

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Francesco Di Donato (Benevento)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Münster)
PD Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)

Artikel vom 31. März 2005

© 2005 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0503krach.htm>

ISSN 1860-5605

Tillmann Krach, Mainz:

Herzfelder ./ Schweitzer Verlag, OLG München 5 U 791/37*

Einleitung

I. Die Personen

- 1. Die Prozessparteien**
- 2. Die Prozessbevollmächtigten und das Gericht**

II. Streitgegenstand und Prozessverlauf

- 1. Der Vertrag**
- 2. Das erste Verfahren (1934/35)**
- 3. Das Charell-Urteil des Reichsgerichts**
- 4. Das zweite Verfahren (1937)**
- 5. Das Urteil 5 U 791/37**

III. Fazit: Was macht diesen Fall so interessant?

- 1. Die Personen**
- 2. Die Rechtsprechung**
- 3. Die „Publikationspolitik“**

Epilog: Das weitere Schicksal der Erbrechtskommentierung im „Staudinger“

Einleitung

Das waren mutige und erfreuliche Urteile, wie sie im Dritten Reich selten vorgekommen sind. Die Namen der Richter, die dabei mitgewirkt haben, verdienen der Nachwelt überliefert zu werden. 1

Diese Sätze schrieb der Münchener Rechtsanwalt und bekannte Standesrechtler Max Friedlaender über zwei – jeweils die Vorinstanz bestätigende – Entscheidungen des OLG München aus den Jahren 1935 und 1937.¹ Der folgende Beitrag will es interessierten

* Der Aufsatz ist dem Andenken meines Vaters Dr. Fritz Krach gewidmet, der am 7. August 2004, kurz vor Fertigstellung des Manuskripts, verstorben ist.
Für den Hinweis auf die Thematik und seine Unterstützung bei der Recherche danke ich Dr. Reinhard Weber, München.

1 Lebenserinnerungen, S. 155. Die für die Anwalts-geschichte der Weimarer Republik äußerst wertvollen Memoiren Friedlaenders sind noch ungedruckt, jedoch – in einer von seinem Sohn bearbeiteten und

Lesern ermöglichen, die Einschätzung Friedlaenders zu prüfen. Und er will nicht nur die Namen der Richter, sondern auch die der Prozessparteien und ihrer Bevollmächtigten in Erinnerung bringen.

I. Die Personen

1. Die Prozessparteien

1.1. Der Schweitzer Verlag und sein „Staudinger“

Auf der Beklagtenseite in dem hier zu behandelnden Zivilverfahren standen der J.Schweitzer Verlag (in der Rechtsform einer OHG) und seine Inhaber, die Verlagsbuchhändler Arthur Sellier, Arthur Louis Sellier, Robert Sellier und Johann Georg Auer. Arthur Sellier (1860–1951) hatte die Firma Schweitzer 1898 übernommen und schnell zu einem der führenden juristischen Verlage ausgebaut, sein Sohn Arthur Louis (1889–1967) kam 1919 in die Firma hinein. Das aufwendigste Verlagsprodukt mit dem größten Renomé war (und ist, heute gemeinsam mit Walter der Gruyter) „Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“. Schon die 1898 erschienene 1. Auflage umfasste sechs Bände, Herausgeber war Staudinger, zuletzt Senatspräsident am OLG München, gemeinsam mit sieben Professoren, Richtern und Anwälten – darunter auch Felix Herzfelder, der von Beginn an das 5. Buch (Erbrecht) kommentierte. Die 9. Auflage, zwölf Bände mit ca. 9800 Seiten, erschien in den Jahren 1925 bis 1931, der Erbrechtsteil 1928. Herausgeber dieser Auflage waren – neben Herzfelder – Alfred Werner, Hans Nipperdey, Leo Raape, Erwin Riezler, Karl Kober, Karl Geiler und Fritz Keidel; auch die damals bereits verstorbenen Theodor Loewenfeld und Theodor Engelmann waren noch als Mitherausgeber benannt. 2

1.2. Der Umgang des Schweitzer Verlages mit den jüdischen Mitherausgebern des „Staudinger“

Über den inhaltlichen und insbesondere personellen Umbruch in den Jahren 1933 ff erfährt man in dem Tagungsband „100 Jahre Staudinger – 100 Jahre BGB“ (1998) nichts, es heißt dort nur lapidar „1934 wird die 10. Auflage des „Staudinger“ begonnen“.² Als der zweite der hier zu berichtenden Prozesse geführt wurde, waren die ersten Lieferungen der 10. Auflage bereits erschienen. Im Vorwort wird „der gewaltige Umbruch des deutschen Rechtsdenkens im Zuge der nationalsozialistischen Erneuerungsbewegung“ hervorgehoben und die Namen Werner, Herzfelder, Loewenfeld und Engelmann sind im Stab der Herausgeber bzw. Mitarbeiter nicht mehr zu finden. 3

nicht kommentierten Fassung – über die homepage der Bundesrechtsanwaltskammer einsehbar (www.brak.de)

2 Vgl. auch www.degruyter.com unter Sellier – de Gruyter

Alfred Werner war bereits im April 1933 nach Paris geflohen. Als sich der Verlag zur 4
Herausgabe einer 10. Auflage entschloß, stellte sich daher die Frage einer weiteren
Mitarbeit nicht (mehr). Dennoch wäre es möglicherweise zu einem Konflikt gekommen,
wenn der in Aussicht genommene Nachfolger für die Kommentierung des Rechts der
Schuldverhältnisse, der Ministerialrat im Reichsjustizministerium Erwin Pätzold, eine
völlige Neubearbeitung offeriert hätte. Stattdessen wollte er – in Abstimmung mit Werner
– dessen Arbeit nur auf den neuesten Stand bringen und ansonsten unversehrt lassen,
zudem bestand er darauf, dass Werners Name weiterhin auf dem Titelblatt erscheinen
solle. Autor und Verlag einigten sich daher außergerichtlich auf die Zahlung der Hälfte
des Honorars.³ Allerdings war der Name Alfred Werner nur auf den ersten Lieferungen
zu lesen und musste verschwinden, als der Staatssekretär im Reichsjustizministerium
Schlegelberger dagegen protestierte.⁴ Und auch die Mitarbeit Pätzolds war anscheinend
nicht von langer Dauer: 1937 wird er im Mitarbeiterstab noch aufgeführt, 1939 erscheint
als Kommentator des Allgemeinen Teils des Schuldrechts der Berliner Amtsgerichtsrat
Wilhelm Weber.⁵

Anders war die Ausgangssituation im Fall Herzfelder: Er war in Deutschland geblieben 5
und bestand auf Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen durch beide Seiten, was
schließlich zu der noch zu beschreibenden gerichtlichen Auseinandersetzung führte (siehe
II. Kapitel).

1.3. Dr. Felix Herzfelder

Der Kontrahent des Schweitzer Verlages war zu Prozessbeginn 70 Jahre alt, seit 1889 als 6
Anwalt zugelassen und – wie schon erwähnt – seit 1898 Mitherausgeber des Staudinger
und verantwortlich für die Erbrechtskommentierung. Über Person und Ansehen erfährt
man einiges in den Memoiren seines Freundes und Rechtsvertreters Max Friedlaender,
auf dessen 60. Geburtstagsfeier am 26. Juni 1933 Herzfelder die Festrede hielt. Während
dieser Feier kam Friedlaender auf den Gedanken, dem Freund und Kollegen zu dessen 70.
Geburtstag am 15. Oktober 1933 eine Festschrift zu verehren, die „zwar nicht gedruckt
werden, aber mit Schreibmaschine geschrieben zu einem mäßigen Preis hergestellt
werden sollte“.⁶ Weiter berichtet Friedlaender:

3 Vgl. hierzu die Lebenserinnerungen Max Friedlaenders, S. 153 und Horst Göppinger, Juristen
jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“ – Entrechtung und Verfolgung, 2. Auflage 1990, S. 175;
allerdings bleibt unklar, ob damit die Hälfte des Honorars für die Voraufgabe gemeint war oder 50%
von dem, was als Honorar für die 10. Auflage an den neuen Bearbeiter zu zahlen war.

4 Vgl. Göppinger aaO

5 Alfred Werner blieb bis 1935 in Paris und London, wo er gemeinsam mit Heinrich Rheinstrom
(ebenfalls ein Münchener Anwalt) und Frederick Alexander Mann rechtsberatend tätig war; nach
seiner Auswanderung nach Palästina wurde er 1938 in Haifa als Rechtsanwalt (später auch als Notar)
zugelassen, 1953 kehrte er nach Deutschland zurück und war bis zu seinem Tod 1965 Rechtsanwalt in
Düsseldorf – und auch wieder Mitarbeiter des „Staudinger“; vgl. Göppinger aaO, S.367; Nachruf von
Theodor Keidel NJW 1965, 2288.

