

hörigen Hauses zu reparieren.“²⁵ Mit anderen Worten: Da die Galerie ohne Vollmacht der Eigentümerin die ihr anvertrauten Bilder an einen Angehörigen der (ins Ausland geflüchteten!) Eigentümerin herausgab, wird der gute Glaube der Galerie bejaht, als diese später eines dieser Bilder von der Tochter dieses Angehörigen – wiederum ohne Vorlage einer Vollmacht – kaufte.

Die ROK Wien kommt zum Schluss, dass im Hinblick auf das Munch-Bild gem § 4 Drittes RückstellungsG keine Rückstellungspflicht besteht. „Die Vertreter der Österreichischen Galerie wussten wohl, dass es sich um das Vermögen einer politisch Verfolgten handelt, sie konnten aber hierin keinen Entziehungsakt, sondern eine Verfügung der Verkäufer erblicken, zu welcher diese berechtigt waren. Darum wurde das Rückstellungsbegehren in Ansehung dieses Bildes von Edvard Munch abgewiesen.“²⁶ Von der ROK Wien wird aber auch hinzugefügt, dass „aufgrund des vorerwähnten Briefwechsels zwischen Prof. Moll und Dr. Schwarz²⁷ ... aber auch unbedenklich als erwiesen angenommen werden [kann], dass es auch unabhängig von der Machtergreifung zum Verkauf dieses Bildes gekommen wäre.“²⁸

6. Der zweite ORK-Beschluss 1953 (Zurückweisung)

Die Revisionsbeschwerde Alma Mahler-Werfels wird von der ORK wiederum aus formalen Gründen zurückgewiesen, da der Streitwert S 15.000,- nicht übersteige, sodass die Entscheidung der ROK Wien hinsichtlich des Munch-Gemäldes in Rechtskraft erwächst.

7. Die weiteren Verhandlungen

²⁵ Rkb 186/53 = Rk 216/61, AS 380.

²⁶ Rkb 186/53 = Rk 216/61, AS 381.

²⁷ Die ROK beruft sich hiebei auf Briefe vom 1. 3. und 4. 3. 1938 (Beilagen H und G), in denen Moll im Namen von Alma Mahler-Werfel über den Verkauf des Munch-Bildes verhandelt. Die von Moll im Brief vom 4.3.1938 behauptete Vollmacht wurde von Alma Mahler-Werfel im Rückstellungsverfahren bestritten.

²⁸ Rkb 186/53 = Rk 216/61, AS 381. Bezüglich der Schindler-Bilder wird von der ROK die Sache zur neuerlichen Verhandlung an die RK zurückverwiesen.

Im Zuge des weiteren Verfahrens kommt es nur mehr sporadisch zu Verhandlungen vor der RK, darüber hinaus stehen Alma Mahler-Werfel und ihre Vertreter aber auch außergerichtlich in Kontakt mit den österreichischen Behörden, um insbesondere eine Rückgabe des Munchgemäldes zu erreichen.²⁹ So erlangt Mahler-Werfel im Zuge von Verhandlungen die Rückgabe der Bilder „Felsenküste in Ragusa“ und „Pappelallee“.³⁰

Auf Anfrage der RK Wien vom 31. 3. 1961 erklärt Alma Mahler-Werfel, „die geltend gemachten Ansprüche aufrecht zu erhalten, da ein Vergleich trotz gewisser Fühlungnahmen der letzten Zeit noch nicht zustande gekommen ist“.³¹ Zur Vernehmung Mahler-Werfels in New York (sie war 1947 das letzte Mal in Österreich gewesen) wird am 18. 9. 1964 ein Rechtshilfeersuchen an das Österreichische Generalkonsulat gerichtet. Noch vor der Einvernahme stirbt Alma Mahler-Werfel am 11. 12. 1964.³²

C. Das Rückgabebegehren Marina Mahlers im Jahr 1999

Zu Beginn des Jahres 1998 wurde im Bundesministerium für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten die „Kommission zur Erforschung der Provenienzen in den Österreichischen Bundesmuseen“ mit dem Auftrag eingesetzt, „die in der fraglichen Zeit erworbenen Kunstgegenstände systematisch

²⁹ Mündliche Verhandlungen finden am 20. 1. 1954, am 21. 9. 1961 und am 6. 3. 1964 statt.

³⁰ Die Rückgabe der Bilder „Felsenküste in Ragusa“ und „Pappelallee“ erfolgte aufgrund des Erlasses des Bundesministeriums für Unterricht Zl.28.989.II/6/54 vom 19. 2. 1954. Bezüglich des „Waldweges in Scharfling“ war es bereits am 4.8.1948 zu einer Rückgabe gekommen (laut ON 96 AS 384 im Rahmen des Verfahrens 63 Rk 30/50), sodass das Begehren diesbezüglich zurückgezogen wurde.

³¹ Äußerung vom 2.5.1961, Rk 216/61 ON 126 Bd II AS 5.

³² Das Verfahren hinsichtlich der noch nicht restituierten Schindler-Bilder dauert auch nach Mahler-Werfels Tod hinaus an, ohne dass es zu einer definitiven Entscheidung durch die RK gekommen wäre. Als letztes Aktenstück findet sich ein Beschluss vom 13. 10. 1966, das Verfahren „bis zur Vorlage der Einantwortungsurkunde nach Alma Mahler-Werfel“ zu unterbrechen; Rk 216/61 ON 163 Bd II AS 85.

zu katalogisieren, um alle Fragen über die Besitzverhältnisse während der Zeit der NS-Herrschaft und der unmittelbaren Nachkriegszeit aufzuklären.“

Im März 1999 erhielt Marina Mahler ein Dossier dieser Kommission über die seinerzeitige Erwerbung von Munchs „Sommernacht am Strand“, welches von der Kunsthistorikerin Monika Mayer erstellt worden war. Marina Mahler beehrte daraufhin die Rückgabe des Munchgemäldes, verzichtete aber auf die Rückgabe von Schindlerbildern, bei denen das Eigentum Alma Mahler-Werfels nicht nachweisbar war.

Im April 1999 wurde der endgültige, 37 Seiten umfassende, Bericht der Provenienzkommision dem Kunstrückgabebeirat vorgelegt. Der Bericht listet chronologisch die Ereignisse auf, beginnend bei der leihweisen Überlassung des Munchgemäldes an die Österreichische Galerie durch Alma Mahler-Werfel am 2. August 1937 bis hin zum Tod Almas am 11. Dezember 1964 in New York. In ihrem Resümee³³ weist Monika Mayer ua darauf hin, dass der angeblich „bona fide“ erfolgte Ankauf des Bildes von Marie Eberstaller (der Halbschwester Almas) im Jahr 1940 dadurch zu relativieren sei, „dass der Österreichischen Galerie das Eigentumsrecht der Alma Mahler-Werfel bekannt war“ und verweist dabei auf die Zeugenaussage des ehemaligen Direktors Bruno Grimschitz³⁴ im Rückstellungsverfahren. Außerdem hält sie zu etwaigen Verkaufsabsichten vor 1938 fest, dass es keinen Beleg für eine Ermächtigung bzw. keine schriftliche Vollmacht für eine Veräußerung des Munchgemäldes durch Mahler-Werfel gegeben habe; nicht einmal eine Einwilligung für die Unterbrechung der Leihe – das Bild war ja 1938 von Carl Moll, dem Vater Marie Eberstallers und Stiefvater Almas, rückübernommen worden – sei vorgelegen.

In seiner Sitzung vom 27. Oktober 1999 sah sich der Kunstrückgabebeirat aber „aufgrund der eindeutigen und klaren Rechtslage außerstande“, eine

³³ Dossier der „Kommission zur Erforschung der Provenienzen in den Österreichischen Bundesmuseen“ von Monika Mayer (1999) Seite 35 f.

³⁴ Zu Grimschitz siehe oben Fn 20.

Übereignung des Munchgemäldes an die Rechtsnachfolger Alma Mahler-Werfels zu empfehlen.

Grundlage für die rechtliche Beurteilung des Beirates war vor allem der Akt der Finanzprokurator über das Verfahren nach dem 3. Rückstellungsgesetz, das Alma Mahler-Werfel als geschädigte Eigentümerin betrieben hatte.³⁵ Die in der Nachkriegszeit getroffenen behördlichen Entscheidungen werden dabei vom Beirat einer wertenden Beurteilung unterzogen: Das Erkenntnis der Rückstellungskommission beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien vom 9.4.1953³⁶, mit welchem die Republik Österreich zur Rückstellung des Bildes verpflichtet worden war, wird kurz erwähnt und die „überaus kurssorische Beweiswürdigung durch die 1. Instanz“ bemängelt. Laut Meinung des Beirates fehle in der erstinstanzlichen Entscheidung „eine rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes fast völlig“.

