daß das im bisherigen Deutschen Reich geltende Recht einfach in seiner Gesamtheit für Österreich als anwendbar erklärt wird. Ein solcher Vorgang würde für das Rechtsleben im Lande Österreich zum Teil sogar einen Rückschlag bedeuten, denn das österreichische Recht hat auch in der Zeit vor der Machtergreifung des Nationalsozialismus in großem Umfang den Zusammenhang mit dem Rechtsgefühl des Volkes und dem alten deutschen Recht bewahrt. Das österreichische Recht ist nicht im gleichen Maße wie das reichsdeutsche Recht der Systemzeit blutfremden liberalistischen Einflüssen zugänglich gewesen.«<sup>13</sup> Hueber sah im ABGB noch immer ein Gesetzbuch, »mit dem unsere Rechtsprechung mit jener verständnisvollen Gesetzauslegung, die sie immer ausgezeichnet hat, alle Schwierigkeiten zu meistern in der Lage ist.«<sup>14</sup> Die österreichischen Juristen gingen nicht so weit, eine Ein-

Nationalsozialismus, erscheint in: CONSTANZE FISCHER-CZERMAK, MARTIN SCHAUER, Festschrift 200 Jahre ABGB, Wien 2011 (im Druck). Ich danke WERNER SCHUBERT für ergänzende mündliche Hinweise. Daneben auch BIELEFELDT, Rechtsvereinheitlichung (Anm. 3), S. 12 ff.

- 11 Berichte in ZAKDR 1938, S. 457-460. und DJ 1938, S. 1000-1003. So auch und für die Zeit davor WOLFGANG FESTL-WIETEK, Die deutsch-österreichische Rechtsangleichung, Dissertation Hagen 1989, S. 240f. Ich danke Heinz Mohnhaupt für den ergänzenden Literaturhinweis.
- 12 ZAKDR 1938 (Anm. 11), S. 457 und DJ 1938 (Anm. 11), S. 1000.
- 13 FRANZ HUEBER, Grundfragen der Rechtsangleichung, in: ZAKDR 1938, S. 220-222, hier S. 220; ebenso FRANZ HUEBER, Der Weg der Rechtsvereinheitlichung, in: DR (Wiener Ausgabe) 1939, S. 237-242.
- 14 FRANZ HUEBER, Die Rechtsangleichung auf dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts zwischen Österreich und dem Altreich, in: DJ 1938, S. 1169-1176, hier S. 1169f.

führung des ABGB im Altreich zu fordern. Sie machten jedoch unmissverständlich deutlich, dass sie dem BGB ablehnend gegenüberstanden. Als 1938 erwogen wurde, das deutsche Schuldrecht in Österreich einzuführen, berichtete Hedemann im Schuldrechtsausschuss der Akademie, dass ihn die österreichischen Juristen »in eindrucksvoller Weise« darum gebeten hätten, »daß die wirklich guten und bewährten Stücke ihres Gesetzbuches nicht einfach in den Boden gestampft werden sollten«: »Die Stimmung ist so, daß die Österreicher es nicht ertragen würden, wenn wir sagten, man müsse sie darauf vorbereiten, daß das Schuldrecht im Ganzen hinüberkomme«. <sup>15</sup>

Von deutscher Seite stand man dem österreichischen Eintreten für das ABGB zurückhaltend bis skeptisch gegenüber. Der als »naturrechtlich« apostrophierte Charakter des ABGB wurde zwar weniger abgelehnt als noch in den 1920er Jahren, nachdem Mitte der dreißiger Jahre Hans Thieme <sup>16</sup> und Franz Beyerle <sup>17</sup> das späte Naturrecht rehabilitiert hatten. Reichjustizminister Gürtner meinte 1938 beschwichtigend, auf manchen Gebieten sei das österreichische Recht Vorbild gewesen, auf anderen werde es Vorbild werden. <sup>18</sup> Innerhalb der Akademie äußerte auch Hedemann Sympathie und meinte, im ABGB sei »namentlich der menschliche Akzent ... an vielen Stellen in so ansprechender Weise zu fühlen, daß ich immer wieder mit Liebe zu diesem Gesetzbuch gegriffen habe«. <sup>19</sup> In der DRW stellte Gerhard Dulckeit 1938 das ABGB durchaus kritisch der deutschen Öffentlichkeit vor. Der Schüler des Neuhegelianers Binder hielt ein von den Österreichern auf Kant zurückgeführtes Gesetzbuch <sup>20</sup> für ideologisch untauglich. <sup>21</sup> Der Einfluss Kants auf Zeiller sei überschätzt. Zudem wandte er sich gegen die von Swoboda damit verbundene Betonung der Pflichtbindung des kantischen Freiheitsbegriffs zugunsten der Gemeinschaft. Dulckeit hielt entgegen, dass erst Hegel »die

15 JUSTUS WILHELM HEDEMANN, in: SCHUBERT, Akademie III 4 (Anm. 10), S. 286.

16 HANS THIEME, Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie, in: ZRG GA 56 (1936), S. 202–263; hierzu HANS-PETER HAFERKAMP, Wege der Historiographie zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, in: ZNR 2010, S. 61–81, hier S. 67 f.

17 FRANZ BEYERLE, Der andere Zugang zum Naturrecht, in: DRW 4 (1939), S. 3–24.

18 DJ 1938 (Anm. 11), S. 1001.

19 Bei SCHUBERT, Akademie III 4 (Anm. 10), S. 205.

20 Insbesondere ERNST SWOBODA, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch und die Lehren Kants. Eine Untersuchung der philosophischen Grundlagen des Oestereichischen Buergerlichen Rechts, ihrer Auswirkungen im Einzelnen und ihrer Bedeutung fuer die Rechtsentwicklung Mitteleuropas, Graz 1926.

21 GERHARD DULCKEIT, Das bürgerliche Recht der Ostmark und die deutsche Rechtserneuerung, DRW 4 (1939), S. 352–360, hier S. 355 Anm. 8.