6 Lebenserinnerungen, S. 140

Ich ließ alsbald Zirkulare an ca. 20 Wissenschaftler herausgehen und hatte die Freude, über 12 Zusagen zu erhalten. Unter den Mitwirkenden waren sogar einige Arier: Kraemer, Prof. Geiler (Heidelberg-Mannheim), Geheimer Rat Kisch, Georg Halm. Ferner lieferten Beiträge Hachenburg, James Breit, Friedrich Goldschmitt, Hugo Jacoby, Geheimer Rat Silberschmidt, Prof. Löwenstein, Rudi und ich. (...) Jeder Mitarbeiter bekam ein broschiertes, der Jubilar ein in prachtvollem blauen Leder gebundenes Festexemplar Da das Ehepaar Herzfelder schon etwa am 7. Oktober nach Nizza reiste, um dort den Geburtstag mit seinen Kindern Franz und „Schippa“ zu verbringen (die bereits im Sommer ausgewandert waren), veranstalteten wir den Festabend schon am 5. Oktober. Es war gelungen, die ganze Sache vollkommen geheim zu halten. (...) ... als dann alle im Kreise unserer Bibliothek versammelt saßen, stand ich auf und hielt eine Ansprache, die der Jubilar anfangs als eine Geburtstagsrede mit Fassung entgegennahm. Als ich dann aber von der Festschrift zu sprechen anfang, kurz die Einzelheiten erzählte und Belli auf einem blumengeschmückten Teetisch das hellblau gebunden corpus delicti hereinfuhr, da liefen dem guten Manne die hellen Tränen herunter. Solch eine Rühmung hatte er in dieser Zeit nicht im entferntesten erwartet. Und ich wusste, dass er bei all seiner Bescheidenheit sich über solche Anerkennung nicht wenig freute. (..) Die Arbeit, die ich zur Festschrift beigesteuert hatte, über die Bindung der Ehrengerichte an verurteilende Erkenntnisse der Strafgerichte erschien Ende 1933 in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und war zugleich das Letzte, was von meinen Schriften gedruckt wurde.

7

Keine zwei Monate später erhielt der so Geehrte von seinem Verlag die Mitteilung, man habe an seiner weiteren Mitarbeit kein Interesse mehr (siehe unten II. Kapitel 2. Abschnitt).

2. Die Prozessbevollmächtigten und das Gericht

In dem hier zu behandelnden Gerichtsverfahren kam es zu einer bemerkenswerten Konstellation deutscher Juristen: Beteiligt waren zwei aus der heutigen Rückschau äußerst prominente Rechtsanwälte – von denen allerdings einer seinen Ruf schon vor 1933 und der andere erst nach 1945 begründet hat – sowie ein Vorsitzender Richter, der zu Beginn seiner Justizkarriere Adolf Hitler angeklagt hatte und nach dem Ende des „Dritten Reiches“ zwei Mal bayerischer Ministerpräsident gewesen ist.

8

2.1 Dr. Max Friedlaender

Von ihm war schon des öfteren die Rede. Geboren 1873 in Bromberg, als Anwalt in München zugelassen 1899, dort von 1911 bis 1927 im Kammervorstand, erster und letzter Vorsitzender des Bayerischen Anwaltverbandes (1918 – 1933), von 1924 bis zu dessen Auflösung 1933 im Vorstand des Deutschen Anwaltvereins. Er war ohne jeden

9

Zweifel der Experte schlechthin für das anwaltliche Berufs- und Standesrecht der späten Monarchie und der Weimarer Zeit; sein Standardkommentar zur RAO erschien erstmals 1908 und letztmals in 3. Auflage 1930.⁷ Wie man sich denken kann – und das zeigt auch die ausführliche Berücksichtigung in seinen Lebenserinnerungen – war der während der NS-Zeit für den Freund, Kollegen und Leidensgenossen Felix Herzfelder gegen einen der größten juristischen Verlage im Deutschen Reich geführte Zivilprozess für ihn ein wichtiges Ereignis. In diesem Verfahren begegnete er nicht nur ihm aus zahlreichen Prozessen vertrauten Richtern, die ihren Beruf womöglich schon länger ausübten als er selbst, sondern wurde auch mit der Propaganda außerhalb des Gerichtssaals konfrontiert und erlebte einen jungen Kollegen, der sich nicht scheute, die antisemitische Agitation sogar in das Verfahren hineinzutragen. Dennoch fiel Friedlaenders Urteil milde aus: Als der Kollege Ostler in den 50er Jahren an ihn herantrat, um mehr über die Geschichte des bayerischen Anwaltverbandes zu erfahren, kam er zwar nicht umhin, nach den Geschehnissen im Herzfelder-Prozess etwas „Rührendes in der Naivität“⁸ zu sehen, mit der Ostler sich ihm näherte. Er schreibt dann aber weiter:

Es ist mir heute sehr wahrscheinlich, dass Dr. Ostler, der Vorsitzende des neuen Bayerischen Anwaltverbandes, gar kein schlechter Kerl ist; er war 1937 ein ganz junger Anwalt, er war Parteimitglied⁹ und empfing seine Instruktionen von der Partei. Die Annahme des Mandats war an sich nicht unehrenhaft; hatte er es aber einmal angenommen, so musste er unter den damaligen Verhältnissen auch die Direktiven der Partei befolgen. Befolgte er stattdessen die gewöhnlichen Regeln der Anwaltsethik, so bedeutete das für ihn Verlust des Mandats und wahrscheinlich viel mehr; es erforderte also Heroismus, den man von niemanden verlangen kann. Übrigens hatte sich Ostler schon damals als juristischer Schriftsteller, wenn auch im Nazigeiste, ausgezeichnet und er scheint auch weiterhin wissenschaftlich interessiert zu sein. 10

2.2 Dr. Fritz Ostler

Der „junge Anwalt“ war in der Tat gerade 27 Jahre alt, als der erste Prozess Herzfelder./Schweitzer Verlag begann und noch nicht 31, als das OLG München diese Auseinandersetzung endgültig beendete. In den Personen der Prozessbevollmächtigten trafen also auch zwei Generationen aufeinander. 11

7 Vgl. zu ihm Robert Heinrich, 100 Jahre Rechtsanwaltskammer München, 1979, S. 160; Göppinger aaO, S. 280 mwN und zuletzt Eberhard Haas und Eugen Ewig in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, hrsg. von Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz, Michael Stolleis, 1993, S. 555.

8 Lebenserinnerungen, S. 175

9 Ostler selbst behauptet, kein „Pg“ gewesen zu sein (AnwBl 1983, 59). Die von mir angefragten Archive konnten in der Tat nichts Gegenteiliges ermitteln.

Das Kräfteressen mit dem mehr als 30 Jahre älteren Friedlaender stand am Beginn von Ostlers Karriere. Gefördert wurde sie nicht zuletzt durch seine Mandantin in eben diesem Rechtsstreit: Fritz Ostler übernahm im Rahmen der allgemeinen Umstrukturierung des Mitarbeiterstabes die Kommentierung des Kauf- und Tauschrechts in der 10. Auflage des „Staudinger“, die 1937 ausgeliefert wurde.¹⁰ Ostler selbst erwähnt den Kollegen Herzfelder in seinem Standardwerk „Die deutschen Rechtsanwälte 1871–1971“ (1. Aufl. 1971, 2. Aufl. 1982) ein einziges Mal: In einer Anmerkung zu der Feststellung „Am Staudinger-Kommentar waren und sind Rechtsanwälte Mitarbeiter“ (S. 50) heißt es „Auf die Rechtsanwälte Herzfelder und Prof. Löwenfeld, beide München, sei hingewiesen“ (2. Aufl. S. 420, dort Ziff. 104). Warum Werner und Geiler nicht erwähnt werden, bleibt unerfindlich. Ob Ostler mit der Erwähnung Herzfelders eine Art – wenn auch sehr versteckte – „Wiedergutmachung“ beabsichtigt hatte?¹¹ Es ist sicher verständlich, dass er in diesem Zusammenhang seine Involvierung in den Prozess der Entfernung Herzfelders aus dem Stab der Mitarbeiter nicht erwähnt. Aber auch sie dürfte als ein nicht unwichtiger Teil deutscher Anwaltsgeschichte zu betrachten sein. 12

Dass er offenbar weder Scheu noch Scham empfand, als er nach 1945 wieder Kontakt mit dem zwischenzeitlich in England lebenden Kollegen Max Friedlaender aufnahm, wurde bereits berichtet. Wie viele andere, die jedoch in der NS-Zeit nicht zu Friedlaenders Prozessgegnern gehört hatten, feierte ihn auch Ostler als einen Mann, der „einen großen Teil seiner Arbeit auf die Sorgen der bayerischen Anwaltschaft, für ihre Wohlfahrt und ihr Ansehen verwendet“ habe und dem man „in tiefer Dankbarkeit“ gedenken müsse – diese Eloge stammt allerdings erst aus dem Jahre 1962, da war Friedlaender schon sechs Jahre tot.¹² 13

