



# ÖSTERREICHISCHE RICHTERZEITUNG

ORGAN DER RICHTERINNEN  
UND RICHTER SOWIE DER  
STAATSANWÄLTINNEN UND  
STAATSANWÄLTE ÖSTERREICHS

11/22 | 100. Jahrgang

## 237 EDITORIAL

Justiz-Budget 2023  
Ein gemeinsamer Erfolg!  
VON MARTIN ULRICH

## 238 IMPRESSUM

## 239 WISSENSCHAFT

## 278 PERSONALIA

## 279 ENTSCHEIDUNGEN

279 Entscheidungsübersicht

## U3 VERANSTALTUNGSKALENDER

WIEDERERRICHTET INMITTEN VON TRÜMMERN: DER OBERSTE GERICHTSHOF 1945

## Einführung in das Symposium

VON ELISABETH LOVREK | SEITE 240

## Grußworte der Frau Bundesministerin

VON ALMA ZADIĆ | SEITE 243

## Der Neuaufbau von Staat und Justiz

VON CLEMENS JABLONER | SEITE 244

## Personelle (Dis-)Kontinuitäten – Die Richter am Obersten Gerichtshof 1945/1946

VON STEFAN WEDRAC | SEITE 252

## Die Nachkriegszeit im Spiegel der zivilrechtlichen Rechtsprechung

VON GOTTFRIED MUSGER | SEITE 258

## Der OGH als Oberste Rückstellungskommission – Zur Praxis der Vermögensrestitution an NS-Opfer

VON FRANZ-STEFAN MEISSEL | SEITE 266

## Gründlicher, besser, aufrichtiger? Vergleichende Bemerkungen zur Nachkriegsjustiz in Deutschland

VON LENA FOLJANTY | SEITE 272

ÖSTERREICHISCHE POST AG, MZ 02Z030013 M  
MOTOPRESS WERBE- UND VERLAGSGESELLSCHAFT MBH  
BAUERNFELDGASSE 4/5/3, 1190 WIEN  
[WWW.RICHTERVEREINIGUNG.AT](http://WWW.RICHTERVEREINIGUNG.AT)

# Justiz-Budget 2023

## Ein gemeinsamer Erfolg!



**DR. MARTIN ULRICH** ist Generalanwalt bei der Generalprokuratur und Vorsitzender der Bundesvertretung der Richter:innen und Staatsanwält:innen in der GÖD.

**AUCH DIESEN SPÄTSOMMER BZW FRÜHHERBST STANDEN WIEDER VERHANDLUNGEN FÜR DAS KOMMENDE JUSTIZ-BUDGET AN.**

Angesichts der unterschiedlich wahrgenommenen, jedenfalls aber teuren Covid-19-Pandemie, eines Krieges mitten in Europa, seit vielen Jahrzehnten erstmals wieder in ungeahnter Intensität fortschreitender Teuerung und Inflation und damit insgesamt verbundener staatlicher Unterstützungsleistungen und Investitionsbedarfe in anderen Bereichen waren die Vorzeichen für eine weitere wichtige Stärkung der Justiz in finanzieller und personeller Hinsicht schon einmal erfolversprechender. Andererseits aber kommt dem öffentlichen Dienst und damit auch der Justiz gerade in Zeiten multipler Krisen und Herausforderungen eine ganz besondere Bedeutung zu. Gerade in schwierigen Zeiten gewährleistet ein funktionierendes Staatswesen Stabilität und Sicherheit und wird dies vermehrt auch als Qualitätsausweis des Öffentlichen Dienstes und damit auch der Justiz anerkannt.

Doch auch in solch schwierigen Phasen lösen sich herausfordernde Situationen in anderen, nicht unmittelbar krisenbetroffenen Bereichen – so auch in der Justiz – nicht in Luft auf. Sie werden in der öffentlichen Wahrnehmung bloß durch andere medial präsentere Themen überlagert. Teilweise verstärken sie sich auch.

Und derartige herausfordernde Bereiche, die einen verstärkten Ressourceneinsatz erfordern, gibt es in der Justiz trotz zuletzt erfolgter Verbesserungen nach wie vor.

Darauf haben die richter- und staatsanwalt-schaftlichen Standesvertretungen die politisch Verantwortlichen schon seit geraumer

Zeit, zuletzt verstärkt anlässlich der diesjährigen Budgetverhandlungen hingewiesen.

So blieben etwa trotz vorangehender Personalaufstockungen bei der Polizei und den Staatsanwaltschaften sowie aufwandssteigernder Gesetzesänderungen in den letzten Jahren ausreichende zusätzliche Planstellen im richterlichen Bereich bis dato aus. In vielen Bereichen, so etwa im Außerstreitverfahren (v.a. im Erwachsenenschutzrecht), im streitigen Zivilrecht, aber auch bei Groß- und Massenverfahren im Straf- und Zivilrechtsbereich sind die Anforderungen – ohne adäquate Abbildung in der Personalanforderungsrechnung (PAR) – in den letzten Jahren deutlich gestiegen. Im Strafrechtsbereich binden Wirtschaftsstrafverfahren die Landes- und Oberlandesgerichte, darunter insbesondere das Landesgericht für Strafsachen Wien und das Oberlandesgericht Wien in ganz besonderem Ausmaß. Hinzu kommt die dringend erforderliche Unterstützung der richterlichen

---

**So blieben etwa trotz vorangehender Personalaufstockungen bei der Polizei und den Staatsanwaltschaften sowie aufwandssteigernder Gesetzesänderungen in den letzten Jahren ausreichende zusätzliche Planstellen im richterlichen Bereich bis dato aus.**

Entscheidungsorgane durch juristische Mitarbeiter:innen und weiteres Supportpersonal. Beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) erfordern Zunahmen an Asylverfahren sowie Covid-19-pandemiebedingte Anfallssteigerungen zusätzliche richterliche Planstellen. Im staatsanwaltschaftlichen Bereich bedarf es im – zuletzt bzgl „Hass im Netz“ medial viel beachteten – Bereich „Cybercrime“ zusätzlicher staatsanwaltschaftlicher Planstellen, um den rasant steigenden Herausforderungen in diesem Kriminalitätsbereich gerecht zu werden. Schließlich sind auch im Bereich der Richteramtswärter\*innen zusätzliche Personalkapazitäten erforderlich, um gerade in aktuell pensionsantrittsintensiven Zeiten eine zeitnahe Nachbesetzung offener richter- und staatsanwaltschaftlicher Planstellen sicherstellen zu können.

Umso erfreulicher ist es, dass unsere Forderungen seitens der Politik dieses Jahr aufgegriffen wurden und trotz schwieriger Rahmenbedingungen ein Entwurf für ein in finanzieller und personeller Hinsicht gestärktes Justiz-Budget 2023 erarbeitet werden konnte. Konkret sollen – vorbehaltlich der Beschlussfassung im Parlament und der Kundmachung im Bundesgesetzblatt –

**Schließlich sind auch im Bereich der Richteramtswärter\*innen zusätzliche Personalkapazitäten erforderlich, um gerade in aktuell pensionsantrittsintensiven Zeiten eine zeitnahe Nachbesetzung offener richter- und staatsanwaltschaftlicher Planstellen sicherstellen zu können.**

## **Umso erfreulicher ist es, dass unsere Forderungen seitens der Politik dieses Jahr aufgegriffen wurden und trotz schwieriger Rahmenbedingungen ein Entwurf für ein in finanzieller und personeller Hinsicht gestärktes Justiz-Budget 2023 erarbeitet werden konnte.**

für das kommende Jahr neben einer Budgetsteigerung um 220 Millionen Euro jeweils zusätzlich 24 Richter:innen-Planstellen (21 R1b und 3 R2), 24 Staatsanwält:innen-Planstellen (St1), 15 Richteramtswärter:innen, 18 juristische Mitarbeiter:innen (12 für die ordentliche Gerichtsbarkeit und 6 für das BVwG), 3 Medienexpert:innen, 10 Ausbildungsplanstellen für Bezirksanwält:innen/Rechtspfleger:innen, 10 IKT-Expert:innen und 9 Planstellen für Erwachsenenschutzvereine vorgesehen sein.

Das ist ein gemeinsamer Erfolg, den die GÖD-Bundesvertretung Richter:innen und Staatsanwält:innen zusammen mit der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter sowie der Vereinigung österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte mit maßgeblicher und entscheidender Unterstützung des Justizressorts unter Bundesministerin Dr.<sup>in</sup> Alma Zadić, LL.M. und der weiteren Verhandlungspartner erreichen konnte!

Mögen diese Verbesserungen im aktuellen Budgetentwurf so beschlossen werden und künftige Budgets die Erfordernisse der Justiz in ähnlicher Weise berücksichtigen ...

MARTIN ULRICH

## Impressum

### HERAUSGEBER:

Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter in Gemeinschaft mit der Vereinigung österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und der Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft öffentlicher Dienst, 1011 Wien, Postfach 26, E-Mail-Adresse: ute.beneke@richtervereinigung.at

### MEDIENINHABER UND ANZEIGENANNAHME:

Motopress Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH  
Bauernfeldgasse 4/5/3, 1190 Wien,  
Telefon: 485 31 49-0, E-Mail-Adresse:  
produktion@motopress.at, DVR 0098892

### HERSTELLER:

Print Alliance HAV Produktions GmbH,  
2540 Bad Vöslau, Druckhausstraße 1

### REDAKTION:

Mag.<sup>a</sup> Sabine Matejka, Mag.<sup>a</sup> Cornelia Koller,  
Dr. Martin Ulrich

### SACHBEARBEITUNG:

Prof. Dr. Michael Danek – Strafrecht  
Dr. Gert Schernthanner – Sonstiges  
Mag.<sup>a</sup> Sabine Matejka – Rechtsprechung  
alle pA 1011 Wien, Justizpalast

### TITELBILD:

MMag.<sup>a</sup> Ulrike Rill, siehe RZ 2000, 102

### GRUNDLEGENDE RICHTUNG:

Juristische Fachzeitschrift, unabhängiges  
Standesvertretungsorgan der österreichischen  
Richter und Staatsanwälte.

### PREIS DES JAHRESABONNEMENTS:

€ 97,90 inkl. 10% MWSt.

### PREIS DES JAHRESABONNEMENTS AUSLAND:

€ 167,20 inkl. 10% MWSt.

### PREIS DES JAHRESABONNEMENTS ÜBERSEE:

€ 236,00

### PREIS DES EINZELHEFTES:

€ 11,55 inkl. 10% MWSt.

### PREIS DES EINZELHEFTES AUSLAND:

€ 22,00 inkl. 10% MWSt.

**DAS ABONNEMENT** verlängert sich automatisch um ein Jahr wenn es nicht bis spätestens 30.09 (für Buchhandlungen bis 10.12.) des laufenden Jahres schriftlich gekündigt wird.

### REKLAMATIONEN DIE ZUSTELLUNG BETREFFEND

werden nur innerhalb von 4 Wochen nach Versand akzeptiert.

**DIE UMSCHLAGSEITEN** 2-4 werden nicht von der Redaktion sondern vom Medieninhaber gestaltet.

### MIT DER EINREICHUNG SEINES MANUSKRIPTS

räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc.) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) ein. Gemäß § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahrs: dies gilt für die Verwertung von Datenbanken nicht.

### DER NACHDRUCK VON ENTSCHEIDUNGEN

ist daher nur mit ausdrücklicher schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet. Wir bitten ferner, sich an die „Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen“, 8. Auflage (MANZ Verlag Wien, 2019) zu halten.



# Wiedererrichtet inmitten von Trümmern: Der Oberste Gerichtshof 1945

**Symposium, Dienstag, 10. Mai 2022, Justizpalast, Festsaal**

Mit 1. April 1939 wurde der Oberste Gerichtshof aufgelöst, seine Zuständigkeiten wurden auf das Reichsgericht in Leipzig übertragen. Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde der Gerichtshof wiedererrichtet und nahm im Herbst 1945 seine Arbeit auf. In Kooperation mit der Universität Wien veranstaltet der Oberste Gerichtshof ein Symposium, in dem seine Wiedererrichtung in den historischen Kontext der Nachkriegszeit und des Wiederaufbaus der staatlichen Institutionen gestellt wird.

## Programm

Präsidentin des OGH Hon.-Prof. Dr. Elisabeth Lovrek

### **Begrüßung und Einführung**

Bundesministerin für Justiz Dr. Alma Zadić

### **Grußworte**

Vizekanzler a.D. Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Jabloner

### **Der Neuaufbau von Staat und Justiz**

Dr. Stefan Wedrac

### **Personelle (Dis-)Kontinuitäten – Die Richter am Obersten Gerichtshof 1945/1946**

Senatspräsident des OGH Dr. Gottfried Musger

### **Die Nachkriegszeit im Spiegel der zivilrechtlichen Rechtsprechung**

Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel

### **Der OGH als Oberste Rückstellungskommission – Zur Praxis der Vermögensrestitution an NS-Opfer**

Univ.-Prof. Dr. Lena Foljanty

### **Gründlicher, besser, aufrichtiger? Vergleichende Bemerkungen zur Nachkriegsjustiz in Deutschland**

**Moderation:** Hofrätin des OGH Dr. Irene Faber

# Einführung in das Symposium „Wiedererrichtet inmitten von Trümmern: Der Oberste Gerichtshof 1945“

VORTRAGENDE: Hon.-Prof. Dr. Elisabeth Lovrek, Präsidentin des OGH.



## I. EINLEITUNG

Mit 1. April 1939 wurde der Oberste Gerichtshof aufgelöst. Seine Zuständigkeiten wurden auf das Reichsgericht in Leipzig übertragen, das damit die Rechtsprechungshoheit auch über Österreich übernommen hat. Zum 75-jährigen Jahrestag dieser Auflösung haben wir im Jahr 2014 in Zusammenarbeit mit der Universität Wien ein Symposium beim Obersten Gerichtshof veranstaltet.<sup>1)</sup>

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde der Oberste Gerichtshof

wiedererrichtet und nahm im Herbst 1945 seine rechtsprechende Tätigkeit auf. Gerne hätten wir den Jahrestag der Wiederrichtung des Obersten Gerichtshofs vor 75 Jahren – anders als seine Auflösung ein erfreuliches Ereignis – mit einem Symposium gewürdigt. Der dafür vorgesehene Termin im Mai 2020 fiel allerdings ebenso wie einige Nachfolgetermine der Pandemie zum Opfer. Wir haben uns dadurch nicht beirren lassen und das Symposium am 10. Mai 2022 durchgeführt; lediglich der Titel wurde etwas verändert. Immerhin fällt der Tag unseres Symposiums fast genau auf den 77. Jahrestag des Endes des Zweiten Weltkriegs – auch wenn dieser Jahrestag und mit ihm die Freude über das Kriegsende 1945 von dem erschütternden Krieg in der Ukraine tief überschattet ist.

Dieses Symposium haben wir wieder in bewährter Kooperation mit der Universität Wien veranstaltet. Mein besonderer Dank gilt dem Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien und Vorstand des Instituts für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Univ.-Prof. Mag. Dr. Franz Stefan Meissel. Er hat, wie schon bei dem Symposium im Jahr 2014, federführend für die Universität Wien die Zusammenarbeit mit dem Obersten Gerichtshof übernommen und maßgeblich zum Gelingen der Veranstaltung beigetragen. Besonders danken

möchte ich auch den Vortragenden und unserer Moderatorin Hofrätin Dr.<sup>in</sup> Irene Faber für ihr Engagement. Sie haben die mehrfachen Verschiebungen gelassen zur Kenntnis genommen und niemals eine Absage erwogen. Für die tatkräftige Unterstützung bei Konzeption und Organisation gebührt meinen Kollegen Vizepräsident Univ.-Prof. Dr. Matthias Neumayr und Senatspräsident Dr. Gottfried Musger Dank.

## II. APRIL 1945 BIS 21. NOVEMBER 1945

Lassen Sie mich zur Einführung der einzelnen Beiträge mit einem kurzen Befund zur konkreten baulichen und infrastrukturellen Lage des Gerichtshofs beginnen. In einem Gespräch mit der Zeitschrift „Neues Österreich“ äußerte sich Dr. Josef Gerö, ab 27. April 1945 Staatssekretär im Staatsamt für Justiz und ab 20. Dezember 1945 Bundesminister für Justiz, wie folgt über den Wiederaufbau der österreichischen Rechtspflege:

*„Neben den gesetzgeberischen Aufgaben heißt es auch, praktische, technische Vorkehrungen zu treffen. Es mußten die Justizgebäude wieder in Besitz genommen und auf schnellstem Weg ein Gerichtsbetrieb organisiert werden. Das ist trotz der Kürze der Zeit auch einigermaßen gelungen. Der Justizpalast ist wieder geöffnet.“*

Glücklicherweise verfügen wir über sämtliche Justizverwaltungsakten des Jahres 1945, die eindrucksvoll die schwierige Situation in den ersten Monaten nach Kriegsende zeigen. Dr. *Heinrich Bartsch* – mit dessen Biographie uns in der Folge der Beitrag von Dr. *Stefan Wredac* vertraut machen wird – trat bereits im April 1945 seinen Dienst im Justizpalast an.<sup>2)</sup> Das Staatsamt für Justiz betraute ihn mit der vorläufigen Leitung des Obersten Gerichtshofs. Der erste Justizverwaltungsakt des Jahres datiert vom 22. Mai 1945 und betrifft die provisorische Wiederindienststellung eines ehemaligen Richters des Obersten Gerichtshofs, der im Dezember 1938 nach der Verordnung zur Neuordnung des österreichischen Berufsbeamtentums<sup>3)</sup> versetzt worden war.<sup>4)</sup>

Gemessen an sonstigen Kriegsschäden in Wien war der Justizpalast relativ glimpflich davongekommen. Ein großes Problem waren die zahlreichen zerbrochenen Glasscheiben, insbesondere Schäden an der Dachverglasung. Mit Pappe und ölgetränktem Papier konnten die Räume zwar notdürftig gegen Wind und Wetter abgedichtet werden. Bei Wind wurden jedoch weitere Glasscheiben regelrecht herausgedrückt. Noch bis zum Jahr 1949 waren die Stiegenhäuser und die Aula immer wieder mit zerbrochenen Glasscheiben übersät. Glas war Mangelware. Anschaulich ist in diesem Zusammenhang eine Beschwerde, in der das Oberlandesgericht Wien gegenüber dem Handelsministerium beklagte, dass anderen Bundesgebäuden viel mehr Glasscheiben als dem Justizpalast zur Verfügung gestellt wurden.<sup>5)</sup>

Der Oberste Gerichtshof verfügte zunächst neben einem Sitzungszim-

mer über sieben Räume im (nun) zweiten Stock,<sup>6)</sup> musste aber im August 1945 in den dritten Stock übersiedeln, weil seine Zimmer für die englisch-amerikanische Kontrollkommission benötigt wurden. Im August 1945 wurde entschieden, dass die Interalliierte Kommandantur im Justizpalast untergebracht wird; ihr musste fast der ganze erste (heute zweite) Stock weichen.

Der Präsident des Oberlandesgerichts Wien hatte dem provisorischen Leiter *Bartsch* zunächst eine Kanzlei- und eine Schreibkraft samt einer alten Schreibmaschine<sup>7)</sup> überlassen. Ende September 1945 forderte *Bartsch* vom Staatsamt für Justiz eine zweite Schreibkraft samt Schreibmaschine auch für den Einsatz bei der Generalprokuratur.<sup>8)</sup> Im September 1945 waren drei Richter beim Obersten Gerichtshof tätig. Ihre hohe Arbeitsbelastung, aber auch die schwierige Versorgungslage ergibt sich aus einem Schreiben von *Bartsch* an das Zentralernährungsamt vom 21. September 1945. Darin verweist er auf die Tätigkeit der Richter als „geistige Schwerarbeiter“ mit einer Mindestwochenarbeitszeit von 60 Stunden und ersucht um Zuweisung einer Schwerarbeiterkarte für sie und die beim Obersten Gerichtshof tätigen Kanzleibediensteten, die zum Bezug von Lebensmittelzusatzkarten berechnete.<sup>9)</sup>

Aus einer Präsidialverfügung vom 1. Oktober 1945 wissen wir, dass bereits nichtöffentliche Sitzungen abgehalten wurden.<sup>10)</sup> Zu diesem Zeitpunkt bestand ein Senat aus fünf Mitgliedern, die als „gemäßregelte öffentlich-rechtliche Bedienstete österreichischer Staatsbürgerschaft“ gemäß § 4 des Beamten-Überleitungsgesetzes<sup>11)</sup> iVm dem Erlass des Staatsamts

für Justiz vom 18. September 1945, GZ 2205/45, rehabilitiert wurden.<sup>12)</sup> Die ersten öffentlichen Kassationsverhandlungen fanden am 5. Oktober 1945 statt.<sup>13)</sup> Besondere Bedeutung kam dabei den Verfahren nach dem Verbotsgesetz zu. Mehrere Erlässe der Staatskanzlei gaben dessen Auslegung vor.<sup>14)</sup>

Am 12. Oktober 1945 schlug *Bartsch* fünf aus dem Sprengel des Oberlandesgerichts Wien einzuberufende Richter für den Obersten Gerichtshof vor; den vorläufigen Personalaufwand für 1946 bezifferte er mit mindestens 18 Mitgliedern (Präsident, zweiter Präsident, vier Senatspräsidenten, 12 Räte) sowie mehreren Kanzleikräften. Die kaum vorhandene Amtsbibliothek wurde erwähnt

- 
- 1) Die Beiträge des damaligen Symposiums „Die Auflösung des Obersten Gerichtshofs im Jahr 1939“ sind in RZ 2014, 130 ff, veröffentlicht.
  - 2) Pers 7-B-1.
  - 3) Verordnung vom 31. Mai 1938, kundgemacht in dRGBI 1938, 607 ff.
  - 4) Präs 1/45.
  - 5) *Barbara Sternthal*, Die Reise des Hauses durch die Zeit, in *BMJ* (Hrsg), Der Wiener Justizpalast (2007) 32 f; s auch Präs 36/45.
  - 6) Schreiben von *Heinrich Bartsch* an den Staatssekretär vom 16. Juni 1945, Präs 7/45.
  - 7) Die Präsidialakten des Jahres 1945 zeigen für mich insgesamt das schöne Bild, wie gut und vertrauensvoll schon damals die Zusammenarbeit zwischen dem Oberlandesgericht Wien und dem Oberstem Gerichtshof verlief.
  - 8) Präs 38/45.
  - 9) Präs 25/45.
  - 10) Präs 40/45.
  - 11) Gesetz vom 22. August 1945 zur Wiederherstellung des österreichischen Beamtentums (Beamten-Überleitungsgesetz), StGBI 1945/134.
  - 12) Sammelakt Präs 45-50/45.
  - 13) Präs 35/45.
  - 14) ZB Präs 60/45: Aufzählung jener Personen mit Erlass, die als „Funktionäre“ zu qualifizieren sind. Die Gewaltentrennung scheint in den ersten Monaten nach Kriegsende keine wesentliche Rolle gespielt haben.

und ihre für die Tätigkeit eines Höchstgerichts unabdingbare Aufstockung angesprochen.<sup>15)</sup> Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass 1945 nur zwei Exemplare der Geschäftsordnung des Obersten Gerichtshofs aufgefunden wurden; eine davon bei einem Beamten des Obersten Gerichtshofs.<sup>16)</sup> Dieser Mann hatte als beim Obersten Gerichtshof eingesetzter Zellenleiter der NSDAP nach dem Inhalt der vorhandenen Präsidialakten unter anderem auch Anteil an der Versetzung mehrerer von ihm denunzierter Richter und Beamten in den vorzeitigen Ruhestand wegen „Untragbarkeit für die Partei“.<sup>17)</sup>

### III. DIE ENDGÜLTIGE WIEDERRICHTUNG DES OBERSTEN GERICHTSHOFS

Formell wurde der Oberste Gerichtshof durch § 69 des Behörden-Überleitungsgesetzes 1945<sup>18)</sup> iVm dem Gerichtsorganisationsgesetz 1945<sup>19)</sup> wiedererrichtet. Vollendet war die Wiederrichtung des Obersten Gerichtshofs mit 22. November 1945: An diesem Tag ernannte der Politische Kabinettsrat den Sektionschef Dr. Guido Strobele-Wangendorf zum Ersten Präsidenten des Obersten Gerichtshofs, den Senatspräsidenten i.R. Dr. Otto Leonhard zum Zweiten Präsidenten, die Räte des Obersten Gerichtshofs i.R. Dr. Heinrich Bartsch und Dr. Josef Peither sowie den Vorsitzenden Rat des Oberlandesgerichts Wien i.R. Dr. Heinrich Klang zu Senatspräsidenten und weitere sieben Richter zu Räten des Obersten Gerichtshofs.<sup>20)</sup> Der neu ernannte Präsident wurde allerdings in seiner bisherigen Funktion als Leiter der Sektionen I und II im Staatsamt für Justiz weiterverwendet. Die tatsächliche Leitung des

Obersten Gerichtshofs oblag somit dem Zweiten Präsidenten Dr. Otto Leonhard.

Die erste dokumentierte Verfügung des neuen amtierenden Präsidenten ist ein Schreiben vom 29. November 1945 an das Staatsamt für Industrie, Gewerbe, Handel und Verkehr, das heute fast anekdotisch anmutet:<sup>21)</sup>

*„Hochverehrter Herr Minister!*

*Der Oberste Gerichtshof ist wieder hergestellt und soll seine Wirksamkeit wieder beginnen. Zu einem würdigen Auftreten bei Verhandlungen fehlen uns aber die vorgeschriebenen Amtskleider (Talare und Barett). Und in dieser Not wende ich mich vertrauensvoll an Ihre Hilfe ... Sie werden uns auch jetzt helfen, damit es vermieden werde, dass die Senate des Obersten Gerichtshofes in etwas abgetragenen Zivil sich der Öffentlichkeit zeigen müssen. Um die Senatsmitglieder ... ordentlich auszustatten, brauchen wir etwa 100 m schwarzes Tuch oder Kammgarn, das Übrige, was dazu gehört, würden wir uns selbst beschaffen. Wären Sie vielleicht in der Lage, irgend eine Verfügung zu treffen, dass uns dieses Quantum Tuch oder auch etwas weniger möglichst bald zur Verfügung gestellt wird? Sie würden sich damit neuerdings um die Justiz ein grosses Verdienst erwerben und den Obersten Gerichtshof zu immerwährender Dankbarkeit verpflichten ...“*

Dem Ersuchen wurde übrigens rasch entsprochen.

Die erste Vollversammlung („Volle Ratsversammlung“) fand am 1. Dezember 1945 statt und betraf die Beschlussfassung über die damals vorgesehene Entsendung je eines Mitglieds und eines Ersatzmitglieds

in den Verfassungsgerichtshof durch die Vollversammlung des Obersten Gerichtshofs.<sup>22)</sup> Als Mitglied wurde Senatspräsident Dr. Klang, als Ersatzmitglied Dr. Höller entsandt.

Schließen möchte ich mit einem Schreiben von Staatssekretär Gerö an das Präsidium des Obersten Gerichtshofs vom 17. Dezember 1945:<sup>23)</sup>

*„Der Oberste Gerichtshof ist durch die Besetzung der Präsidenten und der übrigen derzeit erforderlichen Richterposten instandgesetzt, seine Tätigkeit in vollem gesetzlichen Umfang wieder aufzunehmen ... Die Geschäftsstelle des OGH, seine Amtswirtschaft und Amtsgeldgebarung werden wieder selbständig ... Von 1. Jänner 1946 an wird für den Obersten Gerichtshof wieder ein selbständiger Geldvorschlag erstellt ... Die Buchhaltung wird von der Buchhaltung des OLG Wien besorgt. Die Zentralbibliothek im Justizpalast wird wieder dem Obersten Gerichtshof angegliedert ...“*

15) Präs 33/45. Eine für heutige Verhältnisse überaus bescheidene Bücheranforderung vom 12. September 1945, die sich im Wesentlichen auf Gesetzestexte beschränkte, lässt sich aus Präs 22/45 ableiten.

16) Präs 15/45.

17) Präs 85/45. Wie das in der Folge gegen ihn geführte Strafverfahren endete, ist mir nicht bekannt.

18) Gesetz vom 20. Juli 1945 über die Überleitung der Verwaltungs- und Justizeinrichtungen des deutschen Reiches in die Rechtsordnung der Republik Österreich, StGBI 1945/94.

19) Gesetz vom 3. Juli 1945 über die Wiederherstellung der österreichischen Gerichtsorganisation, StGBI 1945/47.

20) Präs 92/45.

21) Präs 93/45.

22) Präs 91/45. Rechtsgrundlage war § 1 Abs 3 des Gesetzes vom 12. Oktober 1945 über die Einrichtung und das Verfahren des Verfassungsgerichtshofes (VfGG 1945), StGBI 1945/209, womit das Verfassungsgerichtshofgesetz in der Fassung 1930 mit Änderungen wieder in Geltung gesetzt wurde.

23) Präs 117/45.

# Grußworte der Frau Bundesministerin

VORTRAGENDE: Dr. Alma Zadić, Bundesministerin für Justiz.



Sehr geehrte Damen und Herren,

ich danke dafür, dass man mir hier die Gelegenheit gegeben hat, bei dieser hochinteressanten Veranstaltung Grußworte zu sagen.

Das Kriegsende bedeutete für Deutschland und Österreich eine Zäsur in vielerlei Hinsicht. Deutschland und Österreich lagen in Trümmern. Dies galt nicht nur im wortwörtlichen, sondern auch im übertragenen Sinn. Denn Österreich war im Mai 1945 nicht nur äußerlich, sondern auch in menschlicher, moralischer und politischer Hinsicht ein Ruinenfeld. Die Spuren des NS-Regimes und des Krieges waren allgegenwärtig, sowohl äußerlich wie innerlich. Dies versinnbildlichte nicht zuletzt auch der Justizpalast, der durch mehrere Bombentreffer massive Schäden davongetragen hatte.

Viele Österreicher hatten sich in Schuld verstrickt, viele waren Opfer geworden, auf viele traf beides zu.

Oft wird das Kriegsende als „Stunde Null“ der Zweiten Republik bezeichnet. In vielerlei Hinsicht war er das sicherlich auch. Er war freilich nicht jener komplette Neustart, der von heute zurückblickend betrachtet wünschenswert gewesen wäre.

Jene in den staatlichen Institutionen tätigen Organwalter, die eben noch den Willen des NS-Regimes vollzogen und einer autoritären Unrechtsordnung gedient hatten, sollten nun der Zweiten Republik dienen, die ihrerseits unter der Kuratel der alliierten Siegermächte stand.

Damit stellt sich die Frage, inwieweit es Kontinuitäten zwischen der NS-Justiz und jener der Zweiten Republik gab. Zu diesem lange vernachlässigten Thema gibt es inzwischen verdienstvolle Forschungsarbeiten unter anderem von *Wolfgang Neugebauer* und *Ilse Reiter-Zatloukal*.

Mir liegt dazu aktuell der Endbericht eines vom Bundesministerium für Justiz finanzierten Forschungsprojekts vor, dessen Publikation ich veranlassen werde. Gegenstand dieses vom Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstands durchgeführten Projekts waren die Karrierewege von österreichischen Richtern und Staatsanwälten vor, während und nach der NS-Zeit.

Dieser Bericht bestätigt aufs Neue, dass es der Justizverwaltung der Zweiten Republik nicht gelungen ist, die österreichischen Gerichte ausschließlich mit unbelasteten Richtern zu besetzen. Aufgrund der zunächst wirksamen Entnazifizierungsmaßnahmen bestand in den unmittelbaren Nachkriegsjahren ein Mangel an qualifiziertem Justizpersonal. Von den 237 Richtern und Staatsanwälten, die vom NS-Regime aus rassistischen oder politischen Gründen entlassen worden waren, konnten nur 144 nach dem Krieg wiedereingestellt werden. Die übrigen waren entweder bereits zu alt, emigriert oder ermordet worden. Deshalb wurde ein hoher Prozentsatz an ehemaligen Nationalsozialisten wieder in den Dienst gestellt, nachdem seit der Amnestie für sogenannte Minderbelastete im Jahr 1948 keine rechtlichen Hindernisse für deren Wiedereinstellung mehr bestanden.

Zu den 1945 reaktivierten Richtern, die während der NS-Zeit selbst Opfer von Verfolgung geworden waren, gehörte unter anderem Dr. *Karl Wable*. Er war aufgrund seiner jüdischen Herkunft aus dem richterlichen Dienst entlassen worden. Danach war er untergetaucht und hatte sozusagen als „U-Boot“ die NS-Zeit überlebt. Nach seiner Reaktivierung wurde er in weiterer Folge Präsident des Handelsgerichts Wien und 1956 schließlich Präsident des OGH.