Gemeinschaft an die Stelle des Individuums und die Einheit von Wirklichkeit und Vernunft an die Stelle der kantischen Zweiweltenlehre gesetzt« habe.<sup>22</sup> Damit stand auch das ABGB unter Liberalismus-Verdacht. Dulckeit kritisierte scharf das Familienrecht und fand nur im Sachen- und Schuldrecht gute Passagen. Insgesamt dürften »die wesentlichen Mängel des ABGB nicht außer acht gelassen« werden. »Insbesondere muß nochmals betont werden, daß unsere Stellung gegenüber dem Naturrecht als solchem so fest und unser Abstand von ihm so klar ist, daß von einer ›Rückkehr zum Naturrecht‹ in keiner Weise die Rede sein kann. Aber so verfehlt auch sein Ausgangspunkt und seine philosophische Grundhaltung gewesen sein mögen: in einem engeren Bereich, auf dem Gebiet des Vermögensrechts, hat der deutsche Geist auch im Naturrecht seine Schöpferkraft bewahrt.«<sup>23</sup>

1939 spitzte sich die Situation aus österreichischer Sicht nochmals zu. In der Rechtswissenschaft war bereits 1938 das Konzept Schlegelbergers, das Privatrecht über Sondergesetze zu reformieren, auf Kritik gestoßen.<sup>24</sup> Unter dem Einfluss von Heinrich Lange hatte Hans Frank am 13. Mai 1939 zur Schaffung eines neuen Volksgesetzbuches aufgerufen.<sup>25</sup> Damit stand zu befürchten, dass das ABGB zwar nicht durch das BGB abgelöst, aber durch ein neues Gesetzbuch, in welchem kaum Spuren österreichischer Traditionen sichtbar sein würden, ersetzt werden könnte. Nun kam es entscheidend darauf an, in den Beratungen zu einem Volksgesetzbuch möglichst viele bewährte Institute des ABGB hinüberzuretten. Es war vor allem Ernst Swoboda, seit 1940 Leiter eines Instituts für Rechtsvereinheitlichung in Wien, der in einem Lehrbuch zum ABGB<sup>26</sup> und in einer Reihe von programmatischen Aufsätzen die Positionen des ABGB verteidigte.<sup>27</sup> Dabei machte sich auch bei ihm schnell die Erkenntnis breit, dass die Einflüsse österreichischer Juristen in den Ausschussarbeiten der Akademie gering blieben.<sup>28</sup> So berichtete er 1942/43 über die Arbeit im Ausschuss »Recht der Betätigungsverträge«: »Oberlandesgerichtspräsident Dr. Neuwirth (Wien) und ich als einzige Vertreter aus

22 DULCKEIT, Das bürgerliche Recht der Ostmark (Anm. 21), S. 354.

23 DULCKEIT, Das bürgerliche Recht der Ostmark (Anm. 21), S. 356.

24 WERNER SCHUBERT (Hg.), Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III 1: Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, Berlin 1988, S. 7 f.

25 SCHUBERT, VGB (Anm. 24), S. 11.

26 ERNST SWOBODA, Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Ein systematische Darstellung für das Studium und für die Praxis, 2 Teile, 1. Aufl. Wien 1941, 2. Aufl. ebda. 1944.

27 Zu Swoboda: SCHUBERT, Akademie III 4 (Anm. 10), S. 80 f.; DÖLEMEYER, SCHUBERT, ABGB (Anm. 10), S. 364 Anm. 115.

28 Hierzu SCHUBERT, ABGB (Anm. 10), S. 381.

dem Geltungsbereich des ABGB waren nur zu einer Ausschußsitzung geladen und wir haben damals auf die sorgfältigste Berücksichtigung des österreichischen Gesetzbuches nachdrücklich aufmerksam gemacht. Wie das Ergebnis zeigt, ist eine solche gleichwohl unterblieben. Ständige Mitglieder des Untersuchungsausschusses waren nur Herren aus dem Altreich.<sup>29</sup>

Die Rechtsvereinheitlichung führte damit zu Spannungen zwischen den Juristen des Altreichs und Österreichs. Die österreichischen Juristen sahen sich in der Defensive und versuchten ihr Recht, insbesondere das ABGB, gegen das deutsche Recht zu behaupten.

## II. *Das Reichsgericht als oberstes Gericht der »Ostmark«*

In diesem rechtspolitischen Kontext übernahm am 1. April 1939 das Reichsgericht<sup>30</sup> die Rechtsprechungshoheit über Österreich.<sup>31</sup> Der Oberste Gerichtshof in Wien wurde aufgehoben<sup>32</sup> und das Reichsgericht oberstes Zivilgericht des Großdeutschen Reiches,<sup>33</sup> zuständig primär für Revisionen gegen Urteile österreichischer Oberlandesgerichte.<sup>34</sup> Am Obersten Gerichtshof waren bereits nach dem 13. März 1938 vier Richter aus politischen Gründen entlassen sowie der Präsident Dr. Dinghofer in den vorzeitigen Ruhestand versetzt

29 ERNST SWOBODA, Die Neugestaltung des Schadenersatzrechts, in: ZHR 109 (1942/43), S. 269–313, hier S. 273; hierzu DÖLEMEYER, SCHUBERT, ABGB (Anm. 10), S. 381.

30 Das Thema wurde bisher in der Judikatur kaum untersucht: HANS HERMANN SEILER, Das Reichsgericht und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, in: CARL OTTO LENZ u. a., Beiträge zum deutschen und europäischen Recht. Freundesgabe für JÜRGEN GÜNDISCH, Köln 1999, S. 51 ff., wiederabgedruckt in: BERND-RÜDIGER KERN, ADRIAN SCHMIDT-RECLA, 125 Jahre Reichsgericht, Berlin 2006, S. 151–170; FRIEDRICH KARL KAUL, Geschichte des Reichsgerichts, Bd. IV: 1933–1945, Glashütten i. Taunus 1971, S. 35 ff. (Geschäftsverteilung); 331 ff. (Besetzung der Senate); vertiefend und parallel zur vorliegenden Untersuchung entstanden nun BUKOR, MEISSEL, ABGB (Anm. 10).