10 Ostlers Mitarbeit an diesem Kommentar wird in vielen biographischen Beiträgen gewürdigt, allerdings ohne das Erscheinungsjahr der Auflage zu nennen, bei welcher er erstmals mitgewirkt hat; vgl. Heinrich aaO, S.335; Felix Busse, Fritz Ostler zum 90. Geburtstag, NJW 1997, 1354. Immerhin lässt sich nicht behaupten, dass er die direkte Nachfolge eines 1933 verfeimten Autors angetreten hat. Er selbst hat von seiner 1937 begonnenen Mitarbeit am „Staudinger“ berichtet, allerdings dabei betont, er habe das „gesunde Volksempfinden“ nicht behandelt und auch Arbeiten jüdischer Juristen – ohne nachteilige Folgen – zitiert (AnwBl 1983, 59). Das lässt sich nicht widerlegen, verschweigt aber so manches. So fehlen in der 10. Auflage bei der „Literatur im allgemeinen“ zu §§ 433-597 die Standardwerke von Heinrich Dernburg und Max Hachenburg. Die Kommentierung zu § 433 hat Ostler völlig neu verfasst, viele andere sind ohne Änderungen übernommen worden. In den Fußnoten werden zwar (auch) jüdische Autoren genannt, Dernburg und Hachenburg fehlen jedoch immer und in den Vorbemerkungen zu § 459 wird Hermann Staubs grundlegendes Werk zur positiven Vertragsverletzung nicht (mehr) erwähnt.

11 Als einer der um Rechtspflege und Literatur „hochverdienten Anwälte“ wird er von Ostler auch im AnwBl 1983, 55 erwähnt.

12 Fritz Ostler, Ein Jahrhundert Bayerischer Anwaltverband, AnwBl 1962, 185 (192). Nachruf auf Max Friedlaender: Frhr. von Hodenberg AnwBl 1956, 151.

1983 erschien im Anwaltsblatt aus der Feder Ostlers der Aufsatz „Rechtsanwälte in der NS-Zeit“.¹³ Er berichtet dort insbesondere über das Vorgehen der NS-Machthaber gegen die jüdischen Kollegen und über den Alltag der Strafverteidiger. Der „Anwalt in Zivilsachen“ wird nur kurz gestreift, denn: 14

Er war kaum oder überhaupt nicht angefochten. Sein beruflicher Alltag änderte sich in den 12 Jahren ab 1933 kaum (...) Das Zivilrecht war eben praktisch unverändert geblieben und es hatten in ihm NS-Ideologien keinen Platz, wenn man von der Änderung des Ehe- und Scheidungsrechts durch die Einwirkung der Nürnberger Gesetze und die angeblichen Erkenntnisse über die „schlechten Eigenschaften des Juden“ absieht.¹⁴

Ostler hätte es aus eigener Erfahrung besser wissen müssen. Und das folgende Zitat enthält gleich zwei falsche Behauptungen: 15

Dem NSRB hatten nach Anordnung des Reichsjuristenführers alle nichtjüdischen Rechtsanwälte anzugehören; das war meine einzige Berührung mit dem damaligen Regime.¹⁵

Eine solche Anordnung gab es nicht. Und der hier zu schildernde Prozess beweist hinlänglich, dass Ostler noch andere „Berührungen“ mit dem NS-Regime aushalten musste, in Kauf genommen oder vielleicht sogar gesucht hat.

2.3. Dr. Hans Ehard

Das das ganze Streitverfahren abschließende Urteil des OLG München vom 25.11.1937 (ausführlich unten II. Kapitel 5. Abschnitt) ist unterzeichnet von den Richtern Ehard, Spetzler und Happel. An dieser Stelle soll nur kurz auf den Senatspräsidenten eingegangen werden. 16

Der in Bamberg geborene Hans Ehard hatte kurz vor der Urteilsverkündung das 50. Lebensjahr erreicht. Er war von 1919 bis 1933 als Staatsanwalt und in der Justizverwaltung tätig und wurde dann zum Senatspräsidenten ernannt. Diesen Posten behielt er bis Kriegsende.

Vor 1933 war Ehard Mitglied der Bayerischen Volkspartei. Zu politischer Prominenz gelangte er aber erst nach der Befreiung von der Naziherrschaft: 1946 Mitglied der Bayerischen Verfassunggebenden Landesversammlung und Bayerischer Staatsminister der Justiz. 1947 bis 1954 und erneut 1960 bis 1962 Bayerischer Ministerpräsident, danach wiederum Justizminister (1962 bis 1966). Parteivorsitzender der CSU 1949 bis 1955. Verstorben 1980.

13 AnwBl 1983, 50 (Untertitel: Fakten und Erinnerungen)

14 Ostler aaO, S. 58

15 Ostler aaO

Über diese Nachkriegskarriere dürfte seine Tätigkeit am OLG München schnell in Vergessenheit geraten sein. Ungeachtet der juristischen Kapriolen, zu denen (auch) er sich offenbar bemüht sah (vgl. unten II. Kapitel 5. Abschnitt), wird an dieser Stelle der Einschätzung Max Friedlaenders gefolgt, dass die Namen der an dem Urteil beteiligten Richter es verdienen, der Nachwelt überliefert zu werden. Dafür, dass die geänderten politischen Rahmenbedingungen Ehards Rechtsempfinden jedenfalls nicht gänzlich zerstören konnten, spricht im übrigen auch sein Verhalten im Jahre 1923, von dem Friedlaender nichts wusste – oder was er jedenfalls nicht erwähnt: Ehard war nämlich derjenige Staatsanwalt, der Adolf Hitler nach dem missglückten Putschversuch im November 1923 als erster vernahm und ihn tatsächlich auch zum Reden brachte. Sein Bericht über das Verhör vermittelt sehr interessante frühe Einblicke in die Psyche des künftigen Diktators. Im Prozess selbst war Ehard zeitweise Vertreter des ersten Staatsanwalts, später hat er sich gegen eine vorzeitige Haftentlassung Hitlers ausgesprochen. Rechtsanwalt Otto Gritschneder, der diese Vorgänge im einzelnen recherchiert hat,¹⁶ wurde während seiner Referendarausbildung etwa ein Jahr nach der Urteilsverkündung im Prozess Herzfelder ./.. Schweitzer Verlag dem 5. Zivilsenat zugeteilt und stellte sich bei Hans Ehard vor. Er berichtet:

17

Dabei habe ich etwas vorlaut die Sprache auf den Hitler-Prozeß gebracht und die für damalige Verhältnisse höchst erstaunliche Charakteristik Hitlers und der übrigen Angeklagten aus dem Munde Ehards zu hören bekommen: „Ja wissen Sie, Herr Kollege, mit solchen Leuten kann man nicht reden.“ Ich wagte natürlich nicht, die naheliegende weiterführende Frage zu stellen: „Sondern ...?“ Vielleicht meinte auch Ehard, was ich mir im stillen dachte: dass man solche „Leute“ mindestens viele Jahre hätte ins Zuchthaus schicken müssen. Ich habe dieses damals außerordentlich gefährliche Wort Ehards natürlich für mich behalten.¹⁷

18

Ehard hat Gritschneder nach dem Krieg erzählt, die Nazis hätten ihn als einen zwar nicht linientreuen, aber korrekten Staatsdiener eingeschätzt, der auch bei der Vernehmung Hitlers 1923 nur seine Pflicht getan habe. Auch die Entscheidung im Herzfelder-Sellier-Prozess blieb ohne Konsequenzen für den Senatspräsidenten.

19

16 Vgl. Otto Gritschneder, Bewährungsfrist für den Terroristen Adolf H. – der Hitler-Putsch und die bayerische Justiz, 1990, S. 35 ff, 127

17 Gritschneder aaO, S. 36

II. Streitgegenstand und Prozessverlauf

1. Der Vertrag

Bereits mit Vertrag vom 11. September 1897 hatte der Schweitzer Verlag Herzfelder als Autor für den Band V (Erbrecht) des „Staudingers Kommentar zum BGB“ verpflichtet und sich das Verlagsrecht übertragen lassen. Bis 1918 erschienen neun Auflagen, für die jeweils eine gesonderte Honorarvereinbarung getroffen wurde. Der für die 10. Auflage maßgebliche Vertrag datiert vom 12. Juli 1929, wurde von Herzfelder allerdings erst am 20. Februar 1933 (!) unterzeichnet und damit wirksam. 20

Gemäß § 2 war die Firma Schweitzer berechtigt, maximal 4500 Exemplare des Erbrechtskommentars herzustellen und verpflichtet, pro 16seitigem Druckbogen ein Honorar von 300 RM zu zahlen. Fällig war der Anspruch acht Wochen nach Erscheinen der Lieferung. Zentrale Bedeutung für die Prozesse in den Jahren 1934 bis 1937 erlangte allerdings § 8, der deswegen hier wörtlich wiedergegeben wird: 21

Sollte der Verfasser vor Vollendung des Manuskripts zur zehnten Auflage versterben, oder durch andauernde Krankheit an der Vollendung gehindert sein, so hat der Verleger das Recht das Werk durch einen anderen Bearbeiter vollenden zu lassen. Dem Verfasser oder dessen Erben steht alsdann nur der Teil des in § 2 vereinbarten Honorars zu, der nach Befriedigung des neuen Bearbeiters verbleibt, mindestens aber die Hälfte des für die 9. Auflage erhaltenen Honorars.