Dass somit in der Nachkriegszeit ehemalige Anhänger und Opfer des



NS-Regimes Tür an Tür bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften Dienst versehen haben, ist für uns heute nur noch schwer vorstellbar. Es ist aber dieses Bild, das paradigmatisch die Lebenswirklichkeit der Nachkriegszeit vor unserem geistigen Auge entstehen und wohl auch erahnen lässt, warum das Verdrängen

der Gräueltat des NS-Regimes sowohl für viele seiner Anhänger als auch viele seiner Opfer lange eine Überlebensstrategie zur Bewältigung des Alltags inmitten der Ruinenlandschaft gewesen sein mag.

Dieses Symposium setzt sich spezifisch mit der Institutionengeschichte

des OGH in der Nachkriegszeit auseinander, was mir in Anbetracht der Schlüsselrolle des OGH für die Rechtsfortbildung auch sehr lohnenswert erscheint. Ich möchte daher den Organisatoren des Symposiums herzlich danken und wünsche Ihnen allen eine spannende und informative Veranstaltung.

---

## Der Neuaufbau von Staat und Justiz

---

VORTRAGENDER: Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Jabloner, Vizekanzler a.D.



ist wohl seit 1804, also seit der Begründung des Kaisertums Österreich durch Franz II., anzunehmen. Es ist hier nicht am Platz, auf die historischen und sozialen Wechselfälle einzugehen. Bemerkenswert ist es indessen, dass die Verfassungen Österreichs seitdem als ausgeprägte „Juristenverfassungen“ qualifiziert werden können. Das hat historische Gründe, denn hierorts waren die berühmten Verfassungsmomente kaum je von der Aussicht auf eine nun herankommende, freudig begrüßte Zukunft geprägt. Viel eher versammelten sich die Verfassungsväter auf einer Bühne, auf der die Verfassungsteile real und ideell zusammengebrochener Reiche lagerten: So war es 1804, als das Kaisertum Österreich angesichts des moribunden Heiligen Römischen Reichs entstand, 1867 nach Königgrätz, 1918/19 nach dem verlorenen Weltkrieg und dem Zusammenbruch der Monarchie. Noch bis tief in die Zweite Republik herauf wurde der 12. November 1918 mitnichten als ein Freudentag gesehen. Die Unabhängigkeitserklärung 1945 hatte schließlich die Niederlage im Zweiten Weltkrieg und die Katastrophe des Nationalsozialismus zum Hintergrund.

Deshalb hat auch die geltende Bundesverfassung kaum eine über das Juristische hinausreichende soziale Verankerung. Von einer Sakralisierung der Verfassung<sup>3)</sup> wie etwa in den Vereinigten Staaten sind wir weit entfernt – und das ist auch gut so. Doch auch die nächste Stufe eines Verfassungspatriotismus<sup>3)</sup> erklimmen wir nicht. Vielmehr verharren wir in einem – durchaus schätzenswerten – Verfassungspragmatismus.<sup>4)</sup>

Die folgenden Betrachtungen lassen die zeitgeschichtlichen Gegebenheiten im Hintergrund und konzentrieren sich auf die rechtlichen Aspekte der Staatsbildung 1945. Das ist freilich eine trockene Sache!

Es wird zunächst um die Frage der Kontinuität oder Diskontinuität gehen, danach um die Entwicklung des Verfassungsrechts und der bedeutenden verfassungsrechtlichen Institutionen, mit einem besonderen Blick auf die beiden Gerichtsbarkeiten. Den zweiten Schwerpunkt bilden dann Fragen der materiellen Rechtsüberleitung.

### I. EINLEITUNG<sup>1)</sup>

A.E.I.O.U. – Austria erit in orbe ultima – Österreich wird bis ans Ende aller Zeiten bestehen. Das lassen wir einmal dahingestellt. Rückblickend gesehen hat „Österreich“ in seinen wechselnden Gestalten jedenfalls vieles überstanden. Eine in rechtlicher Hinsicht verfestigte Staatlichkeit Österreichs

## II. DIE REPUBLIK ÖSTERREICH: NEU- ODER WIEDERGEBOREN?

Soll eine Prüfung aus Verfassungsrecht sogleich unangenehm beginnen, so stelle man die Frage, seit wann denn die österreichische Bundesverfassung gilt: Seit dem Inkrafttreten des B-VG am 1. Oktober 1920 oder nicht vielmehr erst seit der Erlassung der Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945? Die Frage könnte auch politologisch formuliert werden: Seit wann existiert die Republik Österreich? Tatsächlich konkurrierten nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes auf dem Gebiet der vor- und dermaligen Republik Österreich zwei verschiedene Auffassungen miteinander:

Die Unabhängigkeitserklärung bestimmte, dass „die demokratische Republik Österreich ... wiederhergestellt und im Geiste der Verfassung von 1920 einzurichten“ sei, der „Anschluss ... null und nichtig“ sei und dass eine provisorische Staatsregierung eingesetzt werde, was zugleich mit der Kundmachung der Unabhängigkeitserklärung erfolgte. Die Unabhängigkeitserklärung ist somit die „historisch erste Verfassung“ und die Grundlage aller folgenden Rechtsakte.<sup>5)</sup>

Inhaltlich gesehen stellte die Unabhängigkeitserklärung freilich selbst die Kontinuität der österreichischen Rechtsordnung her und normierte – oder besser: fingierte – derart die rechtliche Einheit der Ersten und Zweiten Republik. Tatsächlich entwickelte sich diese hauptsächlich von *Leopold Werner* stammende Meinung zur herrschenden Lehre, also zur juristischen Narration des Jahres 1945.<sup>6)</sup> Im Gegensatz dazu kann es aber – im Sinne der Reinen Rechtslehre – nicht auf die Selbstdeutung des Materials ankommen, sondern nur darauf, dass die Unabhängigkeitserklärung in der

vormals geltenden reichsdeutschen Verfassung keinesfalls ihre Grundlage finden konnte, mithin revolutionären Charakter hatte.<sup>7)</sup> Das ist wohl auch die realistischere Sicht, denn jede andere Ansicht setzt ein Substanzdenken voraus, das in einem rechtlichen Zusammenhang nicht am Platz ist.

Demnach sind die Erste und die Zweite Republik zu unterscheiden und auch das B-VG galt rsp gilt zwei Mal: einmal zwischen 1920 und 1933 und das andere Mal seit 1945. Man kann sagen, dass sich diese Auffassung wohl durchgesetzt hat.<sup>8)</sup> Unsere im Sinne des Stufenbaues nach der rechtlichen Bedingtheit historisch erste Verfassung ist also die revolutionäre Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945, sie ist die Geltungsgrundlage des heute geltenden B-VG.

Nun könnte man zur Meinung kommen, es handle sich allein um eine akademische Differenz. Dem ist aber nicht so: Denn das B-VG<sub>2</sub> ist nicht nur deshalb eine formell andere Verfassung als das B-VG<sub>1</sub>, weil es auf einer anderen historisch ersten Verfassung beruht: Die in der Unabhängigkeitserklärung enthaltene Absage an den Nationalsozialismus bedeutete auch eine bis heute geltende Ergänzung oder – wenn man will – Derogation des B-VG dahingehend, dass ein revolutionäres Grundprinzip des Antinationalsozialismus eingeführt wurde<sup>9)</sup> oder – nach anderer Lesart – das demokratische und liberale Grundprinzip entsprechend eingengt wurden.<sup>10)</sup> Damit besteht jedenfalls eine Basis für die im Verbotsgesetz, StGBI 1945/13, angeordnete Strafbarkeit nationalsozialistischer Wiederbetätigung, die ja ansonsten teilweise mit den genannten Grundprinzipen im Widerspruch stünde. Die alternative Deutung als Einschränkung

bestehender Baugesetze hat freilich zur Konsequenz, dass diese Einschränkungen ohne Gesamtänderung wieder abgeschafft werden könnten, zumindest innerstaatlich. Die Unabhängigkeitserklärung ist also nicht nur eine Rezeptionsnorm mit Einmal-effekt, sondern gilt fortdauernd.

Ein weiterer Aspekt dieser Diskussion liegt in der völkerrechtlichen Dimension der Kontinuitätsfrage. Wenn ich es richtig verstehe, so kommt es im Völkerrecht aber nicht primär auf die Identität einer Rechtsordnung an, sondern darauf, ob und inwieweit der revolutionär neu entstandene und völkerrechtlich anerkannte Staat Rechte und Pflichten seines „Vorgängers“ übernimmt, es geht also um die schwierige Materie der völkerrechtlichen Sukzession.<sup>11)</sup> Eine

- 
- 1) Referat im Rahmen des Symposiums „Wiedererrichtet inmitten von Trümmern: Der Oberste Gerichtshof 1945“ am 10. Mai 2022. Die Vortragsform wurde beibehalten, einige Anmerkungen hinzugefügt. Frau Mag.<sup>a</sup> *Laura Rathmanner* danke ich für wertvolle Unterstützung.
  - 2) Vgl. *H. Dreier*, Säkularisierung und Sakralität (2013).
  - 3) Zum Begriff und zu seiner Kritik eingehend *Jan-Werner Müller*, Verfassungspatriotismus (2010), besonders 151.
  - 4) Vgl. *Jablonek*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsvoraussetzungen, in *Eberhard ua* (Hrsg.), 100 Jahre Republik Österreich. Kontinuität – Brüche – Kompromisse (2021) 1 (11).
  - 5) Rechtstheoretische Fragen bleiben hier außer Betracht.
  - 6) Vgl. *Werner*, Das Österreich vom 13. März 1938 und vom 27. April 1945. Eine Untersuchung über das Problem Kontinuität oder Diskontinuität der österreichischen Rechtsordnung, JBl 1945, 2; und *Werner*, Das Wiedererstehen Österreichs als Rechtsproblem, JBl 1946, 85, 105, 137, 161.
  - 7) Vgl. *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System (1972) 22.
  - 8) Vgl. nur *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>13</sup> (2022) Rz 49.
  - 9) Vgl. *Jablonek* (Fn 4) 4.
  - 10) Vgl. *Rill/Schäffer* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassung (2021) Art 1 B-VG Rz 35.
  - 11) Vgl. mwH *Fiedler*, Das Kontinuitätsproblem im Völkerrecht (1978) 48 und *Verdross* (mit Bezug auf die RR).

Verklammerung mit der verfassungsrechtlichen Frage ergab sich in Österreich deshalb, weil die Verpflichtung der Republik Österreich nach dem Konkordat von 1934 umstritten war. Diesbezüglich neigten die Sozialdemokraten zur „Annexionstheorie“, die eine Diskontinuität bedeutet hätte, wohingegen die österreichische Volkspartei die „Okkupationstheorie“ vertrat, schon um die Verpflichtungen der Republik Österreich gegenüber dem Heiligen Stuhl zu bewahren.<sup>12)</sup>

Im völkerrechtlichen Zusammenhang viel wesentlicher war die Haltung des neuen Staates zum soeben zusammengebrochenen NS-Reich: Im Nachkriegs-Österreich herrschte sogleich und noch bis in die 90er Jahre die sogenannte „Opferthese“ vor.<sup>13)</sup> Demnach war die Republik Österreich 1938 überfallen worden und hatte daher bis 1945 nicht existiert, weshalb ihr die Untaten des NS-Regimes nicht zugerechnet werden konnten. Nun war die Einnahme dieses Standpunktes sowohl völkerrechtlich korrekt als auch außenpolitisch sinnvoll, weil so Angriffe auf das Deutsche Eigentum in Österreich und Gebietsansprüche abgewehrt werden konnten und die Opferthese – auf einer ideellen Ebene – zur Festigung der österreichischen Identität beitrug. Die Opferthese wurde jedoch nicht nur außenpolitisch ins Treffen geführt, sondern auch gegen die tatsächlichen Opfer des Nationalsozialismus angewendet. Darin lag ein bedenklicher Fehlschluss. So zweckmäßig die juristisch-außenpolitische Konstruktion war, so unzulässig war sie innenpolitisch und moralisch. Sie erwies sich nämlich sehr bald als geeignet, Rückstellungsansprüche so weit wie möglich abzuwehren oder deren Effizienz zu mindern. Dies obzwar schon die „Moskauer Deklaration“ vom 1. November 1943 Österreich nicht nur als erstes

Opfer „der typischen Angriffspolitik Hitlers“ angesprochen, sondern auch die österreichische Verantwortung „für die Teilnahme am Kriege an der Seite Hitler-Deutschlands“ geltend gemacht hatte. Erst im zeitlichen Umfeld der „Waldheim-Diskussion“ und des Gedenkjahres 1988 begann ein schrittweises Abrücken von der Opferthese und es setzte eine Phase der bis heute andauernden rechtlichen Neubewertung der NS-Zeit ein.

### III. DER ÜBERGANG ZUM B-VG UND DIE NEUBEGRÜNDUNG VERFASSUNGSRECHTLICHER INSTITUTIONEN

Die provisorische Staatsregierung erließ zwei Rechtsakte auf Verfassungsstufe:<sup>14)</sup> Zum einen das „i.“ Verfassungsüberleitungsgesetz, das ein Wiederinkrafttreten des B-VG 1920 in der Fassung von 1929 und aller übrigen Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltenen Verfassungsbestimmungen nach dem Stand der Gesetzgebung vom 5. März 1933 vorsah. Jegliches danach erlassene Verfassungsrecht wurde aufgehoben.<sup>15)</sup> Das B-VG wurde also nicht in seiner Stammfassung von 1920, sondern in jener der großen Novelle von 1929 übergeleitet. Das war nicht unproblematisch<sup>16)</sup> und erklärt sich wohl pragmatisch. Denn in den ersten Monaten nach dem April 1945 ging es ja darum, möglichst rasch eine stabile Verfassungsordnung herzustellen. Die Alliierten drängten – aus ganz unterschiedlichen Gründen – eher zu einer neuen Verfassung. Man darf nicht übersehen, dass die KPÖ unter dem Schutz der sowjetischen Besatzungsmacht stand und ja tatsächlich an der Gründung der Zweiten Republik beteiligt war. Die Diskussion um eine neue Verfassung hätte die Kommunisten stark ins Spiel gebracht und vielleicht einen Weg ähnlich wie in der Tschechoslowakei

geebnet. In dieser Situation war es namentlich der spätere Bundespräsident *Adolf Schärf*, der – gegen *Karl Renner* und *Ernst Fischer* – für eine Rezeption des B-VG eintrat. Man griff also auf die späteste gemeinsame Willensbildung zurück, um die unvermeidbaren Weiterungen einer Verfassungsdiskussion hintanzuhalten.

Inhaltlich bedeutete dies eine wesentliche Wendung: Wenn von der „Eleganz der Bundesverfassung“ in Bezug auf die Ebene der Bundesregierung gesprochen wird, geht es eigentlich um die Fassung von 1929. Während das B-VG von 1920 die Republik Österreich als radikal parlamentarische Demokratie einrichtete, verwandelte die Novelle 1929 das System in die Richtung einer stärkeren präsidentiellen Prägung. Seitdem kommen dem Bundespräsidenten, der durch Volkswahl kreiert werden sollte – wozu es erst freilich in der Zweiten Republik kam –, starke Befugnisse sowohl gegenüber der Bundesregierung als auch gegenüber dem Parlament zu. Mag manches davon auch noch nicht angewendet worden sein, so zeigte sich, dass es ein „totes Recht“ grundsätzlich nicht gibt, weil Entwicklungen unabsehbar sind.

Der zweite Rechtsakt betraf die „Vorläufige Verfassung“.<sup>17)</sup> Sie ist vollständig außer Kraft getreten und braucht hier nicht im Einzelnen referiert zu werden. Interessant ist, dass § 1 Abs 2 eine allgemeine Regelung zur „verfassungskonformen Interpretation“ aller Rechtsakte enthielt, die es in dieser Form im B-VG nicht gibt.

Während der Geltungsdauer der vorläufigen Verfassung kam es zu weiteren verfassungsrechtlichen Fügungen, namentlich zur Wiedererrichtung des Burgenlandes<sup>18)</sup> (Burgenlandgesetz)

und zu Änderungen der Landesgesetzgebung. Mit der Durchführung der ersten Wahlen zum Nationalrat und seinem Zusammentritt am 19. Dezember 1945 wird allgemein der Wiedergeltungszeitpunkt des B-VG 1920 festgelegt.<sup>19)</sup>

Hinsichtlich der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts gestaltete sich der Übergang wie folgt:

Nach § 77 des Behörden-Überleitungsgesetzes<sup>20)</sup> sollte der neu zu errichtende VwGH an der Stelle des seinerzeitigen „Reichsverwaltungsgerichts, Außensenate Wien“ die Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit übernehmen. Anders als nach der vorläufigen Verfassung, die den VwGH lediglich zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Bescheiden ermächtigte, sah das neue Verwaltungsgerichtshofgesetz, StGBI 1945/208, weitere Kompetenzen vor. Sehr bedeutsam war, dass sich die Neuregelung nicht – wie sonst – an der Verfassung von 1929 orientierte, sondern die „einheitlichere, straffere Regelung des Gegenstandes durch die Verfassung 1934“ behielt.<sup>21)</sup> Vor allem bedeutete dies, dass aus der Verfassung 1934 die „Säumnisbeschwerde“ (später Art 132 B-VG) übernommen wurde. Die Verfassung 1934 war ja zwar antidemokratisch, sorgte aber für einen gewissen Ausbau der rechtsstaatlichen Funktionen.<sup>22)</sup>

Der Verfassungsgerichtshof wiederum wurde formell durch den Abschnitt VII der vorläufigen Verfassung eingerichtet, das Verfassungsgerichtshofgesetz wurde mit BGBl 1953/85 neu verlautbart. Hinsichtlich des VfGH wurde die Rechtslage von 1929 im Wesentlichen beibehalten. Größere Änderungen der Zuständigkeit des VfGH erfolgten erst mit der Novelle 1975, mit der der Weg zum

VfGH verbreitet wurde, eine Tendenz, die dann die große B-VG-Novelle 2013 fortsetzte.

Im Übrigen wurden sowohl durch das 1. als auch durch das von der ProvStReg erlassenen 2. Verfassungsüberleitungsgesetz zahlreiche Regelungen teils derogativer, teils meritorischer Art getroffen, die hier im Einzelnen nicht aufgezählt werden können.

#### IV. DIE NEUBEGRÜNDUNG VON JUSTIZ UND STAATSANWALTSCHAFT

Die Wiederaufstellung der Justiz erfolgte mit einer Reihe einander teilweise überlappender Rechtsakte:

Abschnitt V der „Vorläufigen Verfassung“ rezipierte die wesentlichen Regelungen der Art 82 ff B-VG: Die Verkündung der Urteile und Erkenntnisse im Namen der Republik, die richterliche Unabhängigkeit, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit, die Altersgrenze, den OGH, die Mitwirkenden aus dem Volk und die Bindung der Gerichte an gehörig kundgemachte Gesetze. Am 3. Juli folgte das Gerichtsorganisationsgesetz 1945,<sup>23)</sup> das die am 13. März 1938 bestandene Organisation der Gerichte, staatsanwaltschaftlichen Behörden und sonstigen Justizanstalten wiederherstellte. Der nächste Schritt war am 20. Juli 1945 die Erlassung des Behörden-Überleitungsgesetzes, mit dem u.a. die Generalprokuratur eingerichtet wurde und Oberstaatsanwaltschaften in ihrem Wirkungsbereich bestätigt wurden. Mit V des Staatsamtes für Justiz vom 9. August 1945 wurden die Bezirksgerichte in Wien neu aufgestellt.<sup>24)</sup>

Ein sehr bedeutsamer Rechtsakt war dann das am 22. August 1945 erlassene Beamten-Überleitungsgesetz,<sup>25)</sup> das ei-

nerseits ein Ausscheiden belasteter Richter und Staatsanwälte, andererseits eine Rehabilitierung von in der NS-Herrschaft, aber auch schon im autoritären Staat von 1934, politisch Gemaßregelter vorsah. Der tatsächliche Vollzug dieser Vorschriften, wie wohl rechtshistorisch höchst relevant, kann nicht mehr Teil dieses Vortrags sein. Dazu ist an erster Stelle auf die detailreichen Aufsätze von *Erika Weinzierl* und *Herbert Loebenstein* im Sammelband über die „Anfänge des

- 
- 12) Vgl mW *Kosteletzky*, Die Anerkennung des österreichischen Konkordates vom 5. Juli 1933 und die Verträge der Republik Österreich mit dem Hl. Stuhl von 1960 und 1962, in FS Kummer (1965) 431.
  - 13) Vgl *Jabloner*, Die österreichische Historikerkommission, in FS Adamovich (2002) 227.
  - 14) Zum Folgenden *Adamovich*, Die Entwicklung des österreichischen Verfassungsrechts seit 1945, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1953, 179, passim.
  - 15) Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1929, StGBI 1945/4.
  - 16) Vgl zum Folgenden mit weiteren Hinweisen *Jabloner* (Fn 4) 7.
  - 17) Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über die vorläufige Einrichtung der Republik Österreich (Vorläufige Verfassung), StGBI 1945/4.
  - 18) Verfassungsgesetz vom 29. August 1945 über die Wiedererrichtung des selbstständigen Landes Burgenland, StGBI 1945/143. Rechtstechnisch erfolgte dies durch eine Abänderung der Vorläufigen Verfassung.
  - 19) Vgl etwa *Walter* (Fn 7) 28.
  - 20) Gesetz vom 20. Juli 1945 über die Überleitung der Verwaltungs- und Justizeinrichtungen des Deutschen Reiches in die Rechtsordnung der Republik Österreich (Behörden-Überleitungsgesetz – Behörden-ÜG), StGBI 1945/94.
  - 21) Zum Ganzen *Ringhofer*, Der Verwaltungsgerichtshof (1955) 102.
  - 22) Vgl *Wiederin*, Die Rechtsstaatskonzeption der Verfassung 1934. Zugleich Mutmaßungen über die Gründe einer Begriffsrenaissance, in *Parlamentsdirektion* (Hrsg), Staats- und Verfassungskrise 1933 (2014) 75 (80).
  - 23) Gesetz vom 3. Juli 1945 über die Wiederherstellung der österreichischen Gerichtsorganisation (Gerichtsorganisationsgesetz 1945 – GOG 1945), StGBI 1945/47.
  - 24) Verordnung des Staatsamtes für Justiz vom 9. August 1945 über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Bezirksgerichte in Wien, StGBI 1945/122.
  - 25) Gesetz vom 22. August 1945 zur Wiederherstellung österreichischen Beamten (Beamten-Überleitungsgesetz), StGBI 1945/134.

Wiederaufbaues der österreichischen Justiz 1945“ hinzuweisen.<sup>26)</sup>

## V. RECHTSÜBERLEITUNG UND AUSTRIFIZIERUNG

Eine Revolution, also ein Wechsel der Geltungsgrundlage, hebt im ersten Moment – in der berühmten juristischen Sekunde – die gesamte Rechtsordnung aus. Dies versetzt den Rechtsstab, der für die Rechtstechnik verantwortlich ist und gewissermaßen die Rechtsordnung administriert, in die Lage höchster Anspannung, die sich in einer gewaltigen Reihe von Rechtsakten entlädt.

Ein Teil der hier notwendigen legislativen Maßnahmen erfolgte in Formen expliziter Rechtsetzung, also durch die Aufhebung von generell-abstrakten Rechtsnormen. So wie mit dem 1. Verfassungs-Überleitungsgesetz etwa alle Bundesverfassungsgesetze, Verfassungsbestimmungen und verfassungsrechtlichen Vorschriften, die nach dem 5. März 1933 erlassen worden waren, aufgehoben oder – für die Justiz einschlägig – mit dem Gesetz über die Wiederherstellung des österreichischen Strafrechtes, StGBI 1945/25, und mit dem Gesetz über die Wiederherstellung des österreichischen Strafprozessrechts, StGBI 1945/26, das Strafrecht – als besonders relevante Materie – zugleich bereinigt und neu geregelt wurde. Das Staatsgesetzblatt von 1945 ist durch eine große Zahl solcher legislativer Maßnahmen gekennzeichnet.

Eine weitere Serie genereller Rechtsakte hatte zum Ziel, Verbrechen und Missstände des alten Regimes zu ahnden, aufzuheben oder zu kompensieren. Dazu zählten (und zählen) etwa massive strafrechtliche Vorschriften wie das Verbotsgesetz 1945 oder aber auch alle rechtlichen

Maßnahmen der Entschädigung und Restitution, etwa auch der Staatsbürgerschaft. Hier haben wir es mit einem legislatorischen Prozess zu tun, der bis in die Gegenwart andauert.<sup>27)</sup>

Trotz der Vielzahl dieser Akte wurde aber der weit größere Teil der Rechtsordnung nicht durch Anordnungen gleichsam auf der Ebene des Betriebssystems der Rechtsordnung bearbeitet, sondern in der Form der „Rechtsüberleitung“. Man versteht darunter die nach einem Bruch der Rechtskontinuität vorgenommene Inkraftsetzung von für ein bestimmtes Gebiet in Geltung gewesenen Rechtsvorschriften (meist in größerem Ausmaß) einer früheren Rechtsordnung, die ihre Geltung verloren hat, in der neuen Rechtsordnung. Es handle sich somit um eine Erlassung von Rechtsvorschriften, die inhaltlich aus einer früheren Rechtsordnung übernommen werden. Vom Standpunkt der Legistik her gesehen ist die Rezeption ein naheliegendes Instrument der Normökonomie und der Bewältigung zeitlichen Drucks. Vergleichbare legislative Instrumente sind die Übernahme von Rechtsvorschriften aus einer anderen, etwa völker- oder unionsrechtlichen Rechtsschicht oder – innerhalb einer Rechtsordnung – alle Formen der Verweisung, entweder auf rechtliche Bestimmungen oder auf außerrechtliche normative Instrumente wie etwa Ö-Normen.<sup>28)</sup>

Zurück zur Rechtsüberleitung von 1945: Die maßgebende Rechtsvorschrift dafür war das Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich (Rechts-Überleitungsgesetz, StGBI 1945/6). Nach dessen § 2 wurden die Gesetze und Verordnungen, die nach dem 13. März 1938 für die Republik Österreich oder ihre

Teilbereiche erlassen wurden, bis zur Neugestaltung der einzelnen Rechtsgebiete als österreichische Rechtsvorschriften in vorläufige Geltung gesetzt. Ausgenommen waren nach § 1 Abs 1 jene Gesetze und Verordnungen, die mit dem Bestand eines freien und unabhängigen Staates Österreich oder mit den Grundsätzen einer echten Demokratie unvereinbar sind, die dem Rechtsempfinden des österreichischen Volkes widersprechen oder typisches Gedankengut des Nationalsozialismus enthalten. Diese Bestimmungen werden aufgehoben, und zwar mit konstitutiver Wirkung. § 3 berief die provisorische Staatsregierung zur Bildung einer Kommission zur Vereinheitlichung und Vereinfachung der österreichischen Rechtsordnung, der die Aufgabe der „Austrifizierung“ der Rechtsordnung übertragen wurde. Sie sollte die Kundmachungen der provisorischen Staatsregierung vorbereiten, mit denen festgestellt werden sollte, welche Bestimmungen als aufgehoben zu gelten haben, woran alle Gerichte und Verwaltungsbehörden gebunden wurden. Weiters sollte die Kommission Vorschläge für eine möglichst Vereinheitlichung und Vereinfachung der gesamten österreichischen Rechtsordnung erstatten.

Über die Funktionsweise des R-ÜG 1945 besteht keine einheitliche Auffassung zwischen den Höchstgerichten. Während der VfGH und der OGH annehmen, dass der Kundmachung der Bundesregierung konstitutive Wirkung zukommt, das heißt dass nicht derart aufgehobene Rechtsakte weiterbestehen,<sup>29)</sup> vertritt der VfGH die Auffassung, dass Rechtsvorschriften, die einem der in § 1 R-ÜG festgelegten Tatbestände widerstreiten, auch dann als aufgehoben anzusehen sind, wenn die in § 1 Abs 2 R-ÜG vorgesehene Kundmachung nicht erlassen worden

ist.<sup>30)</sup> Quantitativ spielen Entscheidungen in Anwendung oder zumindest Zitierung des R-ÜG 1945 naturgemäß eine abnehmende Rolle, kommen aber noch immer vor, so zuletzt in einem Urteil des OGH aus 1997, in dem es um den Weiterbestand eines Superädifikats ging und der Oberste Gerichtshof sich darauf berief, dass aufgrund des § 1 R-ÜG 1945 nicht von absolut nichtigen Verwaltungsakten auszugehen wäre.<sup>31)</sup> Inhaltlich betreffen diese Entscheidungen hauptsächlich Enteignungen resp Benützungrechte, Polizeiverordnungen und arbeitsrechtliche Bestimmungen.

Das Rechtsüberleitungsgesetz ist mit einer fabelhaften Fülle von rechtsdogmatischen Zweifelsfällen ausgestattet. Darüber kann man im ausführlichen Kapitel im System von *Robert Walter* alles lesen.<sup>32)</sup> Besondere Schwierigkeiten bereitete die Einordnung übergeleiteter Vorschriften in das formelle, an Rechtsatzformen gebundene Rechtsquellensystem der österreichischen Bundesverfassung. Prinzipiell wurde hier der Weg einer materiellen Einordnung gewählt, das heißt die Einordnung danach vorgenommen, in welcher Form ein entsprechender Inhalt unter der Geltung des B-VG zu erzeugen wäre. Dies brachte eine Reihe von eigenartigen Rechtserscheinungen hervor, wie „Quasigesetze“ oder „Pseudoverordnungen“.<sup>33)</sup>

In einem engeren sachlichen Zusammenhang zur Rechtsüberleitung stand auch die Wiederverlautbarung von Bundesgesetzen und Verordnungen (Art 49a B-VG). Nach § 1 des Wiederverlautbarungsgesetzes, BGBl 1947/114, war nämlich vor einer Wiederverlautbarung das Einvernehmen mit der Kommission nach dem Rechtsüberleitungsgesetz zu pflegen. Das weitere Schicksal der Kommission ist unklar.

Zwar gilt das Rechtsüberleitungsgesetz noch immer, da ja genau genommen jede Rechtsanwendung immer wieder von Neuem durch die Überleitungsschleuse zu manövrieren ist, die Kommission wurde mit der B-VG-Novelle 1981 formell aufgelassen, nachdem sie – nach Ausweis der Erläuterungen – bereits seit längerem nicht mehr zu Sitzungen zusammengetreten war.<sup>34)</sup>

Noch eine Bemerkung zur inhaltlichen Seite der Rechtsüberleitung: Betroffen waren auch reichsdeutsche Regelungen, die im Kern aus der Zeit vor 1933 stammten und gegenüber dem damaligen österreichischen Recht moderner waren. Ihre Rezeption nach erfolgter Purgierung führte zu einer Aktualisierung der österreichischen Rechtsentwicklung. Gemeint sind hier vor allem das Steuer- und Sozialversicherungsrecht. Das Eherecht ist ein eigenes Kapitel, das hier nicht zu bewerten ist.

