

Stephanie HANEL, Wien

# Das „gesunde Volksempfinden“ und das Testamentsrecht

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

*“Healthy Popular Sensibilities” in National Socialist Inheritance Law*

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

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

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

### Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dienen diesem Ziele auch Testament und Erbvertrag.

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

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

<sup>7</sup> LANGE, Denkschrift 4.

<sup>8</sup> Ebd. 4.

<sup>9</sup> Ebd. 5.

<sup>10</sup> Vgl. LANGE, Denkschrift 5; SCHUBERT, Familien- und Erbrecht 314.

<sup>11</sup> Ebd. 5.

<sup>5</sup> Amtliche Begründung zum TestG 1259.

<sup>6</sup> RGBl. I 1938, 973.

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

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

Da § 48 TestG also eindeutig nationalsozialistisch geprägt war, überrascht es nicht, dass er in der Literatur bereits mehrfach Gegenstand rechtshistorischer Untersuchungen war. So beleuchteten Gruchmann,<sup>15</sup> Hofmeister,<sup>16</sup> Bielefeld<sup>17</sup> und Bukor<sup>18</sup> die Bestimmung unter dem Gesichtspunkt ihrer Entstehungsgeschichte. Die deutsche Judikatur wurde von Daut<sup>19</sup> und Hackländer<sup>20</sup> untersucht. Ausführliche Untersuchungen zur Judikatur in Österreich fehlen aber noch. Bislang wurde sie zu § 48 TestG nur als Nebenschauplatz bei Meissel und Bukor<sup>21</sup> behandelt, deren Arbeit die NS-Zivilgerichtsbar-

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

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

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

<sup>12</sup> Ebd. 6f.

<sup>13</sup> VOGELS, Das neue Testamentsrecht 1273.

<sup>14</sup> Amtliche Begründung 1259.

<sup>15</sup> GRUCHMANN, Entstehung des Testamentsgesetzes 53–63.

<sup>16</sup> HOFMEISTER, Privatrechtsgesetzgebung 140–142.

<sup>17</sup> BIELEFELD, Rechtsbeziehungen II, 83–85.

<sup>18</sup> BUKOR, Abstammungsrecht in der NS-Zeit 50–54.

<sup>19</sup> DAUT, Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 17–63, 143–152.

<sup>20</sup> HACKLÄNDER, Prozessalltag im Dritten Reich 210–216.

<sup>21</sup> MEISSEL, BUKOR, ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus 40–41.

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

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

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

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

## Judikatur

### 1. Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG

Geradezu exemplarisch für jene Fälle, die der Gesetzgeber mit § 48 TestG erfassen wollte, ist ein Urteil des Wiener Landgerichts aus dem Jahr 1943.<sup>26</sup> Es sei daher zur Illustration der Thematik eingangs dargestellt. Kläger war der „deutschblütige“ Vater des Erblassers. Dieser hatte in seinem Testament seine „jüdische“ Ehefrau zur alleinigen Erbin eingesetzt. Nach dem Vorbringen des klagenden Vaters verstieß die Verfügung seines Sohnes gegen § 48 Abs. 2 TestG. Er beehrte daher die Feststellung der Nichtigkeit. Das Urteil gab der Klage statt. Daraufhin wurde dem Vater gemäß der gesetzlichen Erbfolge die Hälfte des Nachlasses zugesprochen. In der Begründung berief sich das Gericht vor allem

auf den Vorspruch des Testamentsgesetzes sowie die Absicht des Gesetzgebers:

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

Das Gericht ging deshalb von der Nichtigkeit des gesamten Testaments aus, denn der vom Erblasser gesetzte Einsetzungsakt sei vom Gesetzgeber missbilligt.<sup>27</sup> Das änderte aber nichts daran, dass der „jüdischen“ Witwe<sup>28</sup> nach gesetzlicher Erbfolge immer noch die andere Hälfte des Nachlasses zukam.