Sollte der Verfasser vor Erscheinen einer weiteren Auflage versterben, so haben dessen Erben nur dann Anspruch auf Honorar gemäß § 2 dieses Vertrages, wenn das Manuskript zu diese Auflage druckfertig vorlag. Andernfalls haben die Erben für eine weitere Auflage Anspruch auf die Hälfte des Honorars, das der Verfasser für die zuletzt von ihm bearbeitete Auflage erhalten hat. Ist die Stückzahl der weiteren Auflagen niedriger wie diese, so ermäßigt sich jener Hälfteanteil entsprechend.

2. Das erste Verfahren (1934/35)

Vom 1. Dezember 1933 datiert ein von Arthur Sellier unterzeichneter Brief des Schweitzer Verlages an „Herrn Geheimrat Dr. Felix Herzfelder“, der (ungekürzt) wie folgt zu zitieren und zu kommentieren ist: 22

Hochverehrter Herr Geheimrat!

Wir haben längere Zeit geglaubt, dass die Behinderung nichtarischer Autoren an literarischer rechtswissenschaftlicher Betätigung mit der Zeit nachlassen würde und dass wenigstens für die älteren Autoren eine ähnliche Regelung erfolgen würde, wie sie für

Richter und Anwälte getroffen wurde.¹⁸ Wir mussten uns aber überzeugen, dass im Gegenteil der Ausschluß nichtarischer Juristen mit immer größerem Nachdruck betrieben und dass er in Kürze vollständig sein wird. Die Aufnahme in die Fachverbände wird gesperrt, die Behörden empfehlen und kaufen nur noch arische Autoren, die juristischen Zeitschriften dürfen nach dem Vorbild der JW Bücher von Nichtariern nicht einmal mehr anzeigen, Besprechungen werden abgelehnt.¹⁹ Und so mussten wir denn den Entschluß fassen, Ihnen mitzuteilen, dass Ihre Mitarbeit an der kommenden 10. Auflage nicht mehr möglich sein wird. Es fällt uns schwer, gerade Ihnen das sagen zu müssen, der Sie zu den ältesten und verdientesten Schöpfern des Staudingerschen Kommentars gehören. Es ist selbstverständlich, dass wir diesen Schritt nicht tun würden, wenn wir nicht unter einem unwiderstehlichen Zwang stünden. Es geht aber nicht nur uns so, sondern auch den anderen juristischen Verlegern. Sie und wir haben nicht unterlassen, zuständigen Orts auf die bestehenden Verträge hinzuweisen. Welche Auffassungen dort über Lösung der Verträge herrschen, entnehmen Sie am besten dem Aufsätze von Fromherz, der in einer der letzten Nummern der JW erschien und im Auftrag geschrieben wurde.²⁰ Wir möchten dahingestellt sein lassen, welche Rechtsauffassung die richtige ist und möchten mit Ihnen persönlich darüber sprechen, wie unser Vertrag zu lösen ist. Daher bitten wir Sie freundlichst um die Güte, uns mitteilen zu wollen, wann Sie zu dieser Unterredung zu uns kommen könnten.

Indem wir uns Ihnen empfehlen, zeichnen wir

Mit vorzüglicher Hochachtung ergebenst (Unterschrift)

18 Gemeint sind die Regelungen der vom 7. April 1933 datierenden Gesetze „zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ und „über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft“ (RGBl I S. 175 bzw. S. 188), aufgrund derer Beamter bzw. Anwalt bleiben durfte, wer seinen Beruf schon seit dem 1. August 1914 ausgeübt hatte oder im 1. Weltkrieg „Frontkämpfer“ gewesen war oder dessen Sohn zu den Kriegsoptionen gehört hatte.

19 Vgl. die „Richtlinien der Schriftleitung“ JW 1933,1689, mit denen erklärt wurde, dass die JW „als Zeitschrift des Deutschen Anwaltvereins im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen“ nur Beiträge von Personen veröffentlichen könne, „die Arier sind“, keine Bücher besprechen werde, „deren Verfasser Nichtarier oder die in nichtarischen Verlagsunternehmen erschienen sind“ und auch „Anzeigen über solche Bücher“ nicht in den Anzeigenteil aufnehmen werde. Allerdings verschweigt Sellier, dass 1933 noch keineswegs alle Fachzeitschriften diese Art Selbstzensur praktizierten (vgl. die Beispiele bei Tillmann Krach, Jüdische Rechtsanwälte in Preußen, 1991, S. 239 Fn 1). Im übrigen ergibt sich aus diesen Richtlinien indirekt, dass mit dem Erscheinen weiterer von „Nichtariern“ verfasster Bücher offenbar gerechnet wurde, folglich war die Tätigkeit, zu der sich der Schweizer-Verlag verpflichtet hatte, gar nicht direkt in Frage gestellt worden (vgl. auch hierzu Krach aaO).

20 Gemeint ist ein kurzer Beitrag mit dem Titel „Rücktritt von Verlagsverträgen mit nichtarischen Verfassern“ (JW 1933,2366). Fromherz, Richter in Mannheim, postulierte hier ein Recht zum Rücktritt, weil das „Vertrauensverhältnis“ zwischen Verlag und Autor unwiderruflich zerstört sei und die aus der „grundlegend veränderten geistigen Einstellung des Volkes folgende Berücksichtigung der Regeln über die Maßgeblichkeit von Treu und Glauben im Verkehr“ ein solches Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht verlange. Ein „Eingreifen des Richters in bestehende Vertragsverhältnisse“ sei unabdingbar, damit nicht ein „Treu und Glauben und jedem Gebote von Gerechtig- und Billigkeit hohnsprechender, einfach nicht zu ertragender Zustand“ geschaffen werde.

Den Memoiren Max Friedlaenders kann man entnehmen, dass Herzfelder in der von Sellier angestrebten Unterredung seine Bereitschaft zur Erfüllung der ihm obliegenden vertraglichen Verpflichtungen erklärte, während sich der Schweitzer-Verlag an die Abmachung nicht mehr gebunden fühlte und lediglich eine „ziemlich geringe“ Abfindung offerierte. Im weiteren Verlauf der Verhandlungen stellte sich heraus, dass Prof. Gustav Boehmer (Marburg) bereits mit der künftigen Kommentierung des Erbrechts beauftragt war und erklärt hatte, er werde ein völlig neues Werk schaffen und die Vorarbeiten Herzfelders gar nicht benutzen. 23

Außergerichtlich war eine Einigung nicht zu erzielen, so dass Herzfelder – vertreten durch Max Friedlaender – im Sommer 1934 beim LG München I eine Klage einreichte. Die Prozessakten sind vermutlich nicht mehr greifbar, aber auch aus den Friedlaender-Memoiren lässt sich das Prozessziel mit hinreichender Deutlichkeit ablesen: Mit dem Argument, auch im Fall Alfred Werner habe der Verlag die „faktische Mitarbeit eines Juden“ akzeptiert, bezichtigte Friedlaender ihn des Vertragsbruchs und verlangte Schadenersatz nach den Regeln der positiven Vertragsverletzung. Für den Fall, dass Unmöglichkeit der Vertragserfüllung angenommen werde, müsse eine Entschädigung analog der „Erbenklausel“ gezahlt werden, zumal diese als eine „Art Nachzahlung für die Arbeit bei den früheren Auflagen“ gedacht sei.²¹ Diese Eventualklage zielte also auf die Feststellung der Verpflichtung des Verlages, das danach geschuldete Honorar (7000 RM) zu zahlen. Damit war das Duo Herzfelder/Friedlaender auch erfolgreich. Das LG München stellte mit Urteil vom 24.10.1934 (I A 438/34) fest, dass dem Kläger acht Wochen nach Erscheinen der 10. Auflage des Erbrechtsteils des Staudinger die genannte Summe zu zahlen sei (und zwar anteilmäßig nach Maßgabe der einzelnen Lieferungen). 24

Beide Seiten legten Berufung ein. Das OLG bestätigte letztlich die landgerichtliche Entscheidung (vgl. Text im folgenden), nachdem ein Vergleich an der Hartnäckigkeit des Schweitzer-Verlages gescheitert war.²² 25