31 Bekanntmachung des Justizministers vom 8.3.1939, RGBl I, S. 448.

32 § 1 der VO zur Überleitung der Rechtspflege im Lande Österreich und in den sudetendeutschen Gebieten vom 28.2.1939, RGBl. I, S. 358.

33 § 2 der VO vom 28.2.1939 (Anm. 32).

34 Konkret betraf dies Fälle mit einem Streitwert über 6000 Reichsmark, § 3 der VO vom 28.2.1939 (Anm. 32); Streitigkeiten die in erster Instanz der ausschließlichen Zuständigkeiten der Oberlandesgerichte unterlagen; § 7 I Nr. 2 (nun gem. § 5 auf die Landgerichte übergeleitet) der VO vom 28.2.1939 (Anm. 32); Streitigkeiten über die Unzulässigkeit des Rechtsweges oder der Berufung, § 7 I Nr. 1 der VO vom 28.2.1939 (Anm. 32).

worden.<sup>35</sup> Kommissarischer Leiter des Gerichts wurde Dr. August Zellner,<sup>36</sup> der seit 1936 Rat am Obersten Gerichtshof war.

Am 3. April wurden sieben übernommene Räte des Obersten Gerichtshofes in das Reichsgericht feierlich eingeführt.<sup>37</sup> Vier von ihnen wurden Mitglieder des VIII. Zivilsenats, des sog. Österreichsenats. Präsident des Senates wurde August Zellner. Zellners in Berlin lagernde Personalakte zeigt ihn als dem Nationalsozialismus nahe stehenden Richter. Zellner stammte aus Gloggnitz in Niederösterreich, war Jahrgang 1879 und Richter in Wien seit 1913.<sup>38</sup> Im März 1938 war er Mitgründer des damals in Österreich noch illegalen NS-Rechtswahrerbundes. Er hatte bereits zuvor die noch illegale NSDAP und die SA finanziell unterstützt<sup>39</sup> und beantragte am 1.7.1938 die Aufnahme in die NSDAP. Seine Frau und sein Sohn waren 1934 wegen nationalsozialistischer Betätigung mit einer Geldstrafe belegt worden. Sein Sohn war seit dem 1. Mai 1933 Mitglied der SA und der NSDAP und wurde 1934 von der Theresianischen Akademie und 1937 für ein Jahr von allen österreichischen Hochschulen relegiert.<sup>40</sup> Neben Zellner wurden Dr. Rupert Kirchengast, Dr. Gustav Ratzenhofer und Dr. Karl Tenschert Senatsmitglieder, die ebenfalls vom Obersten Gerichtshof übernommen worden waren. Am 1.9.1939 wurde Dr. Josef Schätz RG-Rat, der zuvor Senatspräsident des OLG Wien gewesen war. Mit Dr. Friedrich Bittner und Dr. Hans Roppert saßen daneben zwei gebürtige Tschechen im VIII. Zivilsenat. Mit Dr. Siegfried Johannes Hofmann und Heinrich Burmeister komplettierten zwei deutsche Beisitzer den Senat.<sup>41</sup>

Behält man im Blick, dass das ABGB auch in der Tschechoslowakei Anwendung fand, so hatten sieben von neun Räten des VIII. Senats bereits bisher unter dem ABGB judiziert und man darf dem VIII. Zivilsenat wohl unterstellen, von Vertretern der ABGB-Tradition dominiert worden zu sein.<sup>42</sup>

35 So HERBERT STEININGER, 150 Jahre Oberster Gerichtshof in Wien, in: Österreichische Richterzeitung 1998, S. 264 (offenbar aus den in Wien lagernden Personalakten, allerdings ohne konkrete Nachweise).

36 Kurzgefasster Lebenslauf Zellners bei KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 312 f.; Die Personalakte lagert im Bundesarchiv Berlin (R 3002 PA 1094); zu Kaul: ANNETTE ROSSKOPF, Friedrich Karl Kaul. Anwalt im geteilten Deutschland (1906-1981), Berlin 2002.

37 Vgl. den Bericht: »Einführung der österreichischen Richter in Leipzig«, in: DJ 1939, S. 630; ich danke Benjamin Bukor für diesen Hinweis.

38 KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 313.

39 So seine Angaben im Personalfragebogen (R 3002 PA 1094).

40 Personalfragebogen (R 3002 PA 1094).

41 KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 313.

42 Nach BERNWARD DÖRNER, »Heimtücke«: Das Gesetz als Waffe. Kontrolle, Abschreckung und Verfolgung in Deutschland 1933-1945, Paderborn 1998, S. 309 Anm. 83 sollen Heinrich Burmeister und ein »Franz« Kirchengast nach

Der unter Zellners Vorsitz judizierende Senat war zuständig für alle Rechtssachen »aus der Ostmark, dem Reichgau Sudetenland und dem Protektorat Böhmen und Mähren«, vorbehaltlich sogleich näher zu erörternder Sonderzuständigkeiten.<sup>43</sup> Der VIII. Zivilsenat wurde 1943 aus Gründen personeller Unterbesetzung aufgelöst und ging im VII. Zivilsenat auf.<sup>44</sup>

Wie bereits angedeutet, war die Zuständigkeit des VIII. Senats für Fälle aus der sog. Ostmark nicht ausschließlich.<sup>45</sup> Die Geschäftsverteilung sah seit 1939<sup>46</sup> vor, dass auch für Fälle, die unter österreichisches Recht fielen, Sonderzuständigkeiten des I, II, IV. und V. Zivilsenats gegenüber dem Österreicher senat bestanden. Nicht dem VIII. Senat unterlagen daher insbesondere see- und schiffahrtsrechtliche Fragen, Handelssachen und einige hypothekenrechtliche Fragen,<sup>47</sup> vor allem aber das dem IV. Senat zugewiesene Eherecht.<sup>48</sup> Der vorliegende wichtige IV. Senat war, soweit ersichtlich,<sup>49</sup> durchweg besetzt mit Richtern, die im Altreich ihre Ausbildung absolviert hatten.<sup>50</sup> Vorsitzender war Dr. Martin Jonas, Jahrgang 1884, der bereits 1914 Richter in Halle/Saale geworden war und zwischen 1924 und 1938 im Reichsjustizministerium gearbeitet hatte.<sup>51</sup>

Damit ergaben sich unter der hier aufgezeigten rechtspolitischen Konkurrenzsituation zwischen ABGB und BGB-Traditionen interessante Konfliktfelder. Im politischen heiklen Eherecht war der Konflikt entschärft. Hier

1945 in den sowjetischen Speziallagern in Mühlberg (Torgau) und Buchenwald umgekommen sein.