Die Rückstellungsoberkommission beim Oberlandesgericht Wien habe dagegen als 2. Instanz „auf Grund eingehender Beweiswürdigung“ – so die Wertung des Beirates – mit ihrem Erkenntnis vom 16.6.1953³⁷ der Beschwerde der Finanzprokurator Folge gegeben und das Rückstellungsbegehren von Alma Mahler-Werfel abgewiesen. Der Beirat zitiert aus der damaligen Entscheidung: „Schließlich war auch das Haus in Breitenstein der Maria Eberstaller nur treuhändig geschenkt – es ist derzeit bereits wieder zurückgestellt – und die Schlussfolgerung, dass die Antragstellerin [Alma] derselben [Marie Eberstaller] nicht nur diese Liegenschaft anvertraut, sondern ihr auch die Verfügung über das bewegliche Vermögen eingeräumt hat, entspricht

³⁵ Zur Entscheidung über Restitutionsansprüche nach dem Dritten, Fünften und Sechsten Rückstellungsg waren Rückstellungskommissionen bei jedem mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit in Zivilrechtssachen betrauten Landesgericht eingerichtet. Insgesamt war ein dreistufiger Instanzenzug vorgesehen. In zweiter Instanz entschieden die Rückstellungsoberkommissionen (ROK). Dritte und letzte Instanz war die beim OGH eingerichtete ORK. Zur Vollziehung siehe ausführlich Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen, Wien München 2004.

³⁶ Aktenzahl 63 RK 1373/48-91.

³⁷ Aktenzahl Rkb 186/53-95.

logischem Denken...Darum nimmt die Rückstellungskommission auch trotz der gegenteiligen Aussage des Zeugen Arch. Legler als erwiesen an, dass dieses Bild als dem Prof. Moll oder der Maria Eberstaller anvertraut angesehen werden kann. Im Sinne der Bestimmung des § 4 des Dritten Rückstellungsg besteht in diesem Falle keine Rückstellungspflicht.... Die Vertreter der Österreichischen Galerie wussten wohl, dass es sich um das Vermögen einer politisch Verfolgten handelt, sie konnten aber hierin keinen Entziehungsakt, sondern eine Verfügung des Verkäufers erblicken, zu welcher diese berechtigt waren....Auf Grund des vorerwähnten Briefwechsels zwischen Prof. Moll und Dr. Schwarz kann auch unbedenklich als erwiesen angenommen werden, dass es auch unabhängig von der Machtergreifung zum Verkauf dieses Bildes gekommen wäre.“

Aufgrund dieser Ausführungen der Rückstellungsoberkommission Wien gelangt der Kunstrückgabebeirat zu seinen unter Punkt 3. formulierten Schlussfolgerungen: Das Rückstellungsbegehren Alma Mahler-Werfels sei rechtskräftig abgewiesen worden und folglich jedes Gericht an das Erkenntnis der ROK gebunden, das „inter partes die Unanfechtbarkeit des Eigentumserwerbes des Bundes mit Rechtskraftwirkung“ festgestellt habe. Eine Beseitigung der formellen und materiellen Rechtskraftwirkung dieser Entscheidung käme nur im Falle des Vorliegens von Wiederaufnahmegründen iSd § 530 ff ZPO in Betracht. Es könne nicht Aufgabe des Beirates sein, eine im Widerspruch zu einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung stehende Empfehlung abzugeben. Der Tatbestand des § 1 Z 2 KunstrückgabeG, der eine Rückgabeempfehlung erlauben würde, sei deshalb nicht erfüllt, da hinsichtlich des Munch-Gemäldes „mit Rechtskraftwirkung festgestellt sei, dass ein Entziehungstatbestand und damit eine nach dem NichtigkeitsG inkriminierte Rechtshandlung nicht gegeben gewesen“ ist.

Zweiter Teil: Juristische Analyse

Im Folgenden soll zunächst das Kunstrückgabegesetz 1998 (A.) und das darauf basierende Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat hinsichtlich des Munchgemäldes analysiert werden (B.). Dabei soll vor allem die Begründung des Beschlusses des Beirates einer juristischen Würdigung unterzogen werden. Hiezu ist insbesondere auf die Interpretation von § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz 1998 einzugehen.

Zur Beurteilung des Falles ist aber auch eine kritische Überprüfung der Entscheidung der ROK Wien aus 1953 vorzunehmen (C.), sowie auf die mittlerweile aus dem Entschädigungsfondsgesetz 2001 ableitbaren gesetzlichen Wertungen zur Unbeachtlichkeit extrem ungerechter Entscheidungen Bedacht zu nehmen (D.), in deren Licht sich eine Neuüberprüfung des Falles empfiehlt.

A) Das Kunstrückgabegesetz 1998

Das Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen (BGBl I Nr 181/1998) sollte die rechtlichen Grundlagen dafür schaffen, „unrechtmäßig erworbene Kunstobjekte den Eigentümern oder ihren Erben schnell und unbürokratisch zurückzustellen“³⁸.

Der Terminus „unrechtmäßig erworben“ ist dabei aber nicht in einem strikt rechtlichen Sinn, sondern mehr in einem moralischen Sinn aufzufassen: Das Gesetz ermächtigt nämlich zur Rückgabe von Kunstgegenständen, die im – rein rechtlich gesehen: einwandfreien – Eigentum des Bundes stehen, deren

³⁸ NR-Abgeordneter Univ.-Prof. Dr. Andreas Khol in seiner Rede in der Debatte zum KunstrückgabeG am 5. 11. 1998. Auffallend ist dabei, dass Khol in dieser Rede nur von 2 Kategorien an rückzustellenden Kunstgegenständen spricht, nämlich bloß jenen, die von § 1 Abs 1 Z 1 und Z 3 erfasst sind.

Erwerb aber als *moralisch bzw historisch bedenklich* eingestuft wird. Mit anderen Worten: Durch das KunstrückgabeG 1998 trägt die Republik Österreich einem gewandelten Selbstverständnis in Restitutionsangelegenheiten Rechnung, demzufolge die Republik eine *zumindest moralische Mitverantwortung* für das Unrecht der NS-Zeit anerkennt, welche sich auch in verschiedenen neuen, gesetzlich vorgesehenen Leistungen an NS-Opfer niederschlägt. So wurde etwa 1995 der Nationalfonds geschaffen, um „die besondere Verantwortung Österreichs gegenüber den Opfern des Nationalsozialismus zum Ausdruck zu bringen (§ 1 Abs 2 NationalfondsG BGBl 432/1995) und im EntschädigungsfondsG (BGBl I 12/2001) wird die Anerkennung der „moralischen Verantwortung für Verluste und Schäden, die als Folge von oder im Zusammenhang mit dem nationalsozialistischen Regime ... den Opfern des Nationalsozialismus zugefügt wurden“ ausgedrückt (§ 1 Abs 2 leg cit). Die Bestimmungen des KunstrückgabeG 1998 sind im Kontext dieser neueren Restitutionsgesetze zu sehen, durch die insgesamt Unzulänglichkeiten und Lücken der Rückstellungsgesetze und der Rückstellungspraxis nach 1945 beseitigt werden sollen.

Basierend auf den Ergebnissen der „Kommission für Provenienzforschung“ sieht das KunstrückgabeG 1998 für Kunstgegenstände, die von den Bundesmuseen und Sammlungen in der Zeit der NS-Herrschaft oder in der Nachkriegszeit³⁹ erworben worden waren, in drei Kategorien Rückgabeermächtigungen vor:

a. § 1 Z 1 KunstrückgabeG 1998 erfasst Kunstgegenstände, die im Zuge von Verfahren nach dem Ausfuhrverbotsgesetz (StGBI Nr 18/1918) zurückbehalten wurden und als „Schenkung“ oder „Widmung“ in den Besitz der österreichischen Museen und Sammlungen eingegangen sind. Der Gesetzgeber dachte hier an Kunstobjekte, die im Gegenzug für die Erteilung einer Ausfuhrbewilligung nach dem 8. Mai 1945 unentgeltlich einem österreichischen

³⁹ 1464 Blg NR XX.GP 1.

Museum übertragen worden waren. Aus heutiger Sicht ist – nach Ansicht des Gesetzgebers – „die damals gewählte Vorgangsweise nicht zu rechtfertigen“⁴⁰ und dementsprechend der jeweils zuständige Bundesminister ermächtigt, eine Übereignung an den ursprünglichen Eigentümer vorzunehmen.

b. § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 betrifft Kunstgegenstände, die „zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes gelangt sind“, jedoch zuvor Gegenstand eines Rechtsgeschäftes gewesen sind, das nach den Bestimmungen des NichtigkeitsG 1946 nichtig ist. Unter diesen Tatbestand fallen Erwerbungen von Kunstobjekten, die während der NS-Herrschaft Gegenstand einer nichtigen Vermögensentziehung gewesen waren, insbesondere also alle Fälle einer „Arisierung“.

c. § 1 Z 3 KunstrückgabeG 1998 hingegen erfasst Kunstgegenstände, die trotz Durchführung von Rückstellungsverfahren nicht an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zurückgegeben werden konnten und als herrenloses Gut in das Eigentum des Bundes übergegangen sind.⁴¹

Gem § 2 Abs 2 KunstrückgabeG werden die Bundesminister in den von § 1 KunstrückgabeG erfassten Fällen ermächtigt, eine Übereignung an die ursprünglichen Eigentümer bzw. deren Rechtsnachfolger vorzunehmen, nachdem der beim Bundesministerium für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten (nunmehr: Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur) eingerichtete Beirat („Kunstrückgabebeirat“) angehört wurde.