Unterhalb der Ebene genereller Normen stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Schicksal individuell-konkreter Akte: Nun verlieren mit dem Entstehen einer neuen Verfassung grundsätzlich alle auf dem Boden der früheren Verfassung erzeugten Rechtsakte ihre Geltung, also auch Urteile und Bescheide. Soweit ersichtlich wird die Überleitung individueller Akte mit jener ihrer generellen Grundlage „stillschweigend“ mitgedacht. Zum Ausdruck kam dies bei der Überleitung 1945, als das Gesetz über die Aufhebung von Strafurteilen und die Einstellung von Strafverfahren, StGBI 1945/48, eben dadurch, dass bestimmte gerichtliche Urteile aufgehoben wurden, die implizite Überleitung von Gerichtsurteilen im Allgemeinen voraussetzte.<sup>35)</sup>

Die hier skizzierte Überleitung von Urteilen, insbesondere Strafurteilen,

bedeutete also, dass diese weiterhin dem Rechtsbestand angehörten. Im Zuge der erneuten Beschäftigung mit dem Nationalsozialismus in Österreich seit 1998 wurde die Forderung erhoben, solche Strafurteile, wegen des ihnen eigenen Unwerturteils über Menschen, formell aufzuheben. Dem kam der Gesetzgeber mit dem sog. „Anerkennungsgesetz“ aus 2005 auch tatsächlich nach.<sup>36)</sup> Diese Vorschrift wurde dann 2009 von einem sehr detaillierten „Bundesgesetz, mit dem ein Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz erlassen wird“, ersetzt.<sup>37)</sup>

Freilich stellt sich die Frage, was mit der Geltung dieser Strafurteile eigentlich gemeint sein kann:<sup>38)</sup>

- 
- 26) Vgl besonders *Weinzierl*, Die Anfänge des Wiederaufbaues der österreichischen Justiz 1945, in *Weinzierl/Rathkolb/Ardelt/Mattl* (Hrsg.), Justiz und Zeitgeschichte. Symposionsbeiträge 1976 – 1993, Band 1 (1995) 273 und *H. Loebenstein*, Die Wiederherstellung des österreichischen Strafprozeßrechtes nach 1945, ebenda 465.
- 27) Vgl zuletzt die Neufassung des § 58c des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1985 mit der Novelle BGBl I 2022/48.
- 28) Pure Rezeptionsnormen haben ebenso wie pure Derogationsnormen einen „Einmal-effekt“ und daher keinen zeitlichen Bedingungsbereich. Sie können daher auch nicht aufgehoben werden, allenfalls nur bereinigt.
- 29) Vgl OGH 27.11.1991, 9 Os 168/68, 27.2.1995, 1 Ob 612/94, 24.3.1998, 1 Ob 365/97a, und VwGH 30.10.1967, 1433/64.
- 30) VfSlg 2620/1953, 2953/1956, 3230/1957.
- 31) OGH 24.11.1997, 6 Ob 2164/96w.
- 32) Vgl *Walter* (Fn 7) 28.
- 33) Vgl im Einzelnen bei *Ermacora*, Der Verfassungsgerichtshof (1956) 226.
- 34) B-VG-Novelle 1981, BGBl 1981/350; ErläutRV 93 BlgNR 22. GP, 9 (zum Kundmachungreformgesetz 2004). Dazu *Ermacora*, Verfassungsnovelle 1981 und Staatsgrundgesetznovelle 1982, JBl 1982, 577 (579).
- 35) Vgl *Walter* (Fn 7) 35.
- 36) BGBl I 2005/86. Das Gesetz war notwendig, weil das Aufhebungs- und Einstellungsgesetz vom 10.7.1945, StGBI 1945/48, zwar alle NS-Urteile gegen Österreicher aufgehoben hatte, allerdings schwer vollziehbar und lückenhaft war.
- 37) BGBl I 2009/110.
- 38) Zum Folgenden *Jablöner*, Vergangenes Recht, in *Olechowski/Zeleny* (Hrsg.), Clemens Jablöner. Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (2013) 171 (177).

Rechtstheoretisch ist zwischen der „Geltung“ einer Rechtsnorm und ihrem zeitlichen „Anwendungsbereich“ zu unterscheiden, worunter man die „zeitliche Relevanz“ der Rechtsnormen zu verstehen hat. Diese wird bei generell abstrakten Normen durch die Regelung des Bedingungs- und Rechtsfolgenbereichs deutlich. Rechtsnormen, die keine derartige Relevanz mehr besitzen, werden als gegenstandslos bezeichnet und im positivrechtlichen Geltungskalkül des Art 49a B-VG als gegenstandslos durch Wiederverlautbarung bereinigt.

Auch ein Strafurteil hat einen zeitlichen Geltungs- und Anwendungsbereich. Aufgrund eines Strafurteils sind eine bestimmte Zeit lang Rechtsfolgen zu setzen. Dieser Zeitraum ist bei der zentralen Rechtsfolge der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe genau begrenzt, bei anderen Rechtsfolgen, zB einem Aufenthaltsverbot, kann er erst mit dem Tod des Verurteilten oder Betroffenen enden. Versteht man das Strafurteil technisch als Stufe der Rechtskonkretisierung, als Rechtsgrundlage der Vollstreckung, als die eigentliche Setzung des Zwangsakts, ist er danach „gegenstandslos“. Gegenstandslose Strafurteile können zwar bereinigt werden, aber – anders als bei generellen Normen – besteht dafür kein rechtstechnisches Bedürfnis, da diese Texte zwar irgendwo erliegen mögen, aber keinen Raum im Gesetzesblatt einnehmen. Gegenstandslose Urteile sind Urkunden ohne Rechtscharakter.

Diese Aussage muss allerdings in zwei Richtungen hin relativiert werden:

Die eine Seite ist die Möglichkeit, Strafurteile auch nach dem Tod des Verurteilten aufzuheben. Die rechtspolitischen Beweggründe liegen im

fortdauernden Persönlichkeitsschutz des Verurteilten, in den Worten von *Lohsing* im „Schutz der Pietät für Verstorbene“.<sup>39)</sup>

Zum anderen gehört das Recht nicht allein den Juristinnen und rechtstechnische Betrachtungen dieser Art können leicht als anstößig erscheinen. Tatsächlich ist vielen Menschen ein wertender Umgang mit der Vergangenheit in einer quasi retroaktiven Weise ein wichtiges Anliegen, wie sich ja auch an der Widerrufung von Ehrenbürgerschaften oder an Straßennamen etc zeigt. Im zitierten „Anerkennungsgesetz“ bezeugt der Nationalrat, *„mit diesem Bundesgesetz den Opfern derartiger Unrechtsurteile, insbesondere auch der Urteile der nationalsozialistischen Militärjustiz, und anderer nationalsozialistischer Unrechtsakte, den Opfern der politischen Verfolgung, den aus ihrer Heimat Vertriebenen, allen Opfern des vom nationalsozialistischen Regime zu verantwortenden Krieges und jenen, die zu dessen Beendigung und zur Befreiung Österreichs beigetragen haben, insbesondere den Personen im österreichischen Widerstand, und ebenso deren Familien Achtung und Mitgefühl.“*

Das geht über das rechtstechnisch Mögliche weit hinaus.

## VI. DER UMGANG MIT VERGANGENEM „UNRECHT“

Damit haben wir schon einen passenden Übergang zur allgemeinen Problematik des Umgangs mit vergangenem „Unrecht“, besser vielleicht „Übelrecht“. Nun hat nicht jede Revolution die gleiche Bedeutung für die Inhalte der Rechtsordnung. Während etwa der Übergang von der Monarchie zur Republik von größter staatsrechtlicher Bedeutung war, wirkte er sich allerdings – abgesehen vom Bereich

des Arbeits- und Sozialrechts – kaum auf die Binnenstruktur der Rechtsordnung aus. Vor allem wurden die weiten Bereiche des Justizrechts nur am Rande berührt. Ganz anders war dies beim Wechsel vom nationalsozialistischen Staat zur Republik Österreich. Denn es war ein Wesensmerkmal des NS-Staates, dass er in totalitärer Weise sämtliche Lebensbereiche zu durchdringen suchte.<sup>40)</sup> Dem Recht war also gar kein Eigenstand gewährt, sondern es sollte mit der Ideologie des Nationalsozialismus verschmelzen. Es ist damit nicht gesagt, dass dies auch umfassend gelungen wäre. Aber es war doch weitgehend der Fall und gerade Bereiche des Justizrechts, wie das Personenrecht oder wiederum das Strafrecht, wurden weitgehend im nationalsozialistischen Sinn umgebaut.

Grundsätzlich ist zu sagen, dass der nationalsozialistische Zugriff auf das Recht auf mehreren Ebenen erfolgte, denn das NS-Regime bediente sich raffinierter Techniken, um das Recht zu beherrschen und vermittels des Rechts zu herrschen. Das positive Recht wurde quasi auf mehreren Ebenen angegriffen:<sup>41)</sup>

- durch das Eröffnen rechtsfreier Räume, etwa mittels der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 („Reichstagsbrandverordnung“),
- mittels des Unwirksamwerdens des geltenden Rechts etwa nach dem „November-Pogrom“ von 1938, durch explizite Rechtsetzung – zB die Nürnberger Gesetze oder die 11. Verordnung zum Reichbürgergesetz und
- schließlich durch Uminterpretation<sup>42)</sup> mittels einer die gesamte Rechtsordnung über-positiv überwölbenden Rechtsidee, deren Inhalt

der Nationalsozialismus war, die Konstruktion einer neuen Rechtsquellenlehre und eine Extremisierung der objektiven Auslegung vor allem im Wege von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen. Diese Idee war letztlich die „auf Artgleichheit gegründete Ordnung des Volkes“, in der Formulierung *Carl Schmitts*.<sup>43)</sup>

Die Rechtsordnungen der Nachkriegszeit in Deutschland und in Österreich standen daher vor dem Problem, wie mit jedenfalls im ethischen Sinn extremem Unrecht der NS-Zeit umgegangen werden sollte. Dies betraf einerseits sowohl die Geltung der generell abstrakten Grundlagen als auch die fortdauernde Rechtsqualität individuell konkreter Rechtsakte aus der NS-Zeit, andererseits die Beurteilung von menschlichem Verhalten, das entweder zur Setzung solcher Rechtsakte geführt hatte oder sogar nach damaligen Recht, jedenfalls aber nach den Kriterien des Nachkriegsrechts zu verurteilen war.

Es ist auffallend, dass dabei in Österreich und Deutschland verschiedene Wege gefunden wurden. In Österreich war die Annäherung vergrößert gesagt positivistisch-rechtstechnisch geprägt. Soweit es um individuell-konkrete Akte, insbesondere etwa Strafurteile ging, wurden diese implizit mit den generell abstrakten Normen zwar ebenso übergeleitet, dann aber durch einzelne legistische Maßnahmen aufgehoben, wie durch das schon zitierte Aufhebungs- und Einstellungsgesetz (Gesetz vom 3. Juli 1945 über die Aufhebung von Strafurteilen und die Einstellung von Strafverfahren, StGBI 1945/48). Auf dem zivilrechtlichen Sektor war es hauptsächlich das Wichtigkeitsgesetz, mit dem Rechtsgeschäfte im Zuge der nationalsozialistischen

Durchdringung Österreichs für nichtig erklärt wurden, alles Weitere indessen auf komplizierte Regelungen übertragen war.<sup>44)</sup>

Was verderbliches menschliches Verhalten betrifft, so wurden die entsprechenden strafgesetzlichen Bestimmungen in Kraft gesetzt. Man ging also – und darauf kommt es hier an – von der Rechtsqualität auch extrem ungerechter Akte aus und wurde offensiv rückwirkend und aufhebend tätig. Auf rein rechtstechnischer Ebene konnte man dieses System als ausreichend bezeichnen.

In Deutschland wurde bekanntlich teilweise der Weg der sogenannten „Radbruchschen Formel“ gegangen.<sup>45)</sup> Er bedeutete, dass bestimmten Akten von vornherein keine Rechtsqualität zugemessen wurde und diese daher auch keine Bindungen erzeugen konnten. Die Radbruchsche These ist im Recht der Bundesrepublik Deutschland äußerst wirksam gewesen und lebt in ihren vielen Verästelungen, etwa in Form der Theorie von *Robert Alexy* nach wie vor weiter.<sup>46)</sup> Diesen Thesen liegt zugrunde, dass sich das Recht nicht auf eine wirksame Zwangsordnung reduzieren ließe, der allenfalls die Grundnorm vorausgesetzt wird. Vielmehr müsse das Recht aus seinem Eigenverständnis heraus ein Gerechtigkeitsminimum aufweisen. Ich möchte diese Problematik hier nicht weiter vertiefen und nur so viel sagen, dass mir die positivistische Annäherung jedenfalls aufrichtiger vorkommt.

Rechtstechnisch betrachtet handelt es sich im Grunde nur um zwei verschiedene Methoden, mit vergangener „Unrecht“ fertigzuwerden. Man kann es bewältigen, indem man daran Konsequenzen knüpft oder indem

man ihm von vornherein die Rechtsqualität abspricht.

Es bleibt allerdings die Frage, ob eine unterschiedliche Einstellung von Bedeutung für den tatsächlichen Vollzug war. In Österreich erlahmte nach einem kraftvollen Anfang ziemlich bald der Impetus dafür, NS-Verbrechen zu verfolgen und zu verurteilen.<sup>47)</sup> Der Restitutionsbereich war unzureichend und hürdenreich gestaltet, hier blieb Österreich lange hinter Deutschland zurück. Doch für alles Weitere darf ich auf den gleich folgenden Vortrag von Frau Professorin *Foljanty* verweisen, die sich ja mit solchen Fragen schon tiefgründig beschäftigt hat.<sup>48)</sup>

39) Österreichische Strafprozessrecht<sup>2</sup> (1920) 700.

40) Vgl etwa *Pauer-Studer*, Einleitung: Rechtfertigung des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, in *Pauer-Studer/Fink* (Hrsg), Rechtfertigung des Unrechts (2014) 15 (20), sowie die in diesem Sammelband enthaltenen Originaltexte nationalsozialistischer Juristen.

41) Zum Folgenden *H. Dreier*, Nachwort. Was ist doppelt am „Doppelstaat“? Zur Rezeption und Bedeutung der klassischen Studie von *Ernst Fraenkel*, in *Fraenkel*, Der Doppelstaat<sup>3</sup> (2012) 274, passim.

42) Mit der Rolle der objektiven Interpretation als Instrument der nationalsozialistischen Durchdringung des positiven Rechts hat sich namentlich *Bernd Rütters* eingehend befasst, vgl nur *Rütters*, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjustiz im Dritten Reich<sup>2</sup> (1989) 393.

43) Der Weg des deutschen Juristen, DJZ 1934, 691 (698).

44) Dazu eingehend die Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission: *Bailer-Galanda* ua (Hrsg), Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich (2003).

45) Vgl *H. Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis, in *FS Walter* (1991) 118.

46) These des „performativen Widerspruchs“ – vgl *Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts, Der Staat 2011, 389, passim.

47) Vgl *Stutzenstein*, Schlussstrich unter die NS-Verbrechen? Die verdeckte Lösung der Verjährungsfrage in Österreich, BRGÖ 2020. 124 (144).

48) *Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit (2013).



# Personelle (Dis-)Kontinuitäten - Die Richter am Obersten Gerichtshof 1945/1946

VORTRAGENDER: Dr. Stefan Wedrac, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien.



Dieser Artikel geht der Frage nach, welche Richter nach Ende des Zweiten Weltkriegs am Aufbau des Obersten Gerichtshofes (OGH) beteiligt waren. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf Brüchen und Kontinuitäten, wie etwa, ob eine Person bereits vor 1938 dem Höchstgericht angehört hatte und wie es mit ehemaligen Nationalsozialisten und Opfern des NS-Regimes aussah. Zunächst soll jedoch ein kurzer Blick auf die Ereignisse 1938 bis 1945 und deren personelle Auswirkungen geworfen werden.

Nach dem „Anschluss“ 1938 hatten die Nationalsozialisten drei Räte und

einen Senatspräsidenten des OGH aus politischen Gründen von ihren Posten entfernt, weil sie angeblich Nationalsozialisten in Verfahren und/oder in der Justizverwaltung schlecht behandelt hatten. Etwas später reichte der an sich aus dem großdeutschen Milieu stammende Präsident *Franz Dinghofer* sein Pensionsgesuch ein, wobei es nicht ganz klar ist, wie freiwillig dieser Schritt wirklich erfolgte.<sup>1)</sup>

Nach der Auflösung des OGH, zwischen 1. April 1939 und 8. Mai 1945, wirkten Österreicher in den Senaten des Reichsgerichtes in Leipzig. Sie taten dies im 6. Strafsenat, im II. und IV. Zivilsenat für Wirtschafts- und Eherecht sowie im VIII. Zivilsenat für allgemeine Zivilrechtssachen, dem etwa der kommissarische Leiter des OGH der Jahre 1938/1939, *August Zellner*, angehörte. Der Senat war so etwas wie ein „von Wien nach Leipzig verzogener Oberster Gerichtshof“, wurde allerdings 1943 in den VII. eingegliedert und agierte fortan ohne österreichische Mehrheit.<sup>2)</sup> Der Zweite Weltkrieg wirkte sich gegen Ende auch auf die obersten Richter in Leipzig aus, die zunächst eine Unabhängigkeit innehaben, dann aber doch zum Volkssturm eingezogen wurden, was von 21 Reichsgerichtsräten belegt ist. Ende 1944 gab es schließlich keinen beschlussfähigen Senat mehr.<sup>3)</sup>

In Wien schlug die Stunde für den Wiederbeginn der Justiz mit der „Schlacht um Wien“: Während der

im Wesentlichen zwischen 6. und 13. April 1945 tobenden, blutigen Kämpfe erreichten die Truppen der Roten Armee am 10. April die Innenstadt.<sup>4)</sup> Damit war auch der Justizpalast an der Ringstraße befreit worden. Er war relativ intakt geblieben, große Schäden herrschten jedoch an den Fenstern und am Dach – noch Monate später gab es nur Papier oder Karton als Ersatz, was nicht nur Kälte, sondern auch Dunkelheit in den Räumlichkeiten mit sich brachte. Schon in den ersten Tagen nach der Befreiung Wiens trafen sich österreichische Richter im Justizpalast. So berichtete etwa der spätere Präsident des OGH (der Jahre 1972 bis 1979) *Franz Pallin*, dass er am 17. April 1945 von sich aus in den Justizpalast gegangen sei, um sich zum Dienst zu melden. Dort fand er einige Richter des Land(es)gerichts für Zivilsachen vor, die bereits eine Sitzung abgehalten hatten.<sup>5)</sup>

Zum Dienst hatte sich auch *Josef Gerö* gemeldet, der bei der Bildung der provisorischen Regierung von *Karl Renner* am 27. April 1945 zum (parteilosen) Staatssekretär für Justiz ernannt wurde. Schon Anfang Mai fanden die entscheidenden Sitzungen statt, bei denen die Beamten des Staatsamtes für Justiz rund um *Gerö* – darunter auch der neue Leiter der Justizsektion *Guido Strobele-Wangendorf* – über die Wiedererrichtung der österreichischen Gerichte berieten. Man entschied sich am 4. Mai 1945, einen Senat beim OGH zu errichten.<sup>6)</sup> Mit dessen provisorischer

Leitung beauftragte *Gerö* am 22. Mai 1945 den ehemaligen Rat des OGH *Heinrich Bartsch*. Dieser hatte seine richterliche Karriere in der Zeit der Monarchie begonnen und bei den Bezirksgerichten Purkersdorf und Baden gedient, bevor er 1909 in das Präsidium des OLG Wien berufen und wenig später dem OGH zugeteilt wurde. 1920 wurde er Präsidialsekretär, 1927 Aushilfsreferent und 1929 schließlich Rat. Er kannte den Dienstbetrieb also sehr gut. Während der Zeit des Nationalsozialismus berief man ihn als Reichsgerichtsrat nach Leipzig. Da aber sein Tagebuch mit kritischen Aufzeichnungen gegenüber dem Regime in die Hand der Gestapo gelangt war, musste er 1940 den Ruhestand antreten.<sup>7)</sup>

„Es war eine mühsame, viel Zähigkeit und Geduld erfordernde Arbeit, die aber dank der Erfahrung und Geschicklichkeit des Dr. *Bartsch* vollkommen gelungen ist“, resümierte später *Otto Leonhard* über den Aufbau des OGH während der ersten Monate nach Kriegsende. Tatsächlich waren die Umstände mehr als widrig. Die Akten des Evidenzbüros, die Präsidialakten und alle Akten des OGH betreffend Zivil- und Strafsachen waren an das Reichsgericht in Leipzig abgegeben worden. Lediglich manche Disziplinarakten, besonders Anwaltsachen, waren zurückgeblieben.<sup>8)</sup> Die ursprünglichen Möbel des OGH und die Ölportraits der Präsidenten waren nicht mehr vorhanden. Andere Einrichtung und Talare waren an das Oberlandesgericht Wien (OLG) übergeben worden. Was *Bartsch* vorfand, waren nur einige „minderwertige Möbel“, auch Schreibmaschinen musste er vom OLG zurückfordern. Letztlich bezog man acht Zimmer im Justizpalast. Aus dem eigenen Gedächtnis rekonstruierte *Bartsch*

die wichtigsten Formblätter und Registerformulare, die für die Kanzleiarbeit notwendig waren.<sup>9)</sup>

Zu *Bartsch* stieß noch im Mai *Theodor Nordegg*. Er war einer der ersten 1938 entfernten Richter, der vom damals notwendigen „Eid auf den Führer“ ausgeschlossen worden war, weil ein als Kanzlist beschäftigter Nationalsozialist bereits bald nach dem Anschluss die Präsidiumsakten nach Hinweisen auf politische Gegner durchforstet hatte. *Nordegg* war zur Last gelegt worden, dass er als Angehöriger des Strafsenates sehr strenge Positionen gegenüber angeklagten Nationalsozialisten eingenommen hätte. Diese Vorgeschichte machte ihn 1945 wohl „politisch verlässlich“, weswegen er den Dienst wieder antreten durfte. Gemeinsam mit *Nordegg* überarbeitete *Bartsch* die Anordnungen und Verfügungen für den Dienstbetrieb beim OGH und ließ sie (etwas später, im November 1945) als „Richtlinien 1945“ für das Sekretariat und die Geschäftsstelle drucken. Im Übrigen wurde die Geschäftsordnung von 1937 übernommen, von der durch Zufall ein Exemplar zum Vorschein kam. Doch *Bartsch* und *Nordegg* waren nicht völlig allein. Die Richter und Kanzleibeamtinnen und Kanzleibeamten des OLG Wien halfen in den ersten Wochen beim Aufbau ebenso mit. Etwas später meldeten sich noch eine Beamtin und zwei Beamte, die bereits vor 1938 beim OGH gearbeitet hatten.<sup>10)</sup>

Einen Personalwunsch von *Bartsch* während der ersten Wochen nach Kriegsende erfüllte das Staatsamt für Justiz nicht, nämlich den nach Zuteilung des OLG-Rates *Anton Duban*. Er war seit 1921 beim OGH in Verwendung gestanden und *Bartsch* schätzte ihn nicht nur deswegen, sondern auch

wegen seiner angeblich großen Begabung für Zivilrecht. Allerdings war *Duban* offenbar ein frühes Mitglied der NSDAP gewesen und hatte die Partei vor 1938 in rechtlichen Angelegenheiten beraten, bevor er nach der Auflösung des OGH zum Reichsanwalt in Leipzig ernannt wurde. Deshalb kam er nicht für eine Verwendung in Frage.<sup>11)</sup>

Erst im Juli 1945 verlor der OGH seinen provisorischen Charakter: Mit

- 
- 1) *Wedrac*, Die Richter des Obersten Gerichtshofes vom Anschluss 1938 bis zur Eingliederung in das Reichsgericht 1939, RZ 1998, 152 (154 - 156).
  - 2) *Kaul*, Geschichte des Reichsgerichts. Band IV: 1933-1945 (1971) 329 - 340; *Löhnig*, Generalklauseln in der Rechtssprechung der österreichischen Senate des Reichsgerichts 1939-1945, BRGÖ 2017/2, 181 (182).
  - 3) *Kaul*, Geschichte des Reichsgerichts. Band IV: 1933-1945 (1971) 31 f.
  - 4) *Rauchensteiner*, Der Krieg in Österreich 1945 (1984) 179; *Reisner*, Die Schlacht um Wien 1945 (2020) 397.
  - 5) *Waldstätten*, Staatliche Gerichte in Wien seit Maria Theresia (2011) 286 - 290.
  - 6) *Weinzierl*, Die Anfänge des Wiederaufbaus der österreichischen Justiz 1945, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg.), 25 Jahre Staatsvertrag (1981) 14 (14 f).
  - 7) Archiv des Obersten Gerichtshofes (OGH) Präsidialakt (Präs.) 69/46 Beilage 3, Bericht für das Geschäftsjahr 1945 und Vorlage des Geschäftsausweises 1945 von *Heinrich Bartsch* an *Josef Gerö* vom 6. Februar 1946; OGH Personalakt (Pers.) *Heinrich Bartsch*, Lebenslauf vom 12. Oktober 1945.
  - 8) *Leonhard*, Aus der Geschichte des österreichischen Obersten Gerichtshofes, in FS zur Hundertjahrfeier des österreichischen Obersten Gerichtshofes 1850 - 1950 (1950) 163 (206 f).
  - 9) OGH Präs. 7/45, Schreiben von *Heinrich Bartsch* an den Staatssekretär für Justiz vom 16. Juni 1945.
  - 10) OGH Präs. 2/45, Schreiben von *Josef Gerö* an *Heinrich Bartsch* vom 23. Mai 1945; OGH Präs. 15/45, Präsidialverfügung betreffend die Geschäftsordnung des Obersten Gerichtshofes vom 30. Juli 1945; *Wedrac*, Die Richter des Obersten Gerichtshofes vom Anschluss 1938 bis zur Eingliederung in das Reichsgericht 1939, RZ 1998, 152 (154).
  - 11) OGH Präs. 7/45, Schreiben von *Heinrich Bartsch* an den Staatssekretär für Justiz vom 16. Juni 1945; *Wedrac*, Die Richter des Obersten Gerichtshofes vom Anschluss 1938 bis zur Eingliederung in das Reichsgericht 1939, RZ 1998, 152 (158).

dem § 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 3. Juli 1945<sup>12)</sup> iVm § 69 Behördenüberleitungsgesetz vom 20. Juli 1945<sup>13)</sup> (und – später – Art IX § 4 des Gesetzes über Maßnahmen zur Wiederherstellung der österreichischen bürgerlichen Rechtspflege vom 3. Oktober 1945<sup>14)</sup>) setzte man die einschlägigen Vorschriften zur Organisation des OGH in der im März 1938 geltenden Fassung wieder in Kraft. Der Gerichtshof war damit formell wiedererrichtet.<sup>15)</sup>

Im gleichen Sommer wurde einer der bekanntesten Zivilrechtler der Zwischenkriegszeit in Österreich dem OGH zugeteilt: *Heinrich Klang*. Seine über 700 Arbeiten umfassten beispielsweise wesentliche Studien zum Exekutionsrecht, Mietrecht und Währungsrecht. Breite, bis heute bestehende Bekanntheit erlangte *Klang* durch die Herausgabe eines Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, der ein Grundlagenwerk für Wissenschaft und Rechtsprechung wurde. *Klang* war 1897 nach dem Studium in Wien in die Gerichtslaufbahn eingestiegen und bei verschiedenen Gerichten in Wien und Niederösterreich tätig. Von 1918 bis 1925 war er am Landesgericht (LG) für Zivilrechtssachen Wien tätig. In dieser Zeit habilitierte er sich (1922) und es wurde ihm der Titel eines außerordentlichen Professors verliehen (1925). Von 1926 bis 1938 stand *Klang* beim OLG Wien in Verwendung. Neben seiner Richter-tätigkeit gab er außerdem von 1928 bis 1938 die „Juristischen Blätter“ heraus. Nach dem „Anschluss“ verlor *Klang* seine Lehrbefugnis und wurde zunächst als Jude vom Dienst enthoben und dann in den dauernden Ruhestand versetzt. Emigrationsversuche scheiterten und 1942 deportierte man *Klang* in das Lager

Theresienstadt, wo er im dortigen „Ghettogericht“ wirkte. Anfang Juli 1945 kehrte er nach Wien zurück. Am 23. Juli 1945 teilte der OLG-Präsident *Klang* dem Obersten Gerichtshof in Wien zur Dienstleistung zu, am 31. August verfügte auch das Staatsamt für Justiz seine Wiederindienststellung. *Bartsch* war *Klang* in der Folge bei der Wohnungssuche behilflich.<sup>16)</sup>

Ab Anfang August 1945 liefen die ersten Rechtsmittel in Straf- und Zivilrechtssachen ein. Es brauchte daher einen ersten Senat, bei dem übrigens alle Richter sowohl Straf- als auch Zivilrechtsfälle übernehmen mussten. *Gerö* setzte daher per Dienst-anweisung mit 30. August 1945 den ersten Senat des OGH nach Kriegsende ein: *Bartsch* fungierte als Vorsitzender, *Klang* als Stellvertreter. Mitglieder waren neben *Nordegg* auch *Josef Peither* und *Leopold Etz*.<sup>17)</sup>

Die beiden „neuen“ Richter, *Peither* und *Etz*, waren dem OGH keineswegs unbekannt. *Peither* war nach dem erfolgreichen Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften 1903 in Graz als Richter bei verschiedenen Gerichten in Oberösterreich tätig gewesen, bevor er 1933 zur Staatsanwaltschaft Wien und wenig später zur Generalprokuratur beim OGH versetzt wurde. 1935 ernannte man ihn zum Rat des OGH. Obwohl er sich den Nationalsozialisten als „Turner“ mit „großdeutscher“ Gesinnung präsentierte, wurde er wegen „politischer Unverlässlichkeit“ 1938 in den Ruhestand versetzt und überdauerte die NS-Zeit mit zeitweise gekürzter Pension. Den Grund hätte „man ihm nie gesagt“, so *Peither* 1945. Es war wohl seine Zugehörigkeit zu einem für politische Strafsachen zuständigen Senat eine mögliche Ursache.<sup>18)</sup> *Etz* hingegen hatte knapp vor dem

Ersten Weltkrieg seine Richteramtprüfung in Wien abgelegt und war zur Dienstleistung beim Oberlandesgerichtspräsidium berufen worden. Nach dem Krieg, den er an verschiedenen Kriegsschauplätzen miterlebt hatte, arbeitete er als Richter in Salzburg und vor allem Wien, speziell 1923 bis 1928 beim Gewerbegericht. Es folgte ein Intermezzo als Gerichtsinspektor, seit 1937 war er dem OGH zugeteilt. Während der NS-Zeit war er kurz dem Reichserbhofgericht in Berlin zugeteilt und dann wieder beim OLG Wien sowie dem Erbhofgericht in Wien tätig. Er leitete nach dem Kriegsende bis Juli 1945 zudem das LG für Strafsachen in Wien.<sup>19)</sup>

Da sich die zu bearbeitenden Fälle mehrten, brauchten die Mitglieder des OGH Bücher. Aus den alten Beständen vor der Auflösung war nichts mehr vorhanden und die Bibliothek des Justizpalastes war im Sommer 1945 noch nicht wieder geöffnet, ihre Bestände sollten erst im Dezember wieder benützlich sein.<sup>20)</sup> Hier half die Zentralbibliothek des OLG Wien: Aus ihren Beständen erhielt der OGH im September Ausgaben beispielsweise des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, der Zivilprozessordnung, des Allgemeinen Handelsgesetzbuches und zahlreicher anderer Gesetze sowie einschlägige Literatur dazu. Ab 4. Oktober gab es die ersten öffentlichen Verhandlungen, bei denen laut der Erinnerung von *Bartsch* einige britische Offiziere zuhörten. Ob sie auch etwas verstanden, ist nicht überliefert. Die Wiederherstellungsarbeiten am Verhandlungsaal des OGH hatte *Bartsch* in den Monaten davor persönlich überwacht. Sie waren ihm zufolge „widerstrebend und schleppend“ vor sich gegangen.<sup>21)</sup>

Im Frühherbst musste wegen des Arbeitsanfalls schließlich ein zweiter Senat aufgestellt werden. Bei dieser Gelegenheit tritt in den Akten eine Meinungsverschiedenheit zwischen *Bartsch* einerseits und *Gerö* und/oder den Spitzenbeamten des Staatsamtes für Justiz andererseits hervor, denn *Bartsch* hatte keine hohe Meinung von einigen der betreffenden Herren: *Gerö* bestellte *Oskar Kirchmayr*, *Johann(es) Pers-Susans*, *Johann Winter*, *Alois Moyzisch* und *Alfred Waitusch* zu Senatsmitgliedern.<sup>22)</sup> *Kirchmayr* hatte in Graz und Wien studiert, trat 1898 in die Gerichtspraxis ein und versah seinen Dienst an verschiedenen Gerichten in Salzburg und Oberösterreich. 1920 wurde er zum Landesgerichtsrat in Salzburg ernannt, bevor er 1921 Oberlandesgerichtsrat und 1930 OLG-Vizepräsident in Linz wurde. 1937 ernannte man *Kirchmayr* zum Rat des OGH. Nach der Auflösung 1939 versetzte man ihn zum OLG Wien, wo er schließlich 1941 in den Ruhestand versetzt, dann aber als Vorsitzender eines Zivilberufungssenates weiterverwendet wurde. Politisch trat er nicht hervor.<sup>23)</sup>

Über *Pers-Susans* ist wenig bekannt, da kaum aussagekräftige Personalakten vorhanden sind. Er war jedenfalls Jahrgang 1886 und LG-Vizepräsident in Wien.<sup>24)</sup> *Winter* begann seine richterliche Karriere mit dem Vorbereitungsdienst 1908, war beim LG für Strafsachen in Wien, beim Gewerbegericht und beim LG für Zivilrechtssachen tätig, bevor er 1931 zum OLG-Rat ernannt, 1932 jedoch wieder zum LG für Zivilrechtssachen Wien versetzt wurde. Über seine Tätigkeit während des Nationalsozialismus ist dem einschlägigen Personalakt nichts zu entnehmen.<sup>25)</sup>

*Waitusch* hatte seine Karriere während des Ersten Weltkrieges bei Gerichten in Wien und Niederösterreich begonnen, war kurze Zeit bei der Gemeinde Wien als Leiter eines Jugendamtes tätig und wirkte danach am Bezirksgericht (BG) Mödling und am LG für Zivilrechtssachen in Wien. Während der NS-Zeit teilte man ihn zum OLG Wien zu, wo er 1939 zum OLG-Rat ernannt wurde. Ein politisches Engagement *Waituschs* lässt sich den Personalakten nicht entnehmen.<sup>26)</sup> Von den neuen Mitgliedern des 2. Senats hatte *Moyzisch* die steilste Karriere während des Nationalsozialismus hingelegt: Er war nach dem Studium in Wien 1910 in den Gerichtsdienst getreten und war zunächst in Wien Bezirksrichter und ab 1926 Rat des LG für Strafrechtssachen. Dort brachte er es bis zum Senatsvorsitzenden. 1938 kam er an das OLG Wien, 1939 wurde er zum OLG-Rat ernannt. Dort wurde er hauptsächlich für Strafsachen verwendet und war von 1939 bis 1942 Beisitzer und Vorsitzender-Stellvertreter des Strafsenates für Hoch- und Landesverratsachen, worauf noch zurückzukommen sein wird. 1945 war *Moyzisch* kurzfristig stellvertretender Leiter des OLG Wien.<sup>27)</sup>

*Bartsch* hatte zuvor am 19. Oktober selbst einen Vorschlag für die Besetzung des 2. Senates beim Staatsamt für Justiz eingebracht. Die Besetzung hat man aber nicht in seinem Sinne entschieden, denn zu manchen der ernannten Mitglieder hatte *Bartsch* nämlich keine hohe Meinung: Er

12) GOG StGBI 1945/47.