43 DJ 1941, S. 109; KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 44 f.

44 KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 46, 340, nicht jedoch erst 1945 (»letzten Monaten der Existenz des Reichsgerichts«), sondern bereits 1943. Nach dem 17.2.1943 taucht der VIII. Senat nicht mehr auf und die Rechtsprechung zum ABGB unterliegt dem VII. Senat.

45 1937 war per Gesetz über die Geschäftsverteilung bei den Gerichten vom 24.11.1937, RGBl. I, S. 1286, die bisherige Praxis abgeschafft worden, die Geschäftsverteilung durch das Präsidium des Reichsgerichts vorzunehmen. Ziel war es, dem Reichsjustizministerium über den allein zuständigen Reichsgerichtspräsidenten die Steuerung der Geschäftsverteilung zu ermöglichen, hierzu KATHRIN NAHMMACHER, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Hamburger Gerichte zum Scheidungsgrund des § 55 EheG 1938 in den Jahren 1938 bis 1945, Frankfurt a. M. 1999, S. 82 ff.

46 Übersichten über die Geschäftsverteilung in DJ 1939, S. 133-135; 1941, S. 107 ff.; 1942, S. 36.

47 KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 44 f.

48 Vgl. DJ 1940, S. 62.

49 Die Personalakten sind nicht vollständig, vgl. NAHMMACHER (Anm. 45), S. 88 Anm. 274.

50 Lebensläufe bei NAHMMACHER (Anm. 45), S. 88 ff.

51 KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 306.

herrschte auch justiziell Rechtseinheit und die deutschen Richter des IV. Senats beurteilten alle aufkommenden Fälle. Anders war es jedoch im verbleibenden Familienrecht. Hier judizierte der VIII. Senat die Fälle der Ostmark nach österreichischem Recht, insbesondere dem ABGB, und der IV. Senat die Fälle im Altreich nach dem BGB. Die gleiche Situation ergab sich im politisch gleichfalls im Blick der Nationalsozialisten stehenden Erbrecht, soweit es nicht unter das Testamentgesetz oder das Erbhofrecht fiel. Im gesamten übrigen Kernzivilrecht standen ebenfalls zwei Rechtsordnungen frei nebeneinander. In diesen Feldern trafen Richter aus Österreich und Deutschland konkurrierend aufeinander, mit verschiedenen Rechtsprechungstraditionen und vor dem Hintergrund der sie umgebenden rechtspolitischen Richtungskämpfe zwischen Juristen beider Reichsteile. Spiegelt sich das in den Urteilen wieder oder erscheint die Rechtsprechung des Reichsgerichts unter dem ABGB und dem BGB als Einheit, die Richter gleichfalls als fungible Personen eines einheitlichen Gerichts?

### III. *Konfliktfeld Abstammungsklagen*

Als das zentrale Problemfeld der Rechtsprechungskonkurrenz zwischen dem VIII. und IV. Zivilsenat erwies sich schon bald die Frage der Abstammungsklage.<sup>52</sup> Allein in der offiziellen Urteilssammlung setzte sich der VIII. Zivilsenat zwischen Oktober 1939 und August 1944 in 16 Entscheidungen mit der Anwendung der sog. Abstammungsklage unter dem ABGB auseinander.<sup>53</sup> Er kam hier in Berührung mit einem Rechtsinstitut, welches der IV. familienrechtliche Zivilsenat für das BGB seit 1936<sup>54</sup> entwickelt hatte. Die Frage, ob eine solche rassistische Abstammungsklage zuzulassen sei, obwohl im BGB nur die Ehelichkeitsanfechtung geregelt war, war in Literatur und Rechtsprechung seit 1935 kontrovers diskutiert worden.<sup>55</sup> Die Frage hatte durch die Nürnberger Gesetze praktische Relevanz bekommen, die den Nachweis arischer Abstammung in den Blick rückten. Dogmatisch war einerseits umstritten,

52 Hierzu JAN ZIMMERMANN, *Geschichte der Klage auf Feststellung der Abstammung*, Dissertation Bremen 1990; EVA SCHUMANN, *Die Reichsgerichtsrechtsprechung in Familiensachen von 1933–1945*, in: KERN, SCHMIDT-RECLA (Hg.), *125 Jahre Reichsgericht* (Anm. 30), S. 171–214, hier S. 196 ff.; demnächst auch FRANZ STEFAN MEISSL, BENJAMIN BUKOR, *Das ABGB*.

53 RGZ 161, S. 325 ff.; 162, S. 113 ff.; 163, S. 90 f., S. 399 ff.; 164, S. 45 ff.; 165, S. 186 ff., S. 358 ff.; 166, S. 157 ff., S. 401 ff.; 167, S. 120 ff., S. 319 f., S. 402 ff.; 169, S. 219 ff., S. 365 ff.; 170, S. 61 f., S. 63 f.