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

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

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

<sup>27</sup> Anderer Ansicht: SEIBERT, in: PALANDT, § 48, Anm. 4.

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

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

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

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

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

## 2. Keine Anwendung vor Inkrafttreten des TestG

Die beiden gleichlautenden Entscheidungen des LG und des OLG Wien befanden sich ideologisch sowohl sprachlich als auch inhaltlich auf Linie mit den von den Schaffern des TestG intendierten Ergebnissen. In anderen Fällen<sup>32</sup> zeigten die Richter aber eine gewisse Zurückhaltung bei der Nichtigkeitsklärung letztwilliger Verfügungen, welche zugunsten von „rassisch“ diskriminierten Personen errichtet worden waren.<sup>33</sup> Dies galt etwa für Sachverhalte wie den folgenden, bei denen der Erbfall noch vor Inkrafttreten des TestG eingetreten und daher nur das ABGB anzuwenden war.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>35</sup> LANGE, Denkschrift 115f.

<sup>36</sup> Amtliche Begründung zum TestG 1259.

Regelung eines Spezialfalls der Sittenwidrigkeit intendiert war. Die Regelung stellte „nur die Verwirklichung allgemein gültiger, nationalsozialistischer Gedanken auf dem Gebiet des Testamentsrechts“ dar.<sup>37</sup> Das erkannten auch Literatur<sup>38</sup> und Rechtsprechung. Das OLG München verwies 1937 in einem Urteil auf § 138 BGB und nahm auf diesem Weg das noch nicht eingeführte TestG vorweg.<sup>39</sup> Ebenso sprach das LG Wien<sup>40</sup> später aus, § 48 Abs. 2 TestG stelle einen Sonderfall des § 879 ABGB dar.<sup>41</sup>

§ 879 ABGB war zwar nach seinem Wortlaut und der damals herrschenden Lehre – im Gegensatz zu § 138 BGB – nicht auf einseitige letztwillige Verfügungen anzuwenden.<sup>42</sup> Gerade in der nationalsozialistischen Literatur wurde aber seine besondere Bedeutung als Einfallstor für NS-Gedankengut betont<sup>43</sup> und deshalb über den unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus dessen analoge Anwendung gefordert. Nach Bartsch waren die guten Sitten die Schranke für

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

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

Zu einer Entscheidung über diese Berufung kam es allerdings nicht mehr. In den Akten wurde anstatt des Wohnortes der Beklagten der Vermerk angebracht, dass sich diese zurzeit im „feindlichen Ausland unbekanntem Aufenthaltes“ befanden. Die „jüdischen“ Beklagten waren also mittlerweile wohl geflohen. Gemäß der Elften Verordnung zum Reichsbürgergesetz<sup>46</sup> verfiel ihr Erbteil daher dem Reich. „Juden“, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im feindlichen Ausland hatten, verloren ihre Staatsbürgerschaft und ihr Vermögen wurde eingezogen. Die Klä-

<sup>37</sup> VOGELS, TestG § 48, Rz. 7.

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

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

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

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

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

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

<sup>44</sup> BARTSCH, Erbrecht 33; KREHAN, Erbeinsetzung eines Juden 143f.

<sup>45</sup> VOGELS, TestG § 48, Rz. 7.

<sup>46</sup> 11. VO zum Reichsbürgergesetz vom 25. Nov. 1941 RGBl. I 1941, 72f.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>48</sup> So der Titel des Standardwerks RÜTHERS, Unbegrenzte Auslegung.