13) Behörden-ÜG StGBI 1945/94.

14) StGBI 1945/188.

15) *Felzmann/Danzl/Hopf*, Oberster Gerichtshof<sup>2</sup> (2009) 31.

- 16) OGH Präs. 14/45, Schreiben des Oberlandesgerichtspräsidenten *Adolf Seitz* an *Heinrich Klang* vom 23. Juli 1945; OGH Präs. 14/45, Schreiben des Oberlandesgerichtspräsidenten *Adolf Seitz* an *Heinrich Klang* vom 6. August 1945; OGH Präs. 19/45, Abschrift eines Schreibens von *Heinrich Bartsch* an das Wohnungsamt der Gemeinde Wien vom 1. September 1945; OGH Pers. *Heinrich Klang*, Lebenslauf vom 10. Oktober 1945; *Czeike*, Historisches Lexikon der Stadt Wien. Band 3 Ha-La (2004) 522; *Staudigl-Ciechowicz*, *Privatrecht*, in *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz* (Hrsg.), *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918-1938* (2014) 343 (359-361).
- 17) OGH Präs. 69/46 Beilage 3, Bericht für das Geschäftsjahr 1945 und Vorlage des Geschäftsausweises 1945 von *Heinrich Bartsch* an *Josef Gerö* vom 6. Februar 1946; OGH Präs. 33/45, Dienstanweisung von *Josef Gerö* vom 30. August 1945; *Felzmann/Danzl/Hopf*, *Oberster Gerichtshof<sup>2</sup>* (2009) 31.
- 18) OGH Pers. *Josef Peither*, Curriculum Vitae (handschriftlich) vom 28. Mai 1945; OGH Pers. *Josef Peither* Lebenslauf (maschinschriftlich) vom 10. Mai 1938; *Wedrac*, *Die Richter des Obersten Gerichtshofes vom Anschluss 1938 bis zur Eingliederung in das Reichsgericht 1939*, RZ 1998, 152 (154).
- 19) OGH Pers. *Leopold Etz*, Lebenslauf vom 12. Mai 1938.
- 20) Siehe zur Bibliothek: OGH Präs. 115/45, Bibliotheksordnung erlassen vom Präsidium des Obersten Gerichtshofes vom 17. Dezember 1945 gezeichnet *Otto Leonhard*.
- 21) OGH Präs. 69/46 Beilage 3, Bericht für das Geschäftsjahr 1945 und Vorlage des Geschäftsausweises 1945 von *Heinrich Bartsch* an *Josef Gerö* vom 6. Februar 1946; OGH Präs. 22/45, Schreiben des Oberlandesgerichts Wien an das Präsidium des Obersten Gerichtshofes vom 15. September 1945.
- 22) OGH Präs. 69/45, Schreiben von *Josef Gerö* an das Oberlandesgerichtspräsidium Wien vom 31. Oktober 1945.
- 23) OGH Pers. *Oskar Kirchmayr*, Lebenslauf vom 15. Oktober 1945; OGH Pers. *Oskar Kirchmayr*, Personalbogen des Reichsjustizministeriums.
- 24) Österreichisches Staatsarchiv (ÖStA) Archiv der Republik (AdR) Bundesministerium für Justiz (BMJ) Namensakt *Johannes Pers-Susans*, Schreiben des Landesgerichts für Zivilrechtssachen an das Staatsamt für Justiz vom 2. Juni 1945. Die Aktenlage zu manchen der genannten Richter ist nicht die beste, es fehlen teilweise wichtige Personalakten: So sind etwa nach Auskunft des Präsidiums des Obersten Gerichtshofes (September 2022) zu *Theodor Nordegg* und *Johann(es) Pers-Susans* im OGH keine Personalakten erhalten geblieben.
- 25) OGH Pers. *Johann Winter*, Personalbogen des Reichsjustizministeriums.
- 26) OGH Pers. *Alfred Waitusch*, Lebenslauf vom 8. Oktober 1945.
- 27) OGH Pers. *Alois Moyzisch*, Lebenslauf undatiert (jedoch 1939 oder später); OGH Pers. *Alois Moyzisch*, Beschluss des Disziplinarsenats des Obersten Gerichtshofes vom 21. Jänner 1948.

fand *Kirchmayr* „weit unter dem Durchschnitt“ und stieß sich daran, dass er keine Strafrechtsfälle bearbeiten wollte. *Pers-Susans* hätte laut *Bartsch* „flüchtig und oberflächlich“ gearbeitet und seine Akten verrieten eine „Weltfremdheit“. Nur *Moyzisch* sah der provisorische Leiter des OGH positiv, *Waitusch* hielt er immerhin zu Gute, dass er sowohl in Straf- als auch in Zivilsachen sattelfest war. Interessanterweise setzte sich *Bartsch* in seinem Vorschlag auch für die Aufnahme einiger anderer Richter in den OGH ein, wie zum Beispiel für *Karl Wable*. Er war seit 1919 Richter gewesen und seine Haupttätigkeit lag ab 1921 am Handelsgericht. Daneben publizierte er und war Mitherausgeber der „Richterzeitung“. 1938 wurde er wegen seiner jüdischen Abstammung suspendiert. *Wable* tauchte 1942 mit seiner Frau unter und entging so der Ermordung in einem Konzentrationslager. *Wable* war einer der Richter, die sich im April 1945 schon während der ersten Tage nach den Kämpfen in Wien wieder zum Dienst meldeten. *Bartschs* Empfehlung fruchtete zunächst nichts: *Wable* sollte erst 1948 Mitglied des OGH werden.<sup>28)</sup> Überhaupt dürften die Verantwortlichen im Staatsamt für Justiz die Vorschläge des provisorischen Leiters des OGH nicht besonders gekümmert haben, wie zwar nicht explizit aus den Akten hervorgeht, zwischen den Zeilen aber erkannt werden kann.

Das öffentliche Leben in Österreich konsolidierte sich im Herbst 1945, nachdem die Regierung in Wien das Vertrauen sowohl der Politiker in den Bundesländern als auch der drei anderen Alliierten Mächte neben der Sowjetunion (USA, Großbritannien und Frankreich) erlangt hatte. Da am 25. November 1945 die ersten Wahlen anstanden, wollte der Politische

Kabinettsrat den OGH wohl davor noch in seinem Sinne besetzt wissen. Daher ernannte dieses oberste politische Gremium Österreichs am 22. November 1945 offiziell die Präsidenten und Räte des „ersten“ OGH nach Ende der NS-Zeit. Zum Ersten Präsidenten ernannte man *Guido Strobele-Wangendorf*, zum Zweiten Präsidenten *Otto Leonbard*. Zu Senatspräsidenten wurden *Bartsch*, *Klang* und *Peithber*, zu Räten *Kirchmayr*, *Etz*, *Pers-Susans*, *Moyzisch*, *Winter*, *Waitusch* und *Robert Höller* ernannt.<sup>29)</sup> Es kamen also zu den bereits am OGH tätigen Richtern drei neue hinzu. *Strobele-Wangendorf* begann seine Richterkarriere 1911 beim BG Feldbach, wechselte 1913 ins Justizministerium und wurde 1921 zum Ministerialrat ernannt. 1935 stieg er zum Sektionschef auf. 1938 beurlaubten und pensionierten ihn die Nationalsozialisten. Anfang Mai 1945 übernahm er die Leitung der Legislativsektion im Staatsamt für Justiz und im September übernahm man ihn als Sektionschef in den Dienst der Republik.<sup>30)</sup>

*Leonbard* – dem übrigens auch die Leitung des OGH übertragen wurde, da *Strobele-Wangendorf* zunächst weiter im Justizministerium tätig war – hatte Erfahrung am OGH: Er hatte nach bestandener Richteramtprüfung 1901 und kurzer Zeit als Gerichtsadjunkt in Linz eine fast ausschließlich ministerielle Karriere gemacht (Bezirksrichter extra statum 1909, Ministerialsekretär 1912, Sektionsrat 1918 und Ministerialrat 1920). 1929 wurde er zum Vizepräsidenten und schon 1930 zum Präsidenten des OLG Wien ernannt. Ab 1936 war er Senatspräsident des OGH und dort auch als Kanzleidirektor tätig. Die Nationalsozialisten versetzten ihn als „politisch unverlässlich“ in den Ruhestand, weil er sich während der Zeit

der Dollfuß-Schuschnigg-Diktatur angeblich an die Regierung angeboten hätte, für harte Strafen gegen Nationalsozialisten eingetreten sei und NS-Juristen die Aufnahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst verweigert hätte. Nach Kriegsende 1945 war *Leonbard* als „Konsiliarius“ im Staatsamt für Justiz tätig.<sup>31)</sup>

*Höller* war am Anfang seiner Karriere nach der Teilnahme am Ersten Weltkrieg in verschiedenen niederösterreichischen Bezirksgerichten tätig gewesen, bevor er 1925 bis 1931 am Gewerbegericht in Wien tätig war. 1932 wechselte er an das LG für Zivilrechtssachen und wurde im Jahr darauf Senatsvorsitzender. Während der NS-Zeit war *Höller* ebendort Landgerichtsdirektor. Gegen Kriegsende war er kurz im LG für Strafsachen eingesetzt. Nach Kriegsende wurde er der provisorische Vorsitzende des Gewerbegerichtes.<sup>32)</sup>

Gegliedert war der OGH, der seine erste volle Ratsversammlung am 1. Dezember 1945 abhielt, in drei Senate: Im ersten Senat, zuständig für alle Zivilsachen, agierten *Leonbard* und *Klang* als Vorsitzende, *Bartsch* und *Peithber* als Ersatzvorsitzende sowie *Kirchmayr*, *Pers-Susans*, *Winter*, *Höller* und *Waitusch* als Mitglieder. Der zweite Senat beschäftigte sich mit Strafsachen, Patent-, Marken- und Musterrecht sowie unlauterem Wettbewerb und Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes. Ihm gehörten *Leonbard* und *Bartsch* als Vorsitzende und *Peithber* als Ersatzvorsitzender sowie *Moyzisch*, *Winter* und *Waitusch* als Mitglieder an. Strafsachen, Urheberrecht und Jugendgerichtsgesetz und wiederum Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes waren beim dritten Senat unter dem Vorsitz von *Leonbard* und *Bartsch* angesiedelt.

*Klang* war Ersatzvorsitzender, als Mitglieder fungierten *Etz*, *Pers-Susans*, *Höller* und *Waitusch*. Daneben existierten eine Disziplinarkommission und drei Disziplinarsenate.<sup>33)</sup> Auffallend ist, dass bei der Besetzung des OGH die mühsame Aufbauarbeit von *Bartsch* nicht mit einer Präsidentenstelle gewürdigt worden war. Dies mag ein Hinweis auf eine möglicherweise nicht immer harmonische Zusammenarbeit mit den Verantwortlichen des Justizministeriums sein. Im ersten Jahresbericht des OGH nach Ende des Zweiten Weltkrieges, erstellt im Frühjahr 1946, sollte er jedenfalls etwas verbittert anmerken: „Ich bin nun ausgeschaltet und konnte den Aufbau des Obersten Gerichtshofes nicht mehr vollenden.“<sup>34)</sup>

Ganz war die „Aufbauarbeit“ nämlich noch nicht abgeschlossen. Es fehlten zum Beispiel noch Talare. Daher erfolgte eine Urgenz von *Leonhard* bei Handelsminister *Eduard Heintl* Ende November 1945. *Heintl* hatte sich Verdienste um den Wiederaufbau des Justizpalastes erworben, und deshalb wandte sich *Leonhard* an ihn, „damit vermieden werde, dass die Senate des Obersten Gerichtshofes in etwas abgetragenem Zivil sich der Öffentlichkeit zeigen müssen.“ Der Handelsminister solle schwarzes Tuch beschaffen, den Rest würde der OGH selbst beisteuern. *Heintl* vermittelte dem OGH einen Unternehmer der „Kleidermacher AG“, der versprach, 100 Talare zu liefern.<sup>35)</sup>

Weitreichender war jedoch eine Kontroverse, die sich um das OGH-Mitglied *Moyzisch* entspann. Das US-amerikanische Counter Intelligence Corps durchleuchtete das Justizpersonal in Österreich während der Besatzungszeit auf seine „politische Verlässlichkeit“ und dabei wurde man

auf das ehemalige Mitglied des Senates für Hoch- und Landesverrats-sachen beim OLG Wien aufmerksam. Sein Fall wurde sogar auf Ebene des Alliierten Rates, also dem höchsten Leitungsgremium der vier Besatzungsmächte, diskutiert. Senate wie der eben erwähnte waren während der NS-Zeit geschaffen worden, um den berichtigten „Volksgerichtshof“ zu unterstützen. Ihnen war die Aburteilung bestimmter politischer Delikte zugewiesen. Neben Hoch- und Landesverrat waren dies auch Spionage, „Wehrkraftzersetzung“ und Wehrdienstentziehung. Die Senate bestanden nicht wie der Volksgerichtshof teilweise aus Laien, sondern durchgehend aus Berufsrichtern. Die Verfahren, an denen *Moyzisch* beteiligt war, wurden genau durchleuchtet. Man kam zu dem Schluss, dass die Urteile relativ milder waren als diejenigen anderer Senate, und übertrug die Entscheidung schließlich den österreichischen Behörden. *Moyzisch* wurde daher ab 23. Jänner 1946 beurlaubt und erst nach Abschluss der Untersuchungen der Besatzungsmächte und nach einem positiven Beschluss des Disziplinarsenates des OGH 1948 wieder in Dienst gestellt.<sup>36)</sup>

Zum Abschluss soll noch ein Blick auf den Geschäftsanfall beim OGH in den ersten rund zwölf Monaten seines Bestehens während der Zweiten Republik geworfen werden: Zwischen April 1945 und Ende März 1946 fielen 43 Rechtsmittel in Zivilsachen, 195 Nichtigkeitsbeschwerden und 161 Berufungen in Anwaltssachen an. Dazu kamen (bereits) drei Überprüfungsfälle von Volksgerichtssachen. Im Vergleich zum letzten Jahr vor dem „Anschluss“ war dieser Anfall natürlich gering: Damals waren 3.598 Rechtsmittel in Zivilsachen, 2.542 Nichtigkeitsbeschwerden und 144 Be-

rufungen in Anwaltssachen angefallen. Die Zahlen von 1945/1946 mögen niedrig wirken. Nichtsdestotrotz waren die wenigen OGH-Richter sehr bald ausgelastet und in den folgenden Monaten und Jahren kamen weitere Senate, insbesondere einer für Volksgerichtssachen, hinzu. Außerdem wurde die Oberste Rückstellungskommission beim OGH eingerichtet, deren Vorsitzender *Klang* werden sollte.<sup>37)</sup>

- 
- 28) OGH Präs. 33/45, Schreiben von *Heinrich Bartsch* an das Staatsamt für Justiz vom 19. Oktober 1945; *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen (2004) 80 f.
- 29) OGH Präs. 92/45, Schreiben von *Josef Gerö* an das Präsidium des Obersten Gerichtshofes vom 25. November 1945.
- 30) OGH Pers. Guido Strobele, Standesausweis mit Laufbahn ohne Datum (jedoch nicht vor 1953).
- 31) OGH Pers. Otto Leonhard, Personalstandesausweis (letzte Eintragung 1946); *Wedrac*, Die Richter des Obersten Gerichtshofes vom Anschluss 1938 bis zur Eingliederung in das Reichsgericht 1939, RZ 1998, 152 (154).
- 32) OGH Pers. Robert Höller, Standesausweis mit Laufbahn ohne Datum (letzter Eintrag 1953).
- 33) OGH Präs. 101/45, Vorläufige Geschäftseinteilung des Obersten Gerichtshofes 1945/1946 vom 5. Dezember 1945; OGH Präs. 91/45, Präsidialverfügung vom 26. November 1945.
- 34) OGH Präs. 69/46 Beilage 3, Bericht für das Geschäftsjahr 1945 und Vorlage des Geschäftsausweises 1945 von *Heinrich Bartsch* an *Josef Gerö* vom 6. Februar 1946.
- 35) OGH Präs. 93/1945, Schreiben von *Otto Leonhard* an *Eduard Heintl* vom 29. November 1945; OGH Präs. 93/45, Schreiben von *Eduard Heintl* an *Otto Leonhard* vom 7. Dezember 1945.
- 36) OGH Pers. Alois Moyzisch, Beschluss des Disziplinarsenats des Obersten Gerichtshofes vom 21. Jänner 1948; *Rathkolb*, Anmerkungen zur Entnazifizierungsdebatte über Richter und Staatsanwälte in Wien 1945/46 vor dem Hintergrund politischer Obsessionen und Pressionen während des Nationalsozialismus, in *Weinzierl/Rathkolb/Ardelt/Mattl* (Hrsg.), Justiz und Zeitgeschichte. Symposionsbeiträge 1976–1993. Band 2 (1995) 75 (80 – 90).
- 37) OGH Präs. 173/46, Schreiben von *Otto Leonhard* an das Bundesministerium für Justiz betreffend Geschäftsanfall und Personalverhältnisse des OGH vom 16. April 1946; *Felzmann/Danzl/Hopf*, Oberster Gerichtshof<sup>2</sup> (2009) 32.

# Die Nachkriegszeit im Spiegel der zivilrechtlichen Rechtsprechung

VORTRAGENDER: Dr. Gottfried Musger, Senatspräsident des OGH.



## A. EINLEITUNG

Gesellschaftliches Leben spiegelt sich in gerichtlichen Entscheidungen wider. Das zeigt sich besonders dann, wenn in Krisenzeiten weite Teile der Bevölkerung von denselben sozialen und wirtschaftlichen Fragen betroffen sind. Daher lohnt sich der Blick auf die Rechtsprechung der Nachkriegszeit. Was waren die Probleme, mit denen die Bevölkerung und in der Folge die Gerichte konfrontiert waren? Lassen gerichtliche Entscheidungen erkennen, welche neuen – oder auch alten – Werte das gesellschaftliche Leben prägten? Und aus methodischer Sicht: Wie ging die Rechtsprechung angesichts des Untergangs eines (Un-)Wertesystems mit unverändert gebliebenen Normen um?

Diese Fragen rufen nach einer umfassenden Aufarbeitung der Rechtsprechung, die dieser Beitrag selbstverständlich nicht leisten kann. Zunächst ist er, seinem Anlass entsprechend, weitgehend auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs beschränkt. Außer Betracht bleibt das Strafrecht, das sonst im Zentrum des Interesses steht.<sup>1)</sup> Aber auch das Zivilrecht ist ein (zu) weites Feld: Deckt die Feuerversicherung Schäden, die sich aus Feiern der (offenbar bewusst nicht genannten) „Besatzungsmacht“ aus Anlass der „Proklamation der Unabhängigkeit Österreichs“ ergeben haben?<sup>2)</sup> Wer vertritt das Deutsche Reich in einem Streit über die Rückstellung einer in der NS-Zeit „vertraglich“ übertragene Liegenschaft?<sup>3)</sup> Oder, heute kaum verständlich: Wann ging der Zweite Weltkrieg eigentlich zu Ende?<sup>4)</sup> Die Breite des Zivilrechts schließt es auch in diesem eingeschränkten Bereich aus, eine umfassende Darstellung anzustreben. Stattdessen sollen zwei Bereiche herausgegriffen werden, die besondere gesellschaftliche Bedeutung hatten und haben: Wohnen und Familie. Sie zeigen exemplarisch, wie die Gerichte mit den damals drängenden Problemen des täglichen Lebens umgegangen sind.

## B. RECHTSPRECHUNG ZUM WOHNRECHT

### 1. Tatsächliche und rechtliche Grundlagen

Die Nachkriegszeit war durch Wohnungsnot geprägt. Aufgrund

von Bombenangriffen und anderen Kriegshandlungen waren österreichweit 76.000 Wohnungen ganz und 101.000 Wohnungen teilweise zerstört.<sup>5)</sup> Besonders betroffen war Wien, wo 50.000 Wohnungen nicht mehr genutzt werden konnten.<sup>6)</sup> Dem stand beträchtlicher Wohnbedarf gegenüber: Einerseits kehrten Kriegsgefangene zurück, allein in Wien bis Ende 1947 knapp 80.000.<sup>7)</sup> Vor allem war aber eine große Zahl von – vor allem „volksdeutschen“ – Flüchtlingen aufzunehmen. Vorübergehend waren es über eine Million, etwa die Hälfte davon blieb dauernd in Österreich.<sup>8)</sup>

Auf rechtlicher Ebene hatte die Zerstörung von Wohnraum schon 1943 zu einem öffentlich-rechtlichen Eingriff in private Rechtsverhältnisse geführt. Mit der *Verordnung zur Wohnraumversorgung der luftkriegsbetroffenen Bevölkerung*<sup>9)</sup> war ein System der Einweisung in „ungenutzten“ Wohnraum geschaffen worden. Dieses Regime wurde im Kern in das österreichische *Gesetz betreffend die Anforderung und Vergabung von Wohn- und Geschäftsräumen (Wohnungsanforderungsgesetz)*<sup>10)</sup> – idF WANfG – übernommen. Erfasst waren (mit gewissen Ausnahmen, § 3 WANfG) nicht nur freiwerdende oder unbenutzte Wohnungen, sondern auch „überzählige Wohnräume“, die nach dem Gesetz dann vorlagen, wenn die Zahl der Wohnräume die Zahl der Bewohner überstieg (§ 5 WANfG). Solche Wohnungen oder Wohnräume

waren der Gemeinde anzuzeigen (§ 4 WANfG), die sie mit Bescheid anfordern (§ 14 WANfG) und mit weiterem Bescheid (§ 17 Abs 1 WANfG) einem vorgemerkten Wohnungssuchenden zuweisen konnte. Die Regelung zielte auf den Abschluss eines Mietvertrags ab, der beiden Beteiligten mit Bescheid aufgetragen werden konnte. Bis zum Abschluss des Vertrags hatte der Eingewiesene eine „Vergütung“ in Höhe des „gesetzlich zulässigen Mietzinses“ zu leisten, mit Abschluss des Mietvertrags trat der Zuweisungsbescheid außer Kraft (§ 17 Abs 2 WANfG). Frühere Mietverträge galten „als mit dem Tage der wirklich vollzogenen Übergabe aufgelöst“ (§ 14 Abs 4 WANfG).

Dazu kam mit § 22 Verbotsgesetz<sup>11)</sup> ein besonderer Kündigungsgrund: Mietverträge mit „Illegalen“,<sup>12)</sup> SS-Angehörigen sowie „Funktionären“ der Partei und ihrer Wehrverbände konnten ohne weitere Voraussetzung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden, wobei die Kündigung auch von der Gemeinde oder der Bezirksverwaltungsbehörde ausgesprochen werden konnte. Folge einer solchen Kündigung war regelmäßig eine Anforderung und Zuweisung der Wohnung nach dem Wohnungsanforderungsgesetz. Erst mit dem *Bundesverfassungsgesetz über die Behandlung der Nationalsozialisten (Nationalsozialistengesetz)*<sup>13)</sup> wurde der Kündigungsgrund auf „Belastete“ im Sinn des neuen § 17 Verbotsgesetz eingeschränkt. Darunter fielen insb politische Leiter der Partei und Offiziere ihrer Wehrverbände sowie Angehörige der SS, der Gestapo und des Sicherheitsdiensts.<sup>14)</sup> Für „Minderbelastete“ galt damit wieder das allgemeine Kündigungsregime des § 19 Mietengesetz, der in Aufbau und Inhalt dem heutigen § 30 MRG entsprach.

## 2. Ausgewählte Entscheidungen

### a. Zuweisung von Wohnraum

Im Zusammenhang mit Zuweisungen von ungenutztem Wohnraum hatte die Rechtsprechung das Zusammenspiel von öffentlichem Recht und Privatrecht zu bewältigen. Das begann mit der Frage, ob Einweisungen nach der (reichsdeutschen) *Verordnung zur Wohnraumversorgung der luftkriegs-betroffenen Bevölkerung* auch nach deren Aufhebung gültig blieben und daher einer Räumungsklage des Eigentümers entgegenstanden. Der Oberste Gerichtshof bejahte dies in einer Entscheidung vom 1. Februar 1947:<sup>15)</sup> Die Aufhebung der Verordnung habe nur dazu geführt, dass auf ihrer Grundlage keine weiteren Zuweisungen erfolgen konnten, sie berühre aber zuvor erfolgte Zuweisungen nicht. Zwar wäre eine solche Zuweisung durch Abschluss eines Mietvertrags außer Kraft getreten. Sei aber kein Mietvertrag geschlossen worden, so bestehe zwischen dem Eingewiesenen und dem Eigentümer weiterhin ein öffentlich-rechtliches Verhältnis, das den Eingewiesenen zur Nutzung berechtige.

Aus dieser Argumentation leitete der Oberste Gerichtshof die Unzulässigkeit des Rechtswegs ab, da der Kläger nicht „den Schutz gegen einen *privatrechtlichen Eingriff, sondern die Beseitigung einer von der Verwaltungsbehörde getroffenen Maßnahme*“ begehre. Nur diese Rechtsfolge ist aus heutiger Sicht fragwürdig, weil Klagegrund offenkundig das Eigentum war und nur der – für die Zulässigkeit des Rechtswegs an sich irrelevante – Einwand des Beklagten öffentlich-rechtlichen Charakter hatte.<sup>16)</sup> Hingegen ist die Bindung an den Bescheid, der nicht offenkundig ein nationalsozialistischer Unrechtsakt war, auch nach aktuellen Maßstäben

unproblematisch; dies jedenfalls dann, wenn er (auch) an den Kläger gerichtet war und von ihm zumindest

- 
- 1) Siehe den Beitrag von *Foljanty*, Gründlicher, besser, aufrichtiger? Vergleichende Bemerkungen zur Nachkriegsjustiz in Deutschland, in diesem Heft 272 ff.
  - 2) 1 Ob 87/46 JBl 1946, 531: Der Versicherer haftet „im Falle von Kriegseignissen“ nur, wenn der Versicherungsnehmer nachweist, dass der Schaden damit weder mittelbar noch unmittelbar im Zusammenhang steht. Dieser Beweis war nicht gelungen: „Es ist bekannt und durch die Art des Kriegsdienstes psychologisch bedingt, dass Kampftruppen im Umgang mit Sachgütern aller Art, soweit sie nicht unmittelbar dem Kampfe dienen, minder sorgsam sind. Die Wahrscheinlichkeit eines Brandes wird also ganz wesentlich gegenüber friedlichen Verhältnissen erhöht, wenn die Wohnung statt unter der Aufsicht ihres gewöhnlichen Inhabers in der Verfügungsmacht fremder Truppen steht.“
  - 3) 1 Ob 689/47 JBl 1947, 517: ein vom Bezirksgericht zu bestellender Abwesenheitskurator.
  - 4) 1 Ob 309/46 SZ 21/12: mit Ende der Kriegshandlungen im Mai 1945, nicht erst, wie in der Literatur vertreten (*Malaniuk*, Bedeutsame Probleme des Verscholltenheitsrechts, JBl 1946, 226), mit Abschluss eines Friedensvertrags.
  - 5) *Ulrich*, Der Luftkrieg über Österreich 1939 – 1945, Militärgeschichtliche Schriftenreihe Heft 5/6<sup>5</sup> (1994) 40.
  - 6) [www.geschichtewiki.wien.gv.at/Wiederaufbau\\_in\\_Wien\\_in\\_der\\_Besatzungszeit](http://www.geschichtewiki.wien.gv.at/Wiederaufbau_in_Wien_in_der_Besatzungszeit) (abgerufen 1.10.2022).
  - 7) *Magistrat der Stadt Wien*, Statistisches Jahrbuch der Stadt Wien 1946-1947 (1949) 79.
  - 8) *Stanek*, Verfolgt. Verjagt. Vertrieben. Flüchtlinge in Österreich (1985) 23 ff; *Fassmann/Münz*, Einwanderungsland Österreich? Historische Migrationsmuster, aktuelle Trends und politische Maßnahmen (1995) 49.
  - 9) dRGBI 1943 I 355.
  - 10) StGBI 1945/138.
  - 11) StGBI 1945/13.
  - 12) „Illegale“ waren nach der Stammfassung von § 10 Verbotsgesetz Personen, die zwischen dem 1. Juli 1933 und dem 13. März 1938 der Partei oder einem ihrer Wehrverbände angehört hatten. Mit der 2. Verbotsgesetznovelle, BGBl 1946/16, wurde eine Ausnahme für Fälle ermöglicht, in denen der Betroffene seine Position „niemals missbraucht hat und aus seinem Verhalten auf eine positive Einstellung zur unabhängigen demokratischen Republik Österreich schon vor der Befreiung Österreichs mit Sicherheit geschlossen werden kann.“
  - 13) BGBl 1947/25. Inhalt dieses Gesetzes war insbesondere die 3. Novelle des Verbotsgesetzes.
  - 14) Der Kündigungsgrund fand sich nun in § 18 lit i Verbotsgesetz.
  - 15) 1 Ob 42/47 JBl 1947, 279.
  - 16) Vgl dazu 4 Ob 145/85 SZ 58/156 mwN; RS0045718 [T 10]; näher *Ballon* in *Fasching/Konecny* § 1 JN Rz 72 f.



theoretisch bekämpft werden konnte.<sup>17)</sup> Dass unabhängig vom Zeitpunkt der Regelung ein Bedarf an öffentlich-rechtlicher Lenkung der Wohnraumnutzung bestand, zeigte im Übrigen die weitgehende inhaltliche Übernahme der Verordnung in das Wohnungsanforderungsgesetz.

In derselben Entscheidung stellte der Oberste Gerichtshof auch klar, dass nach dem Abschluss eines Mietvertrages wieder ausschließlich das zivilrechtliche Mietrecht anwendbar war; die Beendigung des Mietverhältnisses war dann nur mehr nach den allgemeinen Regelungen, also insbesondere nach § 19 MG oder § 22 VerbotsG möglich. Der Eingewiesene erlangte somit durch den Abschluss des Mietvertrags, zu dem der Eigentümer sowohl nach der Verordnung als auch nach § 17 Abs 2 WANfG verpflichtet war, eine umfassend geschützte Stellung.