54 Erste Entscheidung in RGZ 152, S. 390 ff.

55 Zusammenstellung bei ZIMMERMANN, *Abstammungsklage* (Anm. 52), S. 98 ff.

inwieweit die rassische Abstammung ein Rechtsverhältnis für eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 ZPO sein könne. Heikler war die Vorschrift des § 644 ZPO, die eine Anwendung des Officialverfahrens der §§ 640 ff. ZPO für einen Rechtsstreit über »die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft« ausschloss. Es lag nahe, diese Vorschrift auch auf Abstammungsklagen anzuwenden. Bei Anwendung dieser Vorschrift war insbesondere der Staatsanwalt nicht zur Teilnahme an einer solchen Untersuchung berechtigt. Zu der allgemeinen Problematik, dass weder eine Blutgruppenuntersuchung, noch ein rassebiologisches Gutachten hundertprozentigen Beweis der Abstammung liefern konnten, die Ergebnisse also stets mit einem Rest an Unsicherheit behaftet blieben, kam damit die Gefahr der Instrumentalisierung der Abstammungsklage zu nationalsozialistisch unerwünschten Zwecken. Mit zunehmender Judenverfolgung versuchten viele nichtjüdische Mütter ihre Kinder dadurch zu schützen, dass sie behaupteten, sie stammten nicht von dem jüdischen Ehemann sondern von einem anderen Vater ab. Das Schreckszenario für Nationalsozialisten bei einem bloßen Parteiprozess skizzierte Kurt Vollhardt 1935 in der JW: »Mit Hilfe von § 644 ZPO ist es daher möglich, daß ein Nichtarier durch gerichtliches Urteil seine arische Abstammung nachweisen kann (sei es, daß der arische Beklagte, der gar nicht der Erzeuger ist, den Klageanspruch des von einem Nichtarier abstammenden Klägers anerkennt, sei es, daß der Beklagte überhaupt nicht im Termin erscheint)«. <sup>56</sup>

Während der Gesetzgeber zunächst untätig blieb, schuf der IV. Zivilsenat seit 1937, in einem bemerkenswert offenen Bekenntnis zu freiem Richterrecht, die Abstammungsklage. In einer ersten Entscheidung aus dem Jahr 1937 bejahte er, dass die Abstammung ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO sei. Hatte er dabei zunächst noch daran festgehalten, dass gem. § 644 ZPO die Officialmaxime ausgeschlossen sei, verneinte er am 15. Juni 1939 die Anwendbarkeit von § 644 ZPO und wandte die §§ 640-643 ZPO, also die Bestimmungen einer dem Untersuchungsgrundsatz unterliegenden Statusklage, auf die Abstammungsklage an. Er verkannte dabei nicht »daß der Wortlaut der Zivilprozeßordnung einer solchen Anwendung entgegensteht«. Es müsse jedoch der »Weg zu solchen Entscheidungen gebahnt werden, wie sie die rassen- und bevölkerungspolitischen Belange des Volkes erfordern«. <sup>57</sup> Schon für die Bejahung des Rechtsverhältnisses hatte im Jahr zuvor der beteiligte Richter des IV. Senats, Herrmann Günther, ausgeführt, diese Lösung

56 KURT VOLLHARDT, Ist § 644 ZPO heute noch anwendbar?, in: JW 1935, S. 2475-2476, hier S. 2475.

57 RGZ 160, S. 293.

verdanke ihr Dasein »lediglich der Anerkennung eines praktischen Bedürfnisses«. <sup>58</sup> In einem Dritten Schritt erklärte der IV. Senat 1942 Art. 3 § 9 FamRÄndG für anwendbar und gestattete daher den unmittelbaren Zwang bei Durchführung erb- und rassekundlicher Untersuchungen und der Blutentnahme. <sup>59</sup> Argument war lapidar, dass bei der Bedeutung der Abstammungsklage »das Gericht auf diese Aufklärungsmöglichkeit nicht verzichten« dürfe. <sup>60</sup>

Problemfeld blieben Fälle sog. doppelter Vaterschaft bei ehelichen Kindern. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist war die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch den Ehemann gem. § 1591 BGB ausgeschlossen. Damit konnten der gem. § 1591 BGB feststehende eheliche Vater und der im Abstammungsprozess festgestellte rassische Vater auseinander fallen. Der IV. Senat verweigerte in dieser Frage im Jahr 1936 eine Rechtsfortbildung und hielt am Wortlaut des Gesetzes fest, ließ das Problem damit bestehen. <sup>61</sup> Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1938 hatte die Anfechtungsfrist entscheidend verlängert, von zunächst einem Jahr ab Kenntnis der Geburt auf ein Jahr ab dem Zeitpunkt, »in dem der Mann Kenntnis von den Umständen erlangt, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen«. <sup>62</sup> Neu war auch, dass neben dem Ehemann gem. § 1595 a BGB n. F. auch der Staatsanwalt zur Anfechtung berechtigt war. Damit unterlagen die Ehelichkeitsanfechtung wie die Abstammungsklage staatlicher Kontrolle.

Mit Beginn der eigenen Rechtsprechungstätigkeit zur Abstammungsfeststellungsklage stand der VIII. Zivilsenat vor einer Reihe von Problemen. Zunächst kannte das ABGB, wie das BGB, diese Klage nicht. Zudem war die Einführung des Familienrechtsänderungsgesetzes in Österreich zunächst unterblieben. Damit gab es kein Anfechtungsrecht des Staatsanwalts. Schließlich war das Problem der doppelten Vaterschaft zugespitzt. Das ABGB kannte keine Anfechtung der Ehelichkeit. Da es auch keine Beiwohnungsvermutung kannte, war Vater derjenige, der nicht gerichtlich innerhalb von drei Monaten nach Geburt bestritt, von der bei Eheschließung bereits bestehenden Schwangerschaft gewusst zu haben, §§ 156–159 ABGB. In vielen Fällen war nach österreichischem Recht daher die Feststellung des ehelichen Vaters nicht mehr änderbar, während das 1938 reformierte Anfechtungsrecht des BGB noch Möglichkeiten bot.

58 HERRMANN GUNTHER, Die Feststellungsklage wegen Abstammung und die Familienrechtsnovelle, in: JW 1938, S. 1699–1701, hier S. 1700.

59 RGZ 169, S. 223 ff.

60 RGZ 169, S. 225.

61 RGZ 152, S. 390 ff.

62 § 1594 II BGB ab 1.4.1938, RGBl. I, S. 380.