Der Tenor der Entscheidung zeigt, dass das LG die Parteien in der Tat – insofern den Vorstellungen des Autors Fromherz folgend – aus ihren primären vertraglichen Verpflichtungen entlassen hatte. Das OLG hat in seinem Berufungsurteil vom 04.02.1935 (L 1296/34) dies als juristisch zutreffend bestätigt: Infolge der „völlig veränderten politischen Verhältnisse“ könne einem Verleger „aus wirtschaftlichen Gründen nicht zugemutet werden, das Werk eines jüdischen Urhebers weiterhin zu verlegen“.²³ Diese „wirtschaftliche Unzumutbarkeit“ musste immerhin juristisch irgendwie hinterlegt werden, und zu diesem Zweck griffen die Richter auf die Unmöglichkeitsvorschriften im Allgemeinen Teil des BGB zurück. Nach § 275 (in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung) war der Schuldner von der Leistungsverpflichtung befreit, wenn die Leistung

21 Vgl. Erinnerungen Friedlaender, S. 154

22 Vgl. Friedlaender aaO

23 JW 1935,2215 (nur der Leitsatz ist veröffentlicht)

aufgrund eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hatte, unmöglich wurde. Natürlich zeigt schon ein Blick auf den in der JW abgedruckten Leitsatz, dass hier eine juristisch nicht zu rechtfertigende Gleichsetzung wirtschaftlicher Unzumutbarkeit mit rechtlicher Unmöglichkeit erfolgt war. Selbstverständlich war die Herausgabe der Erbrechtskommentierung Herzfelders nicht im Sinne des § 275 BGB „unmöglich“ geworden. Aber in diesem Punkt blieb das OLG München linientreu. Auch in seiner noch später ausführlich zu würdigenden Entscheidung vom 25.11.1937 hielt es an dieser Rechtsauffassung fest und hob hervor, dass selbst die Herausgabe einer von Herzfelder zwar verfassten, aber nicht unter seinem Namen erscheinenden Kommentierung unzulässig und somit unzumutbar sei, weil jede „Verwertung jüdischen Gedankengutes“ in Widerspruch zu Nr.4 des NSDAP-Programms stehe.²⁴

Mit diesen Erwägungen allein konnten die Richter allerdings nicht zu einem abschließenden Urteil gelangen, denn schließlich gab es den schon zitierten § 8 des Verlagsvertrages, der einen eingeschränkten Honoraranspruch auch für den Fall vorsah, dass der Autor an der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen gehindert ist. Das LG meinte, die Lage von Herzfelder sei mit einem Fall andauernder Krankheit gleichzusetzen und folglich trete die „Erbenklausel“ in Kraft: Dem Autor stünde (mindestens) die Hälfte des für die Voraufgabe erhaltenen Honorars zu. 26

Auch insoweit fand das Urteil die Zustimmung der Berufungsinstanz – allerdings erfuhr der Leser der JW hiervon nichts: Die Wiedergabe in JW 1935,2215 beschränkte sich auf den oben bereits zitierten Leitsatz. Dabei fußt auch dieser Teil der Urteilsbegründung auf ähnlichen „Auslegungstechniken“. Wird zunächst aus einer politisch veränderten Lage mit wirtschaftlichen Auswirkungen ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit auf Seiten des Verlages, erscheinen nun diese Umstände auch noch als ein in der Person des Autors begründetes Hindernis, den Vertrag zu erfüllen, ähnlich seinem Versterben oder einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung. In beiden Fällen werden unzulässige Analogien konstruiert, wobei natürlich zu fragen ist, ob die Richter ihre Argumentation vom Resultat ausgehend aufgebaut haben: Vielleicht – das sei schon an dieser Stelle als These zur Diskussion gestellt – haben sie nach einem Weg gesucht, die (ihrer Auffassung nach) unvermeidliche Härte der Vertragsauflösung durch die Wohltat der Zubilligung eines Entschädigungsanspruchs kompensieren zu können. Dann allerdings waren die beschriebenen „Auslegungskünste“ zwingend notwendig, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen. Wie also haben das LG (bzw. das OLG in seinem die Vorinstanz bestätigenden Urteil) argumentiert? 27

24 „Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksichtnahme auf Konfession. Kein Jude kann daher Volksgenosse sein.“

Zunächst einmal wurde die Unmöglichkeit der verlegerischen Leistung wegen der veränderten politischen Verhältnisse von der „Erbenklausel“ (§ 8) abgekoppelt; diese Klausel gelte weiterhin ungeachtet der neuen politischen Lage, die eine Publikation des Werkes unmöglich mache. Es entspräche dann einer „vernünftigen, dem Sinn und Zweck der über ein Menschenalter unterhaltenen vertraglichen Beziehungen zwischen den Streitsteilen, den Richtlinien des im Vertrag sonst ausgedrückten Parteiwillens und den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechenden Vertragsauslegung“, die „unverschuldete Arbeitsbehinderung“ des Klägers seiner „nicht vertretbaren dauernden Behinderung“ gleichzusetzen (zitiert nach der Wiedergabe im Urteil vom 25.11.1937, dort Bl. 28). Die fast identische Formulierung versucht darüber hinwegzutäuschen, dass eine „Arbeitsbehinderung“ infolge legislativer und administrativer Diskriminierung nicht mit der „dauernden Behinderung“ aus gesundheitlichen Gründen zu vergleichen – geschweige denn gleichzusetzen – ist. Darüber hinaus war es nicht „politisch korrekt“ (wie man heutzutage sagen würde), die jahrzehntelange vertragliche Bindung zwischen einem „arischen“ Verlag und seinem „nichtarischen“ Autor hervorzuheben und die Folgen seiner Herkunft lediglich als eine „Arbeitsbehinderung“ – und dazu noch eine „unverschuldete“ – zu beschreiben. Kein Wunder also, dass diese Urteilspassagen der Fachwelt vorenthalten wurden. Interessanterweise reagierte aber auch die NS-Parteipresse mit erheblicher Verzögerung: Erst das zweite Verfahren, das die Münchener Gerichte 1937 beschäftigte, fand ein Echo im nationalsozialistischen Schrifttum.²⁵

28

3. Das Charell-Urteil des Reichsgerichts

Am 27. Juni 1936 entschied das höchste deutsche Gericht über die Revision gegen ein Urteil des Kammergerichts in einem Rechtsstreit zwischen einer Verlagsagentur und der Filmgesellschaft UFA. Die Parteien hatten durch Vertrag vom 24. Februar 1933 (nur vier Tage später als Herzfelder und der Schweitzer-Verlag) die Übertragung der Rechte an dem Werk des Filmregisseurs Eric Charell gegen eine Pauschalvergütung von 130000 RM vereinbart und vertragsgemäß hatte die Klägerin, der die „nichtarische“ Herkunft ihres Vertragspartners durchaus bekannt war, am 1. März 1933 die erste Rate – 26000 RM – überwiesen. Eine Klausel dieses Vertrages berechtigte sie zum Rücktritt und verpflichtete die Beklagte zur Rückzahlung empfangener Leistungen für den Fall, dass der am selben Tage zwischen ihr und Charell geschlossene Regievertrag nicht erfüllt werden kann, weil Charell „durch Krankheit, Tod oder ähnlichen Grund nicht zur Durchführung seiner Regietätigkeit imstande ist“.

29

Am 5. April 1933 trat die Klägerin von beiden Verträgen zurück und klagte anschließend – erfolgreich – auf Rückerstattung der ersten Ratenzahlung. Im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse sind die Ausführungen der Berufungs- und der Revisionsinstanz zum Verständnis der Rücktrittsklausel. Das Kammergericht räumte

30

25 Siehe unten Abschnitt 4.

zwar ein, dass Charell rein tatsächlich durchaus zur Regieführung in der Lage gewesen wäre, jedoch sei „in seiner Person nunmehr ein Hinderungsgrund eingetreten, der ihn im Sinne des Vertrags zur Durchführung der Regietätigkeit außerstand gesetzt habe“ (so die Wiedergabe der Urteilsgründe durch das RG). Der Vertragszweck sei die „Herstellung eines Spitzenfilms“ gewesen, ein von Charell gedrehter Streifen wäre jedoch in Deutschland „aller Voraussicht nach unverwertbar geblieben“, folglich habe seine Arbeitsleistung „zu dem vereinbarten Zweck nicht mehr benutzt werden können“. Diese Ausführungen seien, so das RG, frei von Rechtsirrtum. Der Einwand der Beklagtenseite, ein „ähnlicher Grund“ für die Arbeitsbehinderung wie Krankheit oder Tod könne nur in körperlichem oder geistigem Unvermögen des Schuldners liegen, nicht aber in seiner Religion oder Abstammung, war aus Sicht der Richter in „unhaltbarer, vom Gesetz gemäßbilliger Weise“²⁶ dem Wortlaut des Vertrages verhaftet. Vielmehr sei aufgrund der politischen Entwicklung seit Vertragsabschluss die jüdische Abstammung des Regisseurs zu einem vergleichbaren „Hinderungsgrund“ geworden, die entsprechende Klausel umfasse letztlich „alle Möglichkeiten verschuldeter oder unverschuldeter Behinderung“. Auch der Umstand, dass die Filmgesellschaft den Vertrag nach der „Machtergreifung“ ungeachtet der Kenntnis des ihrem Vertragspartner anhaftenden Stigmas geschlossen hatte, änderte nach der vom RG bestätigten Auffassung des KG nichts an der Anwendbarkeit der Rücktrittsklausel: Nicht die Abstammung selbst sei entscheidend, sondern „die Bedeutung, welche die Rassenfrage infolge der Umwälzung seit Ende März 1933 für das öffentliche Leben in Deutschland gewonnen habe“.