Differenziert war demgegenüber die Rechtsstellung des Eingewiesenen gegenüber früheren Mietern: Zwar galten bestehende Mietverträge nach § 14 Abs 4 WANfG „als mit der wirklich vollzogenen Übergabe aufgelöst.“ Vor der Übergabe konnte der Eingewiesene aber – mangels Rechtsbesitzes – nicht gegen den Vormieter vorgehen.<sup>18)</sup> Hingegen setzte er sich nach Übergabe gegen den bisherigen Mieter durch:<sup>19)</sup> Zwar sei der Mietvertrag durch den Zuweisungsbescheid nur insofern erloschen, als er mit den Rechten des Eingewiesenen unvereinbar sei. Schon das stehe aber dem Begehren des Vormieters auf (offenbar gemeinsame) Nutzung der Wohnung entgegen. Der Beklagte müsse dem Kläger daher nur das Abholen seiner Möbel gestatten. Anders als in der eingangs genannten Entscheidung zur Klage des Eigentümers

führte dies aber nicht zur Zurückweisung, sondern, allgemeinen Grundsätzen entsprechend,<sup>20)</sup> zur Abweisung in der Sache.

### b. Kündigung nach dem Verbotsgesetz

Eine zu § 22 VerbotsG ergangene Entscheidung<sup>21)</sup> zeigt, mit welchen tatsächlichen Problemen die Gerichte bei der Aufarbeitung der Vergangenheit zu kämpfen hatten. Vordergründig schien die Sache klar zu sein: Der beklagte Mieter hatte eine Mitgliedsnummer, die auf einen Beitritt im Jahr 1933 hinwies; demnach war er ein „*Illegaler*“ iSd §§ 10, 22 VerbotsG. Allerdings brachte er vor, dass ihm diese Nummer nachträglich verliehen worden sei. Viele Ortsgruppen der Partei hätten nach dem Anschluss Interesse daran gehabt, möglichst viele „*Illegale*“ in ihren Reihen zu haben, um sich bei den übergeordneten Parteistellen beliebt zu machen; so sei es auch bei ihm gewesen. Abgesehen davon gebe es eine „*politische Einigung*“, wonach die Unterscheidung nach der Mitgliedsnummer fallen gelassen werde.

Der Oberste Gerichtshof folgte dem nicht: Zwar habe der Beklagte die Mitgliedskarte mit der einen frühzeitigen Beitritt indizierenden Nummer erst nach dem Anschluss erhalten. Nach den „*dem Gericht bekannten Vorschriften*“ habe dies aber eine „*strenge Prüfung*“ vorausgesetzt, ob er tatsächlich vor 1938 beigetreten und nicht „*abtrünnig*“ geworden sei. Die Mitgliedsnummer bringe daher den vollen Beweis der Illegalität. Zwar sei der (Gegen-) Beweis möglich, dass eine alte Nummer „*aus persönlicher Begünstigung oder gegen Geld*“ verliehen worden sei. Diesen Beweis habe der Beklagte aber nicht erbracht. Die „*politische Einigung*“ über die Einschränkung des Kündigungstatbestands – die erst nach

Ergehen der Entscheidung umgesetzt wurde<sup>22)</sup> – sei für die rechtliche Beurteilung der Sache unerheblich.

### c. Kündigung nach dem Mietengesetz

Entscheidungen über Kündigungsgründe nach § 19 MG spiegeln vielfach die besonderen Zeitumstände wider, manchmal aber auch unausgesprochene Wertungen. Ein Beispiel dafür ist eine Berufungsentscheidung des LGZ Wien<sup>23)</sup> zu § 19 Abs 2 Z 1 MG (Nichtzahlung des Mietzinses): Bei Flucht vor Kriegsereignissen sei der Mieter verpflichtet gewesen, Vorsorge für die laufende Zinszahlung zu treffen. „*Die Abwesenheit als entschuldbares Hindernis zu berücksichtigen, hieße die Zurückgebliebenen schlechter stellen als die Geflüchteten.*“ Man könnte wohl auch anders formulieren: Feige Flucht darf nicht besser stehen als treues Ausharren.

Ein Beispiel für (offenkundig nicht auf männliche Vermieter beschränktes) Hausherrengehabe bietet eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu § 19 Abs 2 Z 5 MG (Eigenbedarf).<sup>24)</sup> Die Vermieterin wohnte selbst in ihrem Zinshaus. Sie litt an „*Herzmuskelschädigung, Venenentzündung und rheumatische Beschwerden*“, das Stiegensteigen fiel ihr schwer, von Fall zu Fall hatte sie auch Atembeschwerden. Daraus leitete sie den Bedarf nach einer weiteren Wohnung für ihre Hausgehilfin ab. Der OGH erteilte ihr, wenig überraschend, eine klare Absage: Die Klägerin brauche nach den Feststellungen keinesfalls „*ständige Hilfe oder gar Wartung und Pflege*“, hingegen wäre die gekündigte Mieterin „*für eine nicht absehbare Zeit der Obdachlosigkeit ausgesetzt*“. Dieser Nachteil sei jedenfalls nicht unverhältnismäßig kleiner als jene Unannehmlichkeiten, die die Klägerin bei

Aufrechterhalten des Mietvertrags hinnehmen müsse.

Viele zeitbedingte Entscheidungen ergingen zu § 19 Abs 2 Z 3 MG. Danach war es (wie heute nach § 30 Abs 2 Z 3 Fall 2 MRG) als wichtiger Grund anzusehen, wenn der Mieter

*„durch sein rücksichtsloses, anstößiges oder sonst grob ungehöriges Verhalten den Mitbewohnern das Zusammenwohnen verleidet oder sich gegenüber dem Vermieter oder einer im Haus wohnenden Person einer mit Strafe bedrohten Handlung gegen das Eigentum, die Sittlichkeit oder die körperliche Sicherheit schuldig macht, sofern es sich nicht um Fälle handelt, die nach den Umständen als geringfügig zu bezeichnen sind; dem Verhalten des Mieters steht, insoweit er es unterließ, die ihm mögliche Abhilfe zu schaffen, das Verhalten seines Ehegatten und der anderen mit ihm zusammenwohnenden Familienangehörigen sowie der von ihm sonst in die gemieteten Räume aufgenommenen Personen gleich.“*

Zu entscheiden waren unter diesem Tatbestand Fälle, in denen sich der Mieter oder ein Mitbewohner nationalsozialistisch betätigt hatte. Die (hier im wesentlichen zweitinstanzliche) Rechtsprechung war insofern um Differenzierung bemüht: Das bloße Kundgeben einer politischen Gesinnung erfüllte den Tatbestand nicht,<sup>25)</sup> wohl aber *„in gehässiger und aufreizender Weise vollbrachte antisemitische Stimmungsmache, insbesondere der mit einem Juden verheirateten Klägerin gegenüber“*,<sup>26)</sup> die wiederholte Erklärung des Mieters, das *„Zusammenwohnen mit Juden sei ihm nicht zumutbar, im Zusammenhalt mit der damaligen Mitwirkung an Judenverhaftungen“*<sup>27)</sup> oder das politische *„Unter-Druck-Setzen von Mitbewohnern“*, wobei es als belanglos angesehen wurde, ob sich

dieses Verhalten in Zukunft *„bessern oder ändern“* könne.<sup>28)</sup>

Diese einzelfallbezogenen Entscheidungen lassen sich ohne größere Probleme mit Wortlaut und Zweck von § 19 Abs 2 Z 3 MG vereinbaren. Probleme bereitete demgegenüber der Fall, dass ein Mitbewohner des eingerückten und daher abwesenden Mieters ein unleidliches Verhalten gesetzt hatte. Hier schien der OGH in einer – allerdings vereinzelt gebliebenen – Entscheidung<sup>29)</sup> mit einem Grundsatz des Kündigungsrechts zu brechen: Sind nicht alle Tatbestandsmerkmale eines besonderen Kündigungsgrundes nach § 19 Abs 2 MG (heute § 30 Abs 2 MRG) erfüllt, so darf die Generalklausel des § 19 Abs 1 MG (heute § 30 Abs 1 MRG) nur herangezogen werden, wenn das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals durch ein zumindest ebenso gewichtiges zusätzliches Sachverhaltselement ausgeglichen wird.<sup>30)</sup> Im konkreten Fall sah der OGH das aber anders: Die Ehegattin des eingerückten Mieters hatte die Vermieterin wegen Abhörens von Feindsendern denunziert, was für diese zu 18 Monaten Zuchthaus führte. Hätte der Mieter dieses Verhalten selbst gesetzt, wäre der Tatbestand von § 19 Abs 2 Z 3 Fall 1 MG zweifellos erfüllt gewesen. Das Verhalten seiner Ehegattin stand dem zwar nach § 19 Abs 2 Z 3 Fall 2 MG grundsätzlich gleich, dies aber nur *„insoweit [der Mieter] es unterließ, die ihm mögliche Abhilfe zu schaffen.“* Dieses Tatbestandsmerkmal war offenbar nach Auffassung aller drei Instanzen nicht erfüllt. Daher hob das Berufungsgericht die Kündigung auf, weil ein Tatbestandsmerkmal des besonderen Kündigungstatbestands nicht erfüllt sei und keine anderen ebenso wichtigen Sachverhaltselemente vorlägen.

Für den Obersten Gerichtshof konnte nun offenbar nicht sein, was nicht sein durfte. Er stellte die stattgebende Entscheidung des Erstgerichts wieder her, weil

*„die Erstattung einer Strafanzeige wegen verbotenen Radiobörens einen Sachverhalt darstellt, der an Bedeutung und Folgeschwere dem im Beispielstatbestand des § 19 Abs 2 Z 3 MietG aufgestellten nahe kommt, ja ihn erreicht. Einem Vermieter kann nicht zugemutet werden, das Bestandsverhältnis mit einem Mieter fortzusetzen, dessen Gattin ihn durch eine Gestapoanzeige [...] für anderthalb Jahre ins Gefängnis gebracht hat.“*

Im Ergebnis war diese Entscheidung zweifellos nachvollziehbar. Dogmatisch könnte man sie dahin deuten, dass – im Sinn eines beweglichen Systems – das besondere Gewicht eines Tatbestandsmerkmals, hier die besonders schwerwiegenden Folgen des Verhaltens der Frau, auch das *vollständige Fehlen* eines anderen Tatbestandsmerkmals, hier der Abhilfemöglichkeit, ausgleichen kann. Das hätte durchaus Konsequenzen für zukünftige Auslegung von § 19 Abs 2 MG haben können. Ein Fall von *hard cases make bad law?*

17) Vgl etwa 2 Ob 143/17v SZ 2018/86 mwN.

18) 1 Ob 302/47 SZ 21/32.

19) 1 Ob 170/47 JBl 1947, 250.

20) Oben FN 16.

21) 1 Ob 90/46 JBl 1946, 420.

22) Und zwar im Nationalsozialistengesetz, oben FN 13.

23) 42 R 215/46 JBl 1946, 309.

24) 1 Ob 27/46 JBl 1946, 217.

25) LGZ Wien 43 R 352/47 EvBl 1947/452.

26) LGZ Wien 42 R 71/46 EvBl 1946/150.

27) LGZ Wien 43 R 67/46 EvBl 1946/93.

28) LGZ Wien 41 R 355/46 EvBl 1947/401.

29) 1 Ob 77/47 SZ 21/16.

30) 2 Ob 110/49 JBl 1949, 527 mwN zur älteren Rsp; RS0067289; zum geltenden Recht Lovrek in GeKo Wohnrecht I § 30 MRG Rz 19 mwN.

So kam es aber nicht. Denn schon bald erzielte derselbe Senat des OGH dasselbe Ergebnis auf systemkonforme Weise:<sup>31)</sup> Sei der Mieter für längere Zeit abwesend gewesen, ohne für eine „entsprechende Vertretung“ gesorgt zu haben, „die auf seine zurückbleibenden Familienangehörigen bestimmend einwirken“ könne, dann habe er es eben unterlassen, für die mögliche Abhilfe zu sorgen. Die auf § 19 Abs 2 Z 3 MG gestützte Aufkündigung sei daher wirksam.

Diese Entscheidung hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Natürlich war die darin genannte „Abhilfemöglichkeit“ bei nüchterner Betrachtung reine Fiktion, und sie beruhte zudem auf einem zutiefst patriarchalen Grundverständnis. Aber sie ermöglichte das Wahre des Systems. Ob für den Senat dieses Ziel oder doch die unausgesprochene Wertung im Vordergrund stand, dass ein Mann für seine Frau verantwortlich ist und daher im Fall der Abwesenheit für ihre „Beaufsichtigung“ zu sorgen hat, lässt sich nur schwer sagen. Es liegt aber nahe, dass gewünschtes Ergebnis, Systemdenken und unausgesprochene Wertungen in ihrem Zusammenwirken zu einer Entscheidung geführt haben, deren Begründung heute nicht mehr nachvollziehbar ist.

## C. RECHTSPRECHUNG ZUM FAMILIENRECHT

### 1. Tatsächliche und rechtliche Grundlagen

Krieg und Kriegsende hatten zu Verwerfungen in vielen Familienverhältnissen geführt. Über 1,3 Millionen österreichische Männer hatten in der deutschen Wehrmacht gedient<sup>32)</sup> und waren daher über Jahre von Frau und Familie getrennt gewesen; zudem waren während des Krieges viele Ehen nach ganz kurzer Bekanntschaft

geschlossen worden. Mit dem Ende des Krieges kam die Ernüchterung: Eheleute hatten sich entfremdet oder lernten sich vielleicht erst richtig kennen; sich bietende Gelegenheiten hatten zu neuen Bindungen und/oder sichtbaren Folgen geführt. Dazu kam ein Frauenüberschuss: 242.000 Männer waren gefallen oder dauernd vermisst,<sup>33)</sup> eine große Zahl war in Kriegsgefangenschaft. Die verbliebenen Männer hatten plötzlich die Wahl. Dies und möglicherweise auch Nachholeffekte aus der Zeit des Ständestaats führten, wenn man zeitgenössischen Quellen trauen darf, zu einer Scheidungswelle. So gab es nach einem Bericht der *Oberösterreichischen Nachrichten* vom 15. September 1945 beim Landesgericht Linz wöchentlich 50 Verfahren, und das *Neue Österreich* verwies am 30. Dezember 1945 darauf, dass beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien seit Juli 1945 über 8.000 Scheidungsklagen eingebracht worden seien.

Auf rechtlicher Ebene waren zwei Neuregelungen aus der NS-Zeit in Kraft geblieben. Von besonderer Bedeutung war das noch heute geltende Ehegesetz 1938.<sup>34)</sup> Es hatte für Österreich nicht nur die obligatorische Zivilehe, sondern auch ein konfessionsunabhängiges Scheidungsrecht gebracht, wobei neben die zuvor schon in Deutschland vorgesehene Verschuldenscheidung die Zerrüttungsscheidung nach § 55 EheG getreten war. Sie bietet, wie noch zu zeigen sein wird, ein eindrucksvolles Beispiel, wie die Änderung der gesellschaftlich-politischen Werte bei gleichbleibendem Wortlaut zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen führen kann.<sup>35)</sup>

Im Abstammungsrecht galt demgegenüber weiterhin das alte österreichische Recht. Allerdings wurde die 1943 in § 158 ABGB eingeführte

Möglichkeit des Staatsanwalts beibehalten, die Ehelichkeit eines Kindes zu bestreiten, wenn er dies „im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes oder seiner Nachkommenschaft“ für geboten erachtete.<sup>36)</sup> Unter „öffentlichem Interesse“ wurden ursprünglich Gründe der nationalsozialistischen Ideologie verstanden: Die (oft das Kind schützende) Ehelichkeit sollte beseitigt werden können, wenn der wahre Vater einer „minderwertigen Rasse“ angehörte.<sup>37)</sup>

## 2. Ausgewählte Entscheidungen

### a. Zur Auflösung der Ehe

Bestand Einvernehmen über die Scheidung und ihre Folgen, wurde sie schon in der Nachkriegszeit – wie bis zur großen Eherechtsreform 1978<sup>38)</sup> weithin üblich – durch paktierte Streitige Scheidungen herbeigeführt, also durch Klage, gegebenenfalls auch Widerklage, mit Zugeständnis des Verschuldens durch die Gegenseite. Dazu trat die Möglichkeit einer (echt) Streitigen Scheidung, wenn den anderen Teil ein Verschulden traf. Schwierig wurde es aber dann, wenn sich nur einer der Gatten von der Ehe lösen wollte und auf der anderen Seite kein (greifbares) Verschulden vorlag. Dafür gab es theoretisch zwei Wege: Die Zerrüttungsscheidung nach § 55 EheG und die Aufhebung der Ehe nach § 37 EheG.

Zunächst zur Aufhebung der Ehe: Sie war (und ist) möglich, wenn ein Ehegatte „sich bei der Eheschließung über solche die Person des anderen Ehegatten betreffende Umstände geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten.“ Zwei Entscheidungen des OLG Wien zeigen, dass diese sonst kaum relevante Bestimmung in der Nachkriegszeit eine gewisse Bedeutung erlangte.

In der ersten dieser Entscheidungen<sup>39)</sup> scheiterte die Klägerin. Sie kannte ihren Mann seit 1939, wusste schon damals, dass er überzeugter Nationalsozialist war und der Waffen-SS angehörte („mitbin zu einer Zeit, als noch niemand gegen seinen Willen der SS zugeteilt wurde“) und heiratete ihn 1944, „als der Ausgang des Krieges nicht mehr zweifelhaft war“. Nun berief sie sich auf Irrtum: Sie hätte die Ehe nicht geschlossen, wenn sie gewusst hätte, dass ihr Mann ein „Illegaler“ gewesen sei. Schon das Erstgericht wies die Klage ab, und das Berufungsgericht bestätigte. Es übernahm die Feststellung des Erstgerichts, dass die Klägerin den Mann auch in Kenntnis seiner illegalen Betätigung geheiratet hätte. Angesichts unzähliger gegenteiliger Behauptungen sticht dabei ein Satz der Begründung besonders ins Auge: „Im Oktober 1944 konnte es auch der Klägerin nicht mehr unbekannt gewesen sein, wofür die SS verantwortlich gemacht wird.“ Rechtlich führte das Berufungsgericht ganz grundsätzlich aus, dass ein Irrtum darüber, dass die Zugehörigkeit zur SS und die Betätigung in der Verbotszeit nun massive Nachteile bringe, nicht die Person des anderen betreffe und daher für die Gültigkeit der Ehe irrelevant sei.

Erfolg hatte die Klägerin demgegenüber in der zweiten Entscheidung.<sup>40)</sup> Wieder ging es um einen Illegalen. Diesmal wusste die Klägerin aber nicht, dass der Mann 1935 (offenkundig bevor sie ihn kennengelernt hatte) einen Sprengstoffanschlag verübt und sich dann ins „Reich“ abgesetzt hatte. Hier war nach Auffassung des Berufungsgerichts „davon auszugehen, dass einem Mädchen, das im sozialdemokratischen Geist erzogen wurde und dem Nationalsozialismus und seinen Terror ablehnend gegenüberstand, ein solches politisches Verbrechen nicht gleichgültig sein konnte.“

Aufhebungsklagen wurden anscheinend vor allem von Frauen erhoben, die sich von ihrem (möglicherweise „belasteten“) Mann lösen wollten. Umgekehrt waren die Geschlechterrollen bei der Scheidung nach § 55 EheG. Hier strebte typischerweise der für das Scheitern der Ehe verantwortliche Mann deren Beendigung an. Die Regelung lautete in der bis 1978 geltenden Fassung wie folgt:

§ 55. (1) Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifender unheilbarer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren.

(2) Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so kann der andere Teil der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.

Scheidungsgrund war daher nach Abs 1 die dreijährige Trennung und die unheilbare Zerrüttung der Ehe. Diese Voraussetzung war oft erfüllt. Strittig war demgegenüber regelmäßig die Beachtlichkeit des Widerspruchs nach Abs 2. Das Reichsgericht hatte dazu schon bald nach dem Inkrafttreten des Ehegesetzes sehr klar Stellung genommen:<sup>41)</sup> Aufgrund der „schweren sittlichen und einer gesunden Volkserhaltung abträglichen Schäden“, die sich aus dem Aufrechterhalten „inhaltsloser Ehen“ ergäben, sei es,

„gerechtfertigt, dem schuldigen Ehegatten eine sein Leben vergällende

*dauernde Bindung trotz seiner Schuld zu ersparen und dem anderen Teil zuzumuten, gegebenenfalls durch eigene Arbeit sich eine neue Lebensgrundlage zu schaffen, solange er dazu noch fähig ist. Das alles liegt im wohlverstandenen Interesse nicht nur der Eheleute selbst, sondern insbesondere auch der Volksgesamtheit, der statt der inhaltslosen Ehe eine wertvolle neue Ehe des einen Gatten oder beider nur erwünscht sein kann.“*

Damit wurde die Beachtlichkeit des Widerspruchs zur Ausnahme, die Scheidung bei dreijähriger Trennung die Regel.<sup>42)</sup> Ziel war, wie in späteren Entscheidungen noch deutlicher ausgeführt wurde, die Sanierung schlampriger Verhältnisses und vor allem die Ermöglichung der Zeugung (weiterer) Kinder in zweiter Ehe.<sup>43)</sup> Die „scheinbare Härte gegen die beklagte, völlig

31) 1 Ob 41/47 JBI 1947, 308.

32) Germann, Soldiers, Austrian Soldiers and Generals in World War II, in *Bischof/Plasser/Stelzl-Max*, New Perspectives on Austrians and World War II. Contemporary Austrian Studies XVII (2009) 29.

33) Germann (FN 32) 29.

34) Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet, dRGBI 1938 I 807 = GBIO 1938/244.

35) Ausführlich etwa *Rüthers*, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... Weltanschauung als Auslegungsprinzip (1987).

36) § 158 ABGB idF der Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften, dRGBI 1943 I 80.

37) *V. Steininger*, Verfassungswidrigkeiten im Bereich der Familienrechtsreform, in *Reformen des Rechts. Festschrift zur 200-Jahrfeier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz* (1979) 457 (458 f).

38) BG über die Änderung des Ehegattenvertrags, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts, BGBl 1978/280.

39) OLG Wien 1 R 3/46 EvBl 1946/90.

40) OLG Wien 2 R 561/46 JBI 1947, 328.

41) Reichsgericht IV 229/38 RGZ 159, 309.

42) Nachweise zur sehr kasuistischen Rechtsprechung des Reichsgerichts bei *Scanzoni*, Das großdeutsche Ehegesetz<sup>3</sup> (1943) § 55 EheG Rz 43 f. Der Autor zitiert 70 Entscheidungen des Reichsgerichts, von denen nur 20 den Widerspruch als beachtlich ansahen.

43) Reichsgericht IV 251/38 RGZ 160/15; Reichsgericht IV 190/42 zitiert bei *Scanzoni*, Ehegesetz<sup>3</sup> § 55 EheG Rz 42 (n° 64).

„schuldlose und verlassene Frau“ findet nach einem zeitgenössischen Autor ihre Erklärung darin, dass „*die individuellen Interessen der Eheleute hinter dem Allgemeininteresse der Volksgemeinschaft zurückzutreten haben.*“<sup>44)</sup> Ausnahmen gab es daher im Wesentlichen nur bei der „*kinderreichen Mutter*“,<sup>45)</sup> der in „*treuer Pflichterfüllung*“ alt gewordenen Ehefrau<sup>46)</sup> oder (folgerichtig) dann, wenn wegen des Alters des Mannes keine Kinder mehr zu erwarten waren.<sup>47)</sup> Neben der Bezugnahme auf die Volksgemeinschaft finden sich allerdings in manchen Entscheidungen auch durchaus modern anmutende Begründungen: Für die Kinder sei es „*oft nur vorteilhaft, dass die Ehe geschieden und damit eine Quelle von Aufregungen und Streit verstopft wird, die ein Kindesgemüt häufig mehr stört und vergiftet, als der einmalige große Schmerz der endgültigen gerichtlichen Trennung der Eltern.*“<sup>48)</sup> Und überhaupt dürfe die Ehe „*nicht als Versorgungsinstitut aufgefasst werden.*“<sup>49)</sup>

Die scheidungsfreundliche Auffassung des Reichsgerichts hatte beim Obersten Gerichtshof keinen Bestand. Schon in einer frühen Entscheidung<sup>50)</sup> kehrte er das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Reichsgerichts faktisch um, und zwar in Wahrheit ohne Begründung:

„*Es liegt eben ein Widerspruch der Ehegattin nach § 55 Abs 2 EheG vor, der nur dann nicht zu berücksichtigen wäre, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des Verhaltens der Gatten nicht gerechtfertigt wäre – mit anderen Worten, wenn das Scheidungsverlangen des Ehegatten trotz seiner eigenen Verfehlung sittlich doch gerechtfertigt erschiene.*“

Etwa ein Jahr später trug der Oberste Gerichtshof die Begründung nach.<sup>51)</sup>

Sie stellt bemerkenswert deutlich auf den grundlegenden Wertewandel und die Rückkehr zu einem traditionellen Familienbild ab (Hervorhebungen durch den Verfasser):

*Wenn man, dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Ideologie Rechnung tragend, davon ausgeht, dass § 55 EheG nicht mehr bevölkerungspolitischen Zwecken zu dienen hat, sondern mit der in Österreich bodenständigen und in sittlichen Anschauungen verwurzelten Auffassung in Einklang gebracht werden muss, dass die eigentliche Aufgabe der Ehe und ihr höherer Sinn in der seelischen Bindung der Gatten aneinander und in der damit übernommenen Verpflichtung zum gegenseitigen Beistand zu erblicken ist, dann erscheint die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich so lange gerechtfertigt, als sie diesen Zweck erfüllen kann, das heißt, solange der beklagte Gatte trotz der Zerrüttung der Ehe des Beistandes bedarf und sich auch seinerseits zu einer solchen Beistandsverpflichtung bekennt und solange eine solche Beistandsleistung auch möglich ist. Nur dann, wenn infolge der besonderen Sachlage des Einzelfalles auch diese Verpflichtung jeden Sinn verloren hat und so der Ehe ihr wesentlichster Inhalt genommen ist, wird der Widerspruch nicht zu beachten sein.*

Und dann folgt ein für die Praxis wesentlicher Satz:

*Von dieser grundsätzlichen Ansicht aus muss es als unwesentlich erscheinen, ob die Beklagte durch die Scheidung der Ehe eine materielle Einbuße erleiden würde. Die sittliche Verpflichtung des Klägers gegenüber der Beklagten reicht eben über die Unterhaltspflicht weit hinaus und deshalb kann die Sicherung des Unterhalts für die Beklagte deren Widerspruch gegen die Scheidung noch nicht als unbeachtlich erscheinen lassen.*

Auch eine vom Mann angebotene finanzielle Absicherung ließ den Widerspruch daher nicht unbeachtlich werden. Der gesellschaftspolitische Hintergrund dieser Entscheidung liegt auf der Hand: Wenn schon die Möglichkeit der Scheidung hingenommen werden muss,<sup>52)</sup> so ist sie doch auf den Fall des Verschuldens zu beschränken. Dabei blieb es in den folgenden Jahrzehnten: Der Widerspruch wurde auch in extremen Fällen – etwa bei mehr als 30jähriger Trennung<sup>53)</sup> – als beachtlich angesehen, die Scheidung nach § 55 EheG war damit praktisch totes Recht.<sup>54)</sup> Geändert hat sich das erst mit der großen Eherechtsreform des Jahres 1978.<sup>55)</sup> Einvernehmen der Parteien gab es dabei zwar nur zu einer nicht die Substanz berührenden Änderung des Wortlauts von § 55 Abs 1 und 2 EheG, zum Ausspruch über das Zerrüttungsver schulden nach § 61 Abs 3 EheG und zum in diesem Fall gebührenden Unterhalt wie bei aufrechter Ehe nach § 69 Abs 2 EheG.<sup>56)</sup> Entscheidend war aber, dass mit einem eigenen Gesetz<sup>57)</sup> dem § 55 EheG ein neuer Abs 3 hinzugefügt wurde. Danach war (und ist) dem Scheidungsbegehren jedenfalls stattzugeben, wenn „*die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit sechs Jahren aufgebrochen ist.*“ Die Beachtlichkeit des Widerspruchs ist seither kein Streitpunkt mehr.

## **b. Zur Ehelichkeitsbestreitung durch den Staatsanwalt**

Der Ehelichkeitsbestreitung durch den Staatsanwalt lag (soweit sie nicht im Interesse des Kindes erfolgte) ein genuin nationalsozialistischer Regelungszweck zugrunde. Die Klage sollte „im öffentlichen Interesse“ möglich sein, wenn der wahre Vater einer „minderwertigen“ Rasse angehörte und der Ehemann der Mutter dies nicht aufgreifen wollte

oder konnte. Es wäre nahegelegen, die Rechtsprechung zu § 55 EheG auch auf diesen Fall zu übertragen und wegen des Wegfalls des Normzwecks das Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Regelfall zu verneinen. Gelegenheit dafür bot der in einem Prozess erhobene Einwand des beklagten Kindes, dass die Bestreitung weder in seinem noch im öffentlichen Interesse liege. Allerdings vermied der OGH eine Entscheidung.<sup>58)</sup> Nach dem Wortlaut des Gesetzes habe das Gericht das Vorliegen des öffentlichen Interesses nicht zu prüfen; das Kind könne nur bei der dem Staatsanwalt übergeordneten Behörde die Zurücknahme der Klage anregen. Die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen es noch ein „öffentliches Interesse“ an einer Ehelichkeitsbestreitung geben könnte, wurde damit allein der Staatsanwaltschaft überlassen.

Diese Entscheidung war offenbar durch Vorjudikatur des Reichsgerichts gedeckt. Es könnte ihr aber auch eine unausgesprochene Wertung zugrunde liegen: Zwar war es nicht mehr möglich, auf den ursprünglichen Regelungszweck zurückzugreifen. Aber der Schutz der sozialen Familie, auf der die Befristung der Anfechtung durch den Ehemann beruhte, sollte im konkreten Fall nicht dazu führen, dass der Ehemann auch noch Unterhalt für ein Kuckuckskind zahlen müsste. Oder anders formuliert: Der schuldlos verlassenen Frau des § 55 EheG stand die Ehebrecherin der §§ 156 ff ABGB gegenüber. Möglicherweise dachten die Richter so – aber konnten sie das so deutlich sagen? Das vom Gericht nicht zu überprüfende Ermessen des Staatsanwalts könnte ein durchaus willkommener Ausweg gewesen sein, um eine klare Stellungnahme zu vermeiden.

Auch § 158 ABGB blieb über Jahrzehnte geltendes Recht, obwohl ihn der Oberste Gerichtshof als rechtspolitisch<sup>59)</sup> und schließlich auch als verfassungsrechtlich bedenklich<sup>60)</sup> bezeichnete. Ungeachtet dessen hielt der Gesetzgeber des KindRÄG 2001<sup>61)</sup> an der Regelung fest. Erst mit der – vom Verfassungsgerichtshof aus anderen Gründen erzwungenen<sup>62)</sup> – Änderung des Abstammungsrechts im KindNamRÄG 2013<sup>63)</sup> wurde auch dieses Relikt nationalsozialistischer Rechtssetzung aus dem Rechtsbestand entfernt.

#### D. ABSCHLIESSENDE BEWERTUNG

Aus Sein folgt zwar nicht Sollen. Dennoch steht außer Frage, dass die Rechtsprechung auf tiefgreifende Änderungen in den gesellschaftlichen Verhältnissen und auf einen grundlegenden Wertewandel reagieren muss. Diese Aufgabe hat der Oberste Gerichtshof nach seiner Wiedererrichtung zweifellos erfüllt, auch und gerade in Zivilsachen. Im Mietrecht war er aufgrund der kriegsbedingten Wohnungsnot faktisch in hohem Maße gefordert. Er hat die Problematik bewältigt, ohne im Mieterschutz gefestigte Linien zu verlassen. Im Familienrecht war selbstverständlich, dass typisch nationalsozialistische Begründungsmuster nicht mehr taugten. Das führte im Scheidungsrecht zu einer grundlegenden Rechtsprechungswende, die in ihrer Schärfe zweifellos auch selbst auf gesellschaftspolitischen und möglicherweise auch religiösen Wertungen beruhte. Hingegen wurde im Abstammungsrecht eine Regelung mit typisch nationalsozialistischem Hintergrund undifferenziert weiter angewendet – vielleicht auch deswegen, weil sie Ergebnisse ermöglichte, die den nun (wieder) herrschenden Wertvorstellungen entsprachen.