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

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



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

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

#### **4. „Halbjuden“ nicht Teil der „Volksgemeinschaft“**

Auch das folgende Urteil<sup>52</sup> betraf die Stellung von „Halbjuden“ nach dem TestG. Ein („jüdisches“) Ehepaar hatte ein gemeinsames Testament errichtet. Ein Verwandter versuchte, die Verfügung für nichtig erklären zu lassen. Er argumentierte mit § 48 Abs. 2 TestG. Die letztwillige Verfügung sei nichtig, da die eingesetzten Erben „Volljuden“ seien, während er unter all den Verwandten der beiden Erblasser der einzige „Mischling ersten Grades“, also „Halbjude“ sei. Das Gericht wies die Klage ab. Die

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

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

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

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

#### **5. Keine amtswegige Wahrnehmung der Nichtigkeit**

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

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

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

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

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

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

## 6. Kein „Sippenerbrecht“

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

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

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

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

<sup>54</sup> I.d.F. RGBl. 1854/208.

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

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

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

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

Das Berufungs<sup>57</sup>- und das Reichsgericht<sup>58</sup> bestätigten das erstinstanzliche Urteil mit derselben Begründung.<sup>59</sup>

## 7. Heiratsschwindler

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

Veranschaulichung sei hier nur eines ausführlicher dargestellt.

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

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

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

<sup>57</sup> OLG Wien, 2. 10. 1940, 1 R 351/40.

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

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

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

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

## Resümee

Insgesamt ergibt die Rechtsprechung des LG Wien zu § 48 Abs. 2 TestG ein differenziertes Bild. Zwar sind alle Urteile zumindest sprachlich stark ideologisch aufgeladen. Beispiele für die Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG stellen jene Urteile dar, bei denen die „jüdischen“ Gattinnen der Erblasser unter Übergang „arischer“ Verwandter testamentarisch bedacht worden waren. Sowohl das LG Wien<sup>62</sup> als auch das OLG Wien<sup>63</sup> stellten die Nichtigkeit einer solchen letztwilligen Verfügung fest. Allerdings gibt es auch einige Urteile, die trotz ideologischer Argumentationslinien abweisend ausfielen und die Nichtigkeit der Verfügung verneinten. So wurde § 48 Abs. 2 TestG vor seinem Inkrafttreten in Österreich nicht über den Weg des § 879 ABGB vorweggenommen. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Strohmannverfügung zugunsten eines „Juden“ waren hoch und lagen deshalb wohl selten vor. „Halbjuden“ konnten sich zwar selbst nicht auf § 48 Abs. 2 TestG berufen, eine Verfügung zu ihren Gunsten, war aber sehr wohl wirksam. Der Versuch, die Wahrnehmung<sup>64</sup> der Nichtigkeit amtswegig durchzusetzen, scheiterte ebenso wie die Etablierung des Begriffs „Sippe“ als neuen Erbrechtstitel.<sup>65</sup> Schließlich begegnen auch zu § 48 Abs. 2 TestG Fälle, die ideologisch unauffällig scheinen und so den trügerischen Eindruck scheinbarer Normalität im NS-Unrechtsregime vermitteln.

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

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

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

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

## Korrespondenz:

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

## Abkürzungen:

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

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

## Literatur:

Amtliche Begründung zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938, in: Deutsche Justiz 100 (1938) 1254–1259.

Robert BARTSCH, Vierter Teil Erbrecht, in: Ernst SWOBODA (Hg.), Das österreichische Allgemeine Gesetzbuch. Eine systematische Darstellung für das Studium und für die Praxis (Wien 1942).

Sven BIELEFELD, Österreichisch-deutsche Rechtsbeziehungen II: Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht 1938–1945 (Frankfurt am Main 1996).

Gustav BOEHMER, Die Bedeutung des § 48 Abs. 2 des Testamentsgesetzes für einfache und gemeinschaftliche Testamente, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 6 (1939) 413–414.

Gustav BOEHMER, Die „guten Sitten“ im Zeichen nationalsozialistischer Familienpflicht, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 8 (1941) 73–74.

Benjamin BUKOR, Zivilrecht und Ideologie. Die Entwicklung des österreichischen Abstammungsrechts in der NS-Zeit unter Berücksichtigung der Judikatur des LGZ bzw. LG Wien und des Reichsgerichts“ (jur. Diss., Univ. Wien 2015).

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