Das höchste deutsche Gericht sanktionierte dies alles und hielt sich im übrigen mit juristischen Spitzfindigkeiten nicht lange auf. Es dachte die Erwägungen der Vorinstanz konsequent zu Ende und kam zu dem Schluss, dass nach „nationalsozialistischer Weltanschauung“ nur „Deutschstämmige ... als rechtlich vollgültig zu behandeln“ seien. Eine „Änderung in der rechtlichen Geltung der Persönlichkeit“ aufgrund von „gesetzlich anerkannten rassepolitischen Gesichtspunkten“ sei somit unbedenklich Krankheit oder Tod gleich zu achten, sofern sie in gleicher Weise die Erfüllung vertraglicher Pflichten unmöglich mache. 31

Damit war höchstrichterlich anerkannt, dass schon im Sommer 1933 in Deutschland lebende Juden (und diejenigen, die als solche galten) nicht mehr voll rechtsfähig und damit jeder Maßnahme, die „gesetzlich anerkannten rassepolitischen Gesichtspunkten“ Rechnung trug, schutzlos ausgeliefert waren. Die Worte „gesetzlich anerkannt“ waren natürlich nichts als eine Leerformel; auch das RG dürfte sich darüber im klaren gewesen 32

26 Das KG bezieht sich hier auf die §§ 133, 157 BGB (§ 133: Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. § 157: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.)

sein, wie Gesetzgebung seit der Ausschaltung der Parlamente in Deutschland funktionierte. Dennoch ist bemerkenswert, dass man sich weiterhin dieser Begrifflichkeit – offenbar wegen ihrer legitimatorischen Wirkung – bedienen zu müssen glaubte.

4. Das zweite Verfahren (1937)

In seiner bereits ausführlich gewürdigten Entscheidung hatte das OLG München (schon 33
mehr als ein Jahr vor dem Reichsgericht) den zwischen Felix Herzfelder und dem Schweitzer-Verlag ebenfalls nach der „Machtergreifung“ geschlossenen Vertrag der politischen Lage angepasst – nicht etwa nur ausgelegt. Es hatte einerseits die Herausgabe des Erbrechtskommentars unter Herzfelders Namen als unmöglich bezeichnet und somit die Vertragspartner aus ihren Verpflichtungen entlassen, andererseits die Geltung der „Erbenklausel“ bejaht und in diesem Zusammenhang – wie das RG, jedoch mit ganz anderen Rechtsfolgen im konkreten Fall – die Arbeitsbehinderung des Autors mit seiner Erkrankung bzw. seinem Versterben gleichgesetzt. Die erste Lieferung des jetzt von Prof. Boehmer bearbeiteten Erbrechts erschien im April 1937 (Einleitung und Erläuterungen zu § 1922 BGB, 292 Seiten). Da die 9. Auflage insgesamt 1100 Seiten umfasst hatte und eine Vergrößerung des Umfangs nicht geplant war, berechnete Herzfelder den ihm aufgrund des rechtskräftigen Feststellungsurteils zustehenden Anspruch wie folgt: 292 Seiten sind 26,55% des vorgesehenen Gesamtumfangs, demnach schuldet der Verlag acht Wochen nach Erscheinen der ersten Lieferung 26,55% von 7000 RM. Genau diese Summe, nämlich 1855 RM, forderte Herzfelder vergeblich: Der Schweitzer-Verlag lehnte mit Schreiben vom 31.05.1937 die Zahlung ab und Herzfelder war erneut zur Klageerhebung gezwungen.

Schon knapp zwei Monate später bescheinigte ihm das LG München die Richtigkeit seiner Auffassung: Am 21.07.1937 gab es der Klage in vollem Umfang statt. Auch ein von der Beklagtenseite vorgelegtes Gutachten des Reichsrechtsamtes der NSDAP vom 30.06.1937 konnte die Richter nicht umstimmen.

Der Schweitzer-Verlag ging wiederum in die Berufung. Mit der Rechtsmittelbegründung 34
legten seine Anwälte u.a. ein Gutachten des NS-Rechtswahrbundes vom 25.07.1937, einen Artikel aus der „Nationalsozialistischen Parteikorrespondenz“ vom 04.08.1937 sowie einen zur Veröffentlichung in der Zeitschrift „Deutsches Recht“ vorgesehenen Beitrag von Erich Schmidt vor, Leiter der Hauptabteilung Verlagswesen und Presse des Nationalsozialistischen Rechtswahrbundes.²⁷ Der Gegner machte also, wie sich Friedlaender richtig erinnert, „die sogenannte Fachpresse mobil“. Darüber hinaus allerdings legte Rechtsanwalt Ostler selbst dem Gericht Zeitungsartikel vor, in denen Herzfelder (ohne Namensnennung) als Shylock bezeichnet wurde und man die Richter „recht unverblümt“ vor „Fehlentscheidungen“ warnte. Der Senatsvorsitzende sah sich gar

27 Der Aufsatz erschien am 15.11.1937 (DR 1937,460), 10 Tage vor Verkündung des Berufungsurteils

zu der Frage veranlasst, ob Ostler den Standpunkt vertrete, dass Herzfelder, weil er Jude sei, den Prozess verlieren müsse.²⁸

Die Argumente der Prozessvertreter der Beklagten waren – kurz zusammengefasst – die folgenden: Die Rechtskraft des 1935 ergangenen Feststellungsurteils sei u.a. dadurch überwunden, dass nach neuer und richtiger Anschauung das klägerische Manuskript für die 10. Auflage von vorneherein gänzlich unverwertbar gewesen sei, was das Gericht seinerzeit nicht habe erkennen können. Es sei zur Anwendbarkeit der „Erbenklausel“ nur deswegen gelangt, weil es die Verwertbarkeit der Vorarbeiten des Klägers – unter Weglassung seines Namens – unterstellt habe. Diese Auffassung sei nach den in den Jahren 1935 und 1936 eingetretenen politischen Veränderungen, insbesondere nach Erlass der „Nürnberger Gesetze“, nicht mehr haltbar. Selbst der in der Voraufgabe veröffentlichte Text sei nicht (mehr) als in irgendeiner Form verwertbar anzusehen.

35

Auch die zur Stärkung dieser Argumentation vorgelegten Meinungsäußerungen – als juristisches Schrifttum mag man sie nicht bezeichnen – waren auf den (angeblich) von der Klägersseite vorgetragene Standpunkt fixiert, ein Verleger sei „berechtigt, die Arbeiten des Juden unter dem Namen eines arischen Bearbeiters zu verwerten“ und infolgedessen „verpflichtet, den jüdischen Verfasser auf Grund des überholten Verlagsvertrages entsprechend zu bezahlen“. Es werde also „einem arischen Bearbeiter zugemutet, sich als Strohmann für das Fortwirken jüdischen Einflusses herzugeben“ und der Verleger müsse „die Arbeit doppelt bezahlen“.²⁹ Die Berufungserwiderung konzentrierte sich auf juristische Erwägungen zur Frage der Rechtskraft. Selbst wenn das OLG seinerzeit die Frage der Verwertbarkeit der klägerischen Vorarbeiten falsch eingeschätzt haben sollte, ändere das nichts an der Unangreifbarkeit seiner rechtskräftigen Entscheidung; ein Wiederaufnahmeverfahren komme nach den einschlägigen ZPO-Vorschriften nicht in Betracht.