Zwei Schlussfolgerungen lassen sich ziehen: Zum einen können manche gerichtliche Entscheidungen doch nur verstanden werden, wenn man über einen rein rechtsdogmatischen Ansatz hinausgeht: gesellschaftliche Wertungen und gewünschtes Ergebnis lassen sich nicht ausblenden. Das gilt wohl nicht nur in Umbruchszeiten wie nach dem 2. Weltkrieg. Und zum anderen zeichnet die Rechtsprechung ein Bild der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Auch sie hilft daher zu verstehen, wie es – um *Leopold Ranke* zu zitieren – „eigentlich gewesen ist.“ Rechtsgeschichte hat also Sinn und Wert über die Grenzen der Rechtswissenschaften hinaus.

- 
- 44) *Scanzoni*, Ehegesetz<sup>3</sup> § 55 EheG Rz 40.  
 45) Reichsgericht, zitiert bei *Scanzoni*, Ehegesetz<sup>3</sup> § 55 EheG Rz 42 (n° 40).  
 46) Reichsgericht, zitiert bei *Scanzoni*, Ehegesetz<sup>3</sup> § 55 EheG Rz 42 (n° 45).  
 47) Reichsgericht 1.4.1940, zitiert bei *Scanzoni*, Ehegesetz<sup>3</sup> § 55 EheG Rz 42 (n° 35).  
 48) Reichsgericht IV 229/38 RGZ 159, 309.  
 49) Reichsgericht IV 224/42, zitiert bei *Scanzoni*, Ehegesetz<sup>3</sup> § 55 EheG Rz 42 (n° 66).  
 50) 1 Ob 81/16 JBl 1946, 394.  
 51) 1 Ob 345/47 SZ 21/40.  
 52) Teile der katholischen Kirche, insbesondere im Vatikan, strebten nach Kriegsende die Wiedereinführung des im Konkordat 1934 vorgesehenen kirchlichen Eherechts an, das eine Scheidung iES nicht kannte; vgl dazu und zur durchaus pragmatischen Haltung der österreichischen Bischöfe *Liebmann*, *Freie Kirchen im freien Staat*, in *Binder/Lüdicke/Parhammer* (Hrsg), *Kirche in einer säkularisierten Gesellschaft* (2006) 91 ff.  
 53) 3 Ob 148/47.  
 54) Vgl die zu RS0057639 indizierten Entscheidungen, zuletzt 1 Ob 547/77.  
 55) Näher dazu *Jesser-Huss* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 55 EheG Rz 3 f.  
 56) BG über die Änderung des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts, BGBl 1978/280.  
 57) BGBl 1978/303.  
 58) 1 Ob 89/48 SZ 21/ 92, bestätigt in 2 Ob 296/48 SZ 21/137. Dann stRsp, RS0048128.  
 59) 4 Ob 537/92 SZ 65/100.  
 60) 8 Ob 41/99h. Die Anfechtung unterblieb, weil die Bestimmung im konkreten Fall nicht anzuwenden war.  
 61) BGBl I 2000/135.  
 62) VfGH G 78/00 VfSlg 16.928/2003.  
 63) BGBl I 2013/15.

# Der OGH als Oberste Rückstellungskommission - Zur Praxis der Vermögensrestitution an NS-Opfer

VORTRAGENDER: Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel, Institutsvorstand am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien.



## EINLEITUNG

Im Rahmen dieses Symposiums über den OGH und das Rückstellungsrecht zu sprechen, ist mir eine besondere Ehre. Vor rund zwanzig Jahren hatte ich gleichsam Gastrecht hier im Justizpalast, um Akten der Obersten Rückstellungskommission (ORK) zu studieren. Dabei wurde mir bewusst, welch bedeutende Rolle dem Rückstellungsrecht in der Gerichtsbarkeit der Nachkriegszeit zukam. Nicht nur war die Vermögensrestitution an Opfer des NS-Regimes eine für die Aufarbeitung des Nationalsozialismus zentrale Aufgabe, auch quantitativ machten diese Verfahren einen beträchtlichen Teil der Privatrechtspraxis aus. Daher steht gerade dieses Thema für den

Wiederaufbau des Rechtsstaates nach 1945 und das Bemühen um eine zumindest vermögensmäßige Rückgängigmachung der während der NS-Zeit erlittenen Entrechtung in Österreich.

Über einige Erkenntnisse unseres damaligen Forschungsprojekts soll im Folgenden berichtet werden. Dabei stehen drei Fragen im Vordergrund: 1.) Welche Funktion kam der Justiz und insbesondere dem OGH im Rahmen des Rückstellungsrechts zu? 2.) Wie ist die Tätigkeit der Gerichtsbarkeit der Nachkriegszeit zu bewerten? Und schließlich 3.) Personell: Welche Persönlichkeiten aus der Richterschaft haben die Judikatur der Obersten Rückstellungskommission in besonderer Weise geprägt?

## I. DER OGH ALS OBERSTE RÜCKSTELLUNGSKOMMISSION IM SYSTEM DES ZIVILEN RESTITUTIONSRECHTS

Die schon mit der Londoner Erklärung 1943 angekündigte Rückgängigmachung der Beraubung jüdischer Bürger:innen und anderer Opfer des Nationalsozialismus wurde in Österreich mit dem Nichtigkeitsgesetz 1946<sup>1)</sup> verankert. Rechtsgeschäfte, die im Zuge der durch das Deutsche Reich erfolgten politischen oder wirtschaftlichen Durchdringung vorgenommen wurden, um Vermögen zu entziehen, werden darin für „null und nichtig erklärt“ (§ 1 NichtigkeitsG). Die (im bloß deklaratorischen NichtigkeitsG angekündigte) Umsetzung durch weitere Bundesgesetze erfolgte dann vor allem durch die sieben

Rückstellungsgesetze, die zwischen 1947 und 1949 erlassen wurden.<sup>2)</sup>

Die ersten beiden Rückstellungsgesetze betrafen Vermögen, die von der öffentlichen Hand treuhändig als Deutsches Eigentum verwaltet wurden oder aufgrund der Nationalsozialistengesetzgebung ins Eigentum des österreichischen Staates übergegangen waren; die Vollziehung oblag hier – in durchaus nicht unproblematischer Weise – den Verwaltungsbehörden.<sup>3)</sup> Das für die Restitution *inter privatos* zentrale Dritte Rückstellungsgesetz<sup>4)</sup> hingegen sah für die Durchsetzung grundsätzlich das außerstreitige Verfahren<sup>5)</sup> vor, wobei die Verfahren vor den Rückstellungskommissionen zu führen waren.

Während zuvor nach allgemeinem Zivilrecht eine Restitution nur möglich war, wenn Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB geltend gemacht wurde oder dem Vertragspartner List oder ungerechte Furcht iSd § 870 ABGB vorgeworfen werden konnte,<sup>6)</sup> sah das Dritte Rückstellungsgesetz allgemein vor, dass während der NS-Zeit erfolgte Vermögensentziehungen wegen Nichtigkeit zurückzustellen sind. Als Vermögensentziehung galt dabei (gem § 2 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz) jedes Rechtsgeschäft, das zulasten eines politisch Verfolgten geschlossen wurde, sofern der Erwerber nicht dartun konnte, dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.<sup>7)</sup>

Zuständig für Verfahren nach dem Dritten RückstellungsgG waren ausschließlich die Rückstellungskommissionen, die Teil der Zivilgerichtsbarkeit waren. In erster Instanz entschieden Rückstellungskommissionen bei den Landesgerichten, in zweiter Instanz die Rückstellungsoberkommissionen bei den Oberlandesgerichten sowie in letzter Instanz die beim OGH eingerichtete Oberste Rückstellungskommission. Die Vorsitzenden der Senate waren in erster und zweiter Instanz jeweils Richter, die beiden Beisitzer aber waren Laienrichter,<sup>8)</sup> von denen einer aus dem Kreis der NS-Verfolgten stammte.<sup>9)</sup> Für die Mitglieder der Obersten Rückstellungskommission, die ebenfalls in Dreiersenaten entschied, war vorgeschrieben, dass alle die Befähigung zum Richteramt aufwiesen.

Die quantitative Bedeutung der Rückstellungsverfahren wird deutlich, wenn man bedenkt, dass insgesamt rund 43.000 Verfahren erledigt wurden; die dafür erforderlichen Verwaltungskosten wurden von offizieller Seite mit 120 Mio Schilling veranschlagt, eine angesichts der Budgets der Nachkriegszeit durchaus nicht unerhebliche Summe.<sup>10)</sup> Wie aber ist die Qualität der Rückstellungspraxis einzuschätzen?

Kritiker warfen dem österreichischen Staat vor, zulasten der Verfolgten allgemein auf Verzögerung und Verschleppung gesetzt zu haben. In exemplarischer Weise ist hier *Robert Knight* zu zitieren, der dies in seinem Buch mit dem signifikanten Titel „Ich bin dafür, die Sache in die Länge zu ziehen“<sup>11)</sup> pointiert auf den Punkt brachte: „Anfangs wollte man so gut wie nichts restituieren, später setzte man auf Hinhaltenaktiken.“<sup>12)</sup> Die 1998 eingesetzte Historikerkommission der

Republik Österreich unter ihrem Vorsitzenden *Clemens Jabloner* hat es sich folglich zu ihrer Aufgabe gemacht, nicht nur den Vermögensentzug während der NS-Zeit, sondern auch die Rückstellungen in der Nachkriegszeit zu erforschen.<sup>13)</sup> Das von mir geleitete Forschungsprojekt, dem auch *Thomas Olechowski* und *Christoph Gnant* angehörten, sollte in diesem Zusammenhang konkret die Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen untersuchen.<sup>14)</sup>

## II. ZUR ENTSCHEIDUNGSPRAXIS DER OBERSTEN RÜCKSTELLUNGSKOMMISSION

Der OGH gelangte dabei aus zwei Gründen in unseren Fokus: Überlieferungsgeschichtlich erwies es sich als Glücksfall, dass die Akten der ORK (anders als jene der Vorinstanzen) nicht in den 1980er Jahren skartiert worden waren, sondern im Tiefspeicher im Justizpalast verfügbar waren. Für die dogmatische Analyse des Rückstellungsrechts wiederum erschien es besonders lohnend, die Judikatur auf höchstgerichtlicher Ebene zu verfolgen, wurden hier doch die maßgeblichen Richtungsentscheidungen getroffen. Aus diesen Gründen lag es nahe, unsere Analyse der Rechtsprechung vor allem anhand der Akten der ORK vorzunehmen.

### a) Die Entwicklung der Judikatur der ORK

Die Gesamtzahl der ORK-Verfahren (in Summe 2843 von 1947 bis 1998<sup>15)</sup>) ließ eine Gesamtauswertung aber nicht zu; stattdessen entschieden wir uns, zu fünf signifikanten Zeitpunkten (Anfangsphase 1947/48, 1949/50, 1952/53, 1956 nach dem Staatsvertrag sowie schließlich die Spätphase 1961 ff) jeweils eine größere Zahl von Verfahren gleichsam in einer Tiefenbohrung auszuwerten, um so die

Entwicklung der Judikatur und allfällige Veränderungen nachzuzeichnen. Augenmerk wurde auch auf die

- 
- 1) Bundesgesetz über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind, BGBl 1946/106.
  - 2) Zur Rückstellungsgesetzgebung umfassend *Georg Graf*, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung. Eine juristische Analyse (2003); zur Geschichte *Brigitte Bailer-Galanda*, Die Entstehung der Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung (2003).
  - 3) Ausführlich dazu *Peter Böhmer/Ronald Faber*, Die österreichische Finanzverwaltung und die Restitution entzogener Vermögen 1945 bis 1960 (2003); *Ronald Faber*, Vermögensrestitution im öffentlichen Recht (2007).
  - 4) Bundesgesetz über die Nichtigkeit von Vermögensentziehungen (Drittes Rückstellungsgesetz), BGBl 1947/54.
  - 5) Gem § 23 Drittes RückstellungsgG galten sinngemäß die Bestimmungen des Verfahrens außer Streitsachen, wobei die Verhandlungen öffentlich waren; für den Beweis galten die Vorschriften der ZPO.
  - 6) Zum Verhältnis von ABGB und Drittem RückstellungsgG ausführlicher *Julia Jungwirth*, NS-Restitutionen und Zivilrecht. Schuldrechtliche Aspekte des Dritten Rückstellungsgesetzes 1947 (2008) 7 ff.
  - 7) Auch bei nicht politisch verfolgten Personen konnte eine Vermögensentziehung dann vorliegen, wenn der Erwerber nicht frei ausgewählt wurde oder keine angemessene Gegenleistung vorlag und die Vermögensübertragung nicht unabhängig von der NS-Machtergreifung erfolgt wäre (vgl. § 2 Abs 2 Drittes RückstellungsgG).
  - 8) § 16 Abs 4 Drittes RückstellungsgG.
  - 9) Einer der beiden Beisitzer musste gem § 17 Abs 1 Drittes RückstellungsgG die Amtsbescheinigung gem § 4 Abs 3 des OpferfürsorgeG besitzen.
  - 10) Bundespressedienst, Maßnahmen der Republik Österreich zugunsten bestimmter politisch, religiös oder abstammungsmäßig Verfolgter seit 1945 (Wien 1988).
  - 11) Dieses Zitat des seinerzeitigen Innenministers Oskar Helmer bezog sich aber nicht auf die Vermögensrestitution, sondern auf die Frage des Umgangs mit Displaced Persons.
  - 12) *Robert Knight*, Ich bin dafür, die Sache in die Länge zu ziehen. Wortprotokolle der österreichischen Bundesregierung von 1945-52 über die Entschädigung der Juden (1988, 2. Aufl. 2000) 9.
  - 13) Siehe dazu nur *Clemens Jabloner/Brigitte Bailer-Galanda/Eva Blimlinger/Georg Graf/Robert Knight/Lorenz Mikoletzky/Bertrand Perz/Roman Sandgruber/Karl Stuhlpfarrer/Alice Teichova*, Schlussbericht der Historikerkommission der Republik Österreich (2003).
  - 14) *Franz-Stefan Meissel/Thomas Olechowski/Christoph Gnant*, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen (2004).
  - 15) Siehe die Aufstellung bei *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 31.



personelle Zusammensetzung der ORK gelegt; anhand der Personalakten der involvierten OGH-Richter wurden deren Biografien rekonstruiert, um Aufschlüsse über Kontinuitäten oder Diskontinuitäten gegenüber der NS-Zeit zu erhalten.

Erster Vorsitzender der ORK war der nach der Befreiung aus dem KZ wieder in den Dienst der Justiz getretene *Heinrich Klang*. *Klang* war als Opfervertreter auch in die Rückstellungsgesetzgebung eingebunden und dürfte in der Frühphase für die rückstellungswerberfreundliche Grundrichtung der Judikatur zum Dritten RStG maßgeblich gewesen sein.<sup>16)</sup> Unter den ersten fünfzig Entscheidungen wurden zwei Drittel der Revisionsbeschwerden von Rückstellungswerbern zu ihren Gunsten entschieden, wohingegen von den Rechtsmitteln der Rückstellungsgegner nur rund 10 Prozent erfolgreich waren.<sup>17)</sup>

Für die Interpretation des Dritten Rückstellungsgesetzes wurden in der Ära *Klang* wichtige Weichenstellungen getroffen: Zugunsten der Rückstellungswerber wurde der Begriff der „Vermögensentziehung“ weit ausgelegt und durch die generelle Annahme politischer Verfolgung (iSd § 2 Abs 1 Drittes RStG<sup>18)</sup>) bei Zugehörigkeit zu einer diskriminierten Opfergruppe wurde die Durchsetzung von Ansprüchen entscheidend erleichtert. Umgekehrt wurden Bestimmungen wie der sog. Befreiungsbeweis (gem § 2 Abs 1 Drittes RStG<sup>19)</sup>), die einer Rückstellungsverpflichtung entgegenstanden, restriktiv ausgelegt.

Insgesamt wurde das Dritte RStG als ein „Ausnahmegesetz, das in erster Linie den Schutz der durch den Nationalsozialismus geschädigten Personen zum Ziel hat“<sup>20)</sup> verstanden, das

aber (aufgrund der Befristungen der Antragstellung) bloß für eine begrenzte Dauer gelten sollte. Die höheren Erfolgsaussichten der Rückstellungswerber korrespondierten also mit einer Judikaturlinie, die darauf abzielte, als Gesetzeszweck primär den Schutz der Interessen der Geschädigten zu sehen.<sup>21)</sup>

Bereits in der nächsten von uns ins Auge genommenen Phase 1949/50 nähern sich die Erfolgsaussichten der Rechtsmittel von Rückstellungswerbern und Rückstellungsgegnern aber bereits an.<sup>22)</sup> Was die Annahme einer Vermögensentziehung anbelangt, so wird diese bei Nichtvorliegen einer politischen Verfolgung nur mehr restriktiv angenommen. So kommt es bei Enteignungen für Heereszwecke des Deutschen Reichs nunmehr meist zu keiner Rückstellung, wengleich die Rechtsprechung hiezu etwas uneinheitlich ist.<sup>23)</sup> Aber auch bei politisch Verfolgten wird die Judikatur mit zunehmender Kasuistik bereits zurückhaltender gegenüber Rückstellungsanträgen.<sup>24)</sup>

Für die Verfahren aus Ende 1952/Anfang 1953 ist zu konstatieren, dass die Verfahren komplizierter und langwieriger werden: Während anfangs die relativ einfach nachzuvollziehenden Rückstellungen von Liegenschaften dominierten, geht es jetzt um weniger eindeutige Konstellationen. Die zunehmende Dauer der Verfahren resultiert zT aus komplizierten erbrechtlichen Nachforschungen, aber auch aus – zum Teil erst durch Sachverständigengutachten zu klärende – Details der Rückabwicklungsansprüche.<sup>25)</sup>

Ein gewisser Umschwung zulasten der Rückstellungswerber lässt sich in der Judikatur nach Inkrafttreten des Staatsvertrages (sowie in der

Spätphase der 1960er Jahre) feststellen. Symptomatisch dafür ist die Interpretation des Art 26 Abs 2 des Staatsvertrages, bei dem die ORK die (auch von der Finanzverwaltung vertretene restriktive) Linie einschlug, dass sich aus diesem keine neue Frist zur Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen ergebe, da die Republik Österreich die sich aus dem Staatsvertrag ergebenden Verpflichtungen (zur Durchsetzung von Rückstellungsansprüchen) ohnedies bereits durch die Rückstellungsgesetze erfüllt habe.<sup>26)</sup> Insgesamt ist für diese Spätphase charakteristisch, dass die Rechtsprechung nun den Zeitpunkt als gekommen sieht, die Anwendung des „Ausnahmegesetzes“ auslaufen zu lassen und zugunsten potentiell Rückstellungspflichtiger der Rechtssicherheit größere Bedeutung zuzumessen.

So heisst es etwa in einem Urteilsentwurf<sup>27)</sup> zu Rkv 1/63: „Wenn es auch unbillig erscheinen mag, dass die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts nur wegen eines formalen Fehlers nicht statthat, so ist nunmehr der rechtspolitische Gedanke der Rechtssicherheit höher zu werten. Entsprechend der Absicht des Gesetzgebers soll [...] der durch die Rückstellungsgesetze geschaffene unerfreuliche Schwebezustand nach Ablauf der Frist beendet sein.“<sup>28)</sup>

Als Zwischenresümee lässt sich für die ORK somit festhalten, dass die Judikaturlinien im Großen und Ganzen keineswegs rückstellungsfeindlich angelegt waren; Interpretationsspielräume wurden vor allem in den ersten Jahren eher zugunsten der Rückstellungswerber genutzt; erst nach dem Staatsvertrag findet sich eine etwas restriktivere Haltung; hier waren die regulären Antragsfristen aber in der Regel bereits abgelaufen.

## b) Dauer der Verfahren und sonstige Mühen

Was die Dauer der Verfahren anbelangt, so ist die im *Knicht*'schen Diktum angedeutete Tendenz zur Verschleppung nicht generell zu bestätigen, zumindest, was das Agieren der Gerichte anbelangt. Falls Verfahren tatsächlich länger dauerten, dann lag dies in der Regel an Parteienanträgen und zT komplizierten Sachverhaltserhebungen, aber nicht an einer dilatorischen Neigung der Rückstellungskommissionen. Sehr wohl unangenehm konnte es aber sein, wenn man die Republik Österreich als Rückstellungsgegner vor sich hatte, war doch die Finanzprokuratur stets bemüht, als Anwalt der Republik das Bundesvermögen zu verteidigen.

Differenziert zu betrachten ist auch die gängige Praxis, derzufolge Rückstellungsverfahren nicht mit der Naturalrestitution der entzogenen Gegenstände (zB der Rückgabe einer Liegenschaft) endeten, sondern mit einem Rückstellungsvergleich, bei dem die Rückstellungswerber bloß eine Geldabfindung erhielten.<sup>29)</sup> Aus heutiger Sicht erscheinen viele dieser Vergleiche in wirtschaftlicher Betrachtung (insbesondere angesichts inzwischen gestiegener Immobilienpreise) als ungünstig. Dennoch ist zu betonen, dass diese Vergleiche in der Regel erst dann getroffen wurden, nachdem die Rückstellungskommissionen bereits dem Grunde nach die Berechtigung des Rückstellungsanspruchs bejaht hatten.<sup>30)</sup> Aus damaliger Sicht waren viele dieser Vergleiche also – zumindest in prozessualer Hinsicht – durchaus rational nachvollziehbar.

Einzuräumen ist, dass es vereinzelt auch zu Fehlurteilen kam. So sind etwa aus dem Bereich der Kunstres-

titution einige Entscheidungen der Rückstellungskommissionen bekannt, in denen zu Unrecht ein gutgläubiger Erwerb zugunsten von Bundesmuseen angenommen wurde.<sup>31)</sup> Zur Ehrenrettung des OGH ist zu sagen, dass diese Fälle, die mittlerweile, allerdings auch erst nach mehrmaligen Anläufen (durch Empfehlungen des durch das KunstrückgabeG 1998 eingesetzten Kunstrückgabebeirats), korrigiert wurden,<sup>32)</sup> nicht in dritter Instanz entschieden wurden. Umgekehrt hat sich bei der durch das EntschädigungsfondsG 2001 eingerichteten Schiedsinstanz für Naturalrestitution gezeigt, dass Fälle, bei denen (hinsichtlich heute im Bundes-eigentum stehenden Liegenschaften) extrem ungerechte Entscheidungen oder Vergleiche der Nachkriegszeit feststellbar sind, äußerst rar sind.<sup>33)</sup> Auch daraus lässt sich indirekt auf die allgemeine Qualität der Arbeit der Rückstellungskommissionen schließen.

Warum dann aber der von vielen Betroffenen artikulierte Eindruck der Unzulänglichkeit der Rückstellungspraxis nach 1945? Tatsächlich gibt es strukturelle Gründe, die diesen Eindruck verständlich machen: Die Republik Österreich sah sich bekanntlich nach 1945 als erstes Opfer des Nationalsozialismus und lehnte eine Verantwortlichkeit für das während des NS-Regimes zugefügte Unrecht ab. Da die Zweite Republik sich nicht als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reiches sah, erachtete sie es als ausreichend, den Opfern einen rechtlichen Rahmen für die Durchsetzung ihrer Ansprüche zu eröffnen und die Ziviljustiz so zu organisieren, dass diese Verfahren in rechtsstaatlicher Weise abgeführt werden könnten. Der Staat gab sich dabei in gewisser Weise neutral.

Für die Rückstellungswerber bedeutet dies aber, dass sie keine staatliche

- 
- 16) Bei den von uns untersuchten ersten fünfzig Verfahren führte Heinrich Klang stets den Vorsitz, als Beisitzer fungierten Oskar Kirchmayr und Karl Kuch; die Entscheidungen wurden alle einstimmig getroffen; vgl. *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 34.
  - 17) *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 36 f.
  - 18) Siehe dazu oben bei Fn 7.
  - 19) Gem § 2 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz lag keine Vermögensentziehung vor, wenn der Erwerb dartut, dass „die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.“
  - 20) ORK 11.9.1948, Rkv 124/48 = *Ludwig Heller/Wilhelm Rauscher*, Die Rechtsprechung der Rückstellungskommissionen I (1949) Nr. 133.
  - 21) So das Resümee in *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 78.
  - 22) *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 84.
  - 23) Vgl. dazu etwa *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 101 ff; der Versuch, die für den Truppenübungsplatz Allentsteig vorgenommenen Enteignungen im Rahmen des EntschädigungsfondsG 2001 neu zu thematisieren, wurde von der Schiedsinstanz für Naturalrestitution ihrer Entscheidung Nr. 1/2003 (mit durchaus problematischer Begründung) abgelehnt; dazu vgl. *Franz-Stefan Meissel*, Staatsvertrag und „Wiedergutmachung“, in: *Thomas Olechowski* (Hg.), Fünfzig Jahre Staatsvertrag und Neutralität (2006) 132 f.
  - 24) *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 126 f.
  - 25) Zusammenfassend *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 181 f.
  - 26) ORK 21.9.1956, Rkv 32/56; dazu *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 185 ff; *Meissel*, Staatsvertrag 133 ff.
  - 27) In casu kam es dann letztlich zu keiner Endentscheidung, weil der Antragsteller seine Beschwerde zurückzog.
  - 28) Zitiert in *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 249.
  - 29) Ausführlicher dazu *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 359 ff.
  - 30) *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 377.
  - 31) Zu denken ist hier insbesondere an die verweigerte Rückgabe des Munch-Gemäldes „Sommernacht am Strand“, welches Alma Mahler-Werfel entzogen wurde, sowie die Waldmüller-Porträts des Ehepaares Werner aus der Sammlung Gertrude Felsövanis.
  - 32) Im Fall Mahler-Werfels durch die Rückgabempfehlung des Kunstrückgabebeirats vom 8.11.2006; im Fall Gertrude Felsövanis durch die Rückgabempfehlung vom 4.12.2019.
  - 33) Eine Ausnahme, die die Regel bestätigt, ist die Entscheidung Nr. 3/2003 vom 22.10.2003; siehe Allgemeiner Entschädigungsfonds (Hg.), Entscheidungen der Schiedsinstanz für Naturalrestitution Band 1 (2008) 56 ff.

Unterstützung bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche erhielten, sondern mit ihren eigenen Ressourcen um ihr Recht kämpfen mussten. Dies war vor allem dann geradezu aussichtslos, wenn sich die zur Flucht Gezwungenen mittellos und weit entfernt von der Heimat wiederfanden (und nicht nach Österreich zurückkehren konnten oder aus verständlichen Gründen dies nicht wollten).<sup>34)</sup>

Dass diese fehlende Hilfe des Staates aus heutiger Sicht unzureichend und beschämend ist, wurde in Österreich erst nach dem Gedenkjahr 1988 zunehmend anerkannt. Erst mit der Abkehr von der Opferthese, der Schaffung der Historikerkommission, dem KunstrückgabeG 1998 und dem EntschädigungsfondsG 2001<sup>35)</sup> wurden jene Paradigmenwechsel vollzogen, die unsere heutige Perspektive auf diese Fragen prägen.

Im Rahmen ihrer damaligen Möglichkeiten hat die Zivilgerichtsbarkeit der Nachkriegszeit und an ihrer Spitze die Oberste Rückstellungskommission ihre Aufgabe also durchwegs ernst genommen und – zumindest in ihrer Grundlinie – das Rückstellungsrecht als Sonder(Privat)Recht im Interesse der vom Nationalsozialismus Geschädigten interpretiert. Damit hat auch der OGH in diesem Bereich einen juristisch und moralisch essentiellen Beitrag zur demokratischen und rechtsstaatlichen Wiedererrichtung der Republik geleistet.

Stellvertretend für Viele soll deshalb abschließend noch zweier besonders bedeutender Richter gedacht werden, die bei der Gestaltung des Rückstellungsrechts pionierhaft mitgewirkt haben: *Heinrich Klang* und *Karl Wable*.

### III. ZUR ERINNERUNG AN HEINRICH KLANG UND KARL WAHLE

Eine Untersuchung zur personellen Zusammensetzung der ORK zeigt, dass einerseits viele Hofräte eingesetzt wurden, die auch während der NS-Zeit judizierten, ohne aber NS-Affinität zu zeigen; andererseits finden sich aber auch eine Reihe von Mitgliedern, die nach dem „Anschluss“ Repressalien ausgesetzt waren, aus politischen Gründen ihres Amtes enthoben und zur Wehrmacht eingezogen oder gar selbst unter die Judengesetzgebung fielen und persönlich verfolgt wurden.

So wurde etwa Dr. *Norbert Elsigan* (geb. 1901) aus politischen Gründen mit gekürztem Ruhegenuss in den Ruhestand versetzt und anschließend zur Wehrmacht eingezogen.<sup>36)</sup> Dr. *Robert Höller* (geb. 1888) musste seinen Senatsvorsitz aufgeben, weil seine Gattin als „Mischling 1. Grades“ galt.<sup>37)</sup> Selbst aus rassistischen Gründen verfolgt wurde Dr. *Rudolf Deutsch*, der, 1898 in Wien geboren, während des Ersten Weltkrieges als Soldat schwer verwundet wurde. Als Rat des LG für ZRS Wien wurde er am 14. März 1938 vom Dienst suspendiert, da seine Großeltern jüdischen Glaubens gewesen waren. 1942 wurde *Deutsch*, der aufgrund seiner Kriegsverletzungen als bis zu 45 % invalide eingestuft war, einer Fußmattenfabrik als Hilfsarbeiter zugewiesen, wo er schwere körperliche Arbeit verrichten musste.<sup>38)</sup>

*Heinrich Klang* und *Karl Wable* sind aber besonders hervorzuheben. Sie sind nicht nur die zwei prominentesten Mitglieder der ORK gewesen, sondern waren beide auf unterschiedliche Weise Verfolgte des NS-Regimes gewesen und haben die Judikatur im Rückstellungsrecht besonders nachhaltig geprägt.

Die Bedeutung *Heinrich Klangs*, des ersten Vorsitzenden der ORK,<sup>39)</sup> für die rückstellungsfreundliche Grundausrichtung in der Frühphase haben wir schon oben angedeutet.<sup>40)</sup> Bemerkenswert ist, dass die Finanzprokuratorin als Rechtsvertreterin der Republik gar nicht glücklich war mit der klaren Positionierung *Klangs*. Angeblich wurde sogar erwogen, ihn als befangen abzulehnen, nachdem in einer von *Klang* mitgetragenen Entscheidung der Versuch der Republik, in einem Verfahren zulasten Privater die Antragslegitimation als Opfer des NS-Regimes zu erhalten, harsch zurückgewiesen wurde.<sup>41)</sup>

*Karl Wable* wiederum war von 1949 bis zu seiner Pensionierung 1957 Mitglied der ORK; als Beisitzer (sowie später als stellvertretender Vorsitzender der ORK<sup>42)</sup>) war der 1956 zum Präsidenten des OGH avancierte Spitzenjurist hinter vielen Entscheidungen die treibende Kraft.<sup>43)</sup>

Hier soll zum Schluss aber vor allem auf das bewegende Schicksal dieser beiden Richter und Rechtsgelehrten während der NS-Zeit erinnert werden, vor dessen Hintergrund ihr engagierter Beitrag zur Neuausrichtung der Justiz nach 1945 umso heroischer erscheint.

Der 1875 geborene *Heinrich Klang*, der heute vor allem als Herausgeber des nach ihm benannten Großkommentars zum ABGB bekannt ist, war ab 1917 Richter am LG für ZRS Wien, 1922 habilitierte er sich für Bürgerliches Recht, ab 1925 war er am OLG Wien. Mit der NS-Machtergreifung wurde er aufgrund seiner jüdischen Abstammung des Dienstes enthoben. Sein Leidensweg während der NS-Zeit soll hier nur angedeutet werden:<sup>44)</sup> Von der GESTAPO belästigt, musste

der ehemalige vorsitzende Richter am OLG und Professor seine schöne Wohnung samt riesiger Bibliothek aufgeben und zur Finanzierung einer geplanten Flucht all seine Habe liquidieren. Legale Emigrationsversuche in die USA, nach Shanghai und Kuba scheiterten ebenso wie zwei Fluchtversuche über die ungarische Grenze. Stattdessen wird *Klang* inhaftiert und 1942 ins KZ Theresienstadt<sup>45)</sup> deportiert. Dort ist der bereits betagte Jurist in der Ghettoselbstverwaltung tätig und nimmt die (alles andere als beneidenswerte) Rolle eines Ghettorichters wahr.