Für eine Überprüfung eines Kunstobjektes durch den Beirat bedarf es keines Antrages; vielmehr handelt es sich um ein Verfahren mit amtswegigem Untersuchungsgrundsatz. Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG)

⁴⁰ 1464 Blg NR XX.GP 1.

⁴¹ Gem. § 2 Abs 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 können derartige Kunstgegenstände an den Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialismus zur Verwertung übereignet werden. Wie die vom Bundesministerium für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten veröffentlichten Restitutionsberichte zeigen, ist von dieser Ermächtigung bisher noch nie Gebrauch gemacht worden.

ist freilich nicht anwendbar.⁴² Das hat zur Folge, dass keinerlei Parteienrechte vorgesehen sind.⁴³ Überdies schließt § 2 Abs 2 KunstrückgabeG ausdrücklich einen Anspruch auf Rückübereignung aus, wenngleich kein Zweifel besteht, dass die Behörden in ihrer Entscheidung an das verfassungsrechtliche Sachlichkeitsgebot gebunden sind und im Fall einer gleichheitswidrigen Entscheidung auch eine Klage vor den ordentlichen Gerichten denkbar ist.⁴⁴

B) Das Munchgemälde im Lichte von § 1 Z 2 KunstrückgabeG

1. Der Tatbestand des § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998

Hauptaugenmerk des Beirates in der Frage der Rückgabe der „Sommernacht am Strand“ galt der Z 2 des § 1 KunstrückgabeG, auf deren Tatbestand im Folgenden vertieft einzugehen ist. Demnach ist eine unentgeltliche Rückübereignung jener Kunstgegenstände aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen möglich, „welche zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, jedoch zuvor Gegenstand eines Rechtsgeschäftes gem. § 1 des Bundesgesetzes vom 15. Mai 1946 über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind, *in das Eigentum der Republik Österreich gelangt sind*, BGBl. Nr. 106/1946, waren und sich noch im Eigentum des Bundes befinden.“

⁴² Im Katalog von Art II Abs 2 EGVG ist der Kunstrückgabebeirat nicht enthalten. Siehe auch Noll, Juridikum 1/2003, 33. Die Grünen hatten in den Koalitionsverhandlungen mit der ÖVP im Februar 2003 eine entsprechende Novellierung gefordert, diese ist aber – so wie die Koalitionsgespräche insgesamt – gescheitert.

⁴³ Dementsprechend entschied der Verfassungsgerichtshof (Zurückweisungsbeschluss B 422/00-4 vom 30.6.2000), dass dem Schreiben der BM Gehrler, mit dem Marina Mahler die Rückgabe verweigert wurde, keine Bescheidqualität zukomme.

⁴⁴ In diesem Zusammenhang ist insbes an die „Bundesbetreuungserkenntnisse“ (1 Ob 272/02 k und 9 Ob 71/03 m) des OGH zu erinnern, in denen auch bei freiwilligen Leistungen des Bundes im Rahmen eines Selbstbindungsg das Bestehen zivilrechtlich klagbarer Ansprüche aus dem Gleichheitssatz abgeleitet wurden.

Die Bestimmung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 ist legislativ nicht als glücklich anzusehen. So ist etwa der zusätzliche (oben kursiv gesetzte) Gliedsatz „in das Eigentum der Republik Österreich gelangt“ offensichtlich unsinnig und als Redaktionsversehen wegzudenken.⁴⁵ Darüber hinaus ist die Bestimmung aber ganz allgemein zu weit geraten, da sie dem Wortlaut nach auf alle Kunstgegenstände zu beziehen ist, die Gegenstand einer Entziehung während des Nationalsozialismus waren und dann Eigentum des Bundes wurden. Damit wären aber ua auch jene Fälle mitumfasst, die in § 1 Z 1 Kunstrückgabegesetz eigens geregelt sind (die Erwerbungen von rückgestellten Kunstwerken von deren Eigentümern im Rahmen von Ausfuhrgenehmigungen). Um § 1 Z 1 Kunstrückgabegesetz aber nicht überflüssig zu machen, gebietet eine systematische Auslegung, den Tatbestand der Ziffer 2 des § 1 KunstrückgabeG insbesondere auf den Erwerb entzogener Kunstgegenstände von Dritten (und nicht vom dinglich Berechtigten wie in Ziffer 1) zu beziehen.⁴⁶ Dennoch bleibt festzuhalten, dass § 1 Z 2 KunstrückgabeG insgesamt als Generalklausel aufzufassen ist, um die Rückgabe von Kunstgegenständen des Bundes zu ermöglichen, die Gegenstand eines nichtigen Rechtsgeschäftes iSd NichtigkeitsG 1946 waren und die nicht zurückgestellt wurden.⁴⁷

Aus den Materialien zur Gesetzgebung des KunstrückgabeG 1998 geht hervor, dass bei Ziffer 2 spezifisch an Fälle gedacht war, bei denen der Bund das Eigentum an Kunstgegenständen, die zuvor Opfern des Nationalsozialismus entzogen worden waren, gutgläubig erworben hat. Darunter gehören zum

⁴⁵ Welser/Rabl, Der Fall Klimt (2005) 98 Fn 105; auch abrufbar im Internet unter www.adele.at; ähnlich auch das Rechtsgutachten der Finanzprokurator, (Vizepräsident Manfred Kremser) zur Rückgabesache Adele Bloch Bauer; ebenfalls abrufbar im Internet unter www.adele.at.

⁴⁶ Welser/Rabl, Der Fall Klimt (2005) 103.

⁴⁷ Graf, Überlegungen zum Anwendungsbereich des § 1 Z 2 KunstrückgabeG, NZ 2005, 323, der zurecht darauf hinweist, dass § 1 Z 2 als Generalklausel anzusehen ist, welche einen denkbar weiten Anwendungsbereich hat.

Beispiel Fälle, in denen der Bund arisierte Kunstwerke in Auktionen oder über den Handel erworben hat und erst später in Erfahrung gebracht wurde, dass es sich um Raubgut handelte. In solchen Konstellationen ist nach österreichischem Zivilrecht ein Gutgläubenserwerb gem § 367 ABGB bzw § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg 1947 möglich, sodass ein Rechtserwerb zulasten von NS-Opfern stattfinden konnte.

Dazu in den Erläuterungen: „Einige Museumsdirektoren haben (in der Nachkriegszeit) im guten Glauben Kunstgegenstände am Kunstmarkt von befugten Händlern erworben, wobei sich erst zu einem späteren Zeitpunkt Zweifel an der Unbedenklichkeit der Herkunft ergeben haben.“⁴⁸ Solche Erwerbungen, die nach den geltenden Rechtsgrundlagen unanfechtbar, aber doch mit dem Odium des Profitierens von der Entrechtung von NS-Opfern behaftet waren, sollten durch das § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz 1998 rückgängig gemacht werden.

§ 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 knüpft in seinem Wortlaut am Tatbestand des § 1 NichtigkeitsG 1946 an. Daraus ergibt sich, dass das Kunstobjekt „Gegenstand eines Rechtsgeschäftes während der deutschen Besetzung Österreichs gewesen sein musste, das im Zuge seiner wirtschaftlichen und politischen Durchdringung vorgenommen worden ist, um natürlichen oder juristischen Personen Vermögensschaften oder Vermögensrechte zu entziehen, die ihnen am 13. März 1938 zugestanden sind“.⁴⁹

Dass sich aus dem NichtigkeitsG 1946 selbst seinerzeit noch keine Rechtsfolgen ergaben, da dessen § 2 ausdrücklich festlegte, dass die Art und Geltendmachung und der Umfang der Ansprüche, die sich aus § 1 ergaben, durch ein weiteres Bundesgesetz geregelt werden würden, ist in diesem Zu-

⁴⁸ 1390 Blg NR XX.GP 4.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 15. Mai 1946, BGBl. Nr. 106, über die Nichtigklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind (Nichtigkeitsgesetz); abgedruckt und kommentiert in: Heller/Rauscher/Baumann, Gesetz über die Erfassung arisierter und anderer entzogener Vermögensschaften, Vermögensentziehungsanmeldeverordnung, Nichtigkeitsgesetz, Erstes Rückstellungsgesetz (2. Aufl, Wien 1947) 40 ff.

sammenhang irrelevant. § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 knüpft am Grundtatbestand des § 1 NichtigkeitsG 1946 an und ist nicht als Rechtsfolgenverweisung zu sehen. Dass die Rechtsfolgen dieser Nichtigkeit noch hinausgeschoben wurden, indem man sie eigenen Regelungen vorbehielt, und es sich bei der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes iSd NichtigkeitsG bloß um eine relative gehandelt hatte⁵⁰, die auf Grundlage eines der Rückstellungsgesetze vom geschädigten Eigentümer geltend zu machen war, ist für die heutige rechtliche Beurteilung, ob eine Sache Gegenstand eines Rechtsgeschäftes iSd § 1 NichtigkeitsG 1946 gewesen ist, grundsätzlich unbeachtlich.⁵¹

In der Nachkriegszeit waren freilich für die Frage einer konkreten Rückstellungspflicht die jeweiligen Bestimmungen der Rückstellungsgesetze heranzuziehen, welche das NichtigkeitsG konkretisierten. So wurde für die Zwecke der Rückstellung von entzogenem Vermögen nach dem 3. Rückstellungsgesetz 1947 der Begriff des nichtigen Rechtsgeschäftes (§ 1 NichtigkeitsG 1946) näher bestimmt: Gem § 1 Abs 1 des 3. Rückstellungsgesetzes musste es sich um Vermögen handeln, das während der deutschen Besetzung Österreichs, sei es eigenmächtig, sei es auf Grund von Gesetzen oder anderen Anordnungen, insbesondere auch durch Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen, dem Eigentümer (Berechtigten) im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Machtübernahme entzogen worden ist. Eine Vermögensentziehung war nach § 2 Abs 1 des Dritten Rückstellungsgesetzes insbesondere dann anzunehmen, wenn der Eigentümer politischer Verfolgung durch den Nationalsozialismus unterworfen war und der Erwerber des Vermögens nicht dartun konnte, dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.