36

Noch vor Urteilsverkündung erschien nicht nur der bereits zitierte Aufsatz von Erich Schmidt, sondern in der Juristischen Wochenschrift vom 16.10.1937 auch ein Beitrag des Assessors Hubertus Bung mit dem Titel „Verlagsverträge mit Juden“.³⁰ Offenbar in Kenntnis des vor dem OLG München anhängigen Rechtsstreits und als Hinweis an die zuständigen Richter führt der Autor aus, der aufgrund eines rechtskräftigen Feststellungsurteils verklagte Verlag könne in dem neuen Verfahren „mindestens dieselben Einwendungen gegen das Feststellungsurteil vorbringen, die dem Vollstreckungsgegenkläger gegen ein Leistungsurteil zustehen“ (eine bis dato unbekannte Auslegung der zivilprozessualen Vorschriften); folglich sei es rechtlich erheblich, wenn er auf die „Tatsache des Erlasses der Nürnberger Gesetze“ und die „dadurch erst

37

28 Erinnerungen, S.155, 175

29 Zitat aus dem Beitrag „Immer noch Juden im Rechtsschrifttum“ in der „Partei-Korrespondenz“, NSK vom 04.08.1937, wiedergegeben bei Schmidt DR 1937,461

30 JW 1937,2639

begründete letzte Sicherheit über die absolute und objektive Unmöglichkeit der Leistung aus dem Verlagsvertrag“ verweise.

5. Das Urteil 5 U 791/37

Die Richter des 5. Zivilsenats des OLG München waren anderer Auffassung. Die Gründe für ihre Entscheidung, die Berufung des Schweitzer-Verlags zurückzuweisen, haben sie auf 20 Seiten dargelegt – veröffentlicht ist das Urteil, soweit ersichtlich, nicht. Es lohnt, diese Ausführungen sprachlich und juristisch sehr genau zu betrachten. 38

Vorab stellte das OLG klar, dass es aus rechtlichen Gründen weder einen anderen Tatbestand als die Kollegen im Vorprozess zugrundelegen noch diesen Tatbestand anders würdigen dürfe. Zu berücksichtigen wären allenfalls – etwa nach entsprechender Einrede oder Aufrechnung – nachträglich eingetretene Tatsachen, aufgrund derer der ursprünglich festgestellte Anspruch erloschen sei.³¹ Tatsachen, die geeignet sein könnten, die Wirkungen des Feststellungsurteils zu beseitigen, seien jedoch nicht ersichtlich (Bl.18 f des Urteils).

Das Gericht prüfte sodann im einzelnen folgende „Tatsachen“:

- den Erlass der „Nürnberger Gesetze“ (Bl.19)
- die nach 1934 eingetretene „Entwicklung in der Handhabung der Judenfrage“ mit der behaupteten Folge einer Unverwertbarkeit des Manuskripts (Bl.20 bis Bl.26) und
- das (angebliche) nunmehrige völlige Fehlen eines Manuskripts (Bl.26 bis Bl.32).

Zu der „Rassegesetzgebung“ vom September 1935, durch welche bekanntlich der rechtliche Status der diskriminierten Minderheit abschließend und unter Beachtung „rassekundlicher Erkenntnisse“ normiert werden sollte, äußerten sich die Richter nur sehr knapp: Eine Änderung in der Gesetzgebung könne die Rechtskraft eines Urteils nicht beseitigen – im übrigen sei keineswegs bestimmt worden, dass „ein Deutscher an einen Vertrag mit einem Juden nicht mehr gebunden ist“ (Bl.19). 39

Die Behauptung, das Manuskript sei neuerdings unverwertbar, ging nach Meinung des OLG ins Leere: Niemals habe das Gericht die ihm auch in den vorgelegten Abhandlungen unterstellte Auffassung vertreten, die „Verwertung jüdischen Gedankenguts“ sei zulässig, wenn man den Namen des Verfassers weglasse und den Namen eines „arischen Bearbeiters“ davor setze. Lediglich bei der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen für das Inkrafttreten der „Erbenklausel“ vorliegen, habe das OLG im Vorprozess den Einwand des Verlages aufgegriffen, es müsse eine Weiterbenützung der Vorarbeiten des Klägers möglich sein, damit die vertraglich vorgesehene Entschädigung fällig werden kann. Dies brauchte das Gericht, so der 5. Senat, jedoch nicht abschließend zu 40

31 So auch die heute herrschende Meinung zu § 322 ZPO

entscheiden, denn unstreitig war in anderen Teilen des Staudinger „jüdisches Gedankengut teils mit teils ohne Nennung der Namen der früheren nichtarischen Mitarbeiter“ (Bl.23) verwertet worden. Wenn aber die Zulässigkeit der Verwertbarkeit des Manuskripts kein tragender Grund für die Entscheidung im Vorprozess gewesen sei, sei auch eine etwaige spätere Nichtverwertbarkeit keine neue Tatsache, die zu einer Rechtskraftdurchbrechung führen könne (Bl.24).

Dabei blieb das OLG allerdings nicht stehen. Es wies die Argumentation der Berufungskläger auch für den Fall zurück, dass die Richter des Vorprozesses die Verwertung der Vorarbeiten Herzfelders für rechtlich zulässig erachtet hätten: Eine Änderung der Rechtsauffassung zur „Verwertbarkeit jüdischen Gedankenguts“, wie sie von der Beklagten behauptet werde, könne generell nicht als „Tatsache“ im hier einschlägigen Sinne betrachtet werden; letztlich richte sich das Vorbringen der Beklagten gegen die Urteilsbegründung im Vorprozess und könne typischerweise nur mit Rechtsmitteln geltend gemacht werden (Bl. 25 f). Selbst wenn, wie von den Berufungsklägern behauptet, überhaupt kein Manuskript des Klägers vorliege, sei dies keine Änderung einer Tatsache, sondern einer Auffassung „über Art und Maß der für einen Juden möglichen Mitarbeit an einem deutschen Kommentar“ (Bl. 27).

41

Wie der nun folgende Teil der Urteilsgründe (Bl. 27 ff) zeigt, wollten die Münchener Richter es nicht bei den (an sich völlig ausreichenden) Erwägungen vorwiegend zivilprozessualer Natur belassen. Der Senat glaubte offenbar, auch in die materielle Prüfung des Vertragswerks einsteigen zu müssen, um dem Vorwurf einer rein „formalen“ Betrachtung von vorneherein den Boden zu entziehen. Interessanterweise führte die weitere Prüfung jedoch zu keinem anderen Ergebnis.

42

Für seine Überlegungen unterstellte der Senat zunächst, dass die Vorarbeiten Herzfelders als nicht existent zu betrachten seien und dies als „neue Tatsache“ berücksichtigt werden müsse. Er stimmte dann der im Vorprozess schon praktizierten Auslegung des § 8 des Verlagsvertrages ausdrücklich zu, derzufolge die „unverschuldete Arbeitsbehinderung“ des Klägers Krankheit oder Tod gleichzusetzen sei. Hiervon könne auch unter Berücksichtigung der „weiteren Entwicklung der Judenfrage“ nicht abgegangen werden. Wörtlich:

43

Es kann bei der Würdigung der vertraglichen Beziehungen zwischen den Streitteilen nicht darüber hinweggesehen werden, das die Beklagten von der 1. Auflage an über ein Menschenalter hindurch mit dem Kläger zusammengearbeitet und aus seiner Mitarbeit nicht unerhebliche Vorteile gezogen haben. Es ist weiter in Betracht zu ziehen, und muss ganz besonders betont werden, dass die Beklagten auch noch nach dem Umbruch keinen Anstoß genommen haben, frühere jüdische Mitarbeiter zur Mitarbeit an der 10. Auflage heranzuziehen und auch den Kläger, der den Vertrag über die 10. Auflage erst am 20. Februar 1933 unterschrieben hat, mit der Abfassung des wichtigen Erbrechtsteils des Kommentars unter seine Namen zu betrauen. Die Beklagten haben also selbst trotz der

44

veränderten politischen Verhältnisse anfänglich noch gar nicht die Absicht gehabt, ihre Beziehungen zu dem Kläger zu lösen. Nach Anschauung des Senats würde es unter den hier gegebenen besonderen Verhältnissen den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Billigkeit nicht entsprechen, wenn man den Beklagten deswegen, weil ihnen in der Folge durch die Entwicklung in der Handhabung der Judenfrage das von ihnen anfänglich beabsichtigte weitere Zusammenarbeiten mit dem Kläger unmöglich gemacht wurde, das Recht einräumen würde, sich von ihren vertraglichen Bindungen auch insoweit vollständig loszulösen, als es sich um ausdrücklich für den Falle einer Arbeitsbehinderung de Klägers getroffenen Abmachungen handelt.

