

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This article examines the still unpublished judgements of the Supreme Court of the German 'Reich' applying general clauses of Austrian law within its Senates' jurisdiction.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 nichtpublierte – 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 Testamentengesetz (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 (Testamentengesetz, 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 Entscheidungs begründungen 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 als solchen 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 Rütters' 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 Leichtsinns, 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 Alt-reichsrecht“ 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 RÜTTERS, *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 weitere Rechte aus dem Verträge 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. 1013, 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 Mislingen 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 Verjähr-

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 entgegensetzen, 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 Anwendungsbereich 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 Vorspruch 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 Testamentsgesetzes 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 Testamentsgesetzes 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 Testamentsgesetz 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 Testamentgesetz 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 Wahlältern 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 inspirierte 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 Ausfüllung der Generalklausel in einem Fall sogar unter Rückgriff auf aktuelles Verwaltungsrecht 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 ⁶2007).
- Ernst FRAENKEL, *Der Doppelstaat* (mit Nachwort von Horst DREIER) (Hamburg³ 2012).
- Franz GSCHNITZER, in: Heinrich KLANG (Hg.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*¹ Bd. II/2 (Wien 1934).
- Franz GSCHNITZER, in: Heinrich KLANG (Hg.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*² 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* (Tübingen ⁷2012).
- 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–München ³1943).