⁵⁰ Vgl dazu ausführlich Graf, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung, Wien 2003, 41.

⁵¹ Auch nach Ansicht von Welser/ Rabl, Der Fall Klimt (2005) 101, bildet § 1 Nichtigkeitsgesetz 1946 „eine eigenständige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998, sodass es auf die Anwendbarkeit eines der seinerzeitigen Rückstellungsgesetze nicht“ ankomme.

Lag eine solche Vermögensentziehung iSd Dritten Rückstellungsg vor, so konnte der Geschädigte vor den Rückstellungskommissionen die Herausgabe des entzogenen Vermögens verlangen, es sei denn, der Antragsgegner wies nach, dass er die Sache gutgläubig gem § 4 Abs 1 des Dritten Rückstellungsg erworben hatte. Der Gesetzgeber der Nachkriegszeit sah damit vor, dass im Interesse der Verkehrssicherheit und des Schutzes gutgläubigen Erwerbes unter bestimmten Umständen Sachen, die während der NS-Zeit entzogen worden waren, nicht an die Geschädigten herausgegeben werden mussten.

2. Munchs „Sommernacht am Strand“ und § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998

Es stellt sich nun hinsichtlich Munchs „Sommernacht am Strand“ die Frage, ob die Verneinung eines Herausgabeanspruches nach dem Dritten Rückstellungsg wegen der Annahme eines gutgläubigen Erwerbes nach § 4 Abs 1 des Dritten Rückstellungsg dazu führt, dass hinsichtlich des Erwerbsaktes gar nicht von einer Entziehungshandlung im Sinne des KunstrückgabeG 1998 gesprochen werden kann. Von dieser Prämisse geht der Beirat und diesem folgend das BM für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten aus, wenn im Restitutionsbericht 2000/2001 davon gesprochen wird, dass die Rückstellungsoberkommission im damaligen Rückstellungsverfahren festgestellt habe, „dass der Erwerb durch die Österreichische Galerie durch keinen Entziehungsakt zustandegekommen sei“. Es sei somit mit Rechtskraftwirkung festgestellt, dass ein Entziehungstatbestand, also eine vom NichtigkeitsG inkriminierte Rechtshandlung nicht gegeben war.

a. Dazu sind zunächst einige allgemeine Überlegungen zu Wesen und Wirkung der Rechtskraft angebracht. Unbestritten ist, dass die abweisende Entscheidung der ROK Wien aus 1953 in Rechtskraft erwachsen ist. Daraus ergibt sich, dass ein auf das Drittes Rückstellungsg gestützter Anspruch auf

Rückgabe des Gemäldes – sieht man von der theoretischen⁵² Möglichkeit einer Wiederaufnahme gem § 530 ZPO ab – nicht mehr möglich war. Die Rechtskraft im Hinblick auf diese Anspruchsgrundlage des Drittes Rückstellungsg schließt aber keineswegs aus, dass eine Verpflichtung zur Rückgabe des Munchgemäldes *aufgrund einer anderen Anspruchsgrundlage*, insbesondere aus dem Jahrzehnte später erlassenen KunstrückgabeG 1998 bestehen kann. Dass darüber hinaus ein rechtskräftig festgestellter Eigentumserwerb niemals eine freiwillige Rückgabe ausschließt, ist ebenso völlig klar.⁵³ Mit anderen Worten: Aus einer rechtskräftigen Entscheidung zum Nachkriegsrecht lässt sich kein Ausschluss der Rückgabe nach dem derzeit geltenden Recht ableiten, wenn dieses – in concreto durch das KunstrückgabeG 1998 – neue Anspruchsgrundlagen für NS-Opfer geschaffen hat. Daher ist es unverständlich, wenn der Beirat, der für das Rückgabebegehren Marina Mahlers volles moralisches Verständnis ausgedrückt hat, dieses aber im Hinblick auf die Rechtslage 1953 als ausgeschlossen ansieht. Wie bereits oben ausgeführt, manifestieren sich ja gerade auch im KunstrückgabeG 1998 die

⁵² Nach der Rechtsprechung der Nachkriegszeit war freilich die Anwendung des § 530 ZPO auf Verfahren nach dem Drittes Rückstellungsg verneint worden, da es sich dabei um Außerstreitverfahren handle. Mittlerweile wird zwar auch in Außerstreitverfahren eine Wiederaufnahme von der Rechtsprechung anerkannt (JBl 1998, 731 *Klicka* = *ecolex* 1998, 833 *Oberhammer*), dessen ungeachtet sind aber für Verfahren nach dem Drittes Rückstellungsg die absoluten Fristen des § 530 ZPO in aller Regel bereits abgelaufen.

⁵³ Vgl dazu Graf, NZ 2005, 330 f Fn 38: „Wird einem Kläger in einem Verfahren das Eigentum an einer Sache rechtskräftig zugesprochen, so hindert die materielle Rechtskraft dieses Urteils ihn nicht, die Sache dennoch beim Beklagten zu belassen oder sie ihm nach gewisser Zeit wieder zu übergeben. Die materielle Rechtskraft verwehrt es dem durch die betreffende Entscheidung Begünstigten nicht, ein Verhalten an den Tag zu legen, das dem Rechtsstandpunkt der Gegenseite entspricht. Falls sich somit seit Ergehen des Erkenntnisses der Rückstellungskommission neue Fakten ergeben haben, die zeigen, dass das Verfahren zu einem unrichtigen Ergebnis geführt hat, würde die Republik nichts – und insbesondere nicht die materielle Rechtskraft daran hindern, sich entsprechend dieses neuen Wissensstandes zu verhalten und das Bild zurückzugeben. Auch das KunstrückgabeG untersagt eine solche Rückgabe nicht.“

Dazu ist anzumerken, dass nicht nur neue Fakten, sondern auch eine *neue Rechtslage* zu beachten sind und dass bei Erfüllung der Voraussetzungen des KunstrückgabeG eine Rückgabe nicht nur möglich, sondern sogar *verpflichtend* ist. Wird diese Verpflichtung in unvertretbarer Weise nicht erfüllt, so sind auch zivilrechtliche *Schadenersatzforderungen* denkbar!

heutigen Standards einer moralischen Mitverantwortung der Republik für NS-Unrecht, weshalb sich die heutige Rechtslage von jener im Jahr 1953 grundlegend unterscheidet.

b. Freilich wäre es denkbar, dass die seinerzeitige Entscheidung hinsichtlich eines Tatbestandsmerkmals des KunstrückgabeG nach wie vor als bindend anzusehen sei. Offenkundig geht der Kunstrückgabebeirat im konkreten Fall davon aus, da er annimmt, dass die seinerzeitige Abweisung des Antrages auf Restitution des Munchbildes rechtskräftig festgelegt habe, dass dieses nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäftes gem § 1 des NichtigkeitsG 1946 gewesen sei.

Aber sagt das die Entscheidung der ROK Wien 1953 überhaupt aus? Die ROK begründete die Abweisung nicht damit, dass hinsichtlich des Munchgemäldes *keine Vermögensentziehung* vorgelegen sei, sondern damit, dass – dessen ungeachtet! – die Galerie des 19. Jahrhunderts *gutgläubig Eigentum* gem § 4 Abs 1 des Drittes RückstellungsG erworben habe. Dazu ist im Folgenden näher auf diese Bestimmung des § 4 Abs 1 3. RückstellungsG einzugehen:

„Wurden bewegliche Sachen in einer öffentlichen Versteigerung oder außer einer solchen im Zuge eines Exekutions- oder Konkursverfahrens oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmann oder gegen Entgelt von jemandem erworben, dem sie der Eigentümer selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer Absicht anvertraut hat, so gelten sie nur dann als im Sinne des § 1 Abs 1 entzogen, wenn der Erwerber wusste oder wissen musste, dass es sich um entzogenes Vermögen gehandelt hat.“

Bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung („wenn der Erwerber wusste oder wissen musste, dass es sich um *entzogenes* Vermögen gehandelt hat“) er-

gibt sich eindeutig, dass der gutgläubige Eigentumserwerb eine Entziehung überhaupt voraussetzt.