Damit, so das OLG, sei nur noch die Handhabung der „Erbenklausel“ für den Fall zu klären, dass überhaupt kein Manuskript für die 10. Auflage vorläge. § 8 Abs. 1 des Vertrages sei dann nämlich nicht einschlägig, weil eine Versterben (oder eine Krankheit) „vor Vollendung des Manuskripts“ vorausgesetzte werde. Lediglich § 8 Abs. 2 Satz 2 enthalte eine Regelung für den Fall, dass der Autor ohne Hinterlassung eines Manuskripts stirbt: Dann hätten die Erben für eine weitere Auflage Anspruch auf die Hälfte des vom Autor für die Voraufgabe erhaltenen Honorars.³²

Damit hatte sich das OLG in die Lage manövriert, definitiv und explizit eine Analogie zwischen dem Versterben – mit der Folge des Anspruchsübergangs auf die Erben – und der gesellschaftlich-politischen Ausschaltung des Vertragspartners herstellen zu müssen, und erst jetzt kommt die Charell-Entscheidung des Reichsgerichts ins Spiel: Es klingt fast ein bisschen scheinheilig, wenn der Senat unter Bezugnahme auf dieses Urteil³³ ausführt, er trage „keine Bedenken“, sich der Meinung der Leipziger Richter anzuschließen und insbesondere „mit Rücksicht ... auf die besonderen Beziehungen“ der Parteien auf Grund jahrelanger Zusammenarbeit die „Ausschaltung des Klägers“ dem „im Verträge vorgesehenen Falle des leiblichen Todes gleichzusetzen“ (Bl. 32). Der Kläger müsse folglich so gestellt werden, als sei er „vor Erscheinen einer weiteren Auflage“ verstorben, und weil mit dieser Klausel die jeweils der vertragsgegenständlichen nachfolgende Auflage gemeint sei, gründe sich der Entschädigungsanspruch des Klägers (der an die Stelle der Erben träte) auf den für die 9. Auflage geschlossenen Vertrag (der ansonsten wortgleich gewesen ist).³⁴

32 S.o. unter II 1.

33 JW 1936,2529; ausführlich oben unter II 3.

34 Konsequenterweise wäre dann die Hälfte des Honorars für die 8. (!) Auflage geschuldet. Das OLG hat diesen Punkt allerdings nicht vertieft.

Am Schluß der Entscheidung ging das Gericht sogar noch kurz auf Sinn und Zweck derartiger Erbenklauseln ein: Die Zahlung erfolge keineswegs ohne Gegenleistung, sondern stelle eine „Ergänzung des Honorars des Klägers für die in der Vergangenheit geleistete Arbeit“ dar, die völlig unabhängig davon sei, ob der nachfolgende Bearbeiter von den zurückliegenden Kommentierungen des Klägers Gebrauch mache oder nicht (Bl. 36).³⁵ 47

Das Urteil wurde rechtskräftig. Aus der Akte des Bayerischen Landesentschädigungsamtes³⁶ ist zu ersehen, dass Herzfelder nach Erscheinen der 2. Lieferung im Jahre 1942 weitere 1359,25 RM erhielt und dann 1944 für die 3. Lieferung nochmals 1350 RM. Der Schweitzer-Verlag stellte die Bindungswirkung des Urteils aus dem Jahre 1937 auch über das Kriegsende hinaus nicht in Frage und teilte dem Anwalt der Familie Herzfelder mit Schreiben vom 19.08.1948 mit, Zahlungen würden erst dann wieder erfolgen, wenn weitere Lieferungen erschienen seien. 48

Felix Herzfelder starb am 5. Oktober 1944 in Haifa. Bis zum endgültigen Berufsverbot am 30. November 1938 war er in München als Anwalt zugelassen, Ende 1938 floh er über Istanbul nach Palästina. Sein Sohn Franz, ebenfalls Anwalt, hatte Deutschland gemeinsam mit der Schwester schon 1933 verlassen. Er starb 1998 in Paris, sie wurde von Frankreich aus in ein KZ verschleppt und ermordet.³⁷ 49

III. Fazit: Was macht diesen Fall so interessant?

Aus mehreren Gründen ist es reizvoll, sich mit dem Herzfelder-Schweitzer-Prozess näher zu beschäftigen. Es sind vor allem die nachstehend nochmals kurz zusammengefassten Aspekte, die eine genauere Betrachtung lohnen: 50

1. Die Personen

Auf der einen Seite ein „nichtarischer“ Kläger, angesehener und wissenschaftlich tätiger Rechtsanwalt, vertreten durch einen ebenso prominenten, ebenfalls stigmatisierten Prozessbevollmächtigten; auf der anderen Seite ein renommierter Verlag, der einen jungen, ehrgeizigen Kollegen beauftragt, die entschädigungslose Trennung von dem „nichtarischen“ Mitarbeiter juristisch durchzusetzen und jenen kurz darauf selbst als Autor verpflichtet. Hinzu kommt, dass der besagte Kollege auch der heute noch aktiven Anwältegeneration ein Begriff ist – und sein muss. Schließlich: Ein Senatsvorsitzender mit interessanter Karriere in der Justiz (vor 1933) und in der Politik (nach 1945). 51

35 Hierauf hatte Max Friedlaender schon in der ersten Klage im Jahre 1934 hingewiesen, s.o. bei II 2.

36 Bayerisches Hauptstaatsarchiv EG 94502 (= K1561)

37 Heinrich aaO (Fn 7), S.156; Göppinger aaO (Fn 3), S.288; Auskunft von Reinhard Weber, München

2. Die Rechtsprechung

Die Münchener Urteile zeigen, dass die Justiz schon lange vor dem berühmt-berüchtigten Charell-Urteil des Reichsgerichts nicht zögerte, Vorschriften des BGB politisch zu instrumentalisieren, wenn dies opportun erschien: Was im rechtlichen Sinne (un-)möglich war, bestimmte sich nach der wirtschaftlichen „Zumutbarkeit“, und was zumutbar war, definierten politische Vorgaben – also letztlich, wie es das OLG 1937 ausdrücklich gesagt hat, die Ziffer 4 des Parteiprogramms der NSDAP. Genau diese Logik führte allerdings im Fall Herzfelder, und dies verleiht ihm sozusagen die Pointe, zu einer dem Kläger letztlich (unter den gegebenen Umständen) günstigen Entscheidung: Gerade weil seine Arbeit (und eben nur seine) niemandem mehr „zugemutet“ werden könne, so der Senat, liege der Grund für die Nichtleistung letztlich in der Person selbst und sei genau so zu bewerten wie andauernde Krankheit oder Tod. Unter dieser Voraussetzung aber müsse die „Erbenklausel“ zur Anwendung kommen und Herzfelder eine (wenn auch bescheidene) Entschädigung zugesprochen werden. Bemerkenswert ist, dass das OLG München auch in dem zweiten Verfahren – also nach Inkrafttreten der „Nürnberger Gesetze“ – an dieser Vertragsauslegung festhielt, allen Pressionsversuchen von Seiten der Partei (-presse) widerstand und selbst für den (unterstellten) Fall überhaupt nicht existierender Vorarbeiten Herzfelders den Anspruch aus der „Erbenklausel“ bejahte. 52

3. Die „Publikationspolitik“

Bemerkenswert ist nicht zuletzt auch das Medienecho, das der Prozess hervorgerufen hat. Das Urteil vom 04.02.1935 fand nur mit einem Leitsatz Eingang in die JW, der den juristischen (Teil-)Erfolg des Klägers nicht erkennen ließ. Das Charell-Urteil des Reichsgerichts, welches aufgrund der insoweit abweichenden Ausgangslage der Verleger- (bzw. Agentur-) Seite zu einem uneingeschränkten Obsiegen verhalf, wurde in seinem vollen Wortlaut abgedruckt. Als dann der Schweizer-Verlag den zweiten Anlauf unternahm, Herzfelder auszubooten, sicherte er sich die publizistische Unterstützung der gleichgeschalteten Tages- und Fachpresse, was jedoch den juristischen Sieg des Duos Herzfelder/Friedlaender nicht verhindern konnte. 53

Epilog: Das weitere Schicksal der Erbrechtskommentierung im „Staudinger“

Wie schon berichtet, hatte Professor Gustav Boehmer (Marburg) die Aufgabe übernommen, die Kommentierung des V. Buches des BGB völlig neu zu strukturieren und noch in dem 1936 erschienenen Vorwort zur 10. Auflage wird er gemeinsam mit Professor Hans Albrecht Fischer (Breslau) als der Bearbeiter des gesamten Erbrechtsteils aufgeführt. Tatsächlich jedoch erschien nur die 1. Lieferung unter seiner Federführung 54

(vgl. auch Vorwort zu Band V, Erbrecht, vom 1. Februar 1937), die §§ 1923-2064 wurden letztlich von Lehmann und die §§ 2065-2385 von Seybold kommentiert. Boehmer hatte sich nämlich mit der Redaktion überworfen, nachdem in der 1. Lieferung ohne sein Wissen zahlreiche Zitate jüdischer Autoren gestrichen worden waren. Der Auflage, auf solche Zitate bei der weiteren Bearbeitung von vorneherein zu verzichten, wollte Boehmer nicht Folge leisten und kündigte (offenbar ebenso wie Fischer) seine Mitarbeit auf.³⁸

38 Vgl. Karl Kreuzer, in: Gustav Boehmer, Zur Entwicklung und Reform des Deutschen Familien- und Erbrechts (ausgewählte Schriften), 1970, Einleitung S. IX Fn 15