Der Umgang des VIII. Senats mit diesen Fragen zeigte, dass er sich fest auf nationalsozialistischem Boden bewegte, dabei aber bemüht war, die Leistungsfähigkeit des ABGB zur Lösung solcher Fragen herauszustellen. Durchweg vermied er einen Rückgriff auf das Familienrechtsänderungsgesetz von 1938, da dies in der Ostmark nicht in Kraft gesetzt worden sei.<sup>63</sup> Berufungen auf eine Besserstellung durch das BGB wurden zurückgewiesen. Die sich ergebenden Differenzen zur reichsdeutschen Rechtslage versuchte der VIII. Senat, auf dem Boden des ABGB zu lösen, ohne nationalsozialistische Positionen aufzugeben.

In einer Entscheidung vom 2.10.1939 schloss sich der VIII. Senat zunächst umstandslos der Rechtsprechung des IV. Senats an. Anders als dieser hob er dabei aber nicht ein »praktisches Bedürfnis« hervor, sondern betonte, dass »die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage nach § 228 der österreichischen Zivilprozessordnung die gleichen sind wie in der Prozessordnung des Altreichs.«<sup>64</sup> Er beharrte jedoch auf den Sonderproblemen der Abstammungsklage. In der Frage der Konkurrenz der Ehelichkeitsanfechtung folgte er ebenfalls der in diesem Punkt ja gesetzestreuen Linie des IV. Senats. Wie dieser schied für ihn eine Bestreitung der Ehelichkeit nach Ablauf der Fristen der §§ 158, 159 ABGB aus und er lehnte 1940 eine Übernahme der insoweit für den Anfechtenden günstigeren Fristen des § 1594 II BGB in der Fassung von 1938 ab, da diese Bestimmung »für die Ostmark noch nicht in Kraft gesetzt worden ist ... weshalb vom Wortlaut des § 158 ABGB nicht abgegangen werden kann.«<sup>65</sup> Daran hielt der Senat auch noch 1941 fest und betonte den Vorrang des ABGB für diesen Fall, obwohl er »ein dringendes Bedürfnis nach Rechtsangleichung« in dieser Frage anerkannte.<sup>66</sup>

Für das ideologisch zentrale Problem, dass eine Beteiligung des Staatsanwalts an diesen Verfahren, anders als im Altreich, nicht möglich war,<sup>67</sup> da das Familienrechtsänderungsgesetz nicht eingeführt worden war, suchte der VIII. Senat demgegenüber nach einer eigenen Lösung. Anders als der IV. Senat, der die Abstammungsklage in freier Rechtsfortbildung entwickelte und insb. die Vorschriften über die Ehelichkeitsanfechtung des BGB nicht analog anwandte, suchte der VIII. Zivilsenat nach einer Lösung auf dem Boden des ABGB. Er umging zwar das Fristenfordernis des § 158 ABGB, hielt aber an dem in § 159 genannten Personenkreis der Anfechtungsberechtigten fest.<sup>68</sup>

63 Deutlich in RGZ 170, S. 62.

64 RGZ 161, S. 328.

65 RGZ 163, S. 90; ebenso RGZ 167, 121 f.

66 RGZ 167, S. 121 f.

67 So klarstellend RGZ 163, S. 91.

68 RGZ 163, S. 403; 167, S. 403.

Für die Frage des Klagegegners vertrat der VIII. Senat eine Anwendung von § 158 ABGB. Folge war, dass die Klage gegen einen Kurator zu richten war, dessen Aufgabe nach dem Gesetzeswortlaut die »Verteidigung der ehelichen Geburt« sein sollte. Das ABGB war dabei von dem durch die Bestreitungsfristen nahe liegenden Normalfall ausgegangen, dass das Kind zum Zeitpunkt der Bestreitung minderjährig war. Der Kurator war somit einem gesetzlichen Vertreter vergleichbar. Daher war in der älteren österreichischen Lehre umstritten gewesen, ob ein volljähriges Kind einen solchen Kurator bräuchte.<sup>69</sup> Der VIII. Senat machte diesen Kurator demgegenüber dezidiert zum Vertreter öffentlicher Interessen und versuchte damit das im Gegensatz zum Altreich fehlende Mitwirkungsrecht des Staatsanwalts aufzufangen. Er zitierte § 17 des Hofdekrets über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten vom 23.8.1819, welches aber eigentlich auf den sog. »Verteidiger des Ehebandes« bezogen war, den man mit Blick auf die öffentlichen Interessen früher gerade nicht mit dem Kurator in § 158 ABGB gleichgesetzt hatte.<sup>70</sup> Dieser Norm folgend sei es Aufgabe des Kurators »genaue Erkundigung einzuziehen und sorgfältig zu untersuchen und sich gegen das Gericht gründlich und gewissenhaft zu äußern, inwiefern der Klageantrag durch vollständige Beweise unterstützt sei oder welche Einwendungen und Bedenken entgegenstehen«.<sup>71</sup> Der Kurator wurde damit zu einem öffentlich beauftragten »Verteidiger der ehelichen Geburt und Abstammung«,<sup>72</sup> da nur auf diese Weise sichergestellt sei, »daß die öffentlichen Belange bei der Ermittlung und Klarstellung der wahren blutmäßigen Beziehungen gesichert sind«.<sup>73</sup> Politisch blieb man damit auf Linie, zugleich gab man aber die eigenen Traditionen des ABGB nicht preis.

#### IV. Die Reichsgerichtssenate im Wettbewerb der Rechtsordnungen

Vergleicht man die Rechtsprechung in Abstammungsklagen mit der sonstigen veröffentlichten Rechtsprechung des VIII. Zivilsenates, so bestätigt sich diese Linie.