Die Kommentatoren des Dritten Rückstellungsg Heller/Rauscher/Baumann⁵⁴ und daran anknüpfend Graf⁵⁵ vertreten sogar, dass sich der Anwendungsbereich dieser Regelung nur auf bereits entzogenes Vermögen – und nicht auf Veräußerungen des geschädigten Eigentümers selbst – beziehe. Das Vermögen musste demnach bereits Gegenstand einer anderen Transaktion gewesen sein, die ihrerseits als Vermögensentziehung zu qualifizieren war.

Aus den Materialien zum Dritten Rückstellungsg ergibt sich, dass eine dem originären Eigentumserwerb gem § 367 ABGB vergleichbare Regelung für bewegliche Sachen in das Dritte Rückstellungsg Eingang finden sollte.⁵⁶ Aus dieser Parallelität⁵⁷ können für die Interpretation ebenfalls weitere Erkenntnisse gewonnen werden: Der Gesetzgeber statuierte „ebenso wie § 367 ABGB eine besondere Art des „originären“ (d.h. vom Rechte des Vormannes unabhängigen) Eigentumserwerbes und damit in bestimmten Erwerbsfällen den Ausschluss des Rückstellungsanspruches, der Vindikation“.⁵⁸ § 4 Abs 1 des Dritten Rückstellungsg schützt den gutgläubigen bzw objektiv unverdächti-

⁵⁴ Vgl Heller/Rauscher/Baumann, Drittes Rückstellungsgesetz (2.Aufl Wien 1948) 207: „Die Begünstigung nach Abs 1 des § 4 kommt nur dem Erwerber bereits (das heißt schon vorher) entzogenen Vermögens zugute. Daher verwehrt ihre Fassung dem, der im gewerbsmäßigen Betriebe des Eigentümers eine bewegliche Sache, die dieser zu verschleudern gezwungen war, also nicht gegen eine „angemessene Gegenleistung“ erworben hat, die Möglichkeit, die Gültigkeit des Geschäftes etwa durch die Behauptung seiner Gutgläubigkeit aufrechtzuerhalten.“

⁵⁵ Siehe Graf, Rückstellungsgesetzgebung (2003) 215 f. Die Rückstellungskommissionen dürften die Bestimmung in manchen Fallkonstellationen anders verstanden haben. In Rkv 91/49 = JBl 1949, 360, wird aber festgehalten, dass § 4 Abs 1 nur den originären Erwerb vom Nichteigentümer privilegiere.

⁵⁶ Siehe in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage, in: Heller/Rauscher/Baumann, Drittes Rückstellungsgesetz (2. Aufl 1948) 147, zu § 4: „Hier werden die Bestimmungen des § 367 ABGB aus praktischen und Billigkeitsgründen auch auf andere Erwerbsarten im Zuge eines Exekutions- oder Konkursverfahrens ausgedehnt.“

⁵⁷ Graf, Rückstellungsgesetzgebung (2003) 215 ff, kritisiert in den zu regelnden Ausgangssituationen die seines Erachtens mangelnde Parallelität zum Gutgläubenserwerb gem § 367 ABGB und kommt zu dem Schluss, dass kein sachlicher Bedarf nach einer Privilegierung des Gutgläubenserwerbs bei Rückstellungen bestanden habe.

⁵⁸ Heller/Rauscher/Baumann, Drittes Rückstellungsgesetz (2. Aufl 1948) 206.

gen Erwerb entzogener Vermögen vom Nichtberechtigten analog zu §§ 367 f ABGB.⁵⁹ Das bedeutet, dass der Mangel der Berechtigung des Vormannes „geheilt“ und damit originär Eigentum erworben wird, weil der Gesetzgeber zugunsten eines als schützenswert qualifizierten Erwerbers den an sich dem Erwerb zugrunde liegenden rechtlichen Mangel (im Fall des § 367 ABGB: die fehlende dingliche Berechtigung; im Fall des § 4 Abs 1 des Drittes Rückstellungsg: das Vorliegen einer nichtigen Vermögensentziehung) nicht durchschlagen lässt.

Für § 4 Abs 1 des Dritten Rückstellungsg ist daher festzuhalten: Eine Entziehung ist überhaupt Voraussetzung für eine Anwendbarkeit der Gutgläubensbestimmung. Bei Vorliegen einer qualifizierten Gutgläubigkeit kommt hier aber ein originärer Eigentumserwerb des Erwerbers in Betracht. Insofern enthält die Bestimmung die sachenrechtliche Anordnung über die Zuweisung des Eigentums, sagt aber nichts über die rechtliche Qualifikation des Grundgeschäftes aus. Vielmehr ist dieses weiterhin als Entziehung anzusehen. Angeordnet wird bloß, dass die Rechtsfolgen einer Entziehung nach dem Dritten Rückstellungsg – insbesondere der Rückstellungsanspruch des ursprünglichen geschädigten Eigentümers – ausnahmsweise nicht eintreten sollen.

Dass aber die Veräußerung des Munch-Gemäldes an die Österreichische Galerie (damals Galerie des 19. Jahrhunderts) im Jahr 1940 eine nichtige Rechts-handlung iSd NichtigkeitsG dargestellt hat, ist nicht zu bezweifeln. Auch wenn man die Kriterien des 3. Rückstellungsg anwendet, gelangt man zum selben Ergebnis: Da es sich bei Alma Mahler-Werfel (als Gattin eines Juden, aber auch aufgrund ihrer politischen Haltung vor 1938) zweifellos um eine politisch verfolgte Person gehandelt hat, läge überhaupt nur dann keine Vermögensentziehung vor, wenn dargetan wäre, dass das konkrete Rechtsgeschäft in derselben Art und Weise auch unabhängig von der NS-

⁵⁹ Vgl Heller/Rauscher/Baumann, Drittes Rückstellungsgesetz (2. Aufl 1948) 205f.

Machtergreifung abgeschlossen worden wäre. Dies ist aber sicher nicht der Fall.⁶⁰

Als Zwischenresümee ist festzuhalten:

- a) dass die rechtskräftige Entscheidung der Rückstellungsoberkommission aus dem Jahr 1953 lediglich das Eigentum der Republik Österreich festgestellt hat, keineswegs aber ausschließt, dass zulasten Alma Mahler-Werfels während der NS-Zeit eine nichtige Vermögensentziehung iSd § 1 NichtigkeitsG vorgenommen worden war;
- b) dass die gegenteilige Ansicht des Kunstrückgabebeirats in unvertretbarer Weise das Vorliegen einer nichtigen Rechtshandlung iSd § 1 NichtigkeitsG und die Frage einer Rückstellungspflicht gutgläubig erworbener Sachen gem § 4 des 3. Rückstellungsg vernetzt, weshalb dieser Auffassung nicht zu folgen ist;
- c) dass die Voraussetzungen des § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 hinsichtlich des Munchgemäldes „Sommernacht am Strand“ sehr wohl erfüllt sind.

3. Die juristische Unvertretbarkeit der Begründung der Entscheidung der ROK Wien aus 1953 („Nachträgliche Bedenklichkeit des Erwerbes“)

Der Kunstrückgabebeirat begründete seine ablehnende Stellungnahme zur Rückgabe des Munchgemäldes an Alma Mahler-Werfels Rechtsnachfolger nicht nur mit dem – oben bereits als unzutreffend erkannten – Argument der Bindung an die Rechtskraft der ROK-Entscheidung aus 1953, sondern unterzog die beiden in diesem Punkt divergierenden gerichtlichen Entscheidungen der RK Wien einerseits und der ROK Wien andererseits auch einer wertenden Beurteilung. Die Anlehnung der Beiratsempfehlung an die Entscheidung der zweiten Instanz wurde damit nicht nur auf die Rechtskraftwirkung derselben gestützt, sondern auch darauf, dass die ROK-Entscheidung über-

⁶⁰ Zu den strengen Kriterien des sog „Befreiungsbeweises“ (Unabhängigkeit des Rechtsgeschäftes von der NS-Machtergreifung) siehe etwa Meissel/Olechowski/Gnant, Praxis der Verfahren (2004) 53 ff, 97 ff, 144 ff.

zeugender sei als die erstinstanzliche Entscheidung der RK Wien von 1953, welche zugunsten von Alma Mahler-Werfel ausgegangen war. Dabei übernimmt der Beirat aber unkritisch die Bewertungen, die von der Berufungsinstanz (ROK Wien) stammen und mit denen diese das Abweichen von der Entscheidung der ersten Instanz begründet. Eine nähere Analyse (dazu sogleich ausführlicher unten) der seinerzeitigen Entscheidung der ROK Wien zeigt aber, dass diese keineswegs besser oder überzeugender begründet ist, als die zuvor ergangene Entscheidung der ersten Instanz, welche auf Rückgabe des Munchgemäldes an Alma Mahler-Werfel erkannt hatte.