Nach der Befreiung von Theresienstadt organisiert *Klang* den ersten Rücktransport der österreichischen Häftlinge und er schreibt am 25. Mai 1945 an das Staatsamt für Justiz in Wien kurz und bündig: „Ich melde mich zur aktiven Dienstleistung im Justizdienste. Dr. Heinrich Klang, Senatspräsident am OLG Wien i.R., KZ Theresienstadt.“

Erst jetzt erklimmt *Klang* die letzte Sprosse seiner Justizkarriere: Bereits 70-jährig wird er Hofrat des OGH, dann Senatspräsident – und der erste Vorsitzende der Obersten Rückstellungskommission. Neben seiner Arbeit als Richter lehrt *Klang* als Honorarprofessor an der Universität Wien, und er ist auch wieder Herausgeber der Juristischen Blätter, engagiert sich beim Wiederaufbau der Wiener Juristischen Gesellschaft und bei der Israelitischen Kultusgemeinde.

Ähnlich dramatisch verlief das Leben des für Handels- und Wechselrecht habilitierten und als Fachschriftsteller bis heute bedeutenden *Karl Wable*.<sup>46)</sup> Der 1887 Geborene war bis zum März 1938 Senatsvorsitzender am Handelsgericht. Aufgrund der Nürnberger

Gesetze als Jude geltend wurde der praktizierende Katholik *Wable* des Richteramts enthoben und seiner materiellen Grundlagen beraubt. Sein Sohn *Franz* und seine Tochter *Anna Hedwig* konnten durch einen Kindertransport das rettende England erreichen.<sup>47)</sup> Der 1942 drohenden Deportation entzogen sich *Karl Wable* und seine Ehefrau *Hedy* durch Flucht in den Untergrund. Unter abenteuerlichsten Umständen gelang es ihnen – unter falschem Namen und ständig das Quartier wechselnd – als „U-Boote“ in Wien zu überleben. *Wable* wurde in dieser Zeit sogar einmal verhaftet und ins GESTAPO-Hauptquartier am Morzinplatz gebracht, seine Identität wurde aber nicht aufgedeckt. Die letzten Kriegsmonate blieb dem Ehepaar *Wable* nichts anders übrig, als sich im Wienerwald zu verstecken, wo sie beinahe verhungerten. Über die dramatischen Tage der Befreiung Wiens schreibt *Wable*:

„Dienstag den 10. [April 1945] wurden die westlichen Bezirke Wiens befreit, am 11. ließ ich mich [durch Granatsplitter verletzt] im Spital verbinden, am 12. meldete ich mich bei der Leitung der Widerstandsbewegung ... und am 13. trat ich – in der östlichen inneren Stadt wurde noch gekämpft – meinen Dienst im Justizpalast an. ... In meiner ersten Eigenschaft musste ich zunächst für die Beerdigung der während der Kämpfe im Justizpalast erschossenen Nazibeamten Sorge tragen.“

Die Leichen begraben und den Rechtsstaat wiederaufbauen – nicht nur für das Rückstellungsrecht, sondern für den Wiederaufbau der Justiz nach 1945 insgesamt sind Personen wie *Heinrich Klang* und *Karl Wable* größten Respekt einflößende Vorbilder. „Wiedererrichtet inmitten von Trümmern“

– ihre Biografien verkörpern das Motto unserer Veranstaltung in ganz besonderer Weise.

- 
- 34) Statt vieler sei hier nur auf das Schicksal des Rechtsanwaltes Dr. Hans Schnek verwiesen, dessen unbeantwortete Briefe und Hilfsgesuche *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 404 ff. „Anstelle eines letzten Wortes“ zu Wort kommen lassen.
- 35) Bundesgesetz über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (EntschädigungsfondsG) BGBl I 12/2001 idF BGBl I 9/2013.
- 36) Vgl. *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 83; ähnliches gilt für Dr. Robert Dinnebir (geb. 1907), dazu *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 129 f.
- 37) *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 82.
- 38) *Meissel/Olechowski/Gnant*, Untersuchungen 81.
- 39) Heinrich Klang war von 26.4.1947 bis 31.12.1949 Vorsitzender der ORK.
- 40) Dazu bereits *Meissel*, *Heinrich Klang* (1875-1954), JBI 2016, 156.
- 41) „Das Ergebnis wäre“, so heißt es in dieser E der ORK (Rkv 50/48, JBI 1948, 319), „dass die Republik Österreich es einerseits ablehnt, für Schädigungen, die ihre Bürger durch Vermögensentziehungen erlitten, in irgendeiner Weise aufzukommen, dass sie selbst aber den Ersatz ihrer eigenen Schädigungen auf Kosten ihrer Bürger erhalten würde. Es erübrigt sich, über die Unmöglichkeit einer derartigen rechtlichen Regelung weiter zu sprechen.“
- 42) Stellvertretender Vorsitzender wurde Karl Wahle am 14.4.1955.
- 43) Ausführlicher dazu *Franz-Stefan Meissel*, *Karl Wahle* und die Arbeit der Rückstellungskommissionen, FS Aicher (2012) 441 ff, bes 448 ff.
- 44) Zur Verfolgung *Klangs* ausführlicher *Günter Gößler/Martin Niklas*, *Heinrich Klang: Praxis und Theorie – Verfolgung und Rückkehr*, in: *Meissel/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schima*, *Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht* (2012) 281ff; *Franz-Stefan Meissel*, *Heinrich Klang* (1875-1954), JBI 2016 151 ff, bes 154 ff.
- 45) Darauf, dass es sich bei Theresienstadt keineswegs um ein „Ghetto“, sondern tatsächlich um ein KZ handelt, legt *Klang* ausdrücklich wert; siehe dazu *Makarova/Makarov/Kuperman*, *University Over the Abyss. The story behind 489 lecturers and 2309 lectures in KZ Theresienstadt* (Jerusalem 2000) 33 ff, 225 ff, 411 f, hier 34.
- 46) Für zeitgenössische Würdigungen siehe etwa *Gustav Stanzl*, *Karl Wahle* zum 75. Geburtstag, JBI 1962, 309 ff; *Franz Gschnitzer*, *Karl Wahle – 80 Jahre*, JBI 1967, 362; *Karl Hannak*, *Karl Wahle †*, JBI 1970, 415.
- 47) Details zur privaten Geschichte der Familie Wahle finden sich bei *Hedwig Wahle*, *Mutter, Vater, Bruder, Ich*, in: *Spiritualität – Praxis – Gemeinde* 5 (1991) 7 ff; siehe auch *Francis Wahle*, *Erinnerung an Karl Wahle*, Rede vom 11.10.2011, abrufbar unter: <https://www.nationalfods.org/francis-wahle> (zuletzt besucht 14.4.2022).

# Gründlicher, besser, aufrichtiger? Vergleichende Bemerkungen zur Nachkriegsjustiz in Deutschland

VORTRAGENDE: Univ.-Prof. Dr. Lena Foljanty, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien.



Der 8. Mai 1945 markiert in Deutschland keine „Stunde null“, kein „rechtliches Vakuum“, ja selbst der „Stillstand der Justiz“ war kein vollständiger. Zwar ordneten die Alliierten die Schließung der Gerichte an,<sup>1)</sup> die Wiedereröffnung erfolgte vielerorts jedoch sehr bald: In den britisch besetzten Gebieten wurden erste Gerichte bereits im April 1945, also noch vor Ende des Krieges, wiedereröffnet, in der amerikanischen Zone erfolgten viele Wiedereröffnungen innerhalb weniger Wochen nach Kriegsende.<sup>2)</sup> Bis Herbst 1945 hatte eine beträchtliche Zahl von Amts- und Landgerichten wieder ihre Tätigkeit aufgenommen. Die Oberlandesgerichte, die bis

zur Gründung des Bundesgerichtshofs im Jahr 1950 die höchste deutsche Gerichtsebene darstellten, wurden überwiegend im Laufe des Jahres 1946 wiedereröffnet.<sup>3)</sup>

Wie gingen die wiedereröffneten Gerichte mit dem geschehenen Unrecht um? Im Folgenden werden die Schritte der justiziellen Aufarbeitung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen in Deutschland nachgezeichnet und mit der österreichischen Entwicklung kontrastiert. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Entwicklung in den westdeutschen Besatzungszonen und der Bundesrepublik Deutschland, es werden aber auch Blicke auf die sowjetisch besetzte Zone und auf die Frühphase der DDR geworfen.

## I. FRÜHE STRAFVERFOLGUNG: 1945-1951

Anders als in Österreich war die Rechtsgrundlage für die Ahndung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen in Deutschland in der unmittelbaren Nachkriegszeit ein alliiertes Gesetz: das Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20. Dezember 1945. Mit „Verbrechen gegen den Frieden“, „Kriegsverbrechen“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ schuf es drei Tatbestände, die dem geschehenen Unrecht Rechnung tragen sollten.

Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 war nicht nur die Grundlage für die Nürnberger Prozesse; es diente auch als Grundlage für eine Vielzahl von

Verfahrensvordenalliierten Gerichten, die in allen Besatzungszonen errichtet worden waren. Tatsächlich oblag die Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 zunächst nur den alliierten Gerichten. Art. III Ziff. I d KRG 10 ermöglichte es den Besatzungsmächten, deutsche Gerichte für die Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 für zuständig zu erklären, wenn es sich um Straftaten handelte, die durch deutsche Staatsangehörige an deutschen Staatsangehörigen oder an staatenlosen Personen verübt worden waren. Während die amerikanische Militärregierung hiervon nicht Gebrauch machte, sondern soweit nötig auf die Schaffung deutscher Rechtsgrundlagen hinwirkte,<sup>4)</sup> erließ die britische Militärregierung bereits im August 1946 eine Verordnung, die deutsche Gerichte generell ermächtigte, in entsprechenden Fällen das Kontrollratsgesetz Nr. 10 anzuwenden.<sup>5)</sup> Etwas später folgte die französische Besatzungszone. 1948/49 wurde die Zuständigkeit deutscher Gerichte nochmals erweitert, die alliierten Gerichte sollten nur noch in Ausnahmefällen oder wenn eigene Staatsangehörige betroffen waren tätig werden.<sup>6)</sup>

Von den deutschen Gerichten wurde das Kontrollratsgesetz Nr. 10 nur zögerlich angewandt.<sup>7)</sup> Begründet wurde dies mit Bedenken wegen des Rückwirkungsverbots. *Hodo Freiherr von Hodenberg*, Oberlandesgerichtspräsident in Celle und Wortführer der Bedenkenträger, rückte die Durchbrechung des Rückwirkungsverbots

in die Nähe nationalsozialistischen Unrechts. Er warnte davor, dass Richter in Gewissenskonflikte hineingezwungen würden, wenn sie entgegen ihrem Rechtsempfinden rückwirkend bestrafen müssten und sprach davon, dass die Gefahr eines Rückfalls bestünde „in eine seit 150 Jahren überwundene Handhabung strafrechtlicher Willkür“.<sup>8)</sup>

Die Frühphase der Strafverfolgung durch deutsche Gerichte war geprägt durch eine unsystematische Verfolgung. Der Anspruch war nicht eine umfassende Aufklärung der Verbrechenskomplexe, sondern Anklagederer, die gerade greifbar waren.<sup>9)</sup> Die Verfahren behandelten zu einem beträchtlichen Teil Denunziationsfälle, daneben Verbrechen im Zusammenhang mit den Novemberpogromen 1938 sowie Endphase-Verbrechen, ausgenommen die Morde im Zusammenhang mit den sog. Todesmärschen.<sup>10)</sup> Der größte Teil der Verfahren befasste sich somit mit Exzess- und Einzeltaten.<sup>11)</sup> Daneben finden sich aber auch einige Verfahren zu größeren Tatkomplexen wie etwa Tötungsverbrechen im Rahmen der sog. „Euthanasie“.<sup>12)</sup> Vereinzelt finden sich bereits in dieser frühen Phase der Strafverfolgung Prozesse wegen Mitwirkung an Deportationen sowie erste Prozesse gegen Täter der Aktion Reinhardt.<sup>13)</sup>

Auch wenn insgesamt in dieser frühen Phase der Strafverfolgung die Zahl der Verurteilungen auch vor westdeutschen Gerichten durchaus hoch war,<sup>14)</sup> so lässt sich doch feststellen, dass das Kontrollratsgesetz Nr. 10 in Ostdeutschland konsequenter angewandt wurde.<sup>15)</sup> Im Gegensatz zu den Prozessen vor dem Sowjetischen Militärtribunal, vor denen ca. 40.000 Personen zur Rechenschaft gezogen

wurden, und den Waldheimer Prozessen in der frühen DDR, deren Unrechtscharakter unbestritten ist, hat die Forschung für die Verfahren vor deutschen Gerichten in der sowjetischen Zone aber gezeigt, dass diese bis zu einem gewissen Grad durchaus rechtsstaatliche Züge trugen.<sup>16)</sup>

## II. ZWISCHENPHASE: 1952-1957

Mit Gründung der beiden deutschen Staaten verlor das Kontrollratsgesetz Nr. 10 rasch an Bedeutung. 1951 wurden die deutschen Gerichte in der britischen und der französischen Zone von der Verpflichtung zur Anwendung entbunden.<sup>17)</sup> Der Höhepunkt der Strafverfolgung war bereits 1948 erreicht,<sup>18)</sup> seitdem ging sowohl die Zahl der Ermittlungsverfahren als auch die Zahl der Verurteilungen deutlich zurück.<sup>19)</sup> 1956 wurde das Kontrollratsgesetz Nr. 10 offiziell außer Kraft gesetzt.<sup>20)</sup> Es wird geschätzt, dass von den Straffreiheitsgesetzen von 1949<sup>21)</sup> und 1954<sup>22)</sup> mehr als 1.200.000 Personen profitierten.<sup>23)</sup>

Die Phase von 1952 bis 1957 war allerdings nicht nur eine Phase, in der die Strafverfolgung fast vollständig zum Erliegen kam, es handelt sich auch um die Phase, in der sich die Täter in die bundesrepublikanische Gesellschaft integrieren konnten. Die Entnazifizierung war nach anfänglicher Ernsthaftigkeit bereits 1946/47 in deutsche Hände gegeben worden; dort prägten Verschleppungen und Freisprüche die Umsetzung, unter dem Eindruck des Kalten Krieges endete sie 1951 ganz.<sup>24)</sup> Denjenigen, die ihre Stellung im öffentlichen Dienst verloren hatten, wurde mit dem Gesetz zu Art. 131 GG die Wiederaufnahme von Tätigkeiten im öffentlichen Dienst gestattet, sofern sie nicht zur Gruppe der Hauptschuldigen und Belasteten gehörten.<sup>25)</sup>

## Die Reintegration belasteter Personen machte vor der Justiz und der

- 
- 1) *Edith Raim*, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie, 2013, S. 71.
  - 2) Siehe die umfassende Studie von *Raim* (Fn. 1), S. 71 ff.
  - 3) *Raim* (Fn. 1), S. 109 ff.
  - 4) *Raim* (Fn. 1), 555 ff.; dazu auch *Christian Pöpkén*, Vergangenheitspolitik durch Strafrecht, 2021, S. 81 ff.
  - 5) VO Nr. 47 vom 30.8.1946, Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, Nr. 13, S. 306. Siehe hierzu auch *Martin Broszat*, Siegerjustiz oder strafrechtliche Selbstreinigung, VfZ 29 (1981), S. 477-544.
  - 6) *Raim* (Fn. 1), S. 510, 516, 518.
  - 7) Einen guten empirischen Überblick gibt *Clea Laage*, KJ 1989, S. 409-432.
  - 8) *Hodo Freiherr von Hodenberg*, SJZ 1947, Sp. 113 (121); dazu auch *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013, S. 68 ff.
  - 9) *Hans-Christian Jasch/Wolf Kaiser*, Der Holocaust vor deutschen Gerichten, 2017, S. 63 f.
  - 10) *Claudia Kuretsidis-Haider*, in: Thomas Albrich/Winfried R. Garscha/Martin F. Polaschek (Hg.), Holocaust und Kriegsverbrechen vor Gericht. Der Fall Österreich, 2. Aufl. 2018, S. 334.
  - 11) Siehe zur quantitativen Aufschlüsselung *Raim* (Fn. 1), S. 652.
  - 12) *Willi Dreßfen*, in: Hanno Loewy/Bettina Winter (Hg.), NS-„Euthanasie“ vor Gericht, 1996, S. 35 ff.
  - 13) *Hans-Christian Jasch/Wolf Kaiser*, Der Holocaust vor deutschen Gerichten, 2017, S. 64 ff.; quantitativ machen Verfahren wegen Massenvernichtungs- und KZ-Verbrechen im Zeitraum 1945-49 nur 7,9% der Verfahren aus, siehe *Raim* (Fn. 1), S. 652.
  - 14) *Laage* (Fn. 7).
  - 15) *Jasch/Kaiser* (Fn. 13), S. 41.
  - 16) *Devin O. Pendas*, Democracy, Nazi-Trials, and Transitional Justice in Germany 1945-1950, 2020, S. 138 ff.; *Jasch/Kaiser* (Fn. 13), S. 43 f.
  - 17) *Raim* (Fn. 1), S. 606.
  - 18) *Raim* (Fn. 1), S. 652.
  - 19) *Jasch/Kaiser* (Fn. 13), S. 87 f.
  - 20) *Raim* (Fn. 1), S. 606 f.
  - 21) Erstes Straffreiheitsgesetz vom 31.12.1949 für Personen, die zu Geldstrafen bis zu 5000 DM oder zu Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten verurteilt worden waren; Personen, die zu Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr verurteilt worden waren, wurden auf Bewährung entlassen; *Annette Weinke*, Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland, 2002, S. 59; sowie ausführlich *Norbert Frei*, Vergangenheitspolitik, 2. Aufl. 2003, S. 29 ff.
  - 22) Zweites Straffreiheitsgesetz vom 17.7.1954 für Personen, die wegen mittelschwerer Endphaseverbrechen verurteilt worden waren; dazu *Weinke* (Fn. 21), S. 61; *Frei* (Fn. 21), S. 100 ff.
  - 23) *Jasch/Kaiser* (Fn. 13), S. 89, 91.
  - 24) *Frei* (Fn. 21), S. 54 ff.; *Peter Reichel*, Vergangenheitsbewältigung in Deutschland, 2001, S. 30 ff.
  - 25) *Frei* (Fn. 21), S. 69 ff.

Justizverwaltung nicht halt. *Manfred Görtemaker* und *Christoph Safferling* haben in ihrer Studie zur Nachkriegsgeschichte des Bonner Bundesjustizministeriums herausgearbeitet, dass der Anteil der NS-Belasteten in den ersten Jahren nach Gründung bei 40-45% lag,<sup>26)</sup> und dass Netzwerke belasteter Ministeriumsangehöriger die Arbeit des Ministeriums nachhaltig prägten.<sup>27)</sup>

### III. VERGLEICHENDE ZWISCHENBETRACHTUNGEN

In Deutschland wie auch in Österreich ist die Frühphase der Strafverfolgung durch eine Vielzahl kleinteiliger Verfahren gekennzeichnet. In beiden Ländern spielten Denunziationenfälle und Endphaseverbrechen eine herausgehobene Rolle, wobei in Österreich auch Verbrechen hierunter fielen, die im Zusammenhang mit den Todesmärschen begangen wurden, während in Deutschland vorwiegend Einzeltaten verfolgt wurden.<sup>28)</sup> Auch Verbrechen, die im Zusammenhang mit Zwangsarbeit standen, und Massenvernichtungsverbrechen wurden von österreichischen Gerichten eher geahndet als von deutschen.

Die unterschiedlichen Schwerpunkte in der Strafverfolgung erklären sich zunächst durch die unterschiedliche Kompetenz der Gerichte und die unterschiedliche Rechtslage in Deutschland und Österreich. In Deutschland gab es weder ein Pendant zum Kriegsverbrechergesetz, noch zu den Volksgerichten; die Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10, das eine rückwirkende Bestrafung ermöglichte und Exkulpationen wegen Handelns auf Befehl einen Riegel vorschob, wurde erst nach und nach in die Hände deutscher Gerichte gegeben. Tatsächlich war sie dort nicht in guten Händen: Es gab beträchtlichen

Widerstand gegen das Kontrollratsgesetz. Die deutschen Gerichte wandten es zögerlich an. Die Strafverfolgung ebte daher bald ab – dies lässt sich allerdings auch für Österreich feststellen. In beiden Ländern war der Höhepunkt der Strafverfolgung 1948 erreicht.<sup>29)</sup>

### IV. PHASE 2: VERFOLGUNG NATIONALSOZIALISTISCHER GEWALTVERBRECHEN AB 1958

Nach dem Tiefpunkt der Strafverfolgung in den Jahren 1952-1957 trat die juristische Aufarbeitung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen Ende der 1950er Jahre in der Bundesrepublik in eine neue Phase ein. Den Wendepunkt markiert der Ulmer Einsatzgruppenprozess von 1958, der sich gegen Angehörige des Einsatzgruppenkommandos Tilsit richtete. Ihnen wurde vorgeworfen, an der Ermordung von 5502 Jüdinnen und Juden im Jahr 1941 mitgewirkt zu haben.

Der Ulmer Einsatzgruppenprozess markierte in der bundesdeutschen Aufarbeitungsgeschichte deswegen einen Wendepunkt, weil hier erstmals ein gesamter Tatkomplex systematisch und mit Anspruch auf Aufklärung der historischen Ereignisse behandelt wurde. Waren die Prozesse bis dahin „Zufallsprodukt einer Zufallsjustiz“,<sup>30)</sup> so begann nun eine systematische Aufarbeitung.

Tatsächlich kamen Ende der 1950er Jahre verschiedene Faktoren zusammen, die eine solche Wende beförderten. 1955 erschien das erste „Braunbuch“ in der DDR, das Namen nationalsozialistischer Personen in der bundesdeutschen Elite veröffentlichte. 1957 erschien eine Broschüre, die sich der personellen Kontinuität in der Justiz widmete. Die damit eingeläutete „Blutrichter Kampagne“ des von der

DDR-Regierung gegründeten „Ausschusses für deutsche Einheit“ rief massive Abwehr hervor;<sup>31)</sup> sie brachte aber auch Bewegung in die bundesdeutsche Justizpolitik. Die Briten nahmen den Ball auf und übten außenpolitischen Druck aus<sup>32)</sup> und auch im Inland wurde Aufklärung gefordert. *Reinhard Strecker*, ein Student, initiierte, angeregt durch die Vorwürfe, eine Überprüfung der der DDR-Kampagne zugrunde liegenden Daten und konzipierte auf dieser Grundlage die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz“, die ab 1959 mit Unterstützung des Sozialistischen Deutschen Studentenbundes (SDS) in verschiedenen bundesdeutschen Städten gezeigt wurde.<sup>33)</sup> Zugleich fand der Ulmer Einsatzgruppenprozess starke Beachtung in den Medien und rückte die Mängel in der Strafverfolgung in das Bewusstsein der Öffentlichkeit.<sup>34)</sup> Im Herbst 1958 wurde die „Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen“ in Ludwigsburg gegründet, die die Aufgabe hatte, Vorermittlungen zu Verbrechenskomplexen zu führen, um diese an die jeweiligen Staatsanwaltschaften zur Einleitung von Ermittlungsverfahren abzugeben.<sup>35)</sup>

Trotz zunächst knapper Ressourcen, personeller Engpässe und einer teilweise schwierigen Kommunikation mit den einzelnen Staatsanwaltschaften<sup>36)</sup> bewirkte die Tätigkeit der Zentralen Stelle eine Systematisierung und Professionalisierung der Ermittlungen:<sup>37)</sup> Zuständigkeiten wurden nicht zergliedert, sondern nach großen Verbrechenskomplexen verteilt,<sup>38)</sup> zudem wirkte die Zentrale Stelle darauf hin, dass auch in den Ländern Schwerpunktstaatsanwaltschaften gegründet wurden.<sup>39)</sup> Gingen die Frankfurter Auschwitz-Prozesse – am bekanntesten ist hier der erste, der 1963-1965 unter großer Beachtung durch die

Öffentlichkeit geführt wurde<sup>40)</sup> – auf die Initiative und die Durchsetzungskraft des hessischen Generalstaatsanwalts *Fritz Bauer* zurück,<sup>41)</sup> so ist es doch nicht allein Ausnahmefiguren wie ihm zu verdanken, dass in den 1960er und 1970er Jahren eine Reihe weiterer Lager- und Verbrechenskomplexe zur Anklage gebracht wurde: Chelmno (1962), Belzec (1963), Treblinka (1965), Sobibor (1965/66), Babij Jar (1968), Majdanek (1975-81).

## V. AN DEN GRENZEN DES STRAFRECHTS: DOGMATISCHE HÜRDEN DER STRAFVERFOLGUNG

Von einer erfolgreichen juristischen Aufarbeitung zu sprechen, wäre dennoch verfehlt. Das geltende Strafrecht war für Massenverbrechen, wie sie im Nationalsozialismus begangen worden waren, nicht ausgelegt. Zudem hatte die Rechtsprechung hohe Hürden für die Ahndung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen errichtet. Die Weichen waren insbesondere im Bereich Täterschaft und Teilnahme und bezüglich der Konstruktion der Tat in einer Weise gestellt, die die Strafverfolgung massiv erschwerte.

### a. Gehilfenrechtsprechung

Die sog. Gehilfenrechtsprechung setzte sich mit dem Ulmer Einsatzgruppenprozess durch und zieht sich durch alle Urteile der zweiten Phase der Strafverfolgung. Die Gehilfenrechtsprechung knüpfte an die im Staschynskij-Fall vom Bundesgerichtshof entwickelte Animus-Theorie an,<sup>42)</sup> derzufolge es für die Beurteilung, ob Täterschaft oder Beihilfe vorlag, auf die subjektive Tatseite ankam: Täter ist nur, wer die Tat als eigene wollte. Im Falle nationalsozialistischer Massenverbrechen wurde damit als Haupttäter der engste nationalsozialistische Führungszirkel identifiziert. Auch Personen, die die Tat eigenhändig

begangen hatten, wurden damit nicht zwingend als Täter qualifiziert: Hatten sie die Tat im Rahmen der ihnen übertragenen Aufgaben begangen, so wurde angenommen, dass sie die Tat nicht als eigene, sondern *für einen anderen* gewollt hatten. Sie waren damit nur Gehilfen. Mittäterschaft wurde nur angenommen, wenn ein Angeklagter sich die Tat zu eigen machte, also etwa im Rahmen von Exzesshandlungen.<sup>43)</sup>

Mit einer Einordnung als Gehilfe und nicht als Täter ging einher, dass die Urteilssprüche erheblich milder ausfielen. Im Falle des Ulmer Einsatzgruppenprozesses wurden alle zehn Angeklagten als Gehilfen verurteilt. Die verhängten Freiheitsstrafen lagen zwischen drei und 15 Jahren. Auch im ersten Frankfurter Auschwitzprozess wurden zehn der 20 Angeklagten nur wegen „Gemeinschaftlicher Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord“ verurteilt, was zur Folge hatte, dass sie zu maximal neun Jahren Zuchthaus verurteilt wurden. Nur sieben Angeklagte wurden wegen Mordes verurteilt und erhielten damit die Höchststrafe.<sup>44)</sup>

Die Einordnung als Gehilfe hatte auch für die Verjährung weitreichende Folgen: Mit der Neugestaltung des Einführungsgesetzes zum Ordnungswidrigkeitengesetz von 1968 wurde § 50 Abs. 2 StGB dahingehend geändert, dass die Strafe gemildert werden musste, wenn nur beim Täter, nicht aber beim Gehilfen strafbe gründende Umstände persönlicher Art vorlagen. Dies betraf etwa das Mordmerkmal der niederen Beweggründe. Die Gesetzesreform war vom Bundesjustizministerium vorbereitet worden und war verpackt in eine allgemeine, eher rechtstechnisch erscheinende Reform. Erst nachdem das Gesetz einstimmig verabschiedet worden war, wiesen die Medien auf die

Folgen für die Verfolgung nationalsozialistischer Verbrechen hin: Mit der obligatorischen Strafmilderung ging eine verkürzte Verjährungsfrist einher; die Beihilfe zum Mord war demnach, wenn beim Gehilfen keine qualifizierenden personenbezogenen Umstände vorlagen, bereits am 8. Mai

26) *Manfred Görtemaker/Christoph Safferling*, Die Akte Rosenberg, 2016, S. 124 ff.

27) *Görtemaker/Safferling* (Fn. 26), passim.

28) *Kuretsidis-Haider* (Fn. 10), S. 334.

29) *Kuretsidis-Haider* (Fn. 10), S. 330.

30) *Süddeutsche Zeitung* vom 30./31.8.1958, zitiert bei *Marc von Miquel*, Ahnden oder amnestieren?, 2004, S. 160.

31) *Hans-Eckhard Niermann*, Zwischen Unbehagen und Verdrängung, in: *Jörg Requate* (Hg.), *Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch (1960-1975)*, 2003, S. 103-130.

32) *Weinke* (Fn. 21), S. 79 ff.; *Jasch/Kaiser* (Fn. 13), S. 108.

33) *Stephan Alexander Glienke*, Die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz“ (1959-62), 2008.

34) Eine Allensbach-Umfrage im Jahr 1958 stellte fest, dass 54% der Befragten eine weitere Strafverfolgung befürworteten: *Elisabeth Noelle/Erich Peter Neumann* (Hg.), *Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1958-1964*, 1965, S. 22; siehe dazu *Claudia Fröhlich*, Der „Ulmer Einsatzgruppen-Prozess“ 1958, in: *Jürgen Osterloh/Clemens Vollnhals* (Hg.), *NS-Prozesse und deutsche Öffentlichkeit*, 2011, S. 233-262.

35) Zur Zentralen Stelle umfassend *Annette Weinke*, Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst, 2. Aufl. 2009.

36) *Von Miquel* (Fn. 30), S. 183 f.

37) *Von Miquel* (Fn. 30), S. 182.

38) *Von Miquel* (Fn. 30), S. 182.

39) *Werner Renz*, Der 1. Frankfurter Auschwitz-Prozess und die deutsche Öffentlichkeit, in: *Jürgen Osterloh/Clemens Vollnhals* (Hg.), *NS-Prozesse und deutsche Öffentlichkeit*, 2011, S. 349-362; *Jürgen Wilke u.a.*, *Holocaust und NS-Prozesse. Die Presseberichterstattung in Israel und Deutschland zwischen Aneignung und Abwehr*, 1995, S. 53 ff.

40) Siehe nur *Devlin O. Pendas*, Der Auschwitz-Prozess. Völkermord vor Gericht, 2013.

41) Zu *Bauer Irmlud Wojak*, *Fritz Bauer (1903-1968)*, 2009; *Ronen Steinke*, *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, 2013. Zur Vorgeschichte des ersten Auschwitz-Prozesses *Werner Renz*, *Auschwitz vor Gericht*, 2018, S. 17 ff.

42) BGH, Urteil vom 19.10.1962 (NJW 1962, 355-358, BGHSt 18, 87-96).

43) *Christoph Safferling*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.9.2016 – 3 StR49/16, JZ 2017, 258 (ebd.).

44) Das Urteil ist veröffentlicht in: *Raphael Gross/Werner Renz* (Hg.), *Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963-65)*. Kommentierte Quellenedition, 2 Bände, 2013.



1960 verjährt.<sup>45)</sup> Korrigierenden Auslegungen, die denkbar gewesen wären, schob der Bundesgerichtshof einen Riegel vor, indem er bekräftigte, dass es sich bei niederen Beweggründen um ein personenbezogenes Mordmerkmal handelte, das individuell nachgewiesen werden müsse.<sup>46)</sup>

Diese „Kalte Amnestie“ führte zu unzähligen Verfahrenseinstellungen. Genaue Zahlen liegen nicht vor, *Christoph Safferling* weist jedoch zutreffend darauf hin, dass es bereits aufschlussreich ist, dass auf ca. 120.000 Vorermittlungen, die die Ludwigsburger Zentralstelle ab 1958 führte, bis zum Jahr 2015 nur 563 Verurteilungen kamen.<sup>47)</sup>

#### b. Tatmehrheit

Ein weiteres dogmatisches Problem bei der Bestrafung nationalsozialistischer Massenverbrechen lag darin, dass das bundesrepublikanische Strafgesetzbuch eine individuelle Beurteilung aller Einzeltaten verlangte. Handlungen konnten nur zusammengefasst werden, wenn Tateinheit (Idealkonkurrenz) anzunehmen war. Dies war nach der traditionellen Lehre nur gegeben, wenn ein räumlich-zeitlich enger Zusammenhang zwischen den Handlungen bestand oder dasselbe Rechtsgut aufgrund eines einheitlichen Beschlusses fortgesetzt verletzt wurde. Für die Tötungsverbrechen in den Vernichtungslagern wurde dies von der Rechtsprechung verneint; es wurde Tatmehrheit (Realkonkurrenz) angenommen.

Für eine umfassende Ahndung der Verbrechen, die in den Vernichtungslagern begangen wurden, bedeutete dies eine kaum überwindbare Schwierigkeit: Jede Tötungshandlung musste einzeln nachgewiesen werden. Bereits in der Vorbereitung des Auschwitzprozesses kritisierte *Fritz*

*Bauer* diese Rechtsprechung scharf als der Realität in den Lagern nicht angemessen. Er argumentierte, dass die Taten, die im Rahmen des Vernichtungsapparats begangen wurden, in natürlicher Handlungseinheit stünden und damit als eine Tat anzusehen seien:

„Die Gerichte machen den Versuch, das totale Geschehen, z.B. den Massenmord an Millionen in den Vernichtungslagern, in Episoden aufzulösen, etwa in die Ermordung von A durch X, von B durch Y oder von C durch Z. Dem einzelnen Angeklagten wünschte man sein individuelles Tun im Detail nachzuweisen. Dergleichen verweigert aber das Geschehen, das nicht eine Summe von Einzelereignissen war.“<sup>48)</sup>

*Bauers* Forderung, dass jede Mitwirkung am Vernichtungsapparat, also jeder Dienst in einem Vernichtungslager, als Beihilfe zum Mord anzusehen sei,<sup>49)</sup> fand kein Gehör. Der Bundesgerichtshof erteilte *Bauer* im Revisionsurteil zum ersten Auschwitzprozess eine klare Absage. Würde man *Bauers* Forderung anerkennen, so sei eine Strafbarkeit möglich, ohne dass sichergestellt sei, dass die Ursächlichkeit eines jeden Tatbeitrags nachgewiesen sei.<sup>50)</sup> Der Bundesgerichtshof argumentierte, dass das Strafgesetzbuch nicht die Figur des Massenverbrechens kenne.

#### VI. PHASE 3: SPÄTE GERECHTIGKEIT?

Erst die allerjüngsten Strafverfahren haben grundlegende Änderungen bewirkt. Mit den Urteilen gegen *John Demjanjuk* aus dem Jahr 2011 und gegen *Oskar Gröning* aus dem Jahr 2015 wurde mit der bisherigen Rechtsprechung gebrochen. In den Urteilen des Landgerichts München II und des Landgerichts Lüneburg stellten sich die Gerichte erstmals der Problematik, dass das Strafrecht mit seiner herkömmlichen Dogmatik die

Massenverbrechen des Nationalsozialismus nicht angemessen erfassen kann. Im Fall *Demjanjuk* verurteilte das Landgericht München II den ukrainischen Wachmann, der in Sobibor eingesetzt war, wegen Beihilfe zum Mord in 28.060 Fällen, obgleich ihm eine Beteiligung an Tötungshandlungen im Einzelnen nicht nachgewiesen werden konnte. Das Gericht argumentierte:

„Die drei Vernichtungslager Treblinka, Belzec und Sobibor dienten nur dem einzigen Zweck der massenhaften Ermordung der jüdischen Bevölkerung Europas. Damit war jede Tätigkeit [...] im Lager eine Förderung des Hauptzwecks des Vernichtungslagers, [...]“<sup>51)</sup>

Damit wurden im Fall *Demjanjuk* alle Tätigkeiten in einem Vernichtungslager als Beihilfe zum Mord gewertet. Das Landgericht Lüneburg ging im Urteil gegen *Oskar Gröning* noch einen Schritt weiter: *Gröning* war in der Häftlingseigentumsverwaltung von Auschwitz eingesetzt, daneben hatte er Wachdienst an der Rampe geleistet, wobei er vor allem dafür zuständig war, das Gepäck zu bewachen und Plünderungen zu verhindern. Mit dem Hinweis, er sei nicht unmittelbar an Tötungshandlungen beteiligt gewesen, war 1985 ein Ermittlungsverfahren gegen ihn eingestellt worden. Das Landgericht Lüneburg sah nun, gestützt auf die Rechtsprechung im Fall *Demjanjuk*, eine Strafbarkeit gegeben und nahm entgegen der bisherigen Praxis der Gerichte Tateinheit in 300.000 Fällen an:

„Die gesamte Tätigkeit des Angeklagten in Auschwitz war dadurch geprägt, dass sie eine Vielzahl von Morden förderte, ohne dabei auf die Förderung bestimmter einzelner Taten gerichtet zu sein. Dies gilt insbesondere für das Verwalten und Abliefern des Geldes. Dass die ‚Rampendienste‘,

die er während der ‚Ungarn-Aktion‘ versah, einen gewissen Bezug zu den sich unmittelbar anschließenden Vergasungen hatten, führt zu keinem anderen Ergebnis, weil eine Aufspaltung in Einzeltaten allein deswegen willkürlich und gekünstelt erschiene und auch dem Verständnis des Angeklagten, der die ‚Ungarn-Aktion‘ als einheitliches Geschehen betrachtete, nicht gerecht würde.<sup>52)</sup>

Mit dem Urteil im Fall *Demjanjuk* wurde es möglich, auch Tätigkeiten in einem Vernichtungslager, die nicht unmittelbar mit dem Tötungsgeschehen in Verbindung standen, als Beihilfe-Handlungen zu werten, wenn sie den „reibungslosen Ablauf der Tötungsmaschinerie in den Vernichtungslagern“ förderten.<sup>53)</sup> Mit dem *Gröning*-Urteil wurde erstmals der Dienst im Lager als tateinheitliche Handlung gewertet. Der Bundesgerichtshof ließ die Frage der Tateinheit in seinem Revisionsurteil aus dem Jahr 2016 zwar dahinstehen, bestätigte aber im Übrigen den von den Landgerichten eingeschlagenen Weg:

„Er war in die Organisation der Massentötungen eingebunden, indem er nach Dienstplan Aufgaben beim Eintreffen der Opfer an der Rampe wahrnahm [...]. [...] Aber auch bezüglich der Opfer, bei deren Eintreffen er keinen Rampendienst versah, hat sich der Angeklagte wegen Beihilfe zum Mord strafbar gemacht.“<sup>54)</sup>

Eine späte Gerechtigkeit? Fast fünfzig Jahre nach *Fritz Bauers* Forderung, das Lager als einheitlichen Verbrechenskomplex zu begreifen, in dem die Beteiligten arbeitsteilig zusammenwirkten, hat die Rechtsprechung seine Ideen aufgenommen – bedauerlich ist allerdings, dass der Wandel der Rechtsprechung nicht mit einer kritischen Auseinandersetzung der Rolle der Justiz in der Nachkriegszeit einherging.<sup>55)</sup>

## VII. VERGLEICHENDE

### SCHLUSSBETRACHTUNG

Gründlicher? Besser? Aufrichtiger? Angesichts der massiven Versäumnisse bei der Ahndung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen durch die bundesdeutsche Justiz ist eine solche Bewertung kaum angemessen. Im Vergleich mit Österreich lässt sich aber feststellen, dass die Dynamik der Strafverfolgung in der Bundesrepublik eine umgekehrte war: Im Gegensatz zu Österreich, wo die Strafverfolgung bis 1955 bei den Volksgerichten gebündelt war, erfolgte die Verfolgung durch bundesrepublikanische Gerichte zunächst unsystematisch und eklektisch. Deportations- und Massenvernichtungsverbrechen wurden, anders als in Österreich, kaum erfasst. Während in Österreich nach Abschaffung der Volksgerichte die Zahl der Verurteilungen schlagartig sank und die Strafverfolgung bald ganz eingestellt wurde, begann in der Bundesrepublik Ende der 1950er Jahre eine systematische Strafverfolgung. Zwar waren aufgrund der zeitlichen Distanz zur Tat bald nur noch Tötungsverbrechen verfolgbar; auch scheiterten nicht wenige Verfahren an den dogmatischen Hürden, die die Rechtsprechung errichtet hatte.<sup>56)</sup> Die Strafverfahren, die geführt wurden, waren jedoch in erinnerungspolitischer Hinsicht von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit. Sie waren Orte der historischen Aufklärung, sie führten die geschehenen Verbrechen der Öffentlichkeit vor Augen und sie gaben den Opfern eine Stimme, soweit sie als Zeugen oder Nebenkläger am Verfahren beteiligt waren.<sup>57)</sup>

Der Vergleich kann hier nur tentativ sein; doch er zeigt deutlich, wie schwierig, problematisch und unbefriedigend eine Strafverfolgung der Täter durch Tätergesellschaften<sup>58)</sup>

ist: Im Falle von Österreich lässt sich dies ab 1955 klar beobachten. Im Falle der Bundesrepublik Deutschland bedurfte es außenpolitischen und innenpolitischen Drucks und des Engagements Einzelner, um eine systematische Verfolgung in Gang zu bringen, und auch diese lässt sich kaum als erfolgreich beschreiben. Der Umstand, dass sich seit 2011 endlich ein Wandel der Rechtsprechung beobachten lässt, bestätigt die Schwierigkeit mehr, als dass er sie in Frage stellen würde: Erst in der zeitlichen Distanz entwickelten die Gerichte eine Strafrechtsdogmatik, die der Realität des Massenmordes angemessen ist.

45) Ob es sich um eine gesetzgeberische Panne handelt oder ob bewusst Weichen gestellt worden sind, lässt sich nicht endgültig aufklären, vieles spricht aber für Letzteres; siehe *Görtemaker/Safferling* (Fn. 26), S. 399 ff. *Hubert Rottleuthner*, Hat Dreher gedreht?, in: Kent Lerch (Hg.), *Die Sprache des Rechts*, Bd. 1, 2004, S. 307-320, weist zutreffend darauf hin, dass die Bereitwilligkeit der Justiz, die neue Regelung anzuwenden, das eigentlich Bemerkenswerte ist. Siehe auch *Michael Greve*, Amnestierung von NS-Gehilfen – eine Panne?, in: KJ 2003, 412-424.

46) BGH, Urteil vom 20.5.1969 – 5 StR 658/68 (BGHSt 22, 375 ff.)

47) *Safferling* (Fn. 43), S. 259.

48) *Fritz Bauer*, Brief an die Zentrale Stelle in Ludwigsburg, 15.2.1959.

49) *Fritz Bauer*, Ideal- oder Realkonkurrenz bei nationalsozialistischen Verbrechen? in: JZ 1967, 625-628, Nachdruck in: *Lena Foljanty/David Johst* (Hg.), *Fritz Bauer*. Kleine Schriften, Bd. 2 (1961-1969), 2018, S.1568-1577.

50) BGH, Urteil vom 20.2.1969 – 2 StR 280/67, abgedruckt in: *Gross/Renz* (Fn. 45), Bd. 2, S. 1237 ff.

51) LG München II, Urteil vom 12.5.2011, 1 Ks 115 Js 12496/08, abgedruckt in: *C.F.Rüter/D.W. de Mildt* (Hg.), *Justiz und NS-Verbrechen*, Bd. XLIX S. 221 (362).

52) LG Lüneburg, Urteil vom 15.07.2015, 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), Rn. 58.

53) Ebd.

54) BGH, Urteil vom 20.9.2016 – 3 StR 49/16, JZ 2017, 255-258.

55) *Safferling* (Fn. 43), S. 262.

56) *Cornelius Nestler*, Warum erst jetzt?, in: Frank Lüttig/Jens Lehmann (Hg.), *Die letzten NS-Verfahren*, 2017, S. 41-68.

57) *Leora Bilsky* spricht treffend statt von „Transitional Justice“ von „Transformative Justice“, siehe ihr gleichnamiges Buch, 2004.

58) *Christoph Safferling*, Verfolgung der Täter durch Täter?, in: Frank Lüttig/Jens Lehmann (Hg.), *Die letzten NS-Verfahren*, 2017, S. 19-40.



**Moderation:** Hofrätin des OGH Dr. Irene Faber



Gruppenbild mit allen Vortragenden des Symposiums

© für alle Fotos des Symposiums: Frau ADir. Angelika Neuhauser

## Personalia

### ERNENNUNGEN

Ernannt wurden auf die Planstelle einer/eines

#### **HOFRÄTIN DES OGH**

RidOLG Dr. Alice Sadoghi

#### **SENATSPRÄSIDENTIN/ SENATSPRÄSIDENTEN DES OLG**

RidOLG Mag. Christa Edwards  
(OLG Wien)

RidOLG Mag. Reinhard Vötter  
(OLG Innsbruck)

#### **RICHTERIN DES OLG**

RidLG Mag. Sylvia Primer  
(OLG Wien)

#### **PRÄSIDENTEN DES LG**

VPräsdLG Dr. Andreas Stutter  
(LG Innsbruck)

#### **VIZEPRÄSIDENTIN DES LG**

RidLG Mag. Irene Pfisterer  
(LG Innsbruck)

#### **RICHTERIN/RICHTERS DES LG**

SprRi Dr. Lisa Marie Holzmann  
(LG Innsbruck)

RiAA Mag. Lucas Jenewein, BA, BSc, MSc  
(LG Innsbruck)

RiAA Mag. Eva Maria Keller  
(LG Innsbruck)

RiAA Mag. Dr. Florian Obermayr  
(LG Wels)

RidLG Mag. Theresa Posch  
(LG Innsbruck)

RidLG Mag. Dr. Teresa Sanader, MSc  
(LG Innsbruck)

SprRi Mag. Sarah Schrott  
(LG Wr. Neustadt)

SprRi Mag. Andreas Sysel  
(LG Wr. Neustadt)

#### **RICHTERIN/RICHTERS DES BG**

RidLG Mag. Alexander Märzinger  
(BG Linz)

RidLG Mag. Susanne Rathgeb  
(BG Innere Stadt Wien)

#### **SPRENGELRICHTERIN**

RiAA Mag. Sabine Brunner, LLB,  
(OLG-Sprengel Wien)

RiAA Lisa Hintner, LL.M.  
(OLG-Sprengel Wien)

RiAA Mag. Stephanie Haselsteiner, BA  
(OLG-Sprengel Wien)

RiAA Corinna Rest, LL.M.  
(OLG-Sprengel Wien)

#### **RICHTERAMTSANWÄRTERIN/ RICHTERAMTSANWÄRTERS**

Mag. Roja C. Fehring-  
Missaghi, LL.M., MBA, LL.M.  
(OLG-Sprengel Wien)

Mag. Peter Novak  
(OLG-Sprengel Innsbruck)

Mag. Hatice Özcoban  
(OLG-Sprengel Wien)

Mag. Rafaela Prvulovic  
(OLG-Sprengel Wien)

#### **SPRENGELSTAATSANWALTS**

RiAA Mag. Paul Fellner  
(OStA-Sprengel Linz)

### RUHESTAND

RidLG Dr. Herbert Beier  
(LGZ Graz)

VdBG Dr. Walter Brandstätter  
(BG Oberwart)

RidOLG Dr. Friedrich Huber  
(OLG Innsbruck)

RidLG HR Dr. Maria Isak  
(LGZ Graz)

RidLG Dr. Wilhelm Mende  
(LGS Wien)

RidBG Dr. Ursula Rathmayer  
(BG Döbling)  
RidLG HR Dr. Johannes Wetzberger  
(LGZ Graz)

### NAMENSÄNDERUNGEN

RidLG Mag. Gerit Böchzelt  
(bisher Christandl)  
RidLG Dr. Silvia Hopfgartner-Kronberger  
(bisher Hopfgartner)  
RiAA Mag. Maria Kalsner  
(bisher Gattringer)

StA Mag. Romina Kaschnitz-Biegl  
(bisher Kaschnitz)  
StA Dr. Carina Koenig  
(bisher Steindl)  
RiAA Mag. Miriam Singer-Urak  
(bisher Urak)

### VERSTORBEN SIND

RidBVwG Mag. Dr. Mariella Ines Kloibmüller  
(1977, Linz)  
PräsdLG iR HR Dr. Franz Mechtler  
(1933, Wien)

StA iR Dr. Manfred Rieder  
(1956, Wien)  
VdBG iR Dr. Gerald Simmer  
(1949, Zell am See)

### AUFLÖSUNG DES DIENST- VERHÄLTNISSSES ZUR REPUBLIK ÖSTERREICH

RidLG Mag. Nicole Haberacker, LL.B. BA  
(LG Salzburg)

# Aktuelle Entscheidungen in Rechtssätzen des Evidenzbüros des Obersten Gerichtshofs

Bearbeitet von VizePräs des OGH i.R. Prof. Dr. Anton Spenling (Zivilsachen) und  
SenPräs des OGH i.R. Prof. Dr. Michael Danek (Strafsachen), Stand: 30.9.2022

## ZIVILSACHEN

### **EÜ207: §§ 24 Abs 1, 25 Abs 5, 27 Abs 8 BMSVG**

Da sowohl bei der Abfertigungsanwartschaft als auch der Garantieleistung das Zuflussprinzip gilt, sind für die Höhe der Abfertigung die der BV-Kasse zugeflossenen Beiträge maßgeblich; die Haftung der BV-Kasse ist auf das Ausmaß der tatsächlich vom zuständigen Sozialversicherungsträger überwiesenen Beiträge beschränkt.

**22.2.2022, 8 ObA 96/21g (RS0134053)**

### **EÜ208: §§ 81, 82 EheG**

Zur Frage der Einbeziehung von Stiftungsvermögen in die naheheliche Aufteilung: Werden nur Unternehmen bzw Unternehmensanteile in eine Privatstiftung eingebracht, die mit keinen ehelichen Ersparnissen gegründet oder finanziert wurden, sind diese nicht einzubeziehen, da dann – wenn man den „Einsatz“ der Privatstiftung wegdenkt – diese Unternehmen bzw Unternehmensanteile von der Aufteilung ausgenommen wären.

**2.3.2021, 1 Ob 14/21x (RS0134056)**

### **EÜ209: §§ 81, 82 EheG**

Voraussetzung für die Einbeziehung von Unternehmenserträgen in die naheheliche Aufteilung ist eine Umwidmung; einer solchen Umwidmung könnte es in manchen

Fällen gleichgehalten werden, dass die Unternehmen Erträge an die Privatstiftung ausschütten, die dort angespart werden, ohne dass sie wiederum in (Anteile an) Unternehmen oder in Sachen, die zu einem Unternehmen gehören, investiert würden. Dies käme grundsätzlich dann in Betracht, wenn sich der Stifter das Recht auf Änderung der Stiftungs-(zusatz-)erklärungen und das Recht auf Widerruf vorbehalten hat, könnte er sich dann doch das Stiftungsvermögen wieder zueignen. Eine Umwidmung liegt aber dann nicht vor, wenn der Ehegatte als Stifter bislang (wie auch künftig) in die Stiftung ausgeschüttete Gelder und Verkaufserlöse aus Unternehmensbeteiligungen wiederum unternehmerisch investiert.

**2.3.2021, 1 Ob 14/21x (RS0134057)**

### **EÜ210: § 8 Abs 1 Z 2 KBGG**

Die Rücknahme der im Verwaltungsverfahren vor dem Krankenversicherungsträger abgegebenen und im Gerichtsverfahren wiederholten Zuordnungserklärung nach § 8 Abs 1 Z 2 KBGG ist nach den allgemeinen Regeln über die Rücknahme von Prozesshandlungen auch im Verfahren über die Rückersatzpflicht des Kinderbetreuungsgeldbeziehers wegen Überschreitens der Zuverdienstgrenze möglich.

Beisatz: Hier: Infolge einer solchen Rücknahme ist für die maßgeblichen Einkünfte nach § 8 Abs 1 Z 2 S 1 KBGG der Betrag

zu ermitteln, der in die Ermittlung des (gesamten) Einkommens des betreffenden Kalenderjahres eingeht. (T1)

**21.6.2022, 10 Obs 75/22k (RS0134060)**

### **EÜ211: §§ 55, 56 B-KUVG, § 3a Abs 1 BPGG, Art 24 und Art 32 Ver- ordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments zur Koordinierung der Sys- teme der sozialen Sicherheit (32004R0883)**

§§ 55, 56 B-KUVG gewähren dem Familienangehörigen zwar einen unmittelbaren Anspruch auf Leistungen aus der Krankenversicherung; bei Konkurrenz zu einem eigenständigen primären Sachleistungsanspruch in einem anderen Mitgliedstaat aufgrund eines ausschließlichen Rentenbezuges kommt diesem Anspruch aber der Vorrang zu, sodass der pensionsauszahlende Staat und nicht der Wohnsitzstaat zur Gewährung von Pflegeleistungen international zuständig sind.

Beisatz: Hier: nach dem B-KUVG in der Krankenversicherung mitversicherte Pflegegeldwerberin mit Wohnsitz in Österreich und ausschließlichem Rentenbezug aus der Schweiz. (T1)

**21.6.2022, 10 Obs 3/22x (RS0134061)**

### **EÜ212: § 26 Abs 1 IPRG**

Kennt das Heimatrecht des Kindes – wie die meisten islamischen Rechte – eine

Adoption nicht oder jedenfalls nicht in der begehrten Form, und sieht es deshalb auch keine Zustimmungserklärungen vor, so läuft die Verweisung nach § 26 Abs 1 Satz 2 IPRG insoweit ins Leere. Das Zustimmungsstatut hat dann nicht die Macht, das zur Entscheidung über die Adoption berufene Adoptionsstatut zu blockieren. Die Statthaftigkeit der Adoption ergibt sich in einem solchen Fall allein aus § 26 Abs 1 Satz 1 IPRG.

Beisatz: Hier: Minderjährigenadoption nach iranischem Recht. (T1)

**29.6.2022, 8 Ob 61/22m (RS0134064)**

**EÜ213: § 2 Abs 3 WEG 2002**

Das Gesetz fordert in § 2 Abs 3 WEG für die rechtliche Verbindung des Zubehör-Wohnungseigentums lediglich, dass das Zubehörobjekt mit dem Wohnungseigentumsobjekt baulich nicht verbunden ist und ohne Inanspruchnahme anderer Wohnungseigentums- oder Zubehörobjekte zugänglich und deutlich abgegrenzt ist. Weder ein bestimmtes Verhältnis der Flächen zueinander noch ein Über- oder Unterordnungsverhältnis sind für die Zubehörstauglichkeit tatbestandsmäßig.

Beisatz: Hier: Kein Widerspruch gegen zwingende Grundsätze der Nutzwertberechnung im Sinn des § 9 Abs 2 Z 1 WEG, wenn mit einem im Wohnungseigentum stehenden KFZ-Abstellplatz ein dessen Fläche bei weitem übersteigender Gartenanteil - der Widmung entsprechend - als Zubehör rechtlich verbunden ist. (T1)

**19.7.2022, 5 Ob 118/22x (RS0134065)**

**EÜ214: § 5 BPG**

Ab dem Zeitpunkt des Ausscheidens des Arbeitnehmers werden keine Beiträge mehr an die Pensionskasse geleistet. Die Pensionskasse hat den Unverfallbarkeitsbetrag weiter zu veranlagern und bei Eintritt des Leistungsfalls auf Basis des Unverfallbarkeitsbetrages eine Pensionsleistung zu erbringen.

**30.3.2022, 8 ObA 9/21p (RS0134066)**

**EÜ215: § 5 BPG**

Wie die Beitragspflicht endet nach dem gesetzlichen Modell für die Sicherung der bloßen Anwartschaft mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei leistungsorientierten Pensionszusagen auch die Nachschusspflicht des Arbeitgebers.

**30.3.2022, 8 ObA 9/21p (RS0134067)**

**EÜ216: § 5 BPG**

Ab Beendigung des Dienstverhältnisses ist eine Fortführung der Pensionsvorsorge

mit Arbeitnehmerbeiträgen beitragsorientiert möglich. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Dienstgeber aufgrund einer leistungsorientierten Pensionszusage zu Beitrags- und Nachschussleistungen verpflichtet, die zur Aufrechterhaltung der erforderlichen Deckungsrückstellung notwendig sind.

**30.3.2022, 8 ObA 9/21p (RS0134068)**

**EÜ217: § 209 ABGB**

Mit „besonders geeigneten Personen“ iSd § 209 ABGB, die bei der Betrauung mit der Obsorge dem Kinder- und Jugendhilfeträger vorgehen, sind solche Personen gemeint, die über die für die im konkreten (Ausnahme-)Fall zu besorgenden besonderen Angelegenheiten erforderliche Fachkenntnis verfügen. Dazu wird in den Gesetzesmaterialien als Beispiel etwa auf die für die Verwaltung eines dem Kind im Erbgang zugekommenen Mietshauses erforderlichen Fachkenntnisse eines Hausverwalters verwiesen. In der Regel ergibt sich daher die „besondere Eignung“ aus dem „Bezug auf die Art der im Rahmen der (partiellen) Obsorge zu besorgenden Angelegenheiten“.

**22.6.2022, 6 Ob 96/22v (RS0134069)**

**EÜ218: §§ 79 Abs 2, 107 Abs 3 AußStrG 2005**

Ungeachtet des Umstands, dass der Verweis nunmehr in § 79 Abs 2 AußStrG nicht mehr ausdrücklich als Zwangsmittel genannt wird, kann dieser - auch zur Durchsetzung von nach § 107 Abs 3 AußStrG ergangenen Aufträgen im Kontaktrechts- und Obsorgeverfahren - als Beugemittel eingesetzt werden. Im Hinblick auf den Charakter des Verweises als Beugemittel zur Erzwingung eines dem rechtskräftigen gerichtlichen Auftrag entsprechenden Verhaltens und die aus der Missachtung eines solchen Auftrags ableitbaren Zweifel an der Erziehungsfähigkeit sind die Anfechtbarkeit eines solchen Verweises sowie die materielle Beschwer und das Rechtsschutzinteresse des Adressaten dieses Verweises zu bejahen.

**13.1.2022, 5 Ob 230/21s (RS0134079)**

**EÜ219: Art 7 und Art 30 Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen (HESÜ)**

Eine besondere Form der Verständigung der nach Art 5 oder Art 6 Abs 2 des Übereinkommens zuständigen Behörden durch die Behörden des Vertragsstaats, dem der Erwachsene angehört, schreibt das

Abkommen nicht vor, die Haager Konferenz hat aber ein Formblatt entwickelt, dessen Verwendung sie empfiehlt. Weiters bestimmt gemäß Art 28 HESÜ jeder Vertragsstaat eine Zentrale Behörde, welche die ihr durch dieses Übereinkommen übertragenen Aufgaben wahrnimmt, über die die Verständigungen nach dem HESÜ erfolgen können. Weder dem Übereinkommen noch der Literatur ist zu entnehmen, dass Verständigungen ausschließlich auf diesem Weg zulässig wären. Vielmehr spricht Art 30 HESÜ, wonach die Zentrale Behörde unmittelbar oder mit Hilfe staatlicher Behörden oder sonstiger Stellen alle geeigneten Vorkehrungen trifft, (ua) um „auf jedem Weg die Mitteilungen zwischen den zuständigen Behörden bei Sachverhalten, auf die dieses Übereinkommen anzuwenden ist, zu erleichtern“, dafür, dass auch der direkte Kontakt zwischen den Gerichten bzw Behörden der Vertragsstaaten taugliche Grundlage für die im Abkommen vorgesehenen Benachrichtigungen über die Wahrnehmung der Zuständigkeit sein kann.

**27.1.2022, 2 Ob 172/21i (RS0134080)**

**EÜ220: § 231 ABGB**

Ein Berufsschutz wie im Sozialrecht besteht im Unterhaltsrecht nicht. Vielmehr muss der Unterhaltspflichtige etwa bei längerer Arbeitslosigkeit auch minderqualifizierte Arbeiten annehmen.

**22.6.2022, 6 Ob 82/22k (RS0134081)**

**STRAFSACHEN**

**EÜ221: § 39 Abs 2 StPO**

In einem Antrag auf Delegation oder einer solchen Anregung (§ 39 Abs 2 erster Satz StPO) ist das Gericht zu nennen, an das delegiert werden soll.

**27.7.2022, 13 Ns 42/22p (RS0134063)**

**EÜ222: § 39 Abs 1a StGB, § 281 Abs 1 Z 11 StPO, § 19 Abs 4 Z 1 JGG**

Durch die verknüpfende Wortwahl in zweiten Satzteil des § 39 Abs 1a StGB hat der Gesetzgeber den Katalog der erfassenden strafbaren Handlungen - anders als bei § 33 Abs 2 StGB und im Gegensatz zu § 19 Abs 4 Z 3 JGG - gerade nicht in ausdrückliche Beziehung zu bestimmten Abschnitten des Besonderen Teils des StGB gesetzt, sondern eine rechtsgutbezogene Betrachtung vorgegeben.

**28.7.2022, 11 Os 46/22g (RS0134087)**

# Veranstaltungskalender für das Jahr 2023

<b>15.1. - 20.1.2023:</b>	44. Internationales Fachseminar für Sachverständige und Juristinnen/Juristen in Bad Hofgastein Bauwesen	<b>Juni 2023:</b>	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
<b>15.1. - 19.1.2023:</b>	19. Internationales Fachseminar für Sachverständige und Juristinnen/Juristen in Bad Hofgastein Spezielles aus Recht und Praxis im Sachverständigenwesen	<b>19.6.2023:</b>	Einigungsverfahren – Mediation
<b>17.1. - 20.1.2023:</b>	Alpinseminar 2023	<b>26.6. - 28.6.2023:</b>	8. Curriculum Jugendstrafrecht – 2. Modul
<b>20.1.2023:</b>	Curriculum 2018 – 7. Fortbildungslehrgang für Familienrichterinnen und Familienrichter – 10. Supervision	<b>11.9. - 14.9.2023:</b>	46. Fortbildungsseminar aus Zivilrecht
<b>22.1. - 25.1.2023:</b>	45. Internationales Fachseminar für Sachverständige und Juristinnen/Juristen in Bad Hofgastein Straßenverkehrsunfall und Fahrzeugschaden	<b>17.9. - 20.9.2023:</b>	Curriculum 2022 – 8. Fortbildungslehrgang für Familienrichterinnen und Familienrichter – 4. Modul
<b>27.1.2023:</b>	Curriculum 2022 – 8. Fortbildungslehrgang für Familienrichterinnen und Familienrichter – 3. Supervision	<b>18.9. - 20.9.2023:</b>	Insolvenzrechtsseminar 2023
<b>Februar 2023:</b>	Pflegegeldkongress	<b>20.9. - 22.9.2023:</b>	Fortbildungsseminar aus Arbeits- und Sozialrecht 2023
<b>6.3. - 8.3.2023:</b>	8. Curriculum Jugendstrafrecht – 1. Modul	<b>21.9. - 22.9.2023:</b>	16. Tagung der österreichischen Gerichtsvorsteherinnen und Gerichtsvorsteher
<b>15.3.2023:</b>	Mediation im verwaltungsgerichtlichen Verfahren	<b>28.9. - 29.9.2023:</b>	Grundrechtstag 2023
<b>17.3.2023:</b>	101. Treffen des Arbeitskreises Gerichtsvorsteherinnen und Gerichtsvorsteher	<b>2.10.2023:</b>	Curriculum 2022 – 8. Fortbildungslehrgang für Familienrichterinnen und Familienrichter – 4. Supervision
<b>April 2023:</b>	Curriculum 2018 – 7. Fortbildungslehrgang für Familienrichterinnen und Familienrichter – 7. Modul	<b>4.10.2023:</b>	9. Herbstforum der Fachgruppe Wohn- und Mietrecht
<b>17.4. - 19.4.2023:</b>	Forum Zukunft Justiz	<b>9.10. - 13.10.2023:</b>	Curriculum 2018 – 7. Fortbildungslehrgang für Familienrichterinnen und Familienrichter – 8. Modul
<b>Mai 2023:</b>	Fortbildungsreise der Fachgruppe Europarecht nach Irland	<b>10.10. - 12.10.2023:</b>	36. Familienrichter:innentag 2023
<b>Mai 2023:</b>	Wien ist anders – 10. InterKULTUReller Stadtspaziergang der Sektion Wien der RIV	<b>16.10. - 18.10.2023:</b>	Ich – Vorsitzende*r eines Rechtsmittelsenates
<b>4.5. - 5.5.2023:</b>	Ein guter Start ins Familienrecht	<b>18.10. - 20.10.2023:</b>	Seminar der Fachgruppe Strafrecht
<b>8.5. - 10.5.2023:</b>	Tulbingerkogel 2023	<b>3.11.2023:</b>	Curriculum 2018 – 7. Fortbildungslehrgang für Familienrichterinnen und Familienrichter – 11. Supervision
		<b>6.11. - 8.11.2023:</b>	8. Curriculum Jugendstrafrecht – 3. Modul
		<b>9.11. - 10.11.2023:</b>	37. Tagung der Fachgruppe Jugendstrafrecht