Man versuchte Abweichungen in der Rechtsprechung dann zu verhindern, wenn sich dies mit dem ABGB begründen ließ. Wichtig war es, die Harmonisierung mit dem ABGB zu erreichen und keine Vorbildfunktion des BGB

69 Vgl. MORIZ VON STUBENRAUCH, *Commentar zum ABGB*, Bd. 1, 8. Aufl. Wien 1902, S. 236 Anm. 1.

70 STUBENRAUCH, *Commentar* (Anm. 69).

71 Zitiert in RGZ 161, S. 329.

72 RGZ 163, S. 90.

73 RGZ 162, S. 115.

zugrunde zu legen. Dies zeigt etwa ein Fall aus dem Jahr 1941. Hier forderte die Revision eine Abweichung zu einer Entscheidung des V. Zivilsenats mit dem Argument, die dort zugrunde gelegte Vorschrift des § 134 BGB enthalte die Einschränkung: »soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt« und diese Einschränkung fehle in der vergleichbaren Vorschrift des § 879 ABGB.<sup>74</sup> Der VIII. Senat verwies darauf, dass die ältere Rechtsprechung zum ABGB schon länger eine solche Einschränkung in § 879 ABGB hinein interpretiert habe. Ein Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen liege somit nicht vor. Der Senat bewegte sich also innerhalb der österreichischen Tradition. Er verließ die Lösungen des ABGB auch dann nicht, wenn sich daraus ganz grundlegende Differenzen zum BGB ergaben. So hielt er an der Möglichkeit eines mündlichen Testaments fest<sup>75</sup> und ließ weiterhin formlose Grundstücksverträge gelten.<sup>76</sup> Dem ABGB fremde Rechtsinstitute des BGB, wie den Erbschein<sup>77</sup> und das Abstraktionsprinzip,<sup>78</sup> lehnten die Richter konsequent durchweg ab.

Der Senat vermied eine Verwendung der Reichsgerichtsrechtsprechung als Auslegungshilfe bei übereinstimmenden Rechtsbegriffen. Die Vorbildfunktion des BGB wurde auch nicht auf dem Weg der Interpretationsharmonisierung beschritten. So wurde der Begriff des Zubehörs ohne Rückgriff auf das BGB im Lichte der §§ 294, 296 ABGB<sup>79</sup> interpretiert, der Begriff der Zwangslage bei Wucher (§ 879 II Nr. 4 ABGB) ohne Rückgriff auf die vergleichbare Judikatur zu § 138 II BGB,<sup>80</sup> der grobe Undank beim Widerruf der Schenkung ohne die Judikatur zu § 530 BGB im Lichte von § 948 ABGB.<sup>81</sup>

Fand sich eine entsprechende Rechtsprechung zum BGB, gab der Senat nach einer breiten Auseinandersetzung mit der österreichischen Rechtslage etwas gönnerhaft den Hinweis: »Es mag auch noch auf eine entsprechende Rechtsprechung der Gerichte des Altreichs hingewiesen werden.«<sup>82</sup>

Erst wenn Vorschriften, wie § 13 StVO<sup>83</sup> oder die §§ 505 ff. BGB im Bereich des Reichssiedlungsgesetzes,<sup>84</sup> auch in der Ostmark in Kraft getreten

74 RGZ 168, S. 97.

75 RGZ 171, S. 108 ff.

76 Er verwies einen Kläger zunächst auf die gerichtliche Feststellung des Bestehens eines Vertrages (RGZ 165, S. 117) und gab später auch einen Anspruch auf Mitwirkung bei der Verschriftlichung (RGZ 168, S. 343).

77 RGZ 167, S. 383 f.

78 RGZ 165, S. 118 f.

79 RG in Seufferts Archiv 1942, S. 37.

80 RGZ 168, S. 113 ff.

81 RGZ 172, S. 123.

82 RGZ 165, S. 362.

83 RGZ 168, S. 254 f.

84 RGZ 170, S. 213.

waren, griff man auf die Rechtsprechungstradition der anderen Senate zurück. Fehlte es an einer solchen Einführung so galt etwa für die Rechtsprechung zum Reichshaftpflichtgesetz: »Nach dem Rechte der Ostmark ist eine solche Einschränkung nicht geboten.«<sup>85</sup> Auch §§ 313 und 873, 925 BGB seien nicht eingeführt worden.<sup>86</sup> Die Abwehrrechte des Grundeigentümers nach § 364 Abs. 2 ABGB dürften daher nach Ansicht des VIII. Senats auch zugunsten öffentlicher Interessen nicht beschränkt werden, solange dem Altreich vergleichbare gesetzliche Eingriffsbefugnisse in der Ostmark noch nicht eingeführt seien.<sup>87</sup>

Lediglich in einem Urteil des VIII. Senats fand sich die Feststellung: »Alles, was Rechtslehre und Rechtsprechung in dieser Richtung für das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ausgesprochen haben, kann auch im Geltungsbereich des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches verwendet werden«. Es ging um die Frage einer Geltung der *exceptio doli generalis*. Der Senat folgte freilich nicht der in Deutschland verbreiteten Ansicht, die dieses Rechtsinstitut in eine Gesamtanalogie verschiedener Vorschriften des BGB hineinlas.<sup>88</sup> Er beeilte sich vielmehr festzustellen, es handle sich dabei um einen »allgemein gültigen, jedem Recht innewohnenden Rechtsbehelf«.<sup>89</sup>

Ein Vorrang des deutschen Rechts wurde vom VIII. Senat demgegenüber immer dann betont, wenn sich ein klarer Konflikt mit nationalsozialistischen Gesetzen oder Rechtsgrundsätzen abzeichnete. So wurde § 1157 ABGB im Lichte von § 3 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit interpretiert und in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts zurückgegriffen.<sup>90</sup> Wenn auch nur flankierend, wurde dann auch auf das »Allgemeine Volksempfinden«<sup>91</sup> verwiesen. Wie in der Rechtsprechung zur Abstammungsklage gab es also einen Vorrang des nationalsozialistischen Rechts, nicht jedoch einen Vorrang des Rechts des Altreiches.

Zwei Gegenproben erhärten die hier aufgezeigte Tendenz.