Dass überhaupt eine nachträgliche Bewertung der Umstände der Nichtrückstellung vorzunehmen ist, ergibt sich aus der Zielsetzung des KunstrückgabeG 1998, welches, wie aus den Gesetzesmaterialien hervorgeht, ja insbesondere auch solche Fälle erfassen will, bei denen ein an sich rechtmäßiger Erwerb von Kunstgegenständen durch die Republik Österreich „nachträglichen Bedenken“ ausgesetzt ist.⁶¹ Daher ist im Folgenden die Entscheidung der ROK Wien aus 1953 einer Überprüfung im Hinblick auf ihre juristische „Bedenklichkeit“ zu unterziehen.

Wie oben ausgeführt, wurde bereits im Dossier der Provenienzforschungskommission der seinerzeitige gutgläubige Erwerb „relativiert“. Immerhin, so das Resümee Monika Mayers, habe man ja von Seiten der Österreichischen Galerie (damals Galerie des 19. Jahrhunderts) immer gewusst, dass das Munchgemälde gar nicht Marie Eberstaller oder Carl Moll gehörte, sondern Alma Mahler-Werfel.

Tatsächlich erweist sich die Entscheidung der ROK Wien aus 1953 bei näherer juristischer Analyse als glattes Fehlurteil, dessen Argumentation in keiner Weise schlüssig ist.

⁶¹ Dass damit nicht unbedingt der Vorwurf einer subjektiven Unredlichkeit der für die Republik Österreich handelnden Personen gemeint ist, hat Graf, NZ 2005, 331 ff, überzeugend dargelegt.

Die Nichtrückgabe des Munch-Bildes wurde von der ROK Wien damit begründet, dass dieses gem § 4 Drittes RückstellungsG gutgläubig erworben worden sei und daher keine Rückstellungspflicht bestehe. Im folgenden soll dieser zentrale Punkt der Begründung der ROK Wien einer ausführlichen juristischen Würdigung unterzogen werden.

Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Abs 1 Drittes RückstellungsG⁶² im Hinblick auf den hier gegebenen Fall musste a) eine bewegliche Sache, b) gegen Entgelt, c) von jemand erworben worden sein, dem sie der Eigentümer anvertraut hat, und d) der Erwerber nicht gewusst haben (oder nicht gewusst haben müssen), dass es sich um entzogenes Vermögen gehandelt hat.

§ 4 Abs 1 Drittes RückstellungsG stellt einen Fall der Verweigerung der Rückstellung einer entzogenen Sache dar, durch den nach dem Willen des Gesetzgebers die Bestimmungen des § 367 ABGB, dh des originären gutgläubigen Eigentumserwerbs⁶³, „aus praktischen und Billigkeitsgründen auch auf andere Erwerbsarten im Zuge eines Exekutions- oder Konkursverfahrens ausgedehnt“⁶⁴ werden sollten. Hinsichtlich des Erwerbs von einem Vertrauensmann bestand die Modifikation gegenüber § 367 ABGB darin, dass die Gutgläubigkeit bei Kenntnis (oder fahrlässiger Nichtkenntnis) der

⁶² § 4 Abs 1 Drittes RückstellungsG lautet: „Wurden bewegliche Sachen in einer öffentlichen Versteigerung oder ausser einer solchen im Zuge eines Exekutions- oder Konkursverfahrens oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmann oder gegen Entgelt von jemandem erworben, dem sie der Eigentümer selbst zum Gebrauch, zur Verwahrung oder in was immer für einer Absicht anvertraut hat, so gelten sie nur dann als im Sinne des § 1 Abs 1 entzogen [und sind demgemäß zurückzustellen, Anm], wenn der Erwerber wusste oder wissen musste, dass es sich um entzogenes Vermögen gehandelt hat“.

⁶³ § 367 ABGB lautet: „Die Eigentumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweist, dass er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgelt von jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte. In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigentum erworben, und dem vorigen Eigentümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.“

⁶⁴ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage des Dritten RückstellungsG; abgedruckt in Heller/Rauscher/Baumann, Verwaltergesetz - Rückgabegesetz - Zweites und Drittes Rückstellungsgesetz (Wien 1947) 147.

Zugehörigkeit der Sache zu einem entzogenen Vermögen ausgeschlossen sein sollte, dh dass bei einem Erwerb vom Nichtberechtigten der bloße gute Glaube hinsichtlich des Eigentums allein nicht ausreichte, wenn die Zugehörigkeit zu einem entzogenen Vermögen dem Erwerber bekannt war oder zumindest bei gehöriger Sorgfalt erkennbar gewesen wäre.⁶⁵

Im folgenden sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg im Hinblick auf das Munchgemälde zu überprüfen. Die Beweglichkeit der Sache und das Vorliegen eines entgeltlichen Erwerbes treffen zu. Die Voraussetzungen des Erwerbs vom Vertrauensmann und vor allem die Gutgläubigkeit liegen aber nicht vor.

a. Carl Moll bzw Marie Eberstaller als Vertrauenspersonen Alma Mahler-Werfels?

Voraussetzung für die Verneinung einer Rückstellung iSd § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg war, dass Moll bzw Marie Eberstaller als Vertrauenspersonen des Eigentümers zu qualifizieren waren, dh als Personen, denen „der Eigentümer selbst (die Sachen) zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer Absicht anvertraut hat“ (§ 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg). Die ROK Wien ging davon aus, dass die Bilder von Alma Mahler-Werfel Carl Moll bzw den Eberstallers „anvertraut“ worden waren. Tatsächlich hatte Alma Mahler-Werfel diese 1937 aber der Österreichischen Galerie „anvertraut“, die ihrerseits die Bilder (nach Alma Mahler-Werfels Flucht) an Carl Moll herausgab. Moll war daher streng genommen bloß „Vertrauensmann des Vertrauensmannes“. Ob bei Vorliegen einer solchen Vertrauensmännerkette ein Anvertrauen iSd § 367 ABGB angenommen werden kann, war lange Zeit umstritten⁶⁶, wird heute aber von der herrschenden Lehre bejaht.⁶⁷ Dass

⁶⁵ Vgl den Kommentar von Heller/Rauscher/Baumann, Verwaltergesetz - Rückgabegesetz - Zweites und Drittes Rückstellungsgesetz (1947) 206.

⁶⁶ Verneint wird dies etwa von Neuburg, Kommentar zu den Rückstellungsgesetzen (1949) 40.

allerdings ein Vertrauensmann bei einem Erwerb von jener Person, der er selbst die Sache anvertraut hat, sich darauf berufen kann, dass er von einem Vertrauensmann erworben hat, ist aber abzulehnen, da sich dabei derjenige auf den Rechtsschein des Besitzes beruft⁶⁸, der diesen selbst herbeigeführt hat. Ein „Anvertrauen“ mit Willen Mahler-Werfels kann folglich nur dann bejaht werden, wenn man annimmt, dass diese mit der Herausgabe an Moll einverstanden war. Letzteres wurde von ihr im Rückstellungsverfahren ausdrücklich verneint und konnte von der ROK Wien nur als erwiesen angenommen werden, indem sie aus der schenkungsweisen (bzw treuhändigen) Überlassung der Villa in Breitenstein ableitete, dass Alma Mahler-Werfel schlechthin ihr zurückgelassenes Vermögen Moll bzw Marie Eberstaller anvertraut habe. Dieser Schluss ist aber logisch keineswegs zwingend und widerspricht im übrigen der allgemeinen Lebenserfahrung.

b. Gutgläubigkeit des Erwerbers?

Wenn man (wie die ROK Wien) das „Anvertrauen“ bejaht, bleibt immer noch die Gutgläubigkeit des Erwerbers zu prüfen. Bei einem Erwerb vom Nichtberechtigten muss nach der damals wie heute überwiegenden Lehre und Judikatur der Erwerber grundsätzlich an das Eigentum des Veräußerers geglaubt haben.⁶⁹ Gutgläubigkeit hinsichtlich einer Veräußerungsbefugnis reicht hingegen bloß bei einem Erwerb von einem befugten Gewerbsmann

⁶⁷ Vgl nur Spielbüchler in Rummel, Kommentar zum ABGB (3. Aufl. 2000), Rz 9 zu § 367 ABGB.

⁶⁸ Zur ratio der Privilegierung des Erwerbs vom Vertrauensmann vgl etwa Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I (12. Aufl. 2002) 298. Auch ein gutgläubiger Rückwerb durch den unberechtigten Veräußerer ist unzulässig; Spielbüchler in Rummel, Kommentar zum ABGB (3. Aufl 2000) Rz 12 zu § 367.

⁶⁹ Vgl etwa Klang in Klang, Kommentar zum ABGB (1. Aufl. 1931) I/2, 79; Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2 (2. Aufl 1957), 190; Bydlinski, JBl 1967, 355; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I (12. Aufl 2002) 296; OGH in GIUNF 6644 (aus 1913); OGH in SZ 39/65 = JBl 1967, 202. Anderer Ansicht dagegen Spielbüchler in Rummel (3. Aufl 2000) Rz 6 zu § 367 (unter Berufung auf Zeiller, Commentar II/1, 136) sowie ältere Judikatur.

aus.⁷⁰ Aus dem Ermittlungsverfahren ging hervor, dass die Galerie des 19. Jahrhunderts bzw ihr Leiter Prof. Grimschitz wussten, dass Alma Mahler-Werfel Eigentümerin ua des Munch-Bildes war. Folglich konnte der gute Glaube sich nur auf eine Verfügungsberechtigung Molls bzw Maria Eberstalers beziehen, was für den Gutgläubenserwerb an sich nicht ausreicht.

Im übrigen wäre auch die intendierte bzw tatsächliche Verwendung des Verkaufserlöses für das Haus am Semmering für die Annahme einer Bevollmächtigung nicht ausreichend gewesen: Hatte Alma Mahler-Werfel von den konkreten Verkaufsverhandlungen 1940 keine Kenntnis und dazu auch keine Zustimmung erteilt, so wäre das Verhalten Molls bzw seiner Tochter Marie allenfalls als Geschäftsführung ohne Auftrag zu qualifizieren⁷¹, welche – wie schon im zweiten RK-Erk zutreffend dargestellt wurde – keine Vollmacht zu ersetzen imstande ist.⁷² Nahm folglich Grimschitz nur deshalb das Vorliegen einer Bevollmächtigung an, weil er glaubte, dass der Erlös im Interesse Alma Mahler-Werfels verwendet werden würde,⁷³ ohne dass diese selbst eine entsprechende Ermächtigung erteilt hat, so erlag er hinsichtlich der Annahme einer Bevollmächtigung einem Rechtsirrtum.

Des weiteren ist die Besonderheit des erforderlichen guten Glaubens iSd § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg zu beachten: Es kommt darauf an, dass der Erwerber nicht gewusst hat (oder nicht gewusst haben muss), dass es sich um Vermögen eines NS-Opfers gehandelt hat. Dass Alma Mahler-Werfel als politische Verfolgte anzusehen war, war aber allen Beteiligten wohlbekannt.

⁷⁰ Vgl nur Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I (12. Aufl 2002) 296.

⁷¹ Sofern sie wirklich für Alma Mahler-Werfel handeln wollten, nicht aber aus Eigeninteresse an der Reparatur und am Ausbau der von ihnen selbst benutzten Villa am Semmering.

⁷² Es sei denn, der Geschäftsherr stimmt nachträglich zu.

⁷³ Wie ua aus der Aussage der von der Finanzprokurator beantragten Zeugin Dr. Felicitas Hamburger, einer Vertrauten Molls, hervorgeht: „Er entschloss sich daher, das Bild von Munch zu verkaufen, da er der Meinung war, dass das im Sinne der Antragstellerin war ... von einer schriftlichen Vollmacht ist mir nichts bekannt.“ (Zeugenaussage am 25.9.1959, AS 161 bzw 162).

Schon allein deshalb erscheint die Bejahung des Gutgläubenserwerbes gem § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg vollkommnen unverständlich.

c. Unabhängigkeit des Erwerbs von der NS-Machtergreifung?

Im übrigen wäre selbst bei Vorliegen einer (gültigen) Bevollmächtigung eine Rückforderung durch Alma Mahler-Werfel keineswegs ausgeschlossen gewesen. Ja, sogar wenn Alma Mahler-Werfel selbst den Verkauf an die Galerie vorgenommen hätte, hätte sie nach dem Dritten Rückstellungsg als politisch Verfolgte die Rückstellung verlangen können, außer es wäre erwiesen worden, dass der Erwerb auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre (§ 2 Abs 1 Drittes Rückstellungsg).

Möglicherweise wurde deshalb von der ROK in ihrem Urteil (trotz Bejahens der Voraussetzungen des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg) auch noch hinzugefügt, dass „aufgrund des vorerwähnten Briefwechsels zwischen Prof. Moll und Dr. Schwarz⁷⁴ ... aber auch unbedenklich als erwiesen angenommen werden [kann], dass es auch unabhängig von der Machtergreifung zum Verkauf dieses Bildes gekommen wäre.“⁷⁵

Dies erscheint insofern verfehlt, als nach der Judikatur der ORK zum Dritten Rückstellungsg bloße Verkaufsüberlegungen allein (mögen sie auch vor dem 13. 3. 1938 gehegt worden seien), in keinster Weise ausreichen, um die Unabhängigkeit einer Transaktion von der nationalsozialistischen Machtergreifung darzutun.⁷⁶ Wesentlich für die Annahme einer „Unabhängigkeit“ war,

⁷⁴ Die ROK beruft sich hiebei auf Briefe vom März 1938, in denen Moll im Namen von Alma Mahler-Werfel über den Verkauf des Munch-Bildes verhandelt. Die von Moll im Brief behauptete Vollmacht wurde von Alma Mahler-Werfel im Rückstellungsverfahren bestritten.

⁷⁵ Rkb 186/53 = Rk 216/61, AS 381.

⁷⁶ Vgl etwa ORK vom 3.7.1948, Rkv 63/48 = Heller/Rauscher, Die Rechtsprechung der Rückstellungskommissionen I (1949) Nr.73; ORK vom 19.6.1948, Rkv 83/48 = Heller/Rauscher, Nr.92. Ganz allgemein wurden Vermögensdispositionen, welche durch die Auswanderung

dass der Verkauf zu *gleichen oder ähnlichen Bedingungen* erfolgt ist, welche bereits die Grundlage von Verhandlungen vor dem März 1938 waren⁷⁷ und der Verkauf dem *gleichen wirtschaftlichen Zweck*⁷⁸ diene. All das war im Fall des Verkaufes des Munch-Bildes nicht gegeben: Alma Mahler-Werfel wollte das von ihr besonders geliebte Bild wohl allenfalls verkaufen, um ihre Flucht zu finanzieren, wohl aber nicht, um während ihrer erzwungenen Abwesenheit das Dach des Hauses in Breitenstein reparieren zu lassen; sie selbst war bestrebt, das Bild im Ausland zu verkaufen, um über einen allfälligen Erlös selbst verfügen zu können; im übrigen wurde sie vor dem Verkauf an die Galerie gar nicht mehr kontaktiert.

Insgesamt zeigt sich folglich – ganz abgesehen von der für die Antragstellerin höchst ungünstigen, ungewöhnlich emotional gefärbten Beweiswürdigung durch die ROK Wien⁷⁹ – dass die Entscheidung der ROK Wien aus 1953 (selbst unter Zugrundelegung der von ihr als gegeben angenommenen Sachverhalts) im eklatanten Widerspruch zu den Bestimmungen des Dritten Rückstellungsg steht und daher juristisch schlicht als unhaltbar zu bezeichnen ist. (Der Gutachter erlaubt sich anzumerken, dass er als Leiter des Projektes „Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen für die Historikerkommission der Republik Österreich hunderte von Verfahren analysiert und ausgewertet hat⁸⁰ und es sich bei der Entscheidung der ROK Wien um einen der wenigen Fälle handelt, bei denen man von einem glatten Fehlurteil sprechen muss.)

veranlaßt waren, als nicht „unabhängig von der Machtergreifung“ qualifiziert; vgl etwa ROK Wien vom 10.9.1948, Rkb 817/48 = Heller/Rauscher, Nr. 221.

⁷⁷ ORK vom 11.9.1948, Rkv 111/48 = Heller/Rauscher, Nr.120

⁷⁸ ROK Wien vom 26.8.1948, Rkb 759/48 = Heller/Rauscher, Nr.219.

⁷⁹ Wie bereits dargestellt, divergiert die Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung zwischen 1. und 2. Instanz, wobei die Position der ROK für die Antragstellerin deutlich ungünstiger als jene der RK war.

⁸⁰ Vgl Meissel/Olechowski/Gnant, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen (2004), zusammenfassend 395 ff.

Demgegenüber ist die von OLGR Dr. Ehrenzweig verfasste Entscheidung der RK Wien hinsichtlich der Rückstellungsverpflichtung des Munchgemäldes als völlig im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen des Dritten Rückstellungsg und der Judikatur der Obersten Rückstellungskommission stehend zu qualifizieren.

C. Der Rückstellungsfall Mahler-Werfel als „extreme Ungerechtigkeit“ im Sinne des EntschädigungsfondsG 2002

Die soeben angestellte rechtliche Analyse der Entscheidung der ROK Wien aus 1953 ändert zwar nichts an der Rechtskraft der seinerzeitigen Entscheidung der Rückstellungsoberkommission, immerhin stellt sich aber die Frage, inwieweit ein – in diesem Fall nachweisliches – Fehltriteil der Nachkriegsjustiz für heutige Restitutionsmaßnahmen beachtlich sein soll.

Auf diese Frage hat der Gesetzgeber selbst im EntschädigungsfondsG (BGBl I 2001/12), welches zur „umfassenden Lösung offener Fragen der Entschädigung“ von NS-Opfern erlassen wurde, eine Antwort gegeben. Im EntschädigungsfondsG wurde klargelegt, dass seinerzeitige Behördenentscheidungen (ungeachtet der Rechtskraftwirkung!), aber auch Rückstellungsvergleiche dann unbeachtlich sein sollen, wenn die Entscheidung bzw der getroffene Vergleich als „extrem ungerecht“ anzusehen ist.⁸¹

Nach einhelliger Auffassung fällt unter „extreme Ungerechtigkeit“ jedenfalls eine unvertretbare Anwendung von Rechtsnormen, wenn unter Zugrundelegung einer gesetzeskonformen Vorgangsweise eine substantiell andere Entscheidung zu treffen gewesen wäre.⁸² So ist nach der Entscheidungspraxis

⁸¹ §§ 10 Abs 2, 15 Abs 1 Z 2, 28 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 2 sowie 32 Abs 2 Z 1 Entschädigungsfondsgesetz, BGBl I 2001/12.