Der VIII. Zivilsenat wurde 1943 aus Gründen personeller Unterbesetzung aufgelöst und ging im VII. Zivilsenat auf.<sup>92</sup> Folge war eine Änderung der

85 RGZ 162, S. 323.

86 RGZ 165, S. 119.

87 RGZ 161, S. 67.

88 Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: DUVE-HAFERKAMP, § 242, Rn. 61.

89 RGZ 168, S. 336.

90 RGZ 170, S. 217 f.

91 RGZ 168, S. 108.

92 KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 46, 340, nicht jedoch erst 1945 (»letzten Monaten der Existenz des Reichsgerichts«), sondern bereits 1943. Nach dem 17.2.1943 tauchte der VIII. Senat nicht mehr auf und die Rechtsprechung zum ABGB unterlag dem VII. Senat.

Senatszusammensetzung. Die Zahl der Österreicher unter den acht Richtern wurde um zwei reduziert.<sup>93</sup> Nun waren die Österreicher in der Minderheit. Es mag damit zusammenhängen, dass sich nun Urteile finden, in denen dem BGB Vorbildcharakter zugemessen wurde. Der VIII. Senat hatte es 1941 noch abgelehnt, § 1327 ABGB im Lichte von § 845 BGB auszulegen und dem Ehemann einen Schadensersatzanspruch wegen entgangener Dienste zuzusprechen.<sup>94</sup> Der VII. Senat meinte dagegen 1943: »Die Rechtsentwicklung führt zwangsläufig zu einer erweiterten Auslegung des § 1327 BGB« und machte § 845 BGB damit zur moderneren Vorschrift.<sup>95</sup>

Die zweite Gegenprobe, der Blick auf die Rechtsprechung der mit deutschen Richtern besetzten Senate zum ABGB, zeigt übereinstimmend mit der hier vertretenen These, dass dort durchaus ein Vorrang des Reichsrechts durchgesetzt wurde. Beispielhaft stand der IV. Senat 1939 vor dem Problem, das aus § 64 des hier bereits distanziert als »öst. ABGB« zitierten Gesetzes folgende Ehehindernis der Verbindung zwischen Christen und Nichtchristen anzuwenden. Der Senat betonte, ein solches Ehehindernis sei »dem nun geltenden Recht fremd«. Da es ein Altfall war, war die Vorschrift durch das EheG nicht verdrängt. Der Senat löste das Problem daher verfahrensrechtlich. Auch für Altfälle würden jedenfalls die neuen Verfahrensbestimmungen gelten. Die daraus folgende Zuständigkeit des Staatsanwalts ergab, dass nur dieser das Verfahren einleiten könne, was im Fall ausschied.<sup>96</sup> In einem anderen Fall des IV. Senats hieß es: »Die Rechtsprechung zu dem nicht mehr anzuwendenden § 1264 ABGB hat daher für das geltende Recht keine Bedeutung mehr«. <sup>97</sup> Bemerkenswert ist auch eine Entscheidung des III. Senats zur Staatshaftung in Österreich. Er übertrug seine Rechtsprechung zur Fortgeltung von Art. 131 WRV auch nach 1933<sup>98</sup> umstandslos auf Österreich, obwohl er zugestand, dass Art. 131 WRV jedenfalls nicht ausdrücklich dort eingeführt worden sei und dem österreichischen Recht eine entsprechende Bestimmung fehle.<sup>99</sup> Er betonte: »Dieses Wesen der Bestimmung verlangt ... ihre Anwendbarkeit einheitlich im ganzen Gebiete des Großdeutschen Reiches und damit auch im Gebiete des bisherigen Bundesstaates Österreich.«<sup>100</sup>

93 Um Ratzenhofer und Schätz, vgl. KAUL, Reichsgericht (Anm. 30), S. 340.

94 RG in: DR 1941, S. 1326 Nr. 40.

95 RGZ 171, S. 127 f.

96 RGZ 161, S. 123.

97 RGZ 164, S. 128.

98 RGZ 160, S. 193 ff.

99 RGZ 167, S. 8: »Es mag bemerkt werden, dass eine solche dort nicht bestand«.

100 RGZ 167, S. 8.

## V. *Schluss*

Damit komme ich zum Schluss. Einzelne Fälle und Urteile lassen sich nicht leicht zu übergreifenden Aussagen verdichten. Jeder Fall schafft eigene Zwänge, verweist auf ähnliche Einzelfälle und gibt methodisch mehr oder weniger Raum für richterliche Freiheit. Ist es schon aus diesem Grund nicht unproblematisch, Urteile als rechtspolitische Stellungnahmen zu lesen, so spitzt sich vorliegend das Problem noch dadurch zu, dass mir nur veröffentlichte Urteile vorlagen und es mir leider nicht möglich war, die in Karlsruhe weitgehend zugänglichen unveröffentlichten Urteile auszuwerten. Das Bild wird damit noch überlagert von einer gesteuerten Veröffentlichungspraxis, sei es durch die »Schere im Kopf« der die Veröffentlichung betreibenden Richter, sei es durch das Reichsjustizministerium, das die Veröffentlichung genehmigen musste.<sup>101</sup> Politisch abweichende Urteile sind so nicht zu erwarten, auch das kann zu Fehleinschätzungen führen. Dies eingedenk finden sich gleichwohl eine Reihe von Indizien, die darauf hindeuten, dass zwischen dem allgemeinen Rahmengespräch über die Bedeutung des ABGB und der österreichischen Rechtsprechungstradition für das zukünftige Zivilrecht des großdeutschen Reiches und der Judikatur zum ABGB, sei es des österreichischen VIII., sei es insbesondere des deutschen IV. Senats, Zusammenhänge bestehen. Der Rechtsordnungswettbewerb wurde in das Reichsgericht hineingetragen. Für die Richter bedeutete dies: Man war oder wurde Nationalsozialist, man blieb jedoch Österreicher oder Deutscher.

Hans-Peter Haferkamp, Köln

101 Vgl. WERNER SCHUBERT, Einleitung, in: RGZ 173, Berlin 2008, S. 1–5, hier S. 1.