⁸² Graf, Arisierung und Restitution, JBl 2001, 746 ff; Meissel, Unrechtsbewältigung durch Rechtsgeschichte?, juridicum 2003, 42 ff; Rechberger, Ist Ungerechtigkeit komparationsfä-

der nach dem EntschädigungsfondsG eingesetzten Schiedsinstanz für Naturalrestitution⁸³ die Prüfung der extremen Ungerechtigkeit aufgrund eines Vergleichs mit einer „hypothetisch richtigen“ Entscheidung durch die Rückstellungsbehörden zu treffen⁸⁴ und dabei zu untersuchen, ob im konkreten Fall die „gesetzlichen Grundlagen unvertretbar zu Lasten des Geschädigten ausgelegt und angewendet worden sind“.⁸⁵

Im Fall der verweigten Rückgabe des Munchgemäldes an Alma Mahler-Werfel ist dieses Kriterium angesichts der oben ausführlich dargestellten Unvertretbarkeit der Begründung der rechtskräftig gewordenen Entscheidung der ROK Wien zu bejahen.

Freilich sind gem § 1 Abs 2 Satz 2 EntschädigungsfondsG für die Rückgabe von Kunstgegenstände weiterhin die besonderen gesetzlichen Bestimmungen maßgeblich. Wenngleich folglich das EntschädigungsfondsG auf die Naturalrestitution von Kunstwerken nicht unmittelbar anzuwenden ist, so gebietet es jedoch der Gedanke der Wertungskohärenz, die im EntschädigungsfondsG ausgedrückten gesetzlichen Wertungen auch bei der Anwendung des KunstrückgabeG 1998 im Wege der Rechtsanalogie (§ 7 ABGB) sinngemäß heranzuziehen. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, im Rahmen der Naturalrestitution von Liegenschaften (im Verfahren vor der Schiedsinstanz nach dem EntschädigungsfondsG) das Kriterium der extremen Ungerechtigkeit zur Korrektur im Einzelfall aufzustellen, und bei der Restitution von Kunstwerken keine entsprechende Wertung vorzunehmen. Dies wäre eine unsachliche Differenzierung, die dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) widersprechen würde. Im Rahmen der systematischen Interpretation von Gesetzen ist aber möglichst eine verfassungskon-

hig?, *juridicum* 2005, 59 ff sowie die Entscheidungen Nr 3, 4 und 27 der Schiedsinstanz für Naturalrestitution.

⁸³ Dieser gehören o.Univ.Prof. Dr. Josef Aicher als Vorsitzender sowie Ao-Univ.Prof. Mag. Dr. August Reinisch und Botschafter i.R. Hon.Prof. Dr. Erich Kussbach an.

⁸⁴ Schiedsinstanz für Naturalrestitution, Entscheidungsnummer 27/2005, Rz 445 und 477.

⁸⁵ Schiedsinstanz für Naturalrestitution, Entscheidungsnummer 3/2003, S 20, 22; Entscheidungsnummer 27/2005, Rz 444.

forme Interpretation zu wählen, die insgesamt die Einheit der Rechtsordnung fördert.⁸⁶

Auch nach Meinung des Obersten Gerichtshofes positiviert der Gesetzgeber mit dem EntschädigungsfondsG, „was unter den guten Sitten bei der Lösung von Entschädigungsfragen zu verstehen ist. Insofern reicht dessen rechtliche Signalwirkung über den unmittelbaren Regelungsgegenstand hinaus“.⁸⁷ In diesem Sinn sollte auch der Gesichtspunkt der extremen Ungerechtigkeit iSd EntschädigungsfondsG für die Frage der Rückgabe des Munchgemäldes an die Rechtsnachfolger Alma Mahler-Werfels herangezogen werden.

Selbst wenn also – wovon in diesem Gutachten freilich aus den oben erläuterten Gründen nicht ausgegangen wird – eine Rechtskraftwirkung der ROK-Entscheidung 1953 hinsichtlich des Munchgemäldes im Rahmen des KunstrückgabeG 1998 bestünde, wäre infolge der nachgewiesenen extremen Ungerechtigkeit der seinerzeitigen Entscheidung der ROK Wien diese für die Frage einer heute bestehenden Rückgabepflicht gem § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 als nicht maßgeblich anzusehen.

D. Zur Frage einer neuerlichen Beiratsempfehlung

Eine neuerliche Befassung des Kunstrückgabebeirats ist möglich, da der Empfehlung aus dem Jahr 1999 keinerlei Rechtskraft zukommt (siehe dazu oben S. 23 Fn 42 f). An sich könnte die zuständige BM aber auch ohne positive Empfehlung durch den Beirat eine Rückgabe vornehmen, da dem Beirat ein bloßes Anhörungsrecht zukommt und – wie oben breit ausgeführt – die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Rückgabe gem § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 hinsichtlich des Munchgemäldes erfüllt sind.

⁸⁶ Vgl nur F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (2. Aufl 1991) 455 ff.

⁸⁷ OGH 30.9.2002, 1 Ob 149/02x = JBl 2003, 454.

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- a. Die vom Kunstrückgabebeirat im Jahr 1999 beschlossene Empfehlung zur Nichtrückgabe des Munchgemäldes „Sommernacht am Strand“ an die Rechtsnachfolger Alma Mahler-Werfels ist juristisch nicht stichhältig. In seiner Begründung vermengt der Beirat in unzutreffender Weise den Tatbestand des § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 mit der Frage des Eigentums der Republik Österreich am Munchgemälde, welches sich aus dem rechtskräftig gewordenen Erkenntnis der ROK Wien ergibt, welche 1953 einen gutgläubigen Eigentumserwerb bejaht hatte.
- b. Bei der Beurteilung der Voraussetzungen einer Rückgabe nach § 1 Z 2 KunstrückgabeG geht es nicht darum, ob nach dem Dritten Rückstellungsg eine Rückgabeverpflichtung bestand. Vielmehr legt das KunstrückgabeG 1998 die Voraussetzungen in weitaus allgemeinerer Art fest, indem es am Tatbestand des § 1 NichtigkeitsG 1946 anknüpft.
- c. Aus den Materialien zum KunstrückgabeG 1998 geht die klare Absicht des Gesetzgebers hervor, mit § 1 Z 2 insbesondere eine Rückgabe solcher Kunstgegenstände herbeizuführen, die Gegenstand einer Vermögensentziehung während der NS-Zeit waren und in der Nachkriegszeit deshalb nicht restituiert wurden, da sie gutgläubig erworben worden waren.
- d. Hinsichtlich des Munchgemäldes liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Z 2 KunstrückgabeG vor: Es handelte sich bei der damaligen Veräußerung um ein Rechtsgeschäft, das unter § 1 des NichtigkeitsG zu subsumieren war; zudem lag eine Entziehung iSd Dritten Rückstellungsg vor. Bloß die Rechtsfolge einer Rückstellungspflicht zugunsten des geschädigten Eigentümers wurde wegen der damaligen (jedoch nachweislich irrigen) Annahme eines gutgläubigen Eigentumserwerbes durch die Rückstellungsoberkommission verneint.

e. Die Bejahung eines gutgläubigen Eigentumserwerbes durch die Rückstellungsoberkommission hält darüber hinaus einer rechtswissenschaftlichen Überprüfung nicht stand. Es liegt im konkreten Fall eine unvertretbare Anwendung der Bestimmungen des Dritten Rückstellungsgesetzes vor, da die Voraussetzungen des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg (unter Zugrundelegung des damals als gegeben erachteten Sachverhalts) nicht erfüllt waren.

f. Die Wertungen des Gesetzgebers im EntschädigungsfondsG 2001 gehen dahin, auch eine rechtskräftige Behördenentscheidung der Nachkriegszeit dann nicht mehr als maßgeblich anzusehen, wenn diese als „extrem ungerecht“ einzustufen ist. Die Bejahung des Gutgläubenserwerbes am Munchgemälde „Sommernacht am Strand“ im Jahr 1953 ist – zumindest sinngemäß – als ein solcher Fall „extremer Ungerechtigkeit“ einzuordnen, da die Rückstellungsoberkommission in qualifiziert unrichtiger Anwendung des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsg zulasten von Alma Mahler-Werfel entschieden hat.

g. Der Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur ist nahezulegen, aufgrund der Verwirklichung des Tatbestands des § 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998 von der Ermächtigung Gebrauch zu machen, Munchs „Sommernacht am Strand“ an die Rechtsnachfolger Alma Mahler-Werfels herauszugeben. Dies erscheint im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben nicht nur möglich, sondern sogar verpflichtend.

Wien, am 22. Dezember 2005

Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel