

LAW OFFICES OF
BURRIS & SCHOENBERG, LLP
A Partnership Including Professional Corporations

Wilshire-Bundy Plaza
12121 Wilshire Blvd., Suite 800
Los Angeles, California 90025-1168
Telephone: (310) 442-5559 Facsimile: (310) 442-0353
Internet: <http://www.bslaw.net>

FILE COPY

Client/Matter Number
2685.001

E. Randol Schoenberg
randols@bslaw.net

October 6, 2005

Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel
Univ.-Prof. Dr. Walter Rechberger
Dr. Andreas Nödl

Re: Altmann et al. v. Republic of Austria

Dear Arbitration Panel:

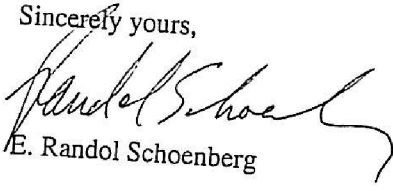
Enclosed are two further articles for your consideration, numbered 008353- -
008391:

Graf (Überlegung zum Anwendungsbereich) (. /KY), 008353-008376

Knight (Resitution and Legitimacy) (. /KZ), 008377-008391

Thank you again for your careful consideration of this matter.

Sincerely yours,


E. Randol Schoenberg

Enclosures

cc: Dr. Stefan Gulner
Dr. Gottfried Toman
Dr. Alfred Noll
William Berardino, Esq.

Überlegungen zum Anwendungsbereich des § 1 Z 2 KunstrückgabeG

Exemplarisch entwickelt anhand des Falles Klimt/Bloch-Bauer

Von **Univ.-Prof. Dr. Georg Graf M.A. (Chicago)**, Institut für Privatrecht, Universität Salzburg

A. Einleitung

1. Die Vorgeschichte

Mit der Erlassung des KunstrückgabeG¹ hat Österreich im Jahr 1998 den Versuch unternommen, das Problem der während der nationalsozialistischen Besetzung Österreichs entzogenen und nicht an die ursprünglichen Eigentümer zurückgestellten Kunstwerke zumindest insoweit einer befriedigenden Lösung zuzuführen, als derartige Kunstwerke im **Eigentum der Republik Österreich** stehen. Die ressortzuständigen Minister werden durch das Gesetz ermächtigt, bei Vorliegen der im Gesetz aufgezählten Voraussetzungen die Kunstgegenstände an die ursprünglichen Eigentümer bzw deren Erben rückzuübergreifen. Im Zuge der parlamentarischen Debatte artikulierte der damalige zweite Nationalratspräsident Khol unter Berufung auf das Sprichwort „Unrecht gut gedeihet nicht“ die Hoffnung, dass die betreffenden Güter so schnell wie möglich an die rechtmäßigen Besitzer zurückgegeben werden können. Obwohl in den Jahren seit Inkrafttreten des KunstrückgabeG tatsächlich eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Kunstwerken restituiert wurde, ist in anderen Fällen bis zum heutigen Tag, also sieben Jahre nach Beschluss des Gesetzes, eine Rückgabe nicht erfolgt, hat sich die Khol'sche Hoffnung somit als trügerisch erwiesen. Der spektakulärste dieser unerledigten Fälle ist sicherlich der Fall Bloch-Bauer, in dem es um ein Begehren auf Rückgabe von fünf Gemälden Gustav Klimts² geht, der sich die Republik aber mit „Händen und Füßen“ widersetzt. Der Fall ist spektakulär nicht nur wegen der großen Aufmerksamkeit, die er in der Medienberichterstattung erfahren hat, sondern auch weil er in besonderem Umfang diffizile **Rechtsfragen** aufwirft, die jüngst Gegenstand mehrerer Publikationen waren.

Die juristische Komplexität hat ihren Grund darin, dass die eigentliche Rückgabeproblematik von einer zweiten, nicht minder diffizilen **erbrechtlichen Fragestellung** überlagert wird. Die fünf Bilder haben nämlich im 1923 verfassten Testament der 1925 verstorbenen Gattin Ferdinand Bloch-Bauers, Adele, Erwähnung gefunden. Adele Bloch-Bauer bat in diesem Testament ihren als Universalerben eingesetzten Ehegatten, diese fünf Bilder (und ein sechstes, nicht streitgegenständliches) nach seinem Tod der Österreichischen Staatsgalerie in Wien zu hinterlassen. Nach dem Einmarsch Nazideutschlands in Österreich fielen die Bilder, die sich bis dahin im Besitz Ferdinand Bloch-Bauers befunden hatten, in die Verfügungsgewalt eines gewissen Dr. Führer, der mit der Verwertung des Bloch-Bauerschen Vermögens zum Zwecke der Abdeckung vorgeblicher Steuerschulden beauftragt worden war. In der Folge gelangten sie, teilweise erst nach 1945, auf den in Abschnitt C. näher beschriebenen Wegen in die Innehabung der Österreichischen Galerie. Nach 1945 wurde von Seiten der Erben Ferdinand Bloch-Bauers bezüglich dieser fünf Bilder kein formelles Rückstellungsverfahren eingeleitet; nach langen Verhandlungen mit der Österreichischen

¹ Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen (BGBl I 1998/181).

² Es handelt sich um die Bilder *Adele Bloch-Bauer I* und *II*, *Buchenwald/Birkenwald*, *Häuser in Unterach am Attersee* und *Apfelbaum I*.

Galerie wurde durch den Rechtsvertreter der Erben, RA Dr. Rinesch, der letzte Wille von Adele Bloch-Bauer am 10.4.1948 anerkannt.

2. Die wesentlichen Rechtsfragen

Dieser Sachverhalt³ hat unterschiedliche Deutungen erfahren: *Welser* und *Rabl*⁴ argumentieren, der testamentarischen Verfügung sei nicht die Wirkung zugekommen, der Republik Österreich einen Rechtsanspruch auf die fünf Bilder zu verschaffen. Sie subsumieren den Sachverhalt vielmehr unter § 1 Z 1 des KunstrückgabeG, weil das von Dr. Rinesch im Namen der Erben Ferdinand Bloch-Bauers abgegebene Anerkenntnis nur zu dem Zweck erfolgte, im Gegenzug von der Republik die Genehmigung zur Ausfuhr anderer, ebenfalls entzogener Kunstwerke zu erhalten. Die gegenteilige Position vertritt *Krejci*⁵; er geht zwar davon aus, dass das grundsätzlich wirksame Legat mit der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten und mit dem Einsetzen der Verfolgungsmaßnahmen seine Verbindlichkeit verlor, weil zum einen der Legatar weggefallen, zum anderen aber die Einhaltung des Legats unzumutbar geworden war. Allerdings lässt er das Legat mit der Wiedererrichtung Österreichs wieder aufleben und einen tauglichen Rechtsgrund für den Eigentumserwerb durch die Republik Österreich an den fünf Bildern darstellen. Das KunstrückgabeG hält *Krejci* im Gegensatz zu *Welser* und *Rabl* nicht für anwendbar.

Setzt man die gegenläufige Argumentation der beiden Seiten in Bezug zueinander, so fällt auf, dass beide Seiten ungeachtet aller sonstigen Divergenzen darin übereinstimmen, dass eine Abstützung der geltend gemachten Ansprüche auf § 1 Z 2 KunstrückgabeG nicht in Frage kommt. Diese Ausblendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG ist jedoch - so die Hauptthese dieser Arbeit - keineswegs zwingend. Im Folgenden soll vielmehr gezeigt werden, dass ganz im Gegenteil zwingende Gründe dafür sprechen, das geltend gemachte Rückgabebegehren zumindest bezüglich von vier Bildern auch auf § 1 Z 2 KunstrückgabeG zu stützen.

B. Zum KunstrückgabeG

1. Die zentrale Rolle des Beirats gem § 3 Abs 1 des G

Das KunstrückgabeG ist insoweit ein bemerkenswertes Gesetz, als seine Anwendung zu einem Gutteil unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet. Über die Rückgabe entscheidet der ressortzuständige Bundesminister; im Fall der Österreichischen Galerie daher die Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur. Vor der Übereignung hat der Bundesminister den gem § 3 KunstrückgabeG eingerichteten **Beirat** zu hören. Dieser Beirat untersucht den einzelnen Sachverhalt und fasst sodann einen Beschluss. Mit diesem Beschluss wird die Rückgabe der betreffenden Kunstgegenstände entweder empfohlen oder aber nicht empfohlen. Soweit ersichtlich hält sich der jeweilige Bundesminister an diese Empfehlung. Ihr kommt somit für die Anwendung des Gesetzes **entscheidende Bedeutung** zu.

Ursprünglich war dem Beirat wohl eine primär für die Frage der Sachverhaltsfeststellung relevante Funktion zgedacht worden, soll er nach § 3 Abs 1 KunstrückgabeG doch den Bundesminister bei der „Feststellung“ jener Personen, der Kunstgegenstände zu übereignen sind, beraten. Die Praxis des Beirats hat aber schnell gezeigt, dass seine Aufgabe eine weit anspruchsvollere ist. Die Lösung vieler Fälle, zu denen der Beirat eine Stellungnahme abgeben musste, setzt die Beantwortung durchaus komplexer Rechtsfragen voraus. Dies hat

³ Nicht alle Elemente des Sachverhalts sind unstrittig. So besteht zwischen den Streitparteien keine Einigkeit darüber, in wessen Eigentum die fünf Bilder im Zeitpunkt des Todes Adele Bloch-Bauers standen; strittig ist auch, inwieweit zwischen der Überlassung der fünf Bilder durch Dr. Rinesch und der Erteilung der Bewilligung zur Ausfuhr anderer rückgestellter Kunstwerke eine Kausalbeziehung bestand.

⁴ *Welser/Rabl*, Der Fall Klimt, 2005; *Welser*, Der Fall Klimt/Bloch-Bauer, ÖJZ 2005, 689; *Rabl*, Der Fall Klimt/Bloch-Bauer, NZ 2005, 257.

⁵ Zum „Fall Klimt/Bloch-Bauer“, ÖJZ 2005, 733.

seinen Grund darin, dass die Regelungen des KunstrückgabeG diffizile Auslegungsprobleme aufwerfen. Es ist zu berücksichtigen, dass das KunstrückgabeG kein Gesetz ist, dem ein ausgefeiltes systematisches Gebäude zugrunde liegt. Vielmehr hatte der Gesetzgeber bei der Formulierung des Gesetzes bestimmte, durch die Tätigkeit der Kommission für Provenienzforschung herausgearbeitete Tatbestände vor Augen. Diese hatte aber damals erst einen **Teil** der eigentlich anstehenden Arbeit erledigt und noch keineswegs alle relevanten Fälle, in denen eine Rückstellung angezeigt war, untersucht. Es bedarf daher einer wohl reflektierten und methodenbewussten Anwendung des Gesetzes, um bei dieser Anwendung seinem **Ziel**, nämlich der Gewährleistung der Rückgabe entzogener und noch nicht restituerter Kunstgegenstände aus dem Eigentum der Republik Österreich gerecht zu werden.

Hinzu kommen schlichte Fehler des Gesetzgebers. So ist § 1 Z 2 KunstrückgabeG wörtlich genommen unverständlich formuliert, da bei Übernahme der Bestimmung aus einer früheren Fassung des Gesetzes übersehen wurde, eine Passage⁶ zu streichen. Bei der Bestimmung jener Handlungen, die als Entziehung zu werten waren, ging der Gesetzgeber vom Nichtigkeitsgesetz (BGBl 1946/106) aus, übersah hierbei jedoch, dass Entziehungen nicht bloß in der Form von Rechtsgeschäften, sondern auch in Gestalt **rein tatsächlicher Handlungen** erfolgt waren. Korrekterweise wäre daher auf § 1 Abs 1 des 3. Rückstellungsgesetzes (RStG) Bezug zu nehmen gewesen, nicht aber auf das Nichtigkeitsgesetz.

2. Relevanz des Gleichheitsgrundsatzes

Der Beirat hat sich dieser Herausforderung, auch komplexe juristische Fragen lösen zu müssen, jedoch gestellt, wie eine kritische Lektüre der von ihm getroffenen Beschlüsse zeigt. Bemerkenswerterweise werden diese Beschlüsse nicht veröffentlicht; nur die Entscheidungen der zuständigen Bundesminister werden im jährlichen Restitutionsbericht bekannt gegeben. Dass die Beschlüsse des Beirats selbst nicht publiziert werden, ist bedauerlich, kommt ihnen für die Anwendung des Gesetzes doch höchste Bedeutung zu. Obwohl das Gesetz in § 2 Abs 2 vorsieht, dass durch seine Bestimmungen keinerlei Anspruch auf Übereignung begründet wird, unterliegt die Anwendung des Gesetzes dem **Gleichheitsgrundsatz**⁷. An diesen sind sämtliche staatliche Organe, somit auch die ressortzuständigen Bundesminister bei der Anwendung des KunstrückgabeG gebunden.⁸ Dies bedeutet, dass trotz des fehlenden Rechtsanspruchs auf Rückgabe eine **Verpflichtung der Republik** besteht, gleich gelagerte Fälle gleich zu behandeln. Führt in einem Fall A der Umstand X zur Rückgabe und ist dieser Umstand X auch im Fall B verwirklicht, so hat auch im Fall B eine Rückgabe zu erfolgen, außer es wären gegenläufige Sachverhaltselemente vorhanden, die eine Rückgabe ausschließen würden.⁹

Für die Beurteilung, ob die Praxis der Rückgabe dem Gleichheitsgrundsatz Genüge tut oder nicht, ist die Kenntnis der Beschlüsse des Beirats unerlässlich, da sich nur aus ihnen die wesentlichen Sachverhaltselemente sowie die für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Gesichtspunkte erschließen lassen. Im Hinblick auf diese Bedeutung der Beschlüsse des Beirats ist das Unterbleiben ihrer Publikation besonders bedauerlich; hierdurch wird die normative Beurteilung der Rückgabep Praxis massiv erschwert.¹⁰

3. Die drei vom KunstrückgabeG erfassten Fälle

⁶ Nämlich die Passage: „in das Eigentum der Republik Österreich gelangt sind“.

⁷ Zum Gleichheitssatz s. *Berka*, Die Grundrechte, 1999, Rz 875ff.

⁸ S. *Berka*, Die Grundrechte, Rz 917.

⁹ Vgl. OGH JBl 2004, 384.

¹⁰ Die folgenden Überlegungen sind dieser Erschwernis freilich nicht ausgesetzt, da dem Verfasser ein Satz von 119 Beschlüssen des Beirats zur Verfügung steht.

Das KunstrückgabeG knüpft die Möglichkeit zur Rückstellung an drei unterschiedliche Tatbestände:

§ 1 Z 1 erfasst Kunstgegenstände, die Gegenstand von Rückstellungen an die ursprünglichen Eigentümer bzw deren Rechtsnachfolger von Todes wegen waren und die nach dem 8. Mai 1945 im Zuge eines daraus folgenden Verfahrens nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verbot der Ausfuhr von Gegenständen von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung (StGBI Nr 90/1918)¹¹ unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen sind und sich noch im Eigentum des Bundes befinden. Nach dem 2. Weltkrieg war es der Wunsch vieler Opfer von Vermögensentziehungen, die - wenn überhaupt - nur durch Flucht ins Ausland ihr Leben retten hatten können, allenfalls zurückgestellte Kunstgegenstände ins Ausland zu bringen. Dem stand in der Regel das AusfuhrverbotsG entgegen, welches eine Ausfuhr an eine vorherige Genehmigung des Bundesdenkmalamtes knüpfte. Vor diesem Hintergrund etablierte sich in der Folge eine Praxis, nach welcher für einen Teil der zurückgestellten Kunstgegenstände die Ausfuhrbewilligung erteilt wurde, vorausgesetzt der Rückstellungswerber übertrug der Republik das Eigentum an einem anderen Teil der zurückgestellten Kunstgegenstände. Es fand also eine **akquisitorische Verwendung des AusfuhrverbotsG** statt, die aus heutiger Sicht betrachtet als höchst problematisch qualifiziert werden muss. In § 1 Z 1 KunstrückgabeG sieht der Gesetzgeber daher vor, dass ein auf derartige Weise zustande gekommener Erwerb keinen Bestand mehr haben soll. Der Gesetzgeber distanziert sich somit ausdrücklich von der damaligen akquisitorischen Verwendung des AusfuhrverbotsG.

§ 1 Z 2 KunstrückgabeG kann als die Generalklausel des Gesetzes interpretiert werden. Bereinigt man die „sprachlichen Problemzonen“¹² dieser Bestimmung, so enthält sie die Anordnung, dass jene Kunstgegenstände, die Gegenstand einer Entziehung im Sinne des Nichtigkeitsgesetzes gewesen waren und in der Folge rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, an die ehemaligen Eigentümer bzw deren Erben zurückzustellen sind. Diese Bestimmung ist als Generalklausel anzusehen, da sie einen **denkbar weiten Anwendungsbereich** hat. Der Gesetzgeber möchte die Rückstellungsmöglichkeit für all jene Kunstgegenstände eröffnen, die sich derzeit im Eigentum der Republik befinden, zuvor aber Gegenstand einer Entziehung waren. Diese Bestimmung wirft im Detail auch für die Beurteilung des vorliegenden Falls wesentliche Auslegungsfragen auf, die weiter unten in Abschnitt D. näher untersucht werden sollen.

Ein bescheidenerer Anwendungsbereich kommt wiederum der dritten Bestimmung, § 1 Z 3 zu. Hievon sind Gegenstände erfasst, bezüglich derer ein Rückstellungsverfahren abgeschlossen wurde, die aber sodann weder an den Eigentümer noch seine Rechtsnachfolger zurückgegeben werden konnten und daher in der Folge als herrenloses Gut unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen sind. Wie die Praxis des Beirats zeigt, sind nicht allzuvielen Fälle hier einschlägig. Dies darf nicht überraschen, war der Regelfall doch der, dass der Initiator eines Rückstellungsverfahrens nach erfolgreichem Abschluss auch die zurückgestellten Kunstgegenstände entgegennahm.

4. KunstrückgabeG greift nur bei Vorliegen einer Vermögensentziehung

a) Die einschlägige Rückstellungsgesetzgebung

Unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes ist bei allen drei Tatbeständen das Vorliegen einer Vermögensentziehung während der nationalsozialistischen Besetzung Österreichs. Der Begriff der Vermögensentziehung hat durch die Rückstellungsgesetzgebung eine detaillierte Regelung erfahren; dies geschah erstmals durch

¹¹ Im Folgenden als „AusfuhrverbotsG“ bezeichnet.

¹² Siehe oben Abschnitt B/1.

das Gesetz über die Erfassung arisierter und anderer im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Machtübernahme entzogenen Vermögensschaften vom 10. Mai 1945 (StGBI 10/1945). Dessen § 1 erfasste alle Vermögensschaften und Vermögensrechte, die „nach dem 13. 3. 1938, sei es eigenmächtig, sei es auf Grund von Gesetzen oder anderen Anordnungen aus sogenannten rassischen, aus nationalen oder aus anderen Gründen den Eigentümern im Zusammenhange mit der nationalsozialistischen Machtübernahme entzogen worden“ waren. In der Folge wurde der Begriff präzisiert, so beispielsweise durch § 1 des 3. RStG. Dessen § 2 Abs 1 legte auch fest, wann **keine Entziehung** vorlag: Dies war dann der Fall, wenn der Erwerber des Vermögens dartun konnte, dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.

Für den vorliegenden Fall ist diese Bestimmung insoweit von Bedeutung, als sich aus ihr ergibt, dass dann **keine Vermögensentziehung** vorgelegen wäre, wenn der während der nationalsozialistischen Besetzung Österreichs erfolgende Eigentumsübergang¹³ bezüglich der Bilder auf einen vor der nationalsozialistischen Machtergreifung datierenden Titel gestützt werden hätte können.¹⁴ Dies ist jedoch aus zwei Gründen nicht der Fall: Zum einen sah die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers vor, dass die Bilder erst **nach dem Tod** Ferdinand Bloch-Bauers auf die Republik Österreich übergehen sollten. Da Ferdinand Bloch-Bauer aber erst am 13.11.1945 verstarb, fehlte es für einen Eigentumsübergang während der nationalsozialistischen Besetzung jedenfalls schon aus diesem Grund an einem Titel. Selbst dann, wenn der Titel an sich wirksam gewesen wäre, wäre eine Vermögensentziehung vorgelegen.

b) Unwirksamkeit des Legats Adele Bloch-Bauers

Zum anderen kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers an sich keinen Titel darstellte bzw darstellt, der zur Begründung eines Eigentumserwerbs der Republik an den fünf Bildern geeignet wäre. Die hier wesentlichen Gesichtspunkte haben *Welser* und *Rabl* in ihren Veröffentlichungen umfassend aufgearbeitet. Es ist darauf hinzuweisen, dass zwischen den Ergebnissen der Untersuchung von *Welser* bzw *Rabl* und dem Gutachten von *Krejci* in den wesentlichen Punkten kein entscheidender Unterschied besteht. Zwar geht *Krejci* davon aus, dass die letztwillige Anordnung Adele Bloch-Bauers grundsätzlich einen tauglichen Titel für die Republik Österreich darstellte; dies wird von *Welser* und *Rabl* verneint. Dessen ungeachtet gesteht jedoch *Krejci*¹⁵ zu, **dass mit der nationalsozialistischen Besetzung Österreichs die letztwillige Anordnung obsolet geworden** ist.¹⁶ Wenn überhaupt, so hat Adele Bloch-Bauer der Republik Österreich, nicht aber dem Deutschen Reich die Bilder vermacht. Die Ereignisse, die ab dem 13.3.1938 in Österreich stattfanden, haben der letztwilligen Verfügung ihre **Geschäftsgrundlage entzogen**. Damit sind sämtliche Vorgänge, die zwischen dem 13.3.1938 und dem 8.5.1945 bzgl der Bilder stattgefunden haben, als **Vermögensentziehungen** im Sinne der Rückstellungsgesetzgebung zu qualifizieren.

¹³ Hiezu siehe im Detail unten Abschnitt C.

¹⁴ Die Beweislast dafür, dass eine Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus stattgefunden hätte, traf den Antragsgegner (vgl ORK Rkv 116/48 = *Heller/Rauscher*, Die Rechtsprechung der Rückstellungskommissionen, 1949, Nr. 125.) Dieser Gesichtspunkt ist unzweifelhaft auch bei der Auslegung des KunstrückgabeG zu berücksichtigen.

¹⁵ ÖJZ 2005, 744.

¹⁶ Dass im Gutachten der Finanzprokurator (abrufbar unter <http://www.adele.at/Page10291/page10291.html>) vom 10.6.1999 die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers auch für den Zeitraum nach dem 13.1.1938 für wirksam erachtet wird, ist schlichtweg nicht nachvollziehbar, fügt sich aber in das **düstere Bild**, welches die Historikerkommission von der Rolle der Finanzprokurator nach 1945 gezeichnet hat. Vgl *Böhmer/Faber*, Die Finanzprokurator in Österreichische Historikerkommission (Hrsg): Die österreichische Finanzverwaltung und die Restitution entzogener Vermögen 1945 bis 1960, 2003, 251 und insbesondere 507ff: „Die Prokurator (...) unterließ so die Bemühungen um eine Rückstellung und ‚Wiedergutmachung‘. Diese Aussage hat anscheinend nicht nur historische Bedeutung.“

Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass der Wegfall der Rechtswirksamkeit des Legats Adele Bloch-Bauers mit der deutschen Besetzung Österreichs ein **endgültiger** war; dies ist ein Umstand, den *Krejci* erkennt. *Krejci*¹⁷ geht davon aus, dass es mit der Errichtung der Zweiten Republik zu einem Wiederaufleben des Legats gekommen ist. Bezeichnenderweise gibt *Krejci* für diese Aussage keine Begründung. Das darf nicht überraschen, ist sie doch schlichtweg falsch. Das Recht der Willenserklärungen des ABGB kennt kein elastisches „Wiederwirksamwerden“ von Willenserklärungen. Das ABGB geht hier vielmehr im Sinne der Rechtssicherheit von einem präzise definierten Modell aus. Grundsätzlich sind Willenserklärungen wirksam; treten bestimmte Umstände ein, können sie ihre Wirksamkeit verlieren. Hier sind primär die Anfechtungsgründe des ABGB zu nennen, aber auch Gesichtspunkte wie der Wegfall der Geschäftsgrundlage. Sind diese Umstände verwirklicht, so ist die Willenserklärung weggefallen; ein Wiederaufleben ist dem ABGB unbekannt. Vielmehr obliegt es dem betreffenden Rechtsträger - wenn er die ursprüngliche Willenserklärung wieder in Kraft zu setzen wünscht - eine neuerliche Willenserklärung abzugeben. Mit diesem einfachen, aber den Gedanken der Rechtssicherheit umsetzenden Modell des ABGB ist das Elastizitätsmodell *Krejci*s schlichtweg unvereinbar.

C. Analyse der eigentumsrechtlichen Problematik

1. Einleitung

Nach Klärung des Vorliegens einer Vermögensentziehung ist es nunmehr möglich, die Anwendbarkeit des § 1 Z 2 KunstrückgabeG auf den vorliegenden Sachverhalt näher zu untersuchen. Das Problem der Anwendbarkeit des § 1 Z 1 soll hingegen nicht weiter vertieft werden; hier ist den Ausführungen *Welsers* und *Rabls* uneingeschränkt zu folgen. Falls die Vereinbarung vom 10.4.1948 den Zweck hatte, die Genehmigung für die Ausfuhr anderer restituierter Kunstwerke zu erhalten, würde die vom Gesetzgeber verpönte akquisitorische Verwendung des AusfuhrverbotsG vorliegen, sodass die Bilder gem § 1 Z 1 KunstrückgabeG zu restituieren wären.¹⁸

Was die Anwendung des § 1 Z 2 betrifft, wird sie von *Welser/Rabl* mit dem Argument verneint, es liege bezüglich der Bilder ein **Erwerb vom ursprünglich Berechtigten** vor. Dieser sei aber, so *Welser/Rabl*, von § 1 Z 2 KunstrückgabeG nicht erfasst. Zum ersten Teil ihrer Begründung gelangen *Welser/Rabl* deswegen, weil sie sämtliche Erwerbsvorgänge bzgl der streitgegenständlichen Bilder zwischen 1938 und 1945 als unwirksam qualifizieren. Der Eigentumserwerb durch die Republik ist somit ihres Erachtens erst durch den Vergleich im Jahr 1948 zustande gekommen.

Dieser Analyse liegt eine prinzipiell rückstellungswerberfreundliche Position zugrunde. Nach dieser Position werden Erwerbsvorgänge, die in den Jahren 1938 bis 1945 stattgefunden haben, als unwirksam angesehen, so sie nicht auch aus der Perspektive nach 1945 als wirksam anzuerkennen sind. Die Arbeit der österreichischen Historikerkommission hat nun aber gezeigt, dass nach 1945 von der österreichischen Rechtsordnung und insbesondere den Rückstellungskommissionen eine andere Beurteilung der Vorgänge zwischen 1938 und 1945

¹⁷ ÖJZ 2005, 744

¹⁸ Der Einwand *Krejci*s (ÖJZ 2005, 745), § 1 Z 1 KunstrückgabeG sei nicht anwendbar, weil kein formelles Rückstellungsverfahren bezüglich der Bilder stattgefunden habe, ist offenkundig in Unkenntnis der Praxis des Beirats formuliert worden. Der Beirat hat nämlich bereits im Jahr 1999 zutreffend erkannt, dass die Durchführung eines formellen Rückstellungsverfahrens nicht Voraussetzung für die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung gewesen ist; vgl Beschluss des Beirats von 11.2.1999 in Sachen Rothschild. Im Übrigen liegt dem Einwand *Krejci*s eine grob verfehlte Interpretation des KunstrückgabeG zugrunde: Es ist nicht einzusehen, warum es für die Anwendung des § 1 Z 1 des G darauf ankommen kann, ob ein Rückstellungsverfahren durchgeführt wurde. Jener geschädigte Eigentümer, der überhaupt auf die Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen verzichtete und hierfür von der Republik im Gegenzug die Genehmigung der Ausfuhr anderer Kunstwerke erhielt, war doch um keinen Deut weniger schutzwürdig, als jener, der zuerst die Rückgabe geltend machte und sodann der Republik die restituierten Kunstgegenstände gegen Erteilung der Ausfuhrbewilligung überließ!

vorgenommen wurde. Geht man von dieser alternativen Beurteilung aus, so zeigt sich, dass ein Eigentumserwerb Österreichs an den Bildern unabhängig von der Vereinbarung erfolgte. Dies bedeutet aber weiters, dass sich auch die Frage der Anwendbarkeit des § 1 Z 2 KunstrückgabeG in anderem Licht stellt. Es lässt sich nämlich zeigen, dass der vorliegende Fall Konstellationen entspricht, in denen vom Beirat der Ministerin eine Rückgabe empfohlen und sodann auch tatsächlich durchgeführt wurde.

2. Eigentumsrechtliche Situation bzgl der Bilder *Adele Bloch-Bauer I und II* und *Apfelbaum I*

a) Wirksame Eigentumsübertragungen

Bei der Behandlung der eigentumsrechtlichen Frage ist zu berücksichtigen, dass die Bilder teilweise ein unterschiedliches rechtliches Schicksal erfahren haben. Insoweit sind Differenzierungen vorzunehmen.

Ein und dieselbe Situation ist bezüglich der Bilder *Adele Bloch-Bauer I und II* und *Apfelbaum I* gegeben. Das Bild *Adele Bloch-Bauer II* wurde im März 1943 von Dr. Führer um den Kaufpreis von 7.500 Reichsmark an die damalige Moderne Galerie **verkauft**. Dr. Führer war von den nationalsozialistischen Behörden als Verwalter des Vermögens Ferdinand Bloch-Bauers eingesetzt worden; er hatte die Aufgabe, das Vermögen zum Zwecke der Abdeckung der von den nationalsozialistischen Steuerbehörden eingeforderten Abgaben zu verwerten. Damit war er unzweifelhaft nach damaliger Rechtslage befugt, einen derartigen Kaufvertrag abzuschließen. Nach damaliger Rechtslage war der Kaufvertrag somit **wirksam** und hat dazu geführt, dass das **Deutsche Reich Eigentum am Bild** erworben hat. Die Moderne Galerie hatte, soweit ersichtlich, auch während der nationalsozialistischen Besetzung Österreichs keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern war somit eine Einrichtung des Deutschen Reichs.¹⁹ Diese eigentumsrechtliche Lage blieb jedenfalls bis zum Wiedererreichen der staatlichen Selbständigkeit Österreichs unverändert.

Die Bilder *Adele Bloch-Bauer I* und *Apfelbaum I* gelangten im Jahr 1941 an die Österreichische Galerie. In einem Schreiben vom 3. Oktober 1941 teilte Dr. Führer - Bezug nehmend auf eine mündliche Unterredung - dem Leiter der Österreichischen Galerie, Grimschitz, mit, die beiden Bilder in Vollzug der seinerzeitigen letztwilligen Verfügung der Frau Adele Bloch-Bauer zur Verfügung zu stellen. Die Berufung auf den letzten Willen war jedoch nur eine vorgebliche. In Wirklichkeit lag ein *Tauschvertrag* vor, erklärte sich die Moderne Galerie doch im Gegenzug bereit, das Bild *Schloss Kammer am Attersee III* an Dr. Führer zu übergeben. Dies bestätigt das Antwortschreiben Grimschitz' vom 8. Oktober 1941, in dem er erklärt, das Bild *Kammer am Attersee* zurückzustellen und von Dr. Führer „dagegen“ die beiden Ölgemälde zu übernehmen. Somit liegt bezüglich dieser beiden Bilder ein **Tauschvertrag** vor, der nach der damaligen Rechtslage einen wirksamen Eigentumserwerbstitel darstellte. Daher erwarb das Deutsche Reich durch diesen Tauschvertrag das Eigentum an den Bildern ebenso wie am Bild *Adele Bloch-Bauer II*.

b) Relative Nichtigkeit aufgrund der Rückstellungsgesetze

Welche Auswirkungen hatten nun der Zusammenbruch des Deutschen Reichs und die Wiedererrichtung Österreichs auf diese eigentumsrechtliche Lage? Mit dieser Frage sind zwei komplexe Problembereiche angesprochen. Zum einen geht es um das Grundsatzproblem, ob Rechtsgeschäfte, die der Entziehung von Vermögen dienten, mit der Wiedererrichtung Österreichs ihre Gültigkeit verloren oder aber aufrecht blieben. Die Republik Österreich hat hier einen durchaus paradoxen Zugang gewählt. Zwar wurde das Nichtigkeitsgesetz erlassen,

¹⁹ Dies gilt jedenfalls aufgrund des OstmarkG (DRGBl 1939 I 500) und seiner Durchführungsverordnungen für die Zeit nach dem 1.4.1940; vgl im Detail *Ronald Faber*, Die Rückstellung entzogenen Vermögens im öffentlichen Recht, Dissertation der Universität Wien, 2004, 144.

dessen § 1 vorsah, dass entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen während der deutschen Besetzung Österreichs null und nichtig waren, wenn sie im Zuge seiner durch das Deutsche Reich erfolgten politischen oder wirtschaftlichen Durchdringung vorgenommen worden waren, um natürlichen oder juristischen Personen Vermögensschaften oder Vermögensrechte zu entziehen, die ihnen am 13. März 1938 zugestanden waren. Aus dieser Bestimmung ergaben sich **aber keinerlei Rechtsfolgen**, sah § 2 des Nichtigkeitsgesetzes doch ausdrücklich vor, dass die Art und Geltendmachung und der Umfang der Ansprüche, die sich aus § 1 ergaben, durch ein weiteres Bundesgesetz geregelt werden würden. Die Einlösung dieser Ankündigung erfolgte schließlich durch die Rückstellungsgesetze. Ihnen lag ein Modell der **relativen Nichtigkeit** von Rechtsgeschäften zugrunde, die dem Zwecke der Vermögensentziehung gedient hatten: Dem geschädigten Eigentümer bzw seinen Rechtsnachfolgern stand die Möglichkeit offen, während der durch die Rückstellungsgesetze bestimmten Fristen die entzogenen Vermögenswerte zurückzufordern; die Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen stellte also eine Art **Anfechtung** des Entziehungsgeschäfts dar. Unterblieb die rechtzeitige Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen, so wurde das Rechtsgeschäft aber unanfechtbar.²⁰

Wendet man diese Grundsätze auf die dem Erwerb der drei Bilder zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte an, so ergibt sich, dass sowohl der Kaufvertrag als auch die Tauschverträge nach 1945 rechtswirksam blieben; da eine Vermögensentziehung im Sinne der Rückstellungsgesetze vorlag, wäre eine Rückforderung und damit die implizite Anfechtung der Verträge möglich gewesen. Zu einem automatischen Wegfall des Titels ist es aber keinesfalls gekommen; dies wäre mit der Konzeption der Rückstellungsgesetzgebung unvereinbar gewesen.

c) Die Problematik des Deutschen Eigentums

Die zweite Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, betrifft das Problem des **Deutschen Eigentums**. Dieses hat nach dem Ende des 2. Weltkriegs sowohl in der politischen Diskussion als auch im Rückstellungsrecht eine besondere Rolle gespielt. Mit dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft war das Deutsche Reich als juristische Person nicht untergegangen; es existierte vielmehr weiter.²¹ Das ihm gehörige Eigentum wurde von den Alliierten zur Abdeckung von Reparationsforderungen beansprucht.²² Allerdings bereitete der Begriff des Deutschen Eigentums Abgrenzungsschwierigkeiten. Nach der nationalsozialistischen Besetzung Österreichs war im Wege allgemeiner Normen ein Gutteil des Eigentums der Republik Österreich auf das Deutsche Reich übertragen worden, stellte somit auch Deutsches Eigentum dar. Ein Teil der österreichischen Behörden stellte sich nach 1945 auf den Standpunkt, dieses „altösterreichische“ Eigentum sei mit der Wiedererlangung der staatlichen Selbständigkeit Österreichs von selbst wieder aufgelebt. So wurde unter Berufung auf diesen Umstand das Eigentum des Deutschen Reichs im Grundbuch im Wege der Grundbuchsberichtigung gelöscht und die Republik Österreich als Eigentümerin eingetragen.

Dieser Betrachtungsweise entspricht auch die E Rkv 59/49 der Obersten Rückstellungskommission (ORK) vom 5.3.1949. Hier war ein Bild, ein holländischer Meister,

²⁰ Siehe im Detail hierzu *Graf*, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung - eine juristische Analyse, 2003, 138 f. Der Beirat verkennt diesen Mechanismus in einigen seiner Beschlüsse. Es wird nämlich manchmal (zB Beschluss vom 22.6.2004 iS Fürth) ausgeführt, die Republik Österreich habe infolge „der Nichtgeltendmachung von Ansprüchen im Rahmen der Rückstellungsgesetzgebung (...) originär Eigentum“ an den betreffenden Kunstwerken erworben. Der Eigentumsübergang hat vielmehr schon während der Nazizeit durch die Entziehung stattgefunden. Durch das Unterbleiben der Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen innerhalb der Rückstellungsfristen ist er unanfechtbar geworden.

²¹ Siehe dazu eingehend dBVerfG 2. Senat, Urteil vom 31. Juli 1973, Az: 2 BvF 1/73.

²² Vgl das Kontrollabkommen vom 8.6.1946.

vom Deutschen Reich entzogen worden und in die Gemäldegalerie eines Museums eingereiht worden. Diese Gemäldegalerie war vor der Besetzung österreichisches Staatseigentum gewesen. Die beklagte Republik Österreich hielt - um der Rückstellung zu entgehen²³ - dem Rückstellungsanspruch entgegen, es handle sich um Deutsches Eigentum. Die ORK anerkannte diesen Einwand nicht und konterte ihm mit dem Argument, die Bildersammlung einer Galerie sei als Gesamtsache anzusehen und die Republik Österreich sehr wohl als Erwerblerin des Bildes zu qualifizieren. Diesem Erkenntnis liegen zwei wesentliche Annahmen zugrunde. Die erste ist die, dass die Gemäldegalerie als „altösterreichischer“ Bestand ab 1945 wieder im Eigentum der Republik Österreich gestanden sei; zweitens wird - in zivilrechtlich nicht unproblematischer Weise - angenommen, dass die einzelnen Bestandteile der Galerie nicht sonderrechtsfähig seien, sondern eine einheitliche eigentumsrechtliche Behandlung erfahren müssten.

Diese Ansicht vom „Wiederaufleben des altösterreichischen Eigentums“ setzte sich aber nicht durch; der Übergang des Eigentums von der Republik Österreich auf das Deutsche Reich wurde als Vermögensentziehung qualifiziert. Insbesondere mit Bezug auf Liegenschaften wurde die Praxis der Rückführung derartiger Liegenschaften qua Grundbuchsberichtigung durch den OGH abgestellt.²⁴ Dies bedeutete, dass eine Rückführung des „altösterreichischen“ Eigentums nur im Wege der Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen nach 1. RStG in Frage kam. Soweit derartige Ansprüche nicht geltend gemacht wurden, verblieben die betreffenden Gegenstände im Eigentum des Deutschen Reichs.²⁵

Eine endgültige Regelung erfuhr die Problematik des deutschen Eigentums erst im Staatsvertrag (StV), der in Art 22 eine Übertragung dieser Vermögenswerte von den Alliierten auf Österreich vorsah.²⁶ Dieser Art trifft differenzierte Regelungen bezüglich der Sowjetunion und der übrigen Alliierten. Nach § 11 übertragen das Vereinigte Königreich, die Vereinigten Staaten von Amerika und Frankreich Österreich alle Vermögensschaften, Rechte und Interessen, die von ihnen oder in ihrem Namen in Österreich als ehemalige deutsche Vermögenswerte oder Kriegsbeute innegehabt oder beansprucht werden. Umgesetzt wurde Art 22 des Staatsvertrages durch das erste Staatsvertragsdurchführungsgesetz (StVDG). § 1 des 1. StVDG legt seinen Anwendungsbereich fest. Gegenstand des Bundesgesetzes bildeten die aufgrund des Staatsvertrages in das Eigentum der Republik übergegangenen sowie die sonstigen durch eine der vier Mächte im Zusammenhang mit dem Staatsvertrag übergebenen Vermögensschaft, Rechte und Interessen (Vermögenswerte). Als beansprucht oder innegehabt iS des Art 22 StV gelten gemäß § 1 Abs 2 1. StVDG jene Vermögenswerte, die am 8.5.1945 einer deutschen physischen oder juristischen Person oder dem Deutschen Reich oder einer seiner Einrichtungen gehört hatten.

Bei genauer Lektüre fällt eine Divergenz zwischen § 22 StV bzw § 1 Abs 1 1. StVDG und § 1 Abs 2 StVDG auf: Während erstere Normen nur das von den Alliierten innegehabte und beanspruchte Vermögen betreffen, ist von § 1 Abs 2 1. StVDG alles Vermögen erfasst, das - vereinfacht gesagt - am 8.5.1945 einen deutschen Eigentümer hatte. Diese beiden Begriffe müssen einander nicht decken, konnte es doch Vermögen des Deutschen Reichs geben, das von den Alliierten nicht beansprucht bzw innegehabt wurde. Bezüglich solchen Vermögens stellt sich dann die Frage, ob es vom 1. StVDG erfasst wurde, obwohl es von Art 22 StV nicht angesprochen wird. Mit dieser Frage ist ein Folgeproblem verknüpft: Während bei Anwendbarkeit des 1. StVDG der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs präzise mit dem

²³ Das Erkenntnis dokumentiert deutlich jene Flexibilität, welche die Finanzprokurator bei der Formulierung ihrer Rechtsansichten zur damaligen Zeit an den Tag legte, abhängig davon, welche Position besser geeignet war, eine Rückstellung hintanzuhalten.

²⁴ Vgl OGH JBI 1948, 317.

²⁵ Hierzu siehe im Detail *Böhmer/Faber*, Die Finanzprokurator, aaO, 367 ff. Unzutreffend daher *Bukovics*, Das Deutsche Eigentum in Österreich, 1956, 17 und *Veiter*, Die Rechtsstellung des fremden, insbesondere des deutschen Privateigentums in Österreich, 1958, 150.

²⁶ Vgl hierzu *Graf*, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung, 385 Fn 5.

30.7.1955 bestimmt werden kann, würde sich im anderen Fall die Frage stellen, zu welchem Zeitpunkt dieses deutsche Eigentum auf die Republik übergegangen ist.²⁷

Der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass die **Praxis des Beirats** davon ausgeht, dass bezüglich solcher entzogener Vermögensgegenstände, die vom Deutschen Reich entzogen wurden bzw sich am 8.5.1945 im Eigentum des Deutschen Reichs befanden, der Eigentumsübergang auf die Republik Österreich gemäß des 1. StVDG im Jahr 1955 stattgefunden hat.²⁸

d) Beurteilung des vorliegenden Falles

Versucht man nun, das eigentumsrechtliche Schicksal der drei Bilder nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen näher zu bestimmen, so wird deutlich, dass drei verschiedene Möglichkeiten der eigentumsrechtlichen Zuordnung in Frage kommen:

1. Das Eigentum am gesamten Bestand der österreichischen Galerie, daher auch an den drei Klimt-Bildern, ging am 30.7.1955 auf die Republik über. (Diese Möglichkeit soll im Folgenden als **Variante A** bezeichnet werden.) Diese Zuordnung ergibt sich, wenn man die Regelung des **§ 1 Abs 2 1. StVDG** für die maßgebliche hält, da der gesamte Bestand der Österreichischen Galerie am 8.5.1945 unzweifelhaft im Eigentum des Deutschen Reichs stand. Ein früherer Eigentumsübergang wäre nur unter der Voraussetzung denkbar, dass bezüglich dieses Bestandes ein Rückstellungsverfahren nach dem 1. RStG stattgefunden hat. Es liegen aber keine Informationen vor, die in diese Richtung deuten. Eine Rückgabe vom Deutschen Reich an die Republik Österreich hätte jedenfalls die Bestellung eines Kurators für das Deutsche Reich zu diesem Zweck vorausgesetzt; hievon ist auch nichts bekannt.

2. Das Eigentum am „altösterreichischen“ Bestand der Galerie ging mit dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft in Österreich auf die Republik Österreich über; das Eigentum an solchen Kunstwerken, die nach dem 13.3.1938 erworben worden waren, ging aber gemäß **§ 1 Abs 2 1. StVDG** erst am 30.7.1955 auf die Republik über (= **Variante B**). Die drei Klimt-Bilder standen daher bis zu diesem Zeitpunkt im Eigentum des Deutschen Reichs. Diese eigentumsrechtliche Zuordnung würde sich ergeben, wenn man Art 22 StV den Vorrang geben und annehmen wollte, die Alliierten hätten „**altösterreichisches**“ Eigentum nicht als Deutsches Eigentum innegehabt oder beansprucht. Bezüglich dieses „Altbestandes“ wäre daher ein unmittelbar nach dem 8.5.1945 erfolgender Eigentumserwerb durch die Republik Österreich vertretbar. Diese Betrachtungsweise verbietet sich aber bezüglich solcher Bilder, die erst während der deutschen Besetzung Österreichs erworben wurden; auf solche Bilder, die nach dem 13.3.1938 erworben worden waren, wäre somit **§ 1 Abs 2 1. StVDG** anwendbar. Dies würde auch der Praxis des Beirats entsprechen.

3. Nicht nur der „altösterreichische“ Bestand der Österreichischen Galerie, sondern auch die während der nationalsozialistischen Herrschaft getätigten Neuerwerbungen - somit auch die drei Klimt-Bilder - gingen unmittelbar nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes in das Eigentum der Republik Österreich über (= **Variante C**). Dieser Befund ergäbe sich dann, wenn man einerseits das „altösterreichische“ Eigentum von der Anwendung des 1. StVDG ausnehmen wollte, andererseits aber der von der ORK in der E Rkv 59/49 vertretenen Theorie der **Gesamtsache** folgen wollte.²⁹

3. Eigentumsrechtliche Situation bzgl des Bildes *Buchenwald/Birkenwald*

²⁷ Dass es auf die Republik Österreich übergegangen ist, steht mE außer Zweifel.

²⁸ Siehe beispielsweise Beschluss vom 27.3.2000 in Sache Viktor Ephrussi.

²⁹ Der Eigentumsübergang bereits im Jahr 1945 entspricht dem Verhalten der Beteiligten; wäre man davon ausgegangen, dass es sich beim Bild um deutsches Eigentum handelt, so hätte ein Kurator für das Deutsche Reich bestellt werden müssen.

Das Bild *Buchenwald/Birkenwald* wurde von Dr. Führer im November 1942 an die Wiener Städtische Sammlung für 5000 RM verkauft. Es kam somit zu einem Eigentumserwerb durch die **Stadt Wien**. Sie war Eigentümerin des Bildes bis zur Herausgabe an die Österreichische Galerie im November 1948. Welcher Titel kommt für den Eigentumserwerb der Republik in Frage? Hier bestehen **zwei Möglichkeiten** der Sachverhaltsanalyse:

Die **eine** würde an den von Dr. Rinesch im Namen der Erben Bloch-Bauers abgeschlossenen Vergleich anknüpfen. Dieser ist so zu deuten, dass hierdurch die an und für sich den Erben Ferdinand Bloch-Bauers gegenüber der Stadt Wien **zustehenden**

Rückstellungsansprüche an die Republik Österreich abgetreten wurden.³⁰ Die Österreichische Galerie machte also die Rückstellungsansprüche der Erben Bloch-Bauers geltend; die Stadt Wien erfüllte - geht man von dieser Betrachtungsweise aus - diese Ansprüche, ohne dass es eines formellen Verfahrens bedurfte.

Nach der **zweiten** Analysevariante wäre der für den Eigentumserwerb durch die Republik maßgebliche Titel nicht in den zedierten Rückstellungsansprüchen, sondern vielmehr in einer neuen, von der Republik mit der Stadt Wien abgeschlossenen Vereinbarung über die Ausfolgung dieses Bildes zu sehen.

4. Eigentumsrechtliche Situation bzgl des Bildes *Häuser in Unterach am Attersee*

Besonders gelagert ist schließlich die eigentumsrechtliche Situation im Fall des Bildes *Häuser in Unterach am Attersee*. Dieses Bild war in der Innehabung Dr. Führers verblieben; es gelangte nach der Verhaftung Dr. Führers in den Besitz Karl Bloch-Bauers. Von dort wurde es entsprechend der Vereinbarung zwischen Dr. Rinesch und Dr. Garzarolli, dem Leiter der Österreichischen Galerie, im April 1948 abgeholt. Da nicht klar ist, aus welchen Gründen das Bild in der Innehabung Dr. Führers verblieb, kann über die eigentumsrechtliche Stellung des Bildes während der nationalsozialistischen Besetzung Österreichs **keine definitive Aussage** getroffen werden. Sollten die nationalsozialistischen Behörden einen Erwerb durch Dr. Führer bewilligt haben, so wäre dieser nach den zum damaligen Zeitpunkt maßgeblichen Rechtsvorschriften wohl zu bejahen gewesen. Andernfalls ist vom Fortbestehen des ursprünglichen Eigentums Ferdinand Bloch-Bauers auszugehen.

Mit der Übergabe des Bildes an den Neffen Ferdinand Bloch-Bauers, Karl Bloch-Bauer, ging das Eigentum aber jedenfalls wieder an Ferdinand Bloch-Bauer bzw seine Erben über. Die Republik erwarb das Eigentum am Bild mit seiner Übergabe an die Österreichische Galerie im April 1948. Der Titel war hier die von Dr. Rinesch im Namen der Erben Bloch-Bauers abgeschlossene Vereinbarung mit der Österreichischen Galerie.

5. Zwischenresumee

Es zeigt sich somit, dass ein **direkter Erwerb** der Republik vom ursprünglichen Eigentümer nur in einem Fall stattgefunden hat, dem Bild *Häuser in Unterach am Attersee*. Im Fall des Bildes *Buchenwald/Birkenwald* hat die Republik das von der Stadt Wien erworben³¹. In den anderen drei Fällen erfolgte der Erwerb unmittelbar vom Deutschen Reich. Dies zeigt nun aber, dass jener Gesichtspunkt, der gegen die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG ins Feld geführt wurde, nämlich der direkte Erwerb vom ursprünglichen Eigentümer, bestenfalls bezüglich **eines** Bildes zum Tragen kommen kann, **nicht** aber bezüglich der anderen vier Bilder.

³⁰ Es hat zwischen der Stadt Wien und den Erben Ferdinand Bloch-Bauers wohl keine dem Vergleich vorausgehende Einigung über die Rückstellung des Bildes gegeben. Diesem Umstand kommt deswegen Bedeutung zu, weil bei Vorliegen einer solchen Einigung auch eine dritte Deutung des Sachverhalts in die Richtung möglich wäre, dass nicht der gesetzliche Rückstellungsanspruch, sondern der aufgrund einer vertraglichen Einigung resultierende **vertragliche** Rückforderungsanspruch abgetreten worden sei.

³¹ Siehe jedoch unten Abschnitt E/2 zur Problematik des § 14 Abs 5 3. RStG.

D. Zur Ratio und Reichweite des § 1 Z 2 KunstrückgabeG

1. Tatbestand dem Wortlaut nach erfüllt

Prüft man nun die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass **bezüglich aller fünf Bilder der Tatbestand** dieser Bestimmung ihrem Wortlaut nach jedenfalls erfüllt ist: Sämtliche Bilder waren Gegenstand einer Vermögensentziehung im Sinne des Nichtigkeitsgesetzes und befinden sich nunmehr - nach rechtmäßigem Eigentumsübergang - im Eigentum der Republik Österreich. Kausal für den Erwerb des Eigentums der Republik war in vier Fällen entweder Art 22 StV iVm dem 1. StVDG (Variante A und B) oder ein nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft in Österreich automatisch stattfindender Übergang des ehemaligen österreichischen Eigentums vom Deutschen Reich auf die Republik Österreich (Variante C). Da diese Variante des Eigentumsübergangs von der Rechtsordnung vorgesehen war, ist sie als rechtmäßig iS des § 1 Z 2 KunstrückgabeG anzusehen. Nur im Fall des Bildes *Häuser in Unterach am Attersee* liegt der Titel für den Eigentumserwerb durch die Republik in einem mit den Erben Ferdinand Bloch-Bauers abgeschlossenen Rechtsgeschäft. Da dieses aber - soweit ersichtlich - gültig zustande gekommen ist, liegt auch hier ein rechtmäßiger Erwerb durch die Republik vor. Daher sind auch hier die Tatbestandsvoraussetzungen des Gesetzes jedenfalls seinem Wortlaut nach erfüllt.

2. Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung? - Die bisherige Praxis des Beirats

Im Folgenden ist zu prüfen, inwieweit jenen Argumenten Berechtigung zukommt, die eine gegenüber ihrem Wortlaut einschränkende Auslegung dieser Bestimmung fordern. Als Ausgangspunkt dieser Prüfung wird die **Praxis des Beirats** gewählt, kommt ihr doch - wie bereits oben dargelegt - aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes für die Auslegung des Gesetzes entscheidende Bedeutung zu.

In dieser Praxis spielt § 1 Z 2 KunstrückgabeG eine wichtige Rolle, ist es doch in vielen Fällen diese Bestimmung, auf welche die Rückgabe gestützt wird. Dabei überwiegen Konstellationen, in denen der für die spätere Innehabung³² der Republik Österreich kausale Erwerbsvorgang bereits während der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft stattfand und die Republik in der Folge das Eigentum gem Art 22 StV iVm dem 1. StVDG erwarb.³³ In einer Minderzahl der Fälle erfolgte dieser kausale Erwerb erst nach dem Ende des 2. Weltkriegs von dritter Seite.³⁴ Recht bald nach Aufnahme seiner Tätigkeit war der Beirat auch mit Fällen konfrontiert, in denen es bezüglich der Rückstellung der entzogenen Kunstgegenstände nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft in Österreich Verhandlungen bzw sogar Verfahren gegeben hatte, die aber nicht zu einer Rückstellung geführt, sondern vielmehr in einer Vereinbarung geendet hatten, nach welcher die Kunstgegenstände in den betreffenden Museen verblieben.

a) Der Fall Czczowiczka

Erstmals war der Beirat mit einer solchen Konstellation im Fall Czczowiczka (Beschluss vom 18.8.1999) konfrontiert. Diesem Fall lag das Begehren auf Rückgabe unter anderem zweier

³² Der Begriff „Innehabung“ wird hier bewusst verwendet; für den Eigentumserwerb durch die Republik Österreich letztlich kausal war ja nicht dieser während der Naziherrschaft erfolgte Erwerbsvorgang, sondern Art 22 StV iVm dem 1. StVDG.

³³ Ein Beispiel hierfür findet sich im Beschluss vom 3.12.2002 bzgl eines Salznäpfchens und eines Deckelkruges aus dem Eigentum von Jacques Ziegler, die vermutlich 1942 durch das Kunstgewerbemuseum im Dorotheum erworben worden waren.

³⁴ Ein Beispiel hierfür stellt der Beschluss des Beirats von 28.11.2000 iS Lasus zugrunde liegende Fall dar. Hier wurde die Rückstellung zweier Klimt-Bilder empfohlen. Das eine hiervon hatte die Österreichische Galerie 1950 im Tauschweg erworben, das andere im Wege einer letztwilligen Verfügung.

008364

BLANK PAGE

[page 12a]

please continue to page 13

008365

wertvoller Miniaturen aus dem Besitz der Albertina zugrunde. Die den Eigentümern geraubten und 1942 im Dorotheum veräußerten Miniaturen waren von der Albertina im Jahr 1948 von einer Galerie gekauft worden. Bezüglich dieser Miniaturen war nach 1945 ein Rückstellungsverfahren anhängig gemacht worden. Dieses endete in einem **Vergleich**; der Bund verpflichtete sich zur Rückgabe zweier - ebenfalls entzogener - chinesischer Grabfiguren, die beiden Miniaturen verblieben hingegen im Besitz der Albertina. Der Bund verpflichtete sich weiters zur Zahlung eines Kostenbeitrages von 1.500 Schilling. Vom damaligen Vertreter der Finanzprokuratur wurde der Vergleich bei der gegebenen Beweis- und Rechtslage als für die Republik Österreich günstig bezeichnet, da „kaum anzunehmen“ sei, dass „die Rückstellungskommission einen gutgläubigen Erwerb durch die Republik Österreich annimmt“.

Diesen Sachverhalt nahm der Beirat zum Anlass, darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut des § 1 Z 2 KunstrückgabeG seines Erachtens nach zu weit formuliert sei, erfasse er doch auch folgenden Fall: „Ein zwischen 1938 und 1945 entzogener Kunstgegenstand wurde nach 1945 dem ursprünglichen Eigentümer rückgestellt und im Jahr 1995 vom Bund, etwa auf einer öffentlichen Versteigerung durch Kauf zum Marktpreis erworben. Auch in diesem Fall wären beide Tatbestandsmerkmale erfüllt, lediglich auf Kunstgegenstände, die der Bund erst nach Inkrafttreten des RückgabeG erworben hat oder erwirbt, wäre dieses seinem Wortlaut nach nicht anwendbar“. In einem solchen Fall sei nach Ansicht des Beirats eine Rückgabe aber nicht indiziert, daher müsse der Gesetzestext einschränkend ausgelegt werden, um eine Rückgabe im Beispielfall auszuschließen.

Dieser Hinweis auf die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung dieser Bestimmung hinderte den Beirat aber nicht, trotz des Vorliegens des Vergleichs die Rückgabe der Miniaturen zu empfehlen. Der für seine Entscheidung wesentliche Gesichtspunkt lag darin, „dass sowohl aus damaliger, als auch aus heutiger Sicht eine Fortsetzung des Rückstellungsverfahrens ohne Abschluss des Vergleiches aller Voraussicht nach zur Verpflichtung des Bundes auch die beiden Miniaturen zurückzustellen, geführt hätte“.

b) Der Fall Pollak

Mit einer ähnlichen Situation war der Beirat in jenem Sachverhalt konfrontiert, der seinem Beschluss vom 27.3.2000 zugrunde liegt. Hier machten die Erben nach Ernst Pollak den Anspruch auf Rückgabe einer Reihe von Kunstgegenständen geltend, die im Jahr 1942 durch die VUGESTA beschlagnahmt worden waren. Bezüglich dieser und anderer Gegenstände war am 27.11.1948 ein Restitutionsvergleich abgeschlossen worden, der dazu führte, dass insgesamt neun Kunstgegenstände im Eigentum der Republik verblieben. Ungeachtet dieses Vergleichs empfahl der Beirat die Rückstellung der Kunstwerke. Ausdrücklich lehnt es der Beirat ab, der von der Finanzprokuratur im Verfahren vertretenen These, eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentumsrechtes an den Bund, die auf einer freien Willenserklärung des Berechtigten oder seiner Rechtsnachfolger beruht, sei vom Tatbestand des § 1 Z 2 KunstrückgabeG nicht erfasst, uneingeschränkt zu folgen. Obwohl der Beirat diesem Grundsatz - wie er in den Ausführungen zum Fall Czczowiczka deutlich gemacht hat - durchaus Sympathie entgegenbringt, hält er Ausnahmen hiervon für notwendig:

„Um aber den aus den Materialien erschließbaren Intentionen des Gesetzgebers nachzukommen, ist es geboten und auch gerechtfertigt, von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen. Diese müssen dann in Betracht gezogen werden, **wenn der Vertragspartner noch keine Verfügungsmacht über die betroffenen Kunstgegenstände hatte**, der Vergleich somit zugleich eine Regelung geltend gemachter Rückstellungsansprüche war. Standen hingegen die Kunstgegenstände zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits wieder in der Verfügungsmacht des seinerzeit Berechtigten, so kommt der zweite Tatbestand des Rückgabegesetzes nicht in Betracht (sondern nur der erste Tatbestand, sofern dessen weitere Voraussetzungen vorliegen). Darüber hinaus und zusätzlich muss aber der Vergleich

aus heutiger Sicht eine ansonsten im Rechtsweg (insbesondere in einem Rückstellungsverfahren) **durchsetzbare Rückstellung der Kunstgegenstände hintangehalten haben** (so etwa auch die Argumentation in der Rückgabesache Czczowiczka).³⁵

Zutreffend erkennt der Beirat, dass diese Voraussetzungen im Fall Pollak gegeben waren: Wäre der Vergleich nicht abgeschlossen worden, hätten die Rechtsnachfolger die Rückstellung der verfahrensgegenständlichen Kunstgegenstände durchsetzen können. Daher wird auch hier die Rückstellung empfohlen.

c) Der Fall Kantor

Ein dritter Fall, in dem trotz Vorliegen eines Vergleichs eine Rückgabeempfehlung ausgesprochen wurde, ist der Fall Kantor (Beschluss vom 22.11.1999). Er zeichnet sich dadurch aus, dass der Vergleich nicht auf Grund eines Rückstellungsverfahrens abgeschlossen wurde, sondern vielmehr erst im Jahr 1974. Diesem Vergleich war eine drei Jahre dauernde Auseinandersetzung zwischen den Erben nach Dr. Siegfried und Irma Kantor vorausgegangen. Die Republik hatte die Herausgabe des Bildes verweigert, bot aber schließlich einen Vergleichsabschluss zum halben Schätzwert an. Dieser wurde von den Erben der Familie Kantor angenommen. Nach Inkrafttreten des KunstrückgabeG machten die Erben Kantor nun neuerlich einen Herausgabeanspruch geltend. Auch hier gab der Beirat eine die Rückgabe bejahende Empfehlung ab. Als Begründung führte er an, dass es zum Abschluss des Vergleichs nicht gekommen wäre, wenn die Identität der in der Albertina befindlichen Klimt-Zeichnung mit derjenigen aus der Sammlung Kantor schon damals bekannt gewesen wäre.³⁶ Es kam also auch in diesem Fall der Gesichtspunkt zum Tragen, dass - betrachtet man die Situation bei Vergleichsabschluss **aus heutiger Sicht** - die Geltendmachung eines Rückgabebegehrens eigentlich erfolgreich sein hätte müssen.³⁷

3. Teleologische Beurteilung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG

a) Kein Abstellen auf subjektive Unredlichkeit

Das vom Beirat im Fall Czczowiczka formulierte Beispiel des 1945 rückgestellten und 1995 von der Republik erworbenen Kunstwerkes legt tatsächlich nahe, dass der Wortlaut des § 1 Z 2 KunstrückgabeG etwas zu weit geraten ist, erschiene eine Rückgabe in diesem Fall doch rein intuitiv merkwürdig. Es stellt sich nun allerdings die Frage, aus welchem Grund eine Rückgabe genau in diesem Fall nicht stattfinden soll. Der Beirat versucht diese Frage durch Rekurs auf die Gesetzesmaterialien zu beantworten. In diesen findet sich zu § 1 Z 2 KunstrückgabeG folgende Passage: „Einige Museumsdirektoren haben in der Nachkriegszeit in gutem Glauben Kunstgegenstände am Kunstmarkt bei befugten Händlern erworben, wobei

³⁵ Hervorhebung durch den Verf.

³⁶ Die Republik hatte behauptet, die verschwundene Zeichnung aus der Sammlung Kantor sei nicht ident mit der in der Albertina befindlichen Zeichnung.

³⁷ Hingegen empfiehlt der Beirat grundsätzlich keine Rückgabe, wenn bezüglich der betreffenden Kunstgegenstände ein **rechtskräftiges Erkenntnis** der Rückstellungsbehörden vorliegt. (Vgl. Beschluss vom 27. 10. 1999 in der Rückgabesache Alma Mahler-Werfel/Munch: Meereslandschaft mit Mond.) Der Beirat begründet dies durch Berufung auf die materielle Rechtskraft solcher Erkenntnisse. Das überzeugt nicht. 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 dennoch zurückzugeben. Auch das KunstrückgabeG untersagt eine solche Rückgabe nicht. Siehe die treffende Kritik durch *Meissel/Jungwirth*, Moralisch verständlich, aber rechtlich nichts zu machen? Munchs „Sommernacht am Strand“ vor dem Kunstrückgabebeirat, in: *Pawlowsky/Wendelin* (Hg), Raub und Rückgabe. Österreich von 1938 bis heute, Band 3, erscheint 2006.

sich erst zu einem späteren Zeitpunkt Zweifel an der Unbedenklichkeit der Herkunft ergeben haben". Aus dieser Formulierung gewinnt der Beirat die These, dass vom Gesetz nur solche Fälle des Erwerbs durch die Republik erfasst seien, in denen im Nachhinein derartige Zweifel an der Unbedenklichkeit aufgetreten seien. Durch § 1 Z 2 KunstrückgabeG werde eine Ausnahme vom Grundsatz *mala fides superveniens non nocet* statuiert. Da im Fall des 1945 zurückgestellten und 1995 wieder erworbenen Kunstwerks von einer solch nachträglich auftretenden Bedenklichkeit keine Rede sein könne, komme hier eine Rückgabe nicht in Betracht.

Nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass diese Überlegungen, die eine Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG nur dann zulassen, wenn den für die Republik handelnden Personen zumindest **ex post ein subjektiver Vorwurf** gemacht werden kann, verfehlt sind. Für die Anwendung des Gesetzes ist die Möglichkeit eines solchen nachträglichen Vorwurfs gänzlich irrelevant. Das lässt sich anhand eines Beispiels leicht zeigen: Angenommen sei, ein Bundesmuseum habe 1953 ein während der Nazizeit „arisierendes“ und nie restituiertes Bild bei einer Auktion erworben und es wäre selbst bei größter Genauigkeit nicht zu erkennen gewesen, dass es sich um ein „arisierendes“ Bild handelte, sodass der für das Museum handelnden Person auch nachträglich kein Vorwurf gemacht werden kann. Folgt man den teleologischen Überlegungen des Beirats, so wäre eine Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG ausgeschlossen, da dem Käufer auch nachträglich kein Vorwurf gemacht werden kann. Es kann jedoch kein Zweifel bestehen, dass auch ein solches Gemälde vom Gesetz erfasst und zurückzugeben wäre.

b) Die § 1 Z 2 KunstrückgabeG zugrunde liegende Ratio

Das wird deutlich, wenn man sich präziser um die dem § 1 Z 2 KunstrückgabeG zugrunde liegende **Ratio** bemüht. Für deren Erfassung ist die **Entstehungsgeschichte** des Gesetzes von größter Bedeutung. Es ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz als Reaktion auf den wiederholt erhobenen Vorwurf erlassen wurde, in den österreichischen Galerien und Kunstsammlungen befänden sich auch mehr als 50 Jahre nach Kriegsende noch immer von den Nationalsozialisten entzogene Kunstwerke, die nicht an ihre Eigentümer zurückgestellt worden seien. Österreich habe es unterlassen, nach 1945 die Rückstellung derartiger Objekte in hinreichendem Umfang und mit hinreichender Energie zu betreiben. Diesem Vorwurf sollte endgültig dadurch der Boden entzogen werden, dass man die Möglichkeit zur Rückgabe derartiger Kunstwerke vorsah.

Berücksichtigt man diesen Entstehungskontext, so wird das Anliegen des Gesetzes deutlich: Es soll die Rückgabe jener Kunstwerke ermöglicht werden, die nach dem Krieg **nicht zurückgestellt wurden** und sich im Eigentum der Republik befinden. Die Republik Österreich möchte nicht länger - wenn auch nur mittelbar - Profiteur derartiger nationalsozialistischer Vermögensentziehungen sein. Die betreffenden Objekte werden entweder an die Erben rückgestellt oder gem § 2 Abs 1 Z 2 KunstrückgabeG an den Nationalfonds zur Verfügung gestellt.

In normativer Hinsicht sind für die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG **somit zwei Gesichtspunkte** wesentlich: Der erste ist das Unterbleiben der Rückstellung nach 1945; dieses führt dazu, dass das grobe Unrecht der Entziehung nach wie vor andauert und nicht durch den *contrarius actus* der Rückstellung rückgängig gemacht wurde. Der zweite wesentliche Gesichtspunkt ist das Eigentum der Republik Österreich: Der Gesetzgeber³⁸ hat nur für diesen öffentlichen Bereich der Rückgabe angeordnet, nicht aber bezüglich dritter, privater Eigentümer.

Erfasst man die Ratio des Gesetzes auf diese Weise, so lassen sich für seine Anwendung wesentliche Erkenntnisse gewinnen. Es zeigt sich erstens, dass die vom Beirat in den Fällen

³⁸ Teilweise sind die Landesgesetzgeber dem Beispiel des Bundesgesetzgebers gefolgt.

des Erwerbs von dritter Seite postulierte Notwendigkeit eines gegenüber der Republik zumindest nachträglich zu erhebenden Vorwurfs nicht besteht; auch dann, wenn ein solcher Vorwurf nicht gemacht werden könnte, würde die Ratio des Gesetzes seine Anwendung fordern, da es eben um Kunstwerke geht, bezüglich derer keine Rückstellung stattgefunden hat.

Das Erfordernis des subjektiven Vorwurfs ist auch deswegen verfehlt, weil es ja gerade die Berufung auf eine vorgebliche Redlichkeit war, mit welcher sich die Republik nach 1945 oftmals einer Rückstellung entziehen sollte. Da das Gesetz seinem Zweck nach diese nach 1945 eingeschlagene viel zu enge Praxis korrigieren möchte, wäre es geradezu paradox, nunmehr dem Erfordernis des unredlichen Erwerbs „über die Hintertür“ wieder Eingang zu verschaffen. Zweitens zeigt sich aber, aus welchem Grund in dem vom Beirat formulierten Beispielsfall eine Anwendung des KunstrückgabeG nicht in Frage kommt: Sie scheidet deswegen aus, weil in diesem Beispielsfall eine Rückgabe stattgefunden hat, geht es doch um Kunstwerke, die nach 1945 restituiert wurden. Damit fehlt aber der erste für die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG wesentliche normative Gesichtspunkt; der zweite ist zwar verwirklicht, kann aber alleine eine Rückgabe nicht begründen.

c) Exkurs: Die dem § 1 Z 1 KunstrückgabeG zugrunde liegende Ratio

Eine etwas andere Ratio liegt dem § 1 Z 1 des G zugrunde. Hier ist es nicht primär das Unterbleiben einer Restitution, an welche die Rückstellungspflicht geknüpft wird, sondern vielmehr die Art und Weise, auf welche die betreffenden Kunstwerke nach Rückgabe wieder in das Eigentum der Republik gelangt sind. Verpönt wird durch diese Bestimmung der Erwerb aufgrund einer **akquisitorischen Verwendung des AusfuhrverbotsG**. In § 1 Z 1 KunstrückgabeG gibt der Gesetzgeber eindeutig zu erkennen, dass er die Verwendung des Ausfuhrverbotes durch staatliche Stellen zum Zwecke des Erwerbs von rückgestellten Bildern missbilligt. Hier liegt eine eindeutige Negativbewertung vor, die dazu führt, dass der hierdurch herbeigeführte Erwerb keinen rechtlichen Bestand haben soll. Diese Anordnung gründet sich in der grundsätzlichen Wertung, dass die Berufung auf das Ausfuhrverbot im Zusammenhang mit entzogenen Kunstgegenständen sittlich und rechtlich nicht gerechtfertigt war. Daher soll die Rückgabe möglich werden.³⁹

4. Beurteilung der bisherigen Praxis des Beirats

a) Ein möglicher Einwand gegen diese Praxis

Versucht man die vom Beirat in jenen oben beschriebenen Fällen, in denen ein Rückstellungsvergleich geschlossen worden war, gefassten Beschlüsse im Hinblick auf die hier analysierte Ratio des Gesetzes zu beurteilen, so ist zu fragen, welche Bedeutung den jeweils abgeschlossenen Vergleichen vor dem Hintergrund dieses Gesetzeszwecks zukommt. Hier liegt nun mE der wesentliche Gesichtspunkt darin, dass diese Vergleiche dazu geführt haben, dass eine **Rückstellung** der jeweiligen Kunstwerke **unterblieben** ist. Jener Zustand, der durch die nationalsozialistische Vermögensentziehung herbeigeführt worden war, wurde durch die Vergleiche nicht behoben. Das bedeutet aber, dass der Umstand, an den die Ratio des Gesetzes die Rückgabe knüpft, das Unterbleiben der Rückstellung, auch hier verwirklicht ist und daher insoweit **für die Anwendung des Gesetzes** spricht.

Dem könnte man entgegenzuhalten versuchen, in diesen Fällen liege doch ein Verzicht auf die Rückstellung, somit ein freiwilliger Verzicht auf die betreffenden Kunstgegenstände selbst vor. Nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* wäre durch diese einverständliche Regelung das nationalsozialistische Unrecht **aufgehoben** worden und eine Anwendung des Gesetzes daher nicht mehr indiziert. Dieser Einwand hat auf den ersten Blick etwas Plausibles an sich:

³⁹ ME ist eine analoge Anwendung des Gesetzes auch auf andere Fälle, in denen die Republik Kunstgegenstände nach Rückstellung erwarb, gerechtfertigt, vorausgesetzt, es liegt wertungsmäßig eine vergleichbare Situation vor.

Da eine Anwendung des Gesetzes nach erfolgter Rückstellung (abgesehen vom in § 1 Z 1 KunstrückgabeG geregelten Fall⁴⁰) selbst dann nicht mehr in Frage kommt, wenn die Gegenstände wiederum in das Eigentum der Republik Österreich übertragen worden sein sollten, erscheint es tatsächlich naheliegend, die Anwendung des Gesetzes auch dann zu verneinen, wenn eine solche Regelung gleichsam „auf kurzem Wege“ getroffen wird, indem der geschädigte Eigentümer oder seine Erben auf die Rückstellung verzichten. In beiden Fällen würde das Ergebnis durch eine an und für sich privatrechtlich wirksame Willenserklärung des geschädigten Eigentümers herbeigeführt.

b) Der Einwand wäre verfehlt

Bei genauerer Analyse zeigt sich aber, dass der Einwand verfehlt ist. Auszugehen ist wiederum von der Ratio des Gesetzes: Sie knüpft die Rückgabe an die nach 1945 unterlassene Rückstellung des Kunstgegenstandes. Die Rückstellung hingegen schließt die Rückgabe aus. Damit ist zu fragen, ob ein von Rückstellungswerber und Republik geschlossener **Vergleich** in normativer Hinsicht der **Rückstellung** gleich gehalten werden kann. Das ist nun aber zu verneinen; der wesentliche normative Aspekt wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass solche Vergleiche ja nur deswegen geschlossen wurden, weil sich die Republik **weigerte**, die betreffenden Kunstgegenstände freiwillig herauszugeben. Diese Weigerung versetzte den Rückstellungswerber in eine Situation, in welcher die Notwendigkeit bestand, sich zu entscheiden, ob er die Rückstellungsansprüche im Rückstellungsverfahren geltend machen oder sich mit weniger zufriedener geben sollte. So verzichteten die Rückstellungswerber im Fall Czezowiczka auf die Rückstellung der zwei Miniaturen, um wenigstens die chinesischen Grabfiguren zurückzuerhalten. Die Alternative zum Vergleichsabschluss wäre also immer nur die gewesen, sich auf einen formellen Rechtsstreit mit der Republik einzulassen. Der Vergleichsabschluss war für die Rückstellungswerber daher immer die Wahl des - aus ihrer **damaligen Situation** betrachtet - geringeren Übels.

Ganz anders hingegen war die Lage jenes Opfers nationalsozialistischer Vermögensentziehung, das sich **nach Rückgabe** der Kunstgegenstände entschloss, das Eigentum an diesen an die Republik Österreich zu übertragen. Dieses Opfer hatte nämlich eine genuine, freie Entscheidungssituation: Das Unterbleiben der Weiterveräußerung brachte nicht das Übel der Notwendigkeit eines möglicherweise langwierigen auf die Rückstellung der Kunstgegenstände gerichteten Verfahrens gegen die Republik mit sich, waren diese ja schon zurückgestellt worden.

Obwohl somit eine nach Rückstellung erfolgende Veräußerung der Kunstgegenstände an die Republik und ein gegenüber der Republik erklärter Verzicht auf die Rückstellung zum selben **Ergebnis** führten, bestand zwischen den beiden Vorgangsweisen ein drastischer Unterschied, was die Freiheit der jeweiligen Entscheidung betraf. Während der Eigentümer im ersten Fall vor der Wahl stand, die Sache an die Republik zu übertragen oder aber selbst zu behalten, bestand im zweiten Fall die Abwägungssituation zwischen der Verzichtserklärung und der meist sehr beschwerlichen Geltendmachung der Rückstellungsansprüche. Im ersten Fall lag ein Verzicht auf die entzogenen Gegenstände selbst vor, im zweiten hingegen nur ein solcher auf die Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen.

Diesem Unterschied entspricht ein weiterer, wenn man die beiden Situationen im Hinblick auf das Verhalten der Republik betrachtet. Im ersten Fall kann ihr kein Vorwurf mehr gemacht werden, hat sie die entzogenen Kunstgegenstände doch **tatsächlich** zurückgestellt; im zweiten Fall hat sie die Rückstellung verweigert. Sie war **nicht bereit**, jenes Übel, das in Form der Vermögensentziehung während der nationalsozialistischen Besetzung geschehen war und von dem sie mittelbar als Eigentümerin der entzogenen Sache profitierte,

⁴⁰ Bzw in den Fällen der analogen Anwendung dieser Bestimmung.

rückgängig zu machen, sondern **bestand vielmehr auf seiner Aufrechterhaltung**. Da die vom geschädigten Eigentümer abgegebene Verzichtserklärung nur das Ergebnis dieser - aus heutiger Sicht jedenfalls - verpönten und negativ bewerteten Vorgangsweise der Republik war, kann sie nicht dazu herangezogen werden, um die Republik zu exkulpieren. In dieser Situation greift jener Vorwurf, der zur Erlassung des KunstrückgabeG geführt hat, uneingeschränkt und fordert seine Anwendung.

c) Praxis des Beirats entspricht der Ratio des Gesetzes

Aufgrund dieses Unterschiedes lassen sich diese beiden Situationen nicht vergleichen. Es zeigt sich vielmehr, dass der Beirat zurecht dem Vorschlag der Finanzprokurator nicht gefolgt ist, welche jene Fälle, in denen es zu einem derartigen Vergleichsabschluss gekommen ist, generell aus dem Anwendungsbereich des KunstrückgabeG ausnehmen wollte. Die Praxis des Beirats, trotz derartiger in Vergleichsform gekleideter Verzichtserklärungen auf Rückstellung die Anwendbarkeit des § 1 Z 2 KunstrückgabeG zu bejahen, ist vielmehr zutreffend und dem Zweck des Gesetzes entsprechend. Solche Verzichtserklärungen haben zum Unterbleiben der Rückstellung geführt; daher fordert die Ratio des Gesetzes seine Anwendung. Das Unterbleiben der Rückstellung kann durch die Abgabe der **Verzichtserklärung nicht gerechtfertigt** werden. Diese wurde nämlich in einer durch das KunstrückgabeG verpönten, von der Republik durch ihr rechtswidriges Verhalten⁴¹ herbeigeführten Situation eingeschränkter Entscheidungsfreiheit abgegeben, wäre dem Rückstellungswerber doch andernfalls nur die Möglichkeit zum Beschreiten des Rechtswegs offen gestanden.

Es zeigt sich auch, dass den beiden vom Beirat für die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG aufgestellten Voraussetzungen zugestimmt werden kann. Der Beirat lässt die Rückgabe zum einen nur dann zu, wenn der seinerzeit Berechtigte noch nicht wieder die volle Verfügungsmacht über die betreffenden Kunstgegenstände erlangt hat.⁴² Zum anderen fordert der Beirat, dass der Vergleich eine aus heutiger Sicht ansonsten im Rechtsweg durchsetzbare Rückstellung der Kunstgegenstände hintangehalten hat. Die erste Voraussetzung muss als legitim angesehen werden, da nach Rückgabe der Kunstwerke die oben beschriebene Situation eingeschränkter Entscheidungsfreiheit nicht mehr gegeben ist. Die zweite Voraussetzung folgt schon aus dem Grundanliegen des KunstrückgabeG: Wenn es sich um entzogene Kunstgegenstände gehandelt hat, so wären diese zu restituieren gewesen, sodass - zumindest aus heutiger Perspektive betrachtet - ein Obsiegen des Rückstellungswerbers in einem Rückstellungsverfahren zu erwarten gewesen wäre.

d) Zur Frage der Entgeltlichkeit des Verzichts

Eine weitere Frage, die zwar für die Beurteilung des Falles Bloch-Bauer irrelevant, aber in dogmatischer Hinsicht interessant ist, hat in der Praxis des Beirates bis jetzt noch keine eindeutige Antwort gefunden. Dies ist die Frage, ob bei Vorliegen eines Verzichts das KunstrückgabeG auch dann anwendbar ist, wenn die Republik für den Verzicht eine Gegenleistung erbracht hat, die über die Rückstellung anderer, ebenfalls entzogener Vermögenswerte hinausging.

Hier erscheinen zwei Beschlüsse einschlägig zu sein. Im - bereits oben besprochenen - Fall Kantor hatten die Rückstellungswerber eine Abschlagszahlung in Höhe von 50% des Schätzwertes erhalten; die Rückgabe wurde vom Beirat empfohlen. Eine andere Entscheidung traf der Beirat im Fall Rothberger (Beschluss vom 26.6.2000). Hier hatte ein Rückstellungsvergleich vorgesehen, dass die vier beanspruchten Gemälde von Schütz in der Albertina verbleiben sollten. Im Gegenzug hatte die Albertina dem Rückstellungswerber aber

⁴¹ Die Republik weigerte sich Ansprüche zu erfüllen, denen aufgrund der Rückstellungsgesetze aufrechter Bestand zukam.

⁴² Hat er wieder die volle Verfügungsmacht erlangt, so kommt nur die unmittelbare oder analoge Anwendung des ersten Tatbestandes in Frage.

vier Stiche von Israhel van Meckenem übergeben.⁴³ Der Beirat empfahl im Hinblick auf diesen Umstand die Rückgabe der Gemälde von Schütz nicht.

Das wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis die Entscheidungen IS Kantor und IS Rothberger stehen. Hier erscheint eine Abgrenzung unter der Annahme möglich, dass die im Fall Rothberger als Entschädigung geleisteten Stiche vom Wert her den Gemälden von Schütz entsprachen. Dann hätte in diesem Fall eine adäquate Kompensation für den Verzicht auf die Rückgabe vorgelegen. Dieser Umstand könnte es rechtfertigen, in einem derartigen Fall das KunstrückgabeG nicht anzuwenden. Es könnte argumentiert werden, dass durch die Leistung einer **adäquaten Entschädigung** eine Rückstellung zwar nicht in natura, aber doch im Hinblick auf den durch die entzogene Sache repräsentierten finanziellen Wert geleistet wurde. Im Fall Kantor würde dieser Gesichtspunkt hingegen nicht greifen, da eine Zahlung von bloß 50% des Wertes der entzogenen Sache keineswegs als adäquate Entschädigung angesehen werden kann.

E. Beurteilung des Falles Bloch-Bauer

Nach Herausarbeitung der für die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG maßgeblichen Gesichtspunkte ist es nun möglich, eine Beurteilung der rechtlichen Situation bezüglich der fünf Bilder zu formulieren.

1. Die Rechtslage bezüglich der Bilder *Adele Bloch-Bauer I und II* und *Apfelbaum I*

Die Beurteilung der Rechtslage bezüglich dieser drei Bilder hängt davon ab, welcher Ansicht man bezüglich ihrer eigentumsrechtlichen Zuordnung im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses folgt. Im Folgenden soll vorerst von Variante C ausgegangen werden, nach welcher sich der Gesamtbestand der Österreichischen Galerie, also samt entzogener Bilder, im Eigentum der Republik Österreich befand.⁴⁴ Sodann wird geprüft, ob sich in Variante A und B Abweichungen ergeben.

a) Beurteilung bei Vorliegen der sachenrechtlichen Variante C

In dieser Variante standen die drei Bilder *Adele Bloch-Bauer I und II* und *Apfelbaum I* zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits im Eigentum der Republik Österreich. In diesem Fall ist bezüglich der Bilder die Anwendbarkeit des § 1 Z 2 KunstrückgabeG jedenfalls zu bejahen. Jene Voraussetzungen, an die die Praxis des Beirates in Übereinstimmung mit der dem Gesetz zugrunde liegenden Ratio die Rückgabeempfehlung in derartigen Fällen knüpft, sind gegeben: Es wurde mit der Republik Österreich ein Vergleich mit dem Inhalt des Verzichts auf die Rückforderung der Bilder zu einem Zeitpunkt geschlossen, zu dem diese noch nicht rückgestellt worden waren, sondern sich in der Inhabung der Österreichischen Galerie befanden. Diese Vereinbarung hat die erfolgreiche Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen aus heutiger Perspektive betrachtet hintangehalten. Geht man nämlich zutreffenderweise davon aus, dass der Republik aufgrund der letztwilligen Verfügung Adele Bloch-Bauers **kein Rechtsanspruch** bezüglich der Bilder zustand, so ergibt sich daraus zwangsläufig, dass ein vor den Rückstellungsbehörden geltend gemachter Rückstellungsanspruch der Erben Ferdinand Bloch-Bauers **erfolgreich** gewesen wäre.

⁴³ Nach dem im Beschluss wiedergegebenen Sachverhalt hat es sich bei diesen vier Stichen nicht um Kunstgegenstände gehandelt, die dem Rückstellungswerber während der nationalsozialistischen Herrschaft entzogen worden waren, sodass hier eine genuine Gegenleistung für die Verzichtserklärung vorlag. Den im Text bezüglich dieses Falls angestellten Überlegungen liegt die Annahme einer solchen genuine Gegenleistung zugrunde.

⁴⁴ Dies ist jene Variante, von welcher die Parteien des Vergleichs vom 10.4.1948 offenkundig ausgingen.

Hinzu kommt, dass die Erben Ferdinand Bloch-Bauers für die Überlassung der Bilder keinerlei finanzielle Gegenleistung erhielten.⁴⁵ Dies ist ein wesentlicher Umstand: Falls - wie der Beschluss IS Kantor zeigt - eine Rückgabe sogar möglich ist, wenn für den Verzicht auf die Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen der halbe Schätzwert geleistet wurde, muss dies umso mehr gelten, wenn keinerlei Gegenleistung in Form einer Zahlung erbracht wurde.

Man könnte allerdings versucht sein, einen Unterschied zu den vom Beirat bisher entschiedenen Fällen darin zu sehen, dass in jenen Fällen dem Vergleichsabschluss das Motiv zugrunde lag, hierdurch die Rückstellung anderer Kunstwerke zu ermöglichen, die Rückstellungswerber also bereit waren, in Gestalt der Aufgabe der nunmehr rückgeforderten Bilder den Preis für die Rückgabe der übrigen Kunstwerke zu bezahlen. Im vorliegenden Fall, so könnte man argumentieren, sei das Motiv für den Vergleichsabschluss aber gewesen, den letzten Willen Adele Bloch-Bauers zu erfüllen. Dieser Einwand wäre jedoch verfehlt: Zum einen begibt er sich auf eine rein spekulative Ebene, entzieht sich das konkrete psychologische Motiv, aus dem heraus der Vergleich abgeschlossen wurde, doch jeder rückblickenden Erfassung. Zum anderen spielt nach der Praxis des Beirates die Frage des für den Vergleichsabschluss wesentlichen Motivs überhaupt keine Rolle: Nach der vom Beirat zutreffend erkannten Ratio des Gesetzes kommt es ausschließlich auf objektive Umstände an, nämlich darauf, ob ein Rückstellungsanspruch erfolgreich geltend gemacht werden hätte können, sodass der Verzicht auf die Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen dazu führte, dass eine an und für sich nach den Rückstellungsgesetzen indizierte Rückstellung entzogenen Vermögens nicht stattfand. Diese objektiven Voraussetzungen sind aber aufgrund der Unwirksamkeit des Legats gegeben.

Die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG scheidet im Übrigen nicht daran, dass man den Vergleich als konstitutives Anerkenntnis qualifiziert.⁴⁶ Die Konstitutivität der privatrechtlichen Vereinbarung ist für die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG nämlich irrelevant. Auch die Vergleiche in den Fällen Pollak, Kantor und Czczowiczka waren konstitutiv. Dennoch wurde vom Beirat zutreffend die Anwendung des KunstrückgabeG bejaht, weil dieses konstitutive privatrechtliche Rechtsgeschäft dazu geführt hat, dass keine adäquate Rückstellung stattgefunden hat, dieser Umstand es aber ist, der die Rückgabe rechtfertigt.

b) Beurteilung bei Vorliegen der sachenrechtlichen Variante A

Bei Zugrundelegung dieser Variante befand sich der Gesamtbestand der Österreichischen Galerie im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses zwischen den Erben Ferdinand Bloch-Bauers und der Republik Österreich noch im Eigentum des Deutschen Reichs. Rechtswirkungen für das Deutsche Reich hätte der Vergleich nur dann entfalten können, wenn die Republik Österreich als Vertreter des Deutschen Reichs aufgetreten wäre und über Vertretungsmacht verfügt hätte.⁴⁷ Beides war nicht der Fall. Damit konnte der Vergleich keine Rechtswirkung für das Deutsche Reich entfalten.

Damit stellt sich die Frage, ob der Vergleich wenigstens im Verhältnis der Erben Ferdinand Bloch-Bauers zur Republik Österreich Rechtswirkungen dergestalt entfalten konnte, dass gegenüber der Republik keine Rückstellungsansprüche geltend gemacht werden konnten, als das Eigentum an den Bildern vom Deutschen Reich auf sie überging, sodass er also einen **Vorausverzicht** dargestellt hätte. Diese Frage ist mE eher zu verneinen, da es in einer solchen Situation für die Parteien sicherlich vernünftiger gewesen wäre, die weitere Entwicklung abzuwarten und nach ihrer Klärung eine vertragliche Vereinbarung herbeizuführen. Es ist zu berücksichtigen, dass zum damaligen Zeitpunkt noch die

⁴⁵ Falls die Gegenleistung darin bestand, dass die Ausfuhr anderer Kunstwerke gestattet wurde, so hätte dies die Konsequenz der Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG.

⁴⁶ So *Krejci*, ÖJZ 2005, 745.

⁴⁷ Letzteres hätte - wie in anderen Rückstellungsverfahren üblich - die Bestellung eines Abwesenheitskurators für das Deutsche Reich vorausgesetzt.

Möglichkeit bestand, dass das Deutsche Eigentum tatsächlich zu Reparationszwecken herangezogen würde.

Geht man davon aus, dass die Parteien nicht die Regelung eines solchen Vorausverzichts vereinbart hätten, folgt daraus, dass die am 10.4.1948 getroffene Vereinbarung bezüglich der drei Bilder *Adele Bloch-Bauer I* und *II* und *Apfelbaum I* überhaupt keine Rechtswirkung entfaltete, da eine von den Parteien als wesentlich zugrunde gelegte Voraussetzung, nämlich das - wenn auch im Wege der Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen anfechtbare - Eigentum der Republik, nicht gegeben war. Dies hätte die Konsequenz, dass bezüglich dieser drei Bilder gar kein wirksamer Verzicht auf die Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen vorläge und die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG gänzlich unproblematisch wäre.⁴⁸ Nimmt man im Gegenteil an, dass die Vereinbarung als Vorausverzicht wirksam war, entspräche die rechtliche Lage jener Situation, wie sie bei Vorliegen der Variante C gegeben ist, sodass § 1 Z 2 KunstrückgabeG aus den oben genannten Gründen zur Anwendung käme.

c) Beurteilung bei Vorliegen der sachenrechtlichen Variante B

In dieser Variante stand der „altösterreichische“ Bestand der Österreichischen Galerie zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits im Eigentum der Republik Österreich; die drei entzogenen Bilder standen aber noch im Eigentum des Deutschen Reichs. Auch in dieser Variante konnte die zwischen den Erben Ferdinand Bloch-Bauers und der Republik Österreich abgeschlossene Vereinbarung bezüglich des Deutschen Reichs keine Rechtswirkungen entfalten. Ob sie im Verhältnis der Vertragsparteien Wirksamkeit entfaltete, bestimmt sich nach jenen Gesichtspunkten, die soeben im Rahmen der Untersuchung der Variante A näher präzisiert wurden. Es besteht daher auch hier die Möglichkeit, dass die Vereinbarung entweder als unwirksam oder als wirksame **Vorausverfügung** angesehen wird. In beiden Fällen ist die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG zu bejahen.

2. Beurteilung der rechtlichen Situation bzgl des Bildes *Buchenwald/Birkenwald*

Im Fall des Bildes *Buchenwald/Birkenwald* ist die rechtliche Situation komplexer. Hier bestehen, wie oben⁴⁹ gezeigt wurde, zwei Möglichkeiten, den für den Eigentumserwerb durch die Republik Österreich maßgeblichen Titel rechtlich zu verankern.

a) Nichtigkeit der Abtretung der Rückstellungsansprüche

Nach der ersten würde der Titel aus einer **Abtretung** der den Erben Ferdinand Bloch-Bauers gegen die Stadt Wien zustehenden Rückstellungsansprüchen an die Republik Österreich resultieren. Hier käme nun aber ein Umstand zum Tragen, der sich aus den Rückstellungsgesetzen ergibt. Eine derartige Abtretung von Rückstellungsansprüchen wurde bzw wird⁵⁰ durch § 14 Abs 5 des 3. RStG nämlich für **unwirksam** erklärt.⁵¹

Daraus ergäbe sich die Konsequenz, dass für einen Übergang des Eigentums an diesem Bild von der Stadt Wien auf die Republik Österreich **nie ein Titel** bestanden hätte, sodass das

⁴⁸ In dieser Situation hätten die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer ungehindert und daher erfolgreich Rückstellungsansprüche gegen das Deutsche Reich, für das ein Kurator zu bestellen gewesen wäre, geltend machen können; um sich das Eigentum an den Bildern zu verschaffen, hätte die Republik sodann unter Berufung auf das Testament Adele Bloch-Bauers Klage einbringen müssen, die aber aufgrund der insoweit gegebenen Wirkungslosigkeit der letztwilligen Verfügung, erfolglos geblieben wäre. Das belegt, dass bei Zugrundelegung dieser Variante die Position der Republik eine weit schwächere ist als in jenen vom Beirat entschiedenen Fällen, in denen trotz Vorliegens eines Vergleichs die Anwendung des KunstrückgabeG bejaht wurde. Um so stärker sind die Gesichtspunkte, die im vorliegenden Fall für die Anwendung des Gesetzes sprechen!

⁴⁹ Abschnitt C/3.

⁵⁰ Die Rückstellungsgesetze sind nach wie vor in Kraft; aufgrund des Ablaufs der Rückstellungsfristen können aber keine auf sie gestützte Ansprüche mehr geltend gemacht werden.

⁵¹ Hierzu siehe im Detail *Graf*, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung, 245f.

Bild weiter im Eigentum der Stadt Wien stünde. Eine Ersitzung des Eigentums an dem Bild durch die Republik käme mangels Redlichkeit nicht in Frage: Dass eine derartige Zession von Rückstellungsansprüchen unwirksam ist, hätte den Vertretern der Republik, die dieses Gesetz ja erlassen hatte, bewusst sein müssen. Ein Anspruch auf Rückgabe des Bildes müsste daher gegenüber der Stadt Wien geltend gemacht werden.

b) Alternative Beurteilung

Sollte man hingegen der zweiten möglichen Deutung folgen und den Eigentumserwerb der Republik auf eine nachfolgend von der Republik Österreich und der Stadt Wien geschlossene Vereinbarung stützen, so würde bezüglich des Bildes *Buchenwald/Birkenwald* die gleiche rechtliche Beurteilung wie im Fall der drei Bilder *Adele Bloch-Bauer I* und *II* und *Apfelbaum I* greifen. Der einzige Unterschied zu den anderen drei Bildern bestünde darin, dass dieses Bild sich im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung im Eigentum der Stadt Wien befand. Dieser Unterschied ist aber irrelevant. Es kann normativ betrachtet keine Rolle spielen, ob der geschädigte Eigentümer gegenüber der als Entzieherin⁵² zu qualifizierenden Republik Österreich eine Verzichtserklärung abgibt oder aber gegenüber der Republik Österreich darauf verzichtet, die ihm gegen den innehabenden Entzieher zustehenden Rückstellungsansprüche geltend zu machen, sodass es in der Folge zu einem Eigentumsübergang vom Entzieher auf die Republik Österreich kommt. Auch in letzterem Fall sind die beiden von der Praxis des Beirates als wesentlich erkannten Umstände verwirklicht: Das Kunstwerk befindet sich zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses nicht in der Inhabung des geschädigten Eigentümers bzw seiner Erben und der Vergleich hat dazu geführt, dass eine andernfalls erfolgende Rückstellung des Kunstgegenstandes an den geschädigten Eigentümer oder seine Erben verhindert wurde.⁵³

3. Keine Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG auf das Bild *Häuser in Unterach am Attersee*

Zu verneinen ist die Anwendbarkeit des § 1 Z 2 KunstrückgabeG jedoch mit Bezug auf das Bild *Häuser in Unterach am Attersee*. Hier fehlt es an der ersten von der Praxis des Beirates als wesentlich qualifizierten Voraussetzung, der Nichtinhabung des Bildes durch den geschädigten Eigentümer im Zeitpunkt des Abschlusses des Vergleichs. Das Bild war zu diesem Zeitpunkt bereits an einen Vertreter der Erben des geschädigten Eigentümers zurückgestellt worden. Der geschädigte Eigentümer bzw. seine Erben hatten somit die **uneingeschränkte Verfügungsbefugnis** über das Bild. Eine Rückstellung hatte stattgefunden.

Dies bedeutet aber, dass nach der dem KunstrückgabeG zugrunde liegenden Teleologie eine Anwendung des § 1 Z 2 des Gesetzes nicht mehr in Frage kam. Wie oben gezeigt, soll diese Bestimmung nur dann Abhilfe schaffen, wenn eine an und für sich indizierte Rückstellung unterblieben ist und sich der betreffende Kunstgegenstand deswegen nach wie vor im Eigentum der Republik Österreich befindet. Zwar wurde das Bild in der Folge der Republik Österreich unentgeltlich überlassen; diese unentgeltliche Überlassung nach erfolgter Rückstellung ist jedoch kein Vorgang, der nach dem Gesetz *per se* eine Rückgabemöglichkeit eröffnet. Dies ergibt sich indirekt aus § 1 Z 1 KunstrückgabeG, der an die unentgeltliche Übereignung nur dann die Rückgabemöglichkeit knüpft, wenn sie zu dem Zwecke erfolgte, eine Ausführungsgenehmigung für andere Kunstwerke zu erhalten. Falls diese Voraussetzung im vorliegenden Fall aber gegeben wäre, wäre auch bezüglich dieses Bildes

⁵² Vgl § 2 Abs 3 3.RStG: „Als Erwerber gilt jeder Besitzer nach der Entziehung.“

⁵³ Ein Unterschied besteht - technisch gesehen - darin, dass die aus der Entziehung resultierenden Rückstellungsansprüche bezüglich des Bildes in der Folge geltend gemacht wurden - allerdings nicht vom geschädigten Eigentümer, sondern von der Republik Österreich. Am Ergebnis - dem Unterbleiben der Rückstellung an den geschädigten Eigentümer bzw seine Erben - hat dieser technische Unterschied aber nichts geändert.

die Möglichkeit zur Rückgabe zu bejahen. Sie würde sich allerdings aus § 1 Z 1, nicht aus § 1 Z 2 ergeben.

F. Zusammenfassung

- Gegenstand der vorliegenden Untersuchung war die Frage, ob auf die fünf von den Erben Ferdinand Bloch-Bauers von der Republik Österreich zurückgeforderten Klimt-Bilder § 1 Z 2 KunstrückgabeG anwendbar ist.
- Als Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage wurde die bisherige **Praxis** des gem § 3 Abs 1 KunstrückgabeG eingerichteten **Beirats** gewählt; sie wurde sodann im Hinblick auf die dem KunstrückgabeG zugrunde liegende Ratio einer kritischen Bewertung unterzogen. Diese hat ergeben, dass diese Praxis im hier interessierenden Bereich der von den Rückstellungswerbern nach 1945 abgegebenen Verzichtserklärungen auf die Geltendmachung von Rückstellungsansprüchen zu sinnvollen, dem Zweck des Gesetzes entsprechenden Ergebnissen gelangt.
- Vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse konnte sodann schließlich gezeigt werden, dass **§ 1 Z 2 des KunstrückgabeG jedenfalls auf die Bilder *Adele Bloch-Bauer I* und *II* und *Apfelbaum I*, nicht aber auf das Bild *Häuser in Unterach am Attersee* anwendbar ist.**
- Bezüglich des Bildes *Buchenwald/Birkenwald* ist die Situation komplexer. Sieht man den für den Eigentumserwerb der Republik Österreich maßgebenden Titel in der Abtretung der den Erben gegen die Stadt Wien bezüglich dieses Bildes zustehenden Rückstellungsansprüche, so wäre eine solche Abtretung aufgrund von § 14 Abs 5 3.RStG unwirksam. Daher hätte die Ausfolgung dieses Bildes an die Republik Österreich ihr kein Eigentum verschafft. Das Bild stünde vielmehr weiter im Eigentum der Stadt Wien. Wollte man den für den Eigentumserwerb durch die Republik maßgeblichen Titel hingegen in einer nachfolgend von der Stadt Wien und der Republik abgeschlossenen Vereinbarung sehen, so wäre bezüglich des Bildes die Anwendung des § 1 Z 2 KunstrückgabeG ebenfalls zu bejahen.
- Ein Unterbleiben der Rückgabe der drei (bzw vier) genannten Bilder würde ein Abweichen von der bisherigen Praxis des Beirats bzw der den Beschlüssen des Beirats grundsätzlich folgenden ressortzuständigen Bundesministerin darstellen. Damit würde **eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes** vorliegen, an den die ressortzuständige Bundesministerin auch bei der Anwendung des KunstrückgabeG gebunden ist.

Restitution and Legitimacy in Post-War Austria 1945-1953

BY ROBERT KNIGHT

LEO BAECK INSTITUTE

YEAR BOOK XXXVI

1991

008377

I

The *Anschluss* unleashed on Austria's Jews a storm of elemental ferocity.* Physical assault and psychological humiliation went hand-in-hand with an unprecedented "trail of looting".¹ In both Vienna and the provinces personal and household possessions, businesses, legal and medical practices, private flats and properties became the targets for the cupidity of sections of the non-Jewish population. Over the following months the authorities attempted – with only limited success – to regulate this "wild Aryanisation". The *Vermögensverkehrsstelle* was set up in April by *Reichskommissar* Bürckel to supervise the orderly transfer or liquidation of Jewish businesses and to appoint temporary directors (*Kommissarische Leiter*). In doing so it sought to deflect the disappointed "utopian" aspirations of those supporters who had worked "underground" for the illegal National Socialist Party, to implement a "substitute for social policy,"² – especially in housing, while at the same time "rationalising" the small business and shopkeeping sector and, not least, increasing state revenue. Property was sold by intimidated or panic-stricken owners for a fraction of its value, and most

*For an earlier version of some of the arguments advanced here and fuller German documentation see Robert Knight (ed.), "Ich bin dafür, die Sache zu zühen". *Die Wertprobleme der österreichischen Bundesregierung von 1945 bis 1952 über die Entschädigung der Juden*, Frankfurt a. Main 1988, (henceforth Knight, *Wertprobleme*); I would like to thank Dr. Friederich Weckerlein for his help in preparing this article and to express special thanks for the valuable help of Dr. Georg Weis, whose efforts, as administrator of the collection agencies (*Sammelstellen*) and the *Hilfsfonds*, in implementing restitution deserve considerable recognition.

¹Helmut Genschel, *Die Verdrängung der Juden aus der Wirtschaft im Dritten Reich*, Göttingen 1966 (Göttinger Bausteine zur Geschichtswissenschaft, vol. 38), p. 165. See also in particular, Hans Saffrian and Hans Wittek, *Und Keiner war dabei. Dokumente des Alltäglichen Antisemitismus in Wien 1938*, Vienna 1988, p. 15; Jonny Moser, *Die Judenverfolgung in Österreich, 1938-1945*, Vienna-Frankfurt a. Main-Zürich 1966; Herbert Rosenkranz, *Verfolgung und Selbstbehauptung. Die Juden in Österreich 1938-1945*, Munich 1978, pp. 26-30, 60-75, 126-136; Gerhard Botz, "The Jews of Vienna from the *Anschluss* to the Holocaust", in Ivar Oxaal, Michael Pollak and Gerhard Botz (eds.), *Jews, Antisemitism and Culture in Vienna*, London-New York 1987, pp. 185-204; Georg Weis, "Arisierungen in Wien", in *Wien 1938 Vienna 1938* (Forschungen und Beiträge zur Wiener Stadtgeschichte, vol. II), pp. 183-189; Gerhard Jagschitz, "Von der 'Bewegung' zum Apparat. Zur Phänomenologie der NSDAP 1938 bis 1945", in Emmerich Tólos, Ernst Hamisch and Wolfgang Neugebauer (eds.), *NS-Herrschaft in Österreich 1938-1945*, Vienna 1988, pp. 487-516; Hans Wittek, "'Arisierungen'" in Wien. Aspekte nationalsozialistischer Enteignungspolitik 1938-1940", *ibid.*, pp. 199-216; for eye-witness accounts see the classic account G.E. R. Gedyce, *Fallen Baitons*, London 1939; the autobiographical account by George Clare, *Last Waltz in Vienna. The Destruction of a Family 1842-1942*, London 1981; and the presumably autobiographical novel by Leopold Ehtlich-Hichter, "1938" – *Ein Wiener Roman*, Vienna 1956; for journalistic accounts see Reinhard Engel, "Wirtschaft ohne Juden", *Trend*, March 1988, pp. 119-141; and Erika Wantoch, "Freuds Ende. Ein Protokoll", *Profil*, Nos. 18-21 (24d-22nd May 1989).

²Botz, *loc. cit.*, pp. 188-189.

of the price paid was used to pay discriminatory taxes.³ What remained was transferred to blocked bank accounts and subject to considerable restrictions.

By the time of the November Pogrom the experience accumulated in the *Ostmark*, in achieving the speediest possible transfer of property and emigration with minimum loss of foreign exchange, provided a useful model for the authorities in Berlin.⁴ As the 60,000 remaining Jews (out of a total population of about 200,000) were taken away to their deaths in 1942 a series of decrees dotted the legal "islands" on the expropriation of what had been one of Europe's richest Jewish communities; all property of Jews who had lost their citizenship through emigration or death was taken over by the state.⁵

It is difficult to state accurately how much property changed hands as a result. Up to about 10,000 businesses which were probably transferred immediately after the *Anschluss* were not included in the 26,000 officially recorded as having been taken over. Of these about 21,000 were "liquidated".⁶ In addition there were 60-70,000 flats, nearly all in Vienna, thousands of leasehold and freehold properties,⁷ personal effects,⁸ household possessions, securities,⁹ insurance policies and mortgages. Estimates of the total value of this property at the time of the *Anschluss*, of how much was taken out before the war and how much survived it are equally uncertain. The figure produced by the compulsory registration of Jewish property (above the value of 5,000 Reichsmark) at the end of April 1938, 2,041,828 Reichsmark, was certainly too low.¹⁰

³Above all "Rach flight tax" (*Reichsfluchtsteuer*) and "Jewish property levy" (*Judenvermögensabgabe*) which, according to Austrian official sources amounted to 328 million Reichsmark. See Blair (British Embassy, Vienna) to Thomas (Foreign Office [FO]), 11th October 1956, Public Record Office (PRO), FO 371/124114/RR1461/5.

⁴Safian and Wittek, *op. cit.*, pp. 42, 97-98; see also introduction to Tálos *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. XII; and Genschel, *op. cit.*, p. 151; cf. Kurt Schmid and Robert Streibel (eds.), *Der Pogrom 1938. Judenverfolgung in Österreich und Deutschland*, Vienna 1990.

⁵Eleventh and Thirteenth executive order to the Reich Citizenship Law (*Verordnung zum Reichsbürger-schaftsgesetz*), 25th November 1942 and 7th July 1943.

⁶Cf. report by the *Statistikkommission in der Privatwirtschaft*, 1st February 1939 cited in Wittek, *loc. cit.*, p. 213; *Bericht über Jüdisches Erblases Vermögen in Österreich*, (unpublished report for the Vienna *Kulturgemeinde*), Georg Weis, 1st December 1952, for which I am most grateful to Dr. Weis; the figures for "Aryanisation" files held by the post-war Finance Ministry (*Bericht über die Tätigkeit der Wiedergutmachungsreferats (der Kulturgemeinde) bis Dezember 1950* (Archiv der Israelitischen Kultusgemeinde, Wien, File Wiedergutmachung 1948-1952) roughly tally with these (200 export houses, 10,000 trading firms [*Handelsbetriebe*], 1,000 taxi firms, 5,000 small businesses (*Gewerbetreibende*), 80 banking houses, 1,500 industrial firms, 17,000 liquidated firms). The high figure of 50,000 commercial businesses (*gewerbliche Betriebe*) "in Jewish hands" given by Bürckel to Göring in November 1938 (cited in Safian and Wittek, *op. cit.*, p. 186) may be explained by Bürckel's wish to exaggerate the "achievement" of "Aryanisation" and the extent of "Jewish influence".

⁷The estimate of 30,000 houses (*Bericht über die Tätigkeit*, *op. cit.*) may include leasehold property. According to the same report there were about 10,000 properties in Vienna and 3,000 in Lower Austria; Rosenkranz (*op. cit.*, p. 70) gives a figure of 2,000 for properties in the Burgenland.

⁸Estimated by Weis at 31 million Reichsmark, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰The memorandum presented by the Executive Committee for Jewish Claims on Austria to the Austrian Government at the start of its negotiations in June 1953 ('Übersicht über die materiellen Verluste der Juden in Österreich', Archive of the Israelitische Kultusgemeinde, Vienna [IKGA]) File Wiedergutmachung 1948-1952) used the *Gesamtpopulation* registration figure as a basis for its calculations to estimate the total value at the *Anschluss* at about 3 thousand million Reichsmark or (on the basis of the official 1938 exchange rate) about 1,200 million dollars.

The policies adopted by governments of the Second Austrian Republic in the face of this situation raise a number of historical, legal and moral issues. In one sense the restitution of "Aryan" property was no more than the technical problem of tracing and returning property - albeit one of unprecedented magnitude. But it was also a competition for political and economic power in which the victims of "Aryanisation" faced the gainers - ranging from individual inhabitants of flats, lawyers or small peasants who had taken over part of real estate to banks or finance houses which had supplied mortgages on "Aryanised" property.¹¹ Thirdly, and this is the main concern here, restitution raised questions about the legitimacy of the newly-founded Second Republic.

At this point it is important to note the special relevance for Austria of the distinction between restitution and compensation.¹² Restitution is the reversal of "the expropriation or forced transfer of objects or rights",¹³ where possible in their original condition, while compensation is generally a payment arising from a liability for damages to people or property.¹⁴ On the level of the state the two operations may be considered two sides of the same coin - both demonstrate the degree to which one state distances itself from actions which took place on its territory¹⁵ - and in practice, too, the border between the two categories is often blurred. Nevertheless the distinction is important in its implications for Austria's legitimacy as the "first victim of Nazism". This had been laid down - albeit more ambivalently than sometimes maintained - in the Moscow Declaration of November 1943.¹⁶ The legal argument - the validity of which is not of concern here - entailed the view that the *Anschluss* had been an illegal occupation, not a legally recognised annexation and that the Second Republic was not the legal successor of the Third Reich. On that basis post-war governments were to deny all legal liability towards victims of Nazi oppression.¹⁷ Those payments which

¹¹The exclusion of "altruistic Aryans" who took possessions from friends or neighbours into safekeeping is not meant to imply that they did not exist (though their importance was exaggerated after the war) but merely that they were largely irrelevant for the purpose of this article since - almost by definition - they took no part in the post-war political dispute over restitution.

¹²See Ludolf Herbst's introduction to Ludolf Herbst and Constantin Goschler (eds.), *Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland*, Munich 1989, pp. 9ff (Schriftenreihe der Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte: Sondernummer); Walter Schwarz, 'Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland. Ein Überblick', *ibid.*, pp. 33-54.

¹³'Wiedergutmachung des Unrechts am Vermögen, der Wegnahme oder erzwungenen Weggabe von Sachen und Rechten.' Walter Schwarz, *Rückentgeltung nach dem Gesetz der Alliierten Mächte*, Munich 1974 (*Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1), p. 1.

¹⁴See Georg Weis, *Restitution through the Ages*, London 1962 (Noah Barou Memorial Lecture), p. 7.

¹⁵Both are encompassed by the German word "Wiedergutmachung" although, as Herbst points out (Introduction to Herbst and Goschler (eds.), *op. cit.*, pp. 9-10) confusion is created by the application of the term "Wiedergutmachung" to either or both of the two sub-categories of compensation or restitution.

¹⁶See Robert Keyserlingk's "revisionist" study, *Austria in World War II; an Anglo-American Dilemma*, McGill 1988.

¹⁷See i.a. Stephan Verosta, *Die Internationale Stellung Österreichs*, Vienna 1947; Robert E. Clute, *The International Legal Status of Austria 1938-1955*, den Haag 1963; Ewald Wiederrin, 'März 1938 - staatsrechtlich betrachtet', in Ulrike Davy *et al.* (eds.), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtszusammenhang in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, Vienna 1990, pp. 226-265; Keyserlingk, *op. cit.*, *passim*; and for an attempt to place these arguments in a historical context Robert Knight, 'Besiegt oder Befreit? Eine völkerrechtliche Frage historisch betrachtet', in Günter

were made were thus not paid as "compensation" but variously as "relicf" (*Opferfürsorge*), "aid" (*Hilfsfonds*) or, most recently, "donation of honour" (*Ehren-gabe*). A willingness to pay compensation would have undermined the Austrian state's "victim thesis".

Restitution, by contrast, followed logically from it. It was an administrative move, reversing an illegal act, - at no major cost to the exchequer and with no admission of Austrian liability for the act itself. Restitution is thus in a sense a less demanding "test" for the validation of the "victim thesis" than compensation. More importantly, it highlights more graphically the tensions which arose between that thesis and the social and economic reality of Austria during the *Anschluss*.

Source limitations mean that this tension will be traced here largely on the level of "high politics". The social or individual psychological dimensions of restitution cannot be covered. On the other hand the *verbätim* minutes of the Austrian cabinet for the post-war period provide an unusually vivid insight into the thinking of the political leadership of the country.¹⁸

II

The policies adopted by the provisional State Government, set up under Soviet auspices in Eastern Austria in April 1945, cannot be isolated from the wider context of Austrian attitudes towards National Socialism and Jews after eight years of *Anschluss*. On the surface the first denazification measure, passed on 8th May was draconian, laying down penalties up to and including death and selecting former members of the illegal Nazi Party for specially harsh treatment.¹⁹ In fact, as the records of cabinet show, there was from the start resistance

Bischof and Josef Leidenfrost (eds.), *Die Besonderen Nationen: Österreich und die Alliierten 1945-1949*, Innsbruck 1988 (Innsbrucker Forschungen zur Zeitgeschichte, vol. IV) pp. 75-91.

¹⁸On the methodological and source problems surrounding the study of West German restitution and compensation see Ludolf Herbst's introduction in Herbst and Goschler (eds.), *op. cit.* The files of the Austrian Restitution Commissions do not appear to be available for research though August Walz uses some from the Graz *Oberstes Landesgericht* in *Die Juden in Kärnten und das Dritte Reich*, Klagenfurt 1987, pp. 307-318; see also the (unreliable) study by Dietmar Walch, *Die jüdischen Bemühungen um die materiellen Wiedergutmachungen durch die Republik Österreich*, (Veröffentlichungen des historischen Instituts der Universität Salzburg, vol. I) Vienna 1971; for eye-witness accounts of the negotiations between the Claims Committee and the Austrian Government, see Gustav Jellinek, 'Die Geschichte der österreichischen Wiedergutmachung', in Josef Fraenkel (ed.), *The Jews of Austria. Essays on their Life, History and Destruction*, London 1967, pp. 395-426; Nahum Goldmann, *Mein Leben als Deutscher Jude*, Munich - Vienna 1980, pp. 448-453; the recent brochure of the official Austrian Press Service (*Bundespresseamt*), *Maßnahmen der Republik Österreich zugunsten bestimmter jüdischer, religiöser oder abtammungsmäßig Verfolgter seit 1945*, Vienna 1988, is tendentious and inaccurate; Walther Kasiner, 'Entzählung und Rückstellung', in Davy *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 191-199, is legalistic, and misleading. For Austrian restitution in an international context see above all Walter Schwarz, *Rückentgeltung*, *op. cit.*, pp. 329-330; see also Nina Sigi, *German Reparations. A History of the Negotiations*, Jerusalem 1980, pp. 205-211.

¹⁹*Staatsgesetzblatt*, (SGBI.), Nr. 13, 4th June 1945 ('Verfassungsgesetz über das Verbot der NSDAP') for denazification see i.a. Sebastian Meist, Klaus-Dieter Müllay, Oliver Rathkolb (eds.), *Verdrängte Schuld - Verfallene Sühne. Entnazifizierung in Österreich 1945-1955*, Vienna 1986; also; Dieter Stiefel, *Entnazifizierung in Österreich*, Vienna 1981.

to radical measures. Much of this came from Socialist ministers in whose memories the repression by the pre-war "clerico-fascist" regime bulked large. The Socialist Chancellor Karl Renner, who had enthusiastically endorsed not only the *Anschluss* but also the incorporation of the "Sudetenland" after the Munich agreement, had a personal interest in glossing over the immediate past. From the start he put all his considerable authority behind a policy of "reconciliation". On 30th April, only three days after the official declaration of Austrian independence, he told a meeting of officials of the new administration:

"We... will have a hard task keeping atonement within the bounds of the law and making it as mild as possible... Those who played a leading part in one of the two fascist movements [the clerico-fascist or the Nazi - RK] and acted in a vicious fashion to everyone else cannot expect to be re-admitted to public service. But that does not apply to those who in passionate joy and in the expectation that the *Anschluss* would [in any case-RK] come about, went along with the rest because they could not foresee what an adventure this policy would plunge our people into. They can all go peacefully back to their normal life and they will all be able to carry on quietly in their jobs..."

In particular exceptions should be made for indispensable experts and those who showed loyalty to the new State.²⁰ Renner's empathy with the small Party members led him to conjure up the danger of a backlash against denazification at a stage when hardly any denazification had yet taken place. Characteristically, he masked his own inability to empathise with the victims with a historical-philosophical gloss; in reply to calls for more radical measures he warned of the danger of the return of

"people who think they've lost out, who want to have positions made free for them to occupy. We must beware of doing the same as the Nazis did. If we do the same thing once again and simply carry on calling for persecution and revenge there is the danger that the mood will swing round; all we will achieve - from the viewpoint of future Austrian history - will be to replace one act of vengeance with another. We'll have to be very careful in how we go about this. I am in favour of severely punishing the real war criminals - though I cannot support such an extensive use of the death penalty for purely verbal crimes."

He concluded that "we will not be so casual (*leichtfertig*) in applying [the death penalty] as the Nazis were and we won't at some later date give another regime the chance to hang our People's judges".²¹

Renner was generally supported by his Socialist colleagues, in particular Adolf Schärf, (Chairman of the *Sozialistische Partei Österreich* (SPÖ), later Vice Chancellor and President) and Oskar Helmer, who as Interior Minister (1945-1959) was to be a prime mover of the rehabilitation of former Nazi Party members.

Resistance within the government came mainly from the Communists. Their arguments - that only rapid and effective action by the government could stem the eruption of an enraged patriotic anti-Nazi "Volksseele" - may appear less realistic than Renner's view that denazification would cause the mood to swing

²⁰'Rede des Staatskanzlers an die Beamtenschaft', 30th April 1945, cited in Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, p. 80.

²¹Kabinettsratsprotokoll (KRPP) 12, 12th June 1945, Archiv der Republik, Vienna (AdR); Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, p. 97; on Renner's ability to clothe opportunism with philosophy see Anton Pelinka, *Karl Renner zur Einführung*, Vienna 1989.

against the population, but they did at least seem to have recognised some of the dimensions of the problem posed by the Nazi catastrophe.²² They were in part supported – in an improbable alliance – by those People's Party leaders who had personally suffered from Nazi persecution. Both Leopold Figl, who in December 1945 was to become Austria's first Chancellor and Felix Hurdes, later Minister of Education, warned against the slow pace of denazification.

Nevertheless by the summer of 1945 denazification had already effectively ground to a halt. The pattern was to be often repeated: draconian-seeming legislation perforated with loopholes which could only be exploited by those with personal or political patronage. This is the sense in which Renner's judgement that the government had "already taken care of this problem" should be understood.²³

A discussion of the continuity of antisemitism in post-war Austria cannot be undertaken here except to make two points: firstly, there is sufficient empirical evidence for that continuity to put the onus of proof firmly on the proponents of a "discontinuity thesis"; secondly, that although the social function of antisemitism in post-war Austria is clearly different from that of the First Republic, that difference does not involve any significant tension between "the fascist-tending consciousness of the majority of Austrians" and a "ruling anti-fascist minority".²⁴

Renner, at any rate, displayed a blithe imperviousness to Jewish suffering, in stark contrast to his concern for the "small Nazi":

"I think that in dealing with the Nazi problem we are getting into a critical situation. . . at the time of the *Anschluss* all these little officials, these small citizens and businessmen did not have far-reaching aims at all – at the most to do something to the Jews – but above all they were not thinking of sparking off a world war. If these people are now severely punished and lose their position they will appeal to people's sympathy and their sense of justice and it may be that the mood will swing round."²⁵

On this issue however – unlike the question of denazification – Renner did not meet with any substantial disagreement from Communists or People's Party politicians. For the Communists the seizure and nationalisation of Reich German capital was of more importance than the restoration of Jewish property.

This basic configuration was reflected in the measures taken by the State Government. They were largely aimed at curtailing the widespread plundering of unclaimed or heirless property in the chaos of the immediate post-war period. The first measure to register "Aryanised" property came to cabinet early in

²² See for example Fischer's comments on 12th June 1945, KRP 12, AdR; Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, pp. 87–91; cf. Ernst Fischer, *Das Ende einer Illusion*, Vienna 1973, p. 103. The connection between Fischer's anti-fascist sensibility and his acceptance of Stalinism raise biographical and psychological questions which cannot be discussed in this context.

²³ Report by Edgar Johnson (Office of Strategic Services) of a conversation with Renner, 17th August 1945, cited in Oliver Rathkolb (ed.), *Geellschaft und Politik am Beginn der zweiten Republik. Vertrauliche Berichte der US-Militäradministration aus Österreich 1945 in englischer Originalfassung*, Vienna – Cologne – Graz 1985, p. 115.

²⁴ Bernd Martin, 'Antisemitism before and after the Holocaust', in Oxaal *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 216–233, here p. 227.

²⁵ KRP 28, 29th August 1945, AdR; Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, p. 114.

May. Helmer at once raised the Socialists' claims for compensation and restitution of property confiscated by the Dollfuss regime in 1934. Renner took up the point and linked it to his continuation in office:

"I consider it self-evident that a law [returning the Socialists' property – RK] has to be passed. After all it would be quite incomprehensible if every small Jewish salesman or hawkler is compensated for his loss while a movement, to which 47 per cent of the population belong, can simply have the result of its hard-earned fund-raising and organisational work taken away with impunity and without compensation, without the law providing redress. But I don't want to link that with this law; however I do declare that I will make my continuance in office as State Chancellor absolutely dependent on such a law being decreed. I hereby declare that I would not be in a position to continue to direct affairs of state if the injustices of 1934 was not redressed. I ask you, Gentlemen, not to forget that I also have a personal reputation to uphold and that my prestige in the whole state and to a large extent in the population depends on this injustice being redressed. I could not carry on affairs with the blot (*Makel*) of having upheld the rights of 7% of the population as being so sacrosanct that I made an extraordinary law for them while neglecting the rights of the other, far larger part."

In the final version of the law the reference to property taken from "Jewish, Jewish, Jewish, Jewish-related or other owners" ("jüdischen, teiljüdischen oder jüdisch-versippten [sic] oder anderen Eigentümern") was replaced by one to property which had been taken "for so-called racial, national or other reasons in connection with the National Socialist seizure of power".²⁶ The amendment and Renner's comments pointed the direction of future Austrian policy; a playing-down of Jewish persecution to the advantage of a more generalised vague definition of victims and, as a part of this, equating it with the persecution of the Socialist movement under Dollfuss and Schuschnigg. The point is underscored by the two other laws passed in the same session. The "repatriation" law (*Repatriierungsgesetz*) and "Administrators" Law were passed to register and control "Reich" German property.²⁷ Significantly, whereas Schärff later praised Renner's initiative in securing "altösterreichisches Eigentum" for the new state and in regularising the administration of abandoned firms he referred to "restitution" only in connection with trade union, co-operative and church property confiscated by "fascism". In the case of "Aryanised" property he referred only to precautions (*Vorsorgen*) which had to be taken to secure and in some cases to nationalise it.²⁸ This basic discriminatory attitude emerges even more clearly from an exchange in Cabinet which took place several months later when the government sought to nationalise this property taken over from the Nazis. The State Secretary for Religious Affairs asked for an assurance that church property seized by the Nazis would not be included in the planned nationalisation. In response Renner recalled that, as far as he remembered, it had indeed been decided to exempt it. Karl Waldbrunner, the Socialist Undersecretary for Industry, Business, Trade and Transport confirmed this with the

²⁶ KRP 5, 10th May 1945, AdR; Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, pp. 82f.; StGBI., Nr. 10, 10th May 1945 ('Gesetz über die Erfassung arisanierter und anderer im Zusammenhange mit der national-sozialistischen Machtübernahme entzogenen Vermögensschaften').

²⁷ StGBI., Nr. 9 (Verwaltergesetz); StGBI., Nr. 11 (Repatriierungsgesetz), 10th May 1945.

²⁸ Adolf Schärff, *Österreichs Wiederaufrichtung 1945*, Vienna 1960, pp. 195–196.

revealing comment that the exception had not been laid down in the law, in order to avoid triggering "all sorts of claims, in particular from the Jews".²⁹

Renner's empathy with the "small Nazi" extended to restitution as well. He condemned "the mass of arbitrary measures (*Willkürlichkeiten*) which have been spreading throughout the various district town halls (*Bezirksbürgermeisterämter*) in Vienna and with housing allocations. These arbitrary housing allocations cause much more bad blood than the whole Nazi business."³⁰ He was concerned by the spread of the "most unacceptable legal situation" (unfideichsten Rechtsverhältnisse) and the political problems which would arise when Nazis returned to find their property taken.³¹

The four months between April and September 1945, when the Renner government had a relatively free hand on this issue brought virtually no concrete measures of restitution beyond the declaratory law of May.³² The time limit for registration of "Aryanised" property was twice extended and about 4,000 public administrators and supervisors (*Aufsichtspersonen*) many of them Socialist appointees were put in charge of all kinds of heirless property.³³ More fundamentally, it is likely that if it had been left to its own devices the government would have taken no further legislative action at all and that Austrian restitution would have been limited to the thorny path of individual claims in the civil courts.³⁴

III

The Soviet authorities had not shown any particular interest in restitution, nor exerted any pressure on the Renner government to implement it. The Western occupation authorities, on the other hand, and the Americans in particular, were

²⁹"Diese Ausnahme wurde jedoch nicht im Gesetz verankert, um nicht Ansprüche wachzurufen, weil sich sonst allerhand Ansprüche, namentlich der Juden melden würden." KRP 28, 29th August 1945, AdR; Knight, *Wörterbalkell*, *op. cit.*, p. 81.

³⁰"Diese eigenmächtigen Wohnungszuweisungen machen viel mehr böses Blut als die ganze Nazisache", KRP 12, 12th June 1945, AdR; Knight, *Wörterbalkell*, *op. cit.*, p. 98.

³¹KRP 28, 29th August 1945, AdR; Knight, *Wörterbalkell*, *op. cit.*, pp. 113-115.

³²See the complaints of the provisional leader of Vienna's Jewish community, David Brill, *Der Neue Weg*, Nr. 1/2 (1945).

³³OSS Intelligence Summary, No. 29, 27th November 1945, cited in Rathkolb (ed.), *Gesellschaft und Politik*, *op. cit.*, p. 101.

³⁴Renner made this clear when he told the Anglo-American Palestine Committee in February 1946: "Whatever the Government may do . . . the Jewish community can never recover . . . 1945 is the final and complete end of the old Austro-Hungarian Empire. With it has gone the basis of Jewish commerce. Most of the Jews have been exterminated and their assets throughout eastern Europe have been seized as German property. Under Russian influence nationalised economies are being built up which will leave no room for Jewish family business. And even if there were room . . . I do not think that Austria in its present mood would allow Jews once again to build up these family monopolies. Certainly we would not allow a new Jewish community to come in from eastern Europe and establish itself here when our own people need work."

Cited in Richard Crossman, *Palatine Mission*, London 1946, pp. 102-103. But see the contradictory statement in the *New York Times* (21st February 1946). Thomas Albrich, *Exodus durch Österreich, Die jüdischen Flüchtlinge 1945-1948* (Innsbrucker Forschungen zur Zeitgeschichte, vol. 1) Innsbruck 1987, pp. 93-94, quotes from Crossman's other conversations, but unaccountably fails to mention Renner's statement.

strongly committed to it. In the London Declaration of January 1943 the "United Nations" (including the Soviet Union) had proclaimed their intention "to do their utmost to defeat the methods of dispossession practised by the governments with which they are at war against the countries and peoples who have been so wantonly assaulted and despoiled". The declaration had, admittedly - in line with orthodox international law - been directed to "external restitution", i.e. property taken from states, but the explicit mention of transfers or dealings "apparently legal in form, even when they purport to be voluntarily effected" clearly applied to the pseudo-legal methods adopted in "Aryanisation". Even if Western authorities did show more interest in the economic interests of their own nationals, they also included in their sphere of activity restitution of expropriated German or Austrian property.³⁵ With the establishment of the Allied Commission in September 1945 this was extended to the whole country.³⁶

Austrian officials had already anticipated this. In August 1945 officials of the legal department of the Ministry of Foreign Affairs (formally a department of the State Chancellery) produced a long memorandum on the subject of restitution and compensation. After sketching out the expropriation which had followed the *Anschluss* it pointed out that there was no *Judenstaat* which might put forward claims, in accordance with international law:

"Nevertheless the Jews play a major role in foreign policy, firstly because a large part of the press is in their hands, which enables them to exert their influence on world opinion and secondly because they have succeeded in getting the governments of other states to take up their demands. They succeeded in this all the more easily because a large part of international finance capital was in Jewish hands . . . It is not without reason that Jewry has been termed the fifth world power, on whose enmity Hitlerite Germany founded".

In view of this it was recommended "if possible to avoid everything which might bring Jewry itself and hence indirectly world opinion against Austria". Although Austria's financial means were limited, and in any case it would be unfair to treat Jews better than Christian victims of Nazism, the possibility of obtaining financial support for Austria from the financial world made it "not appropriate (*wenig angezogen*) to upset them by being too petty in the compensating of their co-religionists". Legally, the memorandum argued, Austria as a victim of the Third Reich was not obliged to compensate its former citizens but as the occupation powers were unlikely to accept this argument it was essential to negotiate a compromise. There were also "certain moral considerations" to take into account. One of these was the fact that indigenous antisemitism in Austria had

³⁵Cf. Foreign Office minutes interpreting the declaration by (legal adviser) Patrick Deane, 18th January and Ward, 23rd January 1943, PRO, FO 371/36365/W1861; criticism of this formalistic view by Schwarz, *Rückkehrleitung*, *op. cit.*, p. 15; text of the 'Inter-Allied Declaration Against Acts of Dispossession Committed in Territories Under Enemy Occupation or Control', 5th January 1943, in *Foreign Relations of the United States* (FRUS) 1943, vol. 1, Washington 1963, pp. 443-444; British Property Control Branch (Carinthia), Weekly report, 26th May 1945, PRO, FO/1020/2873; Waihi, *op. cit.*, pp. 308ff.

³⁶The former Austrian refugee Albert Löwy played a prominent part as an official in the American Legal Division. His papers, though not catalogued, are available to researchers in the *Institut für Zeitgeschichte*, Vienna (henceforth IZ, Vienna, Löwy pp).

gained the applause of the Viennese population. It would seem "odd" if "the Vienna government of all governments" ("grade die Wiener Regierung") were to oppose compensation with the argument that the Austrians and the Viennese in particular had had nothing to do with this persecution. It would also be "unacceptable" for "Aryanised" property to remain with its present owners. Even where the property was in private hands restitution was the only acceptable "foreign policy solution".³⁷

This curious mix of morality, opportunism, realism and veiled antisemitism suggests unresolved tensions within both the author and the "official mind". On one point, at any rate, its judgement was accurate enough – as the activities of the American element of the Allied Commission in Vienna after September 1945 showed. At the end of January 1946 Peter Krauland, Minister of Property Control and Economic Planning (*Vermögenssicherung und Wirtschaftsförderung*, BMV/SWP) reported to Cabinet that the American authorities had peremptorily demanded that the "Administrator Law" of the previous May be immediately rescinded in order to safeguard "Jewish property, which America is interested in". He added – without going into details – that some "quite inept" (*recht ungeschickt*) notes had been sent by Austrian authorities.³⁸ Despite resistance from Waldbrunner und Kraus (Minister of Agriculture and Forestry) and from business and labour interests the American demand was complied with and a new law passed.³⁹ Though the change was resented by Austrian ministers⁴⁰ in practice it does not seem to have made much difference. As the Cold War intensified Western authorities became increasingly reluctant to press even their own economic claims against the Austrian government, for fear of offering ammunition to the Russians.⁴¹ The Ministry set up under Krauland to control heirless and unclaimed property, which according to Figl "has been created specifically and on our own initiative to seize and preserve all property that the Nazis have stolen"⁴² became a by-word for corruption. In 1949 it was incorporated

into the Finance Ministry after a scandal over blocking the return of the "Aryanised" Guggenbach Paper Factory in return for a political donation.⁴³

As important as the need to accommodate American concerns was the way the logic of Austria's opposition to Soviet claims to "German assets" was leading it towards some form of restitution legislation. The Soviet claims – damaging for Austria though they undoubtedly were – were not, as has often been argued, an exercise in legal sophistry designed to justify the seizure of Austrian economic goods and promote the Sovietisation of Austria. On the contrary, they arose squarely from the Moscow Declaration and the involvement of many Austrians in the war, whether in the depredations of the *Wehrmacht* and SS or in the form of the considerable German investment made in Austria in support of the effort. The decision of the Potsdam conference of August 1945 to concede to the Soviet Union German external assets lying in their zone of Austria (and elsewhere in Eastern Europe) was thus neither a Western "blunder" nor a Soviet "trick" but in essence a recognition by the West that the Soviet Union had a better claim to German investment in Austria than Austria itself.⁴⁴ The problem was not, as usually argued, that "German assets" had not been clearly defined but that on any definition Austria stood to lose many capital assets.

This became clear for the first time in September when the Soviet authorities vetoed an Austrian law nationalising key industries including some German assets. Renner protested to the Soviet political adviser that "we no longer feel that this expression 'liberated country' is quite being reflected in our treatment".⁴⁵ He saw, correctly, that Austria's only hope of resisting the Soviet claims was to establish her legitimacy as a "counter-victim" of Nazi Germany. Though this was, admittedly, a fairly obvious line for a pragmatic politician to argue, some earlier statements had not entirely rejected all responsibility.⁴⁶ Now Renner sought to launch Austria's rehabilitation. He saw an early chance for doing so in August 1945 when the United Nations Rehabilitation and Relief Administration (UNRRA) decided to grant Austria the same relief as she was giving to the United Nations. This decision he explained to Cabinet "says more than has ever been said before: that we were not a belligerent state, that we are innocent and have the right to be supplied like all the others". The Austrian response welcoming the decision should be "the first part of a campaign, which Austria should begin at appropriate occasions in front of world opinion (*vor der Weltöffentlichkeit*)".⁴⁷

⁴³Krauland was arrested in 1949 and put on trial together with his leading officials in 1954. He was found not guilty.

⁴⁴For a more detailed discussion see Robert Knight, *British Policy*, *op. cit.*, pp. 42–52; Reinhard Bollmus, 'Ein kalkulierter Risiko? Großbritanien, die USA und das "Deutsche Eigentum" auf der Konferenz von Potsdam', in Bischof and Leidenfrost (eds.), *op. cit.*, pp. 107–127.

⁴⁵K.R.P. 29, 5th September 1945, AdR; Knight, *Wörterprotokolle*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁶The Declaration of Independence of 27th April for example had explicitly cited "in pflichtgemäßer Erwägung" the last paragraph of the Moscow Declaration; cf. also the comments of the Minister of Justice Gerö that, "Erst später habe man sich entschlossen, die Okkupationstheorie als die für Österreich günstigere These zu vertreten." Justice Ministry, Cabinet Paper, 27th April 1949, Annex to MRP 109, AdR.

⁴⁷K.R.P. 27, 24th August 1945, AdR; Knight, *Wörterprotokolle*, *op. cit.*, p. 35; cf. Wilfried Mähr, *Der Marshallplan in Österreich*, Graz – Vienna – Cologne 1989, p. 31.

³⁷Die ausserpolitische und die völkerrechtliche Seite der Ersatzansprüche der jüdischen Naziopter [in d.] (probably early in August 1945), AdR, BKA AA, Abteilung Politik 2 (Box 6) 1070-J/45.

³⁸MRP 5, 29th January 1946, AdR; Knight, *Wörterprotokolle*, *op. cit.*, p. 121.

³⁹MRP 6, 30th January 1946, AdR; BGBl., Nr. 75, 1st February 1946 ('Bundesgesetz über öffentliche Verwalter und öffentliche Aufsichtspersonen').

⁴⁰Cf. Adolf Schärff, *Österreichs Erneuerung 1945–1955. Das erste Jahrzehnt der zweiten Republik*, Vienna 1957, pp. 126–127.

⁴¹For example the decree calling on the population to register United Nations property (see *Wiener Zeitung*, 25th May 1946) was evidently widely ignored, and even sabotaged, but this did not provoke any Western protest; see minutes of the monthly meetings of the Four Power Reparations, Deliveries and Restitution Division of the Allied Commission, RDR/P (47) 4, 25th March 1947, PRO, FO 1020/2561; Western support of oil interests, which has been taken as evidence of an economically motivated policy (for example by Reinhard Wagnleitner, 'Die britische Österreich-Jahre Staatsvertrag', Vienna 1986, pp. 67–78 here pp. 73–74) in fact suggests the reverse – viz. the primacy of politics. Cf. Robert Knight, *British Policy towards Occupied Austria 1945–1950*, Ph.D. Diss., London University 1986, pp. 38–39, 49–51, pp. 100–101.

⁴²*New York Times*, 21st February 1946. Figl was speaking to the Anglo-American Palestine Committee (see above note 34).

The defence of German assets impinged on the restitution of "Aryanised" property in the following way: if the Austrian state were recognised as a liberated victim of Nazi Germany rather than as a quasi-belligerent then all transfers of property which had become German between 1938 and 1945 would be illegitimate because of the "general coercion" arising from the *Anschluss*. The Soviet Union would then have to prove in each individual case that the transfer had been legitimate rather than the other way round. The argument, in other words, made German take-overs of Austrian property analogous with "Aryanisation".⁴⁸ Early in 1946 some Austrian officials and politicians latched onto the 1943 London Declaration as one way of advancing this claim. By moving retrospectively into the "magic circle" of the declaratory powers, it could argue that German take-overs in Austria were as invalid as in other occupied countries. They would not be an aspect of "internal" German policy but, in international law, the result of an illegal action by a foreign country. Foreign Minister Gruber made it clear that he saw Austrian adherence to the declaration as a useful "political instrument" for strengthening his hand over German assets, because it provided a legal basis which "none of the four powers could reject because they had already signed it".⁴⁹

However, the instrument had two edges. If all transfers were to be considered *ipso facto* coerced, "Aryanisation", which was coercion *par excellence*, would also have to be dealt with.⁵⁰ Some ministers saw the danger; Schärf continued to argue that any measures beyond the existing civil procedure were superfluous, and might even hinder restitution. Finance Minister Zimmermann pointed out that the declaration would open the floodgates for claims for the "entjudent Vermögen" [sic]. Gerö, the Minister of Justice, warned of the dangers of rigorously applying the principle of "forced transfers" to all transactions completed between 1938 and 1945. It would, he said create an unprecedented legal uncertainty ("eine Rechtsunsicherheit in unerhörtem Ausmass").⁵¹ If these and other objections from interest groups were eventually overruled one reason was probably the deepening crisis over German assets. In February and April the Soviet authorities took over more land and factories. The culmination came early in July when the "Kurasov order" led to over 250 firms moving under Soviet administration.

By now Parliament had formally passed a "Nullification Law", declaring Austria's adherence to the London Declaration. Detailed provisions were to

follow.⁵² But the tactical hopes placed in the declaration were soon disappointed. Even Western officials were not ready to endorse a blanket presumption of a "general coercion" for all transactions between 1938 and 1945. Instead they merely sought to exclude assets where it could be shown specifically that pressure had been applied.⁵³ The Soviet defence of their take-overs brought up this point:

"The Nazis had abolished the Austrian State true enough, but they had not abolished private property. Private owners had full freedom of action and hence their sale had to be recognised unless in individual cases something else could be proved."⁵⁴

The most obvious refutation of this argument (apart from state assets) was "Aryanisation". It was no accident that immediately after the "Kurasov order" Figl cited several Jewish property owners in support of his thesis that after March 1938 everything took place under force and duress ("ab März 1938 [ist] alles unter Zwang und Druck geschehen"). Yet at the same time to illustrate the economic damage the Soviet take-overs would do he chose three firms or sectors which had been on the other side of the fence - having either gained from "Aryanisation" or expanded enormously as part of the Nazi war economy.⁵⁵

Restitution at all events - as a by-product of the government's policy - now had to be tackled. On 26th July Parliament passed the first Restitution Law covering the relatively small number of cases where property had been taken over by the federal or provincial authorities.⁵⁶ The Second Law concerned property which had fallen to the state as a result of other measures, including denazification.

The real political hot potato was the restitution of property which had come into private or corporate hands. An early indication of the strength of opposition to a full-scale restitution had already come in the course of the parliamentary debate over the "Nullification Law" as Ernst Kolb, a deputy of the *Österreichische Volkspartei* (ÖVP), and later Minister of Trade, argued that Austria had nothing to make good since it had done nothing wrong. On the contrary it had prior claim to *Wiedergutmachung* since a considerable part of the property which had to change hands had belonged to the state. The word "Aryanisation" had been used in order to conceal the fact that the majority of the confiscated property had been withdrawn not for racial but for political reasons.⁵⁷ A comparison between the final version of the Third Restitution Law and the draft discussed in cabinet in

⁵² BGBl. N. 106, 25th May 1945 (Bundesgesetz über die Nichtigkeitsklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechts-handlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind).

⁵³ Clark to Kurasov, 10th July 1946, FRUS 1946, vol. V, Washington 1969, pp. 353-354.

⁵⁴ Meeting between Gruber and the Soviet Deputy Political Director, Koptelov, 13th July 1946, Alfons Schlichter, *Österreich und die Grossmächte 1945-1955*, Vienna-Salzburg 1980, document 53, pp. 107-109.

⁵⁵ The three were Zisterdorf Oil, the Danube Steam Shipping Company and the banking conglomerate Schoeller-Bleckmann, MRP 30, 6th July 1946, AdR. Figl's comments that Jewish property, such as that taken over by the Red Army, should be put in the hands of the "österreichische Anstaltungsgesellschaft" until the legal questions were "cleared up" also suggests a less than clear-cut commitment to restitution; see above and AdR, MRP 30, 6th July 1946.

⁵⁷ *Wiener Zeitung*, 16th May 1946.

⁴⁸ The way this process on the level of property transactions tied in with the more widespread tabuisation of antisemitism and trivialisation of the Holocaust cannot be discussed here.

⁴⁹ MRP 9, 22nd February, AdR; Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, pp. 129, 132.

⁵⁰ It is probably no accident that many of the Red Army take-overs of land in February were of "Aryanised" property. Report by Finanzamt, Korneuburg to Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, 16th February 1946 (copy forwarded to Foreign Ministry) 100.559, AdR, BKA AA, Wirtschaftspolitische Abteilung, Box 3 (Finanzen 7 Generalia); conversely the argument was often advanced that Soviet confiscations stood in the way of a settlement of the "heirless property" fund.

⁵¹ See above (note 49); see also MRP 10, 26th February 1946; Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, pp. 129-130.

The provisions for compensation for damage to property of United Nations citizens⁶⁹ – though primarily intended to assert Western pre-war claims to commercial and industrial interests – seemed to the Austrian government to raise the spectre of Austrian refugees who had become citizens since leaving Austria making similar claims.⁷⁰ Gruber argued to the Foreign Office that this would bring the danger “of arousing afresh the embers of antisemitism in Austria, while it would also appear unfair that these Austrians who had escaped should receive better terms than those who had remained and been placed in concentration camps”.⁷¹ Krauland warned, ominously, that the Austrians would probably be forced to introduce a special tax to finance any special treatment for Jews.⁷² On the other side of the political spectrum the Austrian Socialist press *attaché* in London, Walter Wodak, lobbied his Labour Party contacts with anti-capitalist arguments. The compensation provisions, he warned, would mean handing over Austria to American capital.⁷³ In the defensive words of the *Ballhausplatz* report on the results of the first round of negotiations:

“The Jewish organisations organised an extensive offensive . . . The relevant submissions of the Jewish World Congress [sic] are couched in spiteful tones [in gehässiger Tonart vorgebragt] and demand bluntly [unverblümt] that Austria be burdened with responsibility for her participation in the war.”⁷⁴

Western officials were generally sympathetic to Austrian arguments. The Americans were not prepared to discriminate against citizens accepted since 1938, but they were ready to lower the level of compensation for damage to that given by Austria to its own citizens, that is none at all. British officials, for their part, accepted the arguments that Jewish victims should not be given “special treatment” both on grounds of “equity” and because such treatment would, allegedly, encourage antisemitism. Though some of his officials continued to battle for British commercial interests Ernest Bevin signalled his readiness to accommodate the Austrians in the “Judenfrage” (sic).⁷⁵

On restitution proper Gruber had little alternative to committing himself to a full extent. Shortly after his arrival he told journalists that although there were still problems about property without heirs, Austria was ready to guarantee “*Widergutmachung*” to every Austrian who had lost his property under Nazi laws, without distinction. If Jewish organisations demanded compensation for individually named Jews Austria would not oppose this. When these comments were

⁶⁹Article 42 in the 1947 draft, article 25 in the final version.

⁷⁰See Knight, *British Policy*, *op. cit.*, pp. 102–105. Both Stourzh, *op. cit.*, pp. 30–31, and Wagnleitner, “Walter Wodak in London oder die Schwierigkeit, Sozialist und Diplomat zu sein”, in Gerhard Boiz *et al.* (eds.), *Bewegung und Klasse: Studien zur österreichischen Arbeitergeschichte*, Vienna 1978, pp. 217–242, neglect this aspect. Wagnleitner in particular accepts uncritically the SPÖ version that there was a threat from American capital.

⁷¹Meeting between Gruber and Oliver Harvey (Deputy Undersecretary, Foreign Office), 11th February 1947, PRO, FO 371/63955/C2941.

⁷²Note of a conversation between Krauland and the French diplomat de Lavergne, 28th March 1947, AdR, BKA AA (Österreichische Botschaft London), Box 10, ZI.31-StV/47.

⁷³Wagnleitner, “Walter Wodak”, *loc. cit.*; see also Knight, *British Policy*, *op. cit.*, pp. 101–103.

⁷⁴Bericht über die Ergebnisse der Londoner Konferenz, 4th March 1947, PRO, FO 371/63955/C6532.

⁷⁵Zusammenfassung der Aussprachen mit BEVIN etc. [n.d.], AdR, BKA AA, Politik II, Box 41 (Staatsvertrag), ZI. 77-StM/47.

relayed home they were cautiously welcomed by the head of the Jewish community, but led Peter Krauland to complain in Cabinet that Gruber had made a “180 degree” switch in the agreed policy. If Gruber had been correctly reported, the government now owed the public an explanation.⁷⁶ The disposal of heirless property seems to have caused special concern to Krauland, whose ministry controlled it. He reported that it was “not pleasant to hear that he would have to set up a fund for every minority group, especially as there is no guarantee on who would be in charge of running it and because the question of Aryan or non-Aryan [sic] is still open.”⁷⁷ In fact behind the scenes the Austrian delegation succeeded in blunting the effect of Jewish lobbying.⁷⁸ The final version of the clause protecting the “property, rights and interests of minority groups”⁷⁹ included the concession that the details were to be worked out “in agreement with” the Austrian government not merely “in consultation” with them as originally suggested.⁸⁰ The long negotiations over the establishment of the fund after the State Treaty came into force showed that the difference was not negligible.

These discussions did not attract much publicity compared to the dispute over German assets, which appeared to be the cause of the deadlock in which the talks ended on 24th April. Yet, as already suggested, this question needs to be viewed in a wider context in which restitution also has its place. For at its heart was not the technical definition of what was or was not a German asset or even the Western wish to block an outrageous or sinister Soviet demand. It was the fact that German investment and “normal” non-coercive activity in Austria after 1938 had been so extensive that by any definition the Potsdam decision gave the Soviet Union a legitimate claim to a sizeable economic enclave in Eastern Austria. The point was that the West and in particular the United States were now no longer ready to accept the risks of such an enclave.

Their problem was that they could not argue this on the merits of the reality of the (non-Jewish) Austrian experience of the *Anschluß*. The wearisome investigations of the Austrian Treaty Commission over the summer of 1947 confirmed this. They showed in detail what had already emerged in outline in Moscow – that many of the properties claimed by the Russians as “German assets” had indeed become German in a normal, or quasi-normal, commercial way.⁸¹ Any

⁷⁶MRP 54, 25th January 1947, AdR, Knight *Wörprikollekt*, *op. cit.*, p. 167.

⁷⁷MRP 64 a (ussereordentlich), 17th April 1947, AdR; Knight, *Wörprikollekt*, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁸See British Foreign Office minutes on the representations made by the World Jewish Congress early in February, PRO, FO 371/64060/C2896/C2897.

⁷⁹Article 44 in the 1947 version, Article 26 in the final version.

⁸⁰Text in Stourzh, *op. cit.*, p. 289.

⁸¹And the most “copper-bottomed” cases of coercive transfers had been cases of “Aryanisation”. Out of 43 larger firms with over 50% German interest 20 had been German in March 1938, 6 had been acquired as a result of “Aryanisation”, 7 had been normal purchases from the United Nations or Austrians; Out of 172 medium sized firms the figures were 92, 51 and 6 (the other cases involved bank transactions), Vienna to Foreign Office, 3rd August 1947, PRO, FO 371/63985/C10416; Memorandum of US Delegation to the Austrian Treaty Commission, German Assets in Austrian Industry, CFM/ATC (47)56, 6th August 1947, also French Statement of French Delegation, CFM/ATC (47) 65, 13th August 1947, paragraph II, 1, American Records of the Austrian Treaty Commission, IZ, Vienna.

agreement would simply have to by-pass altogether the problem of defining "coercion". The proposal presented by General Cherrière in October 1947 attempted to do just that by offering to buy out the Soviet Union from Austria with a combination of oil assets, Danube shipping assets and US Dollars.⁸⁷ Seen in the wider context outlined here this was not merely an ingenious scheme – it was an American offer to buy the Austrians out of the debt they had incurred to the Russians through their involvement in the Third Reich.

V

By the time restitution proper began in the second half of 1947 its foreign policy aspect had become much less important.⁸⁸ The crude statistics of the restitution which took place over the following years are easily told; by 1955, when the Restitution Commissions had virtually ceased work 48,795 claims had been dealt with under the terms of the first three laws, the overwhelming majority (34,750) under those of the third. Of these 30,298 had been resolved.⁸⁹ About a quarter of these claims had been granted without qualification, about a third had been "settled" in some form or other.⁹⁰ In the absence of information about the details of the judgements, in particular about what payments were involved in the "settlements" the statistics are difficult to interpret, but one point can be made with some measure of certainty; since restitution was largely restricted to real estate there was a strong disincentive for plaintiffs, often living far away, to pursue a long and complex legal case for property which they often did not intend to maintain. The settlement therefore often revolved around the question of how much more the "acquirer" should pay the original owner on top of the original price.⁹¹

By contrast the politics of restitution, which are the main concern here, are relatively transparent. Though complaints were voiced almost from the start

⁸⁷See Stourzh, *op. cit.*, p. 185; Knight, *British Policy*, *op. cit.*, p. 136.

⁸⁸See the unsuccessful lobbying by Jewish organisations of the Foreign Office in 1948; PRO, FO 371/70410/C239; 1949, PRO, FO 371/76436/C1610, FO 371/76439/C2936.

⁸⁹*Wiener Zeitung*, 25th May 1955; the figures given by Chancellor Julius Raab in a radio speech shortly before (*Wiener Zeitung*, 8th March 1955) need to be treated with scepticism. For example the figure of 43,000 he gave for positive decisions included 15,000 settlements and rejected claims. Cf. Malcolm (British Embassy, Vienna) to Young (Foreign Office), 9th March 1955, PRO, FO 371/117850/RR1571.

⁹⁰Status of Restitution of Alienated Property, Gottfried Klein for the Minister (of Finance), 21st May 1952; (copy, IZ, Vienna, Löwy PP). The figures up to and including April 1952, (excluding cases dealt with by the *Oberste Rückstellungskommission*) show that 29,406 claims had been submitted, 4,490 withdrawn, 1,276 transferred, 9,168 settled, 6,633 granted, 2,590 denied and 3,247 were still pending. See also Walch, *op. cit.*, Annex 1/1.

⁹¹Raab put the value of all restituted property including "settlements" at 2,000 million Schillings (but see note 84 above). Two years earlier the "Claims Committee" had estimated that in all the value of all property (excluding property of the Jewish Community) saved after 1938 or returned after 1945 was 780 million RM out of 3,000 million RM (see note 10 above). The decisions of the Restitution Commissions are difficult to interpret in isolation from the details of the cases; see the compilation in Ludwig Heller and Wilhelm Rauscher (eds.), *Die Rechtsprechung der Rückstellungskommissionen* (Neue Folge), Wien 1949ff.

that the Commissions were favouring the "Aryanisers",⁹² within Austria they were soon drowned by increasingly vociferous protests against both existing and possible future restitution legislation. This opposition received considerable impetus in May 1948 when voting rights were restored to "less implicated Nazis", many of whom had been beneficiaries of "Aryanisation". Their increased assertiveness is shown by the founding in June 1948 of a *Verband der Rückstellungsbetroffenen* (League of Restitution Victims). Its freely distributed magazine *Unser Recht* proclaimed its aim as the redress of what was described as the "monstrous injustice" created by the restitution legislation. More important than its mixture of thinly veiled antisemitism, distortion of the reality of "Aryanisation" and pose of martyrdom is the resonance it found in a broader political spectrum. By appeals to "common sense", self-evident "fairness", and a high-flown invocation of Western legal traditions, above all that of "equality before the law" it was able to gain the moral high ground.⁹³ Like denazification, restitution legislation now began to be increasingly portrayed as an Allied *Diktat*.

As early as the summer of 1948 first consideration was given in Krauland's Ministry of Property Control and Economic Planning (BM(VSWP)) to a revision of the restitution law or, alternatively, to setting a time limit for the submission of restitution claims. The Minister of Agriculture Kraus, was the chief mover, given shifting support by Krauland but opposed by Minister of Justice Gerö, who feared that a revision would impose an impossible administrative burden on a judiciary already under great stress.⁹⁴ At a cabinet meeting early in November 1948 Kraus successfully opposed extending the deadline for restitution applications.⁹⁵ The decision provoked an uproar among Vienna's Jewish community. A 9-point resolution was passed calling for the government not only to extend the time-limit, but also to grant restitution of flats and take action on heirless property. Perhaps most decisive of all was the intervention of the American legal official Albert Löwy.⁹⁶ Shortly after Figl tried to placate Kraus: "we know that these measures are hard for agriculture sector. But international policy (*Welpolitik*) is forcing us to take them and there is no need for us to make enemies for ourselves in the world." Graf complained that the language used by the protest meeting showed that those "whom it depends on are not contributing to making peace". It was agreed to extend the limit for another six months.⁹⁷ The controversy over the law raged in the press and pamphlets. Löwy judged that

⁹²Cf. minute by Sir Alfred Brown (Legal Adviser, FO) on complaints by the Anglo-Jewish Association, 13th November 1947, PRO, FO 371/64060/C14911; see also *Wiener Zeitung*, 3rd March 1948.

⁹³Cf. the series of articles on the restitution laws in the *Wiener Zeitung*, 16th and 30th December 1948; 6th, 8th, 9th and 12th January 1949.

⁹⁴MRP 130, 26th October 1948, AdR.

⁹⁵MRP 132, 9th November 1948, AdR; Knight, *Wörterbalkolle*, *op. cit.*, pp. 195-198.

⁹⁶*Die Gemeinde*, No. 4 (December 1948); Confidential Memo, 22nd November 1948, IZ, Vienna, Löwy PP.

⁹⁷MRP 135, 30th November 1948, AdR; Knight, *Wörterbalkolle*, *op. cit.*, p. 200; see also *Die Gemeinde*, No. 4 (December 1948), p. 3.

"the emasculation of the restitution laws" was "so popular a course of action" that the Government would not reverse it without American intervention.⁹³

In March 1949 the *Verband der Unabhängigen* (VdU) was formed to attract the former Nazi members and their families. One of its leaders Fritz Stüber described the restitution laws as "Austria's genuflection of contrition (*Bussfall*) in front of foreign capital".⁹⁴ The VdU was formed under the active patronage of the Socialist Interior Minister Helmer, who hoped to split the Conservative vote. Part of the ÖVP, on the other hand, tried to woo former Nazis directly. Julius Raab, head of the industrialists' wing (Chancellor 1953-1961), one of the main instigators, was sympathetic to the arguments of the "restitution victims".⁹⁵ Another, Alfons Gorbach, who later succeeded Raab as Chancellor (1961-1964), in spite of having been a (Catholic) political prisoner in Dachau had more sympathy with the former soldiers than Jewish refugees, as a speech in the 1949 election campaign made clear:

"Nowhere in the events of recent years was there so much genuine decency, so much self-denying fulfilment of duty as with the soldiers of this war... The emigrant gentlemen may inject as much moralistic acid (Moralinsäure) as they will; those who held their own out there in the toughest test, know better what decency is than those who took themselves abroad into safety at the first ripple of the blue ocean... I deny the emigrants any right to take part in the discussion of the Nazi question."⁹⁶

After the success of the VdU in the October 1949 election, which gave them 15 seats in Parliament, the pressure to amend the restitution law increased. Early in the new session Gorbach put forward an amendment to the restitution bill and he was quickly followed by the VdU in the new year.⁹⁷ Detailed discussions then began between the two coalition parties. They were opposed both by the United States High Commissioner Geoffrey Keyes⁹⁸ and by Gerö's successor as Minister of Justice Otto Tschadek, who forecast that it would mean re-opening about 70% of the restitution cases already decided.⁹⁹ But Tschadek was not supported by many in the SPÖ and the failure of the State Treaty negotiations at the end of

⁹³Latest Developments in Restitution Legislation in Austria, US Legal Division, Löwy, 19th January 1949, IZ, Vienna, Löwy PP.

⁹⁴Fritz Stüber, *Ich war Abgeredeter. Die Entstehung der Freiheitlichen Opposition in Österreich*, Graz-Stuttgart 1974, pp. 144f. Max Riedlsperger, *The Lingering Shadow of Nazism. The Austrian Independent Party Movement since 1945* (Eastem European Monographs 92), New York 1978, ignores this and other unsavoury aspects of the VdU.

⁹⁵Cf. *Wiener Montag*, 25th June 1951.

⁹⁶"Nirgendwo im Geschehen der letzten Jahre hat es so viel echte Anständigkeit, so viel selbstverleugnende Pflichterfüllung gegeben wie eben bei den Soldaten dieses Krieges... Da mögen die Herren Emigranten noch soviel Moralinsäure verspritzen, jene, die draussen in härtester Prüfung ihren Mann gestanden haben, wissen besser, was anständig ist, als jene, die sich beim ersten Kränkeln des blauen Ozeans auf Übersee in Sicherheit gebracht haben... Ich spreche den Emigranten auch das Recht ab, in der NS-Frage mitzureden." *Selbsterlebte Volkserziehung*, 2nd June 1949 cited in Manfred Rauchensteiner, *Die Große Koalition in Österreich, 1945-1966*, Vienna 1987, pp. 134-135, who, remarkably, does not find these words worthy of any other comment than the preface that Gorbach "sprach sicherlich vielen [ehemaligen Soldaten] aus der Seele" (sic!).

⁹⁷Löwy Memoranda, 19th January 1950, B-48122, and 23rd February 1950, B-48122, IZ Vienna, Löwy PP.

⁹⁸Keyes to Figl, 23rd March 1950; Knight, *WarPraktik*, op. cit., p. 221.

⁹⁹Blair (British Embassy, Vienna) to Porter (FO), 20th April 1950, PRO, FO 371/84969/C2756.

1949 meant that foreign policy considerations carried less weight than before. Minister of Finance Margaretha told an American official that the ÖVP "couldn't tolerate the continuance of injustices created by the existing law... The Austrians had been told by the occupying powers that they couldn't have a treaty unless they passed the law and now they have no treaty and only a law which creates injustices."¹⁰⁰

On 13th July 1950, the final day of the parliamentary year, a bill was introduced with the support of both major parties. It proposed a number of amendments to the benefit of the "acquirer". The most important one would allow restitution cases to be re-opened in cases where the firm had been insolvent or heavily in debt or where landed or wooded estates had been divided up. It also determined that agricultural property should go back to the "acquirer" if the claimant failed to prove a qualification for operating it, or where the next owner had himself been a victim of the Nazis. Perhaps the most radical feature was the proposal to use "heirless property" to alleviate the hardship of four groups including those who had acquired "Aryanised" property in good faith and who themselves had been subject to political persecution or bought property to assist political victims. This tied in with the widespread claim of the "restitution victims" that they had bought Jewish property out of altruistic motives, above all to help Jews escape.¹⁰¹

When the bill was introduced in the Autumn session of the Austrian Parliament the Americans, especially the Legal Division, took up a stronger stand against the law than the government had expected. According to a British observer the American attaché Dowling "was particularly concerned that if the Austrians were permitted to get away with so brazen a violation of one of the Treaty terms it would serve as an indication of Austrian readiness to violate any other provisions of the Treaty without compunction".¹⁰² Keyes complained formally to Figl that the proposed law was in contradiction to the draft article of the State Treaty and a radical departure from the 1946 "Nullification Law", and he repeated earlier protests at the failure to implement further restitution measures and the "heirless property" fund. In Cabinet Tschadek saw his warnings against the law proved right, Schärff described the American intervention as outrageous (*unerhört*) and Figl complained that "the Jews are besieging us." ("Die Juden rennen uns die Tür ein".) But ministers were not willing to force the issue. They were also in a sense hoist by their own legal petard. The Americans considered the proposed law to be in violation of the London Declaration. Though the cabinet committee set up to review the situation now (tentatively) queried Austria's obligation to a law which was "not a generally recognised rule of international law to which Austria... would be bound", and

¹⁰⁰Memorandum by EM (= Edward Mags. Legal Attaché at the American Legation), 17th April 1950, PRO, FO 371/84969/C2756.

¹⁰¹Entwurf eines Bundesgesetzes über den Härteausgleich in Rückstellungssachen, *Wiener Zeitung*, 29th June 1950. Dowling (US Charge) to State Department, Vienna 97, 27th July 1950 (Copy), Löwy PP, IZ, Vienna. For portrayals of "altruistic Aryanisations" see *Unser Recht, passim*.

¹⁰²Memorandum by Jerome Jacobson (BDB) to Beckelman (Joint), 4th September 1950, Board of Deputies of British Jews Archive, Folder G11/8/1/3.

to which Austria had not been a party,¹⁰³ it had been invoked too often in the past in Austria's interests to be simply thrown overboard. In December the proposed law was dropped, amid angry reaction from the VdU.

The pressure to revise the restitution law needs to be seen in connexion with a basket of measures aimed at hastening the re-integration of Nazis, providing amnesties for those still affected (such as those returning from Soviet imprisonment), dismantling the remaining denazification measures and indemnifying those affected for the penalties they had suffered. One aspect of this was that the remnants of the anti-fascist leadership of the ÖVP, like Education Minister Hurdus and Chancellor Figl, found themselves increasingly on the defensive while the business circles surrounding Raab gained the upper hand. Hurdus now commented plaintively on the way former Nazi civil servants were being restored their pension rights, presenting his case, significantly, in the form of a negative argument – that Nazis should not be given privileged treatment:

"The principle of compensation for damages is applied to the Nazis but not to the victims of the Nazis. This is, repeatedly, creating ill-will. The Nazi victims are continually told: the poor State cannot pay. But with the National Socialist the State can pay. This is surely applying double standards. I don't want to put pressure on (hetzen), but if the State points to its financial condition with regard to the Nazi victims it might be worth considering if the National Socialists couldn't be treated in the same way."¹⁰⁴

Hurdus's voice carried little weight and the success of the VdU presidential candidate in 1951 increased the competition for the former Nazi votes even more. After much manoeuvring there came a further initiative in 1952. This time the government ignored American objections and parliament passed a "*Widererwerbgesetz*" which allowed "Aryanisers" under some circumstances to regain property they had lost through restitution. Another law, submitted simultaneously, allowed Nazis who had lost property as a result of denazification to regain it. In a rare display of unanimity both measures were vetoed by the Allied Council.¹⁰⁵ But in any case much of what they had meant to achieve – aside from the retroactive effect – was now probably being accomplished by the Restitution Commissions exercising their discretionary powers¹⁰⁶ in combination with the credit institutes. Wilhelm Krell administrative director (*Amtsdirktor*) of Vienna's Jewish community described the situation as "catastrophic". Nearly everyone to whom property had been transferred was now regarded as having dealt decently and fairly (*redlich*) so that the full purchase price had to be returned. Since 99% of Jewish claimants did not have the means and were unable to get credit from the

¹⁰³Keyes note to Figl, 1st September 1950 (official Austrian translation) and MRP 216, 5th September 1950, AdR; Knight, *Wörterprotokolle*, *op. cit.*, pp. 229–234.

¹⁰⁴MRP 212, 18th July 1950, AdR; Knight, *Ministeratsprotokolle*, *op. cit.*, pp. 225f.

¹⁰⁵*Wiener Zeitung*, 19th August 1952; Figl appears to have made a linkage with the question of an amnesty for returning prisoners of war, most of whom had been accused as war criminals, and the release of "heirless property". Cf. Rauchensteiner, *op. cit.*, pp. 174–175, who, however, wrongly implies that Figl's proposal to transfer "heirless property" in return for American compromise on the "Spätkriegsverbrechen" was a fresh initiative on his part to break the deadlock, in response to which "die Amerikaner blieben hart".

¹⁰⁶See above, p. 427.

100 credit houses the results were either settlements in favour of the "Aryaniser" or compulsory auction of the property.¹⁰⁷ The law passed by parliament in 1954 two years later ("*Vermögensrückübertragungsgesetz*") aimed at handing back property forfeited as a result of denazification was also vetoed by the Allied Council. The American High Commissioner complained that it contravened the London Declaration and called on the victims to be given priority over former Nazis.¹⁰⁸ After the State Treaty of May 1955, though restitution was placed on a new legal footing, the dismantling of denazification and the compensation for damages incurred through it was rapidly completed.¹⁰⁹

VI

The American authorities had thus successfully blocked the attempts to revise the restitution legislation formally, but they were not able or willing to force the Austrian government to take any further steps; in particular on the two most controversial issues: the establishment of a fund from "heirless" property¹¹⁰ and the restitution of tenancy and leasehold rights.

The fund from "heirless property" could perhaps be supported by the argument that the property should not go to the government but to the victims. The line adopted, internally, by Austrian official circles was subtly different, however. As early as August 1945 the *Balldhausplatz* had suggested that rather than have "very distant relatives... who normally would never have come into possession of concrete properties" inheriting, it would be wiser to restrict the right of inheritance and "to use the property which had become heirless to compensate the other victims of the Nazis".¹¹¹ In line with this the rights of inheritance in the restitution laws were restricted to "spouse, forbears (immediate) and descendants, siblings and their children and other legal heirs who had shared a household".¹¹² Both this exceptional over-ruling of the normal principles of the civil code and even the application of a fund raised from overwhelmingly Jewish property to include political victims might theoretically be justified – if the funds were indeed made available as soon as possible. In fact it soon became clear that the authorities, above all Krauland's Ministry, which had the responsibility for "heirless property", were determined to delay it.

In Spring 1948 impatience grew among the American Jewish organisations

¹⁰⁷Wilhelm Krell (*Amtsdirktor*) to Fred Reiss, 28th February 1951, IKGA, Vienna, File Externa 1951.

¹⁰⁸*Wiener Zeitung*, 14th August 1954; Minutes of the Allied Council for Austria, 224th Session, 13th August 1954.

¹⁰⁹Stiedel, *op. cit.*, p. 314; Articles 8 to 10 of the State Treaty impose some formal obligations on Austria, i.a. to maintain denazification legislation, but they do not seem to have ever been the subject of international interest.

¹¹⁰The term included "unclaimed" property. For the German practice see Schwarz, "Wiedergutmachung", *loc. cit.*, pp. 37–38; and Hockerts, "Anwälte der Verfolgten. Die United Restitution Organisation", in Herbat and Goschler (eds.), *op. cit.*, pp. 249–271.

¹¹¹See note 37 above, p. 422.

¹¹²Second Restitution Law, Art. 2 (2); Third Restitution Law Art. 14 (2).

and the Jewish community in Vienna, which was only being kept financially above water by means of massive American aid. Harold Trobe, the representative of the chief benefactor of the community, the American Joint Distribution Committee, now pushed for a fund to be set up. He described the wretched condition of those Jews who had returned or had survived - some of them forced to stay in temporary camps - and proposed a 25 million Schilling advance.¹¹³ His proposal was discussed at the Cabinet meeting of 9th November mentioned earlier.¹¹⁴ The discussion it sparked off graphically encapsulated the tension between antisemitism, political pragmatism and post-war legitimacy, already noted; the Minister of Agriculture Kraus strongly opposed the suggestion. It would be contrary to the constitution, he argued, for "one race" to receive special privileges: since "others, who did not go away are not receiving any support but the Jews are to get some". The Minister of Transport added that the *Bundesbahn* had 82 million Schillings in unpaid bills. Krausland tried to "complete the picture" by pointing out that the 9,000 Jews living in Vienna were living in wretched conditions and should be helped "if it is necessary". The influence of the Jews in America also had to be taken into account. When the Minister of Trade Ernst Kolb responded with the by now conventional thesis of Austria's collective innocence he was rebuffed in cynical fashion by Helmer:

"Kolb: "Austria received none of these assets and the injustice done to the Jews was not done by Austria. Austria and the Greater German Reich are two different things.
Helmer: What was taken away from the Jews can't be put down to the 'Greater German Reich'. A large part comes down to our dear fellow citizens right enough. That is a statement which corresponds to the facts. But on the other hand . . . everywhere I can see only Jewish expansion, among the doctors and in commerce - especially in Vienna. But we can't implement a special scheme (eine Separataktion). But the question is also a political one. In 1945 the Nazis also had everything taken away from them and we can now see a situation in which even a National Socialist *Akademiker* has to work on a building-site . . . we are no longer living in 1945. The English are now fighting the Jews: the Americans have not kept their obligations. The atrocities of the Jews in the Palestine war have had an effect. . . I would be in favour of dragging things out (das man die Sache in die Länge zieht). Just consider it, we should say . . . we have to take different things into consideration. There are people who understand that alright. The Jews will understand that themselves when they realise that a lot of people are opposed to them. We should simply say to him, [Trobe] We'll see about it. (Wir werden schon schauen)."

Helmer was supported by Figl. An advance to the Jewish community would not only produce domestic and foreign problems; it would make an unfair distinction to the disadvantage of National Socialists. But, on the other hand, he cautioned, "at present we cannot afford to say 'no' either. We'll have to say, 'give us time to get our budget straight and see where and how we can help you . . .'"¹¹⁵

Two months later Max Isenbergh of the American Jewish Committee also approached ministers about an advance but was rebuffed with a variety of more or less specious arguments. The most significant was the oft-repeated cynical

objection that a loan to the Jews would be special treatment for Jews and thus a perpetuation of Nazi racial discrimination. Helmer was more open when he asked why the Jews could not "earn their own living like everyone else in Austria". Isenbergh concluded, more charitably than the situation justified, that "regardless of whether they may privately favour just treatment of Nazi victims, they are primarily concerned, in view of the coming elections, to avoid any legislation inimical to the interests of former Nazis, who, with their families and friends, constitute a strong voting bloc".¹¹⁶ Gerhard Riegner from the World Jewish Congress (WJC) Geneva office followed Trobe and Isenbergh, but made no more progress.¹¹⁷

It took an intervention from the American legation to shift the Cabinet. Helmer maintained his opposition to the state intervening "one-sidedly". State Secretary of the Interior Ferdinand Graf complained of blackmail and money-making motives and wished to abstain from the vote. But Gruber's judgement that it would be "unwise" (*unklug*) to offend the Americans proved decisive. It was decided to offer an advance of 5 million Schillings - a fifth of the amount requested. On no account should the press be told.¹¹⁸ This was not the end of the story, however. The Finance Ministry not only applied to the Americans to reimburse them out of Marshall Aid, it also demanded security for the advance from the *Kultusgemeinde* itself! Even so, at the start of October it was still blocking implementation of the loan. After some expression of resentment the *Kultusgemeinde* accepted the loan, which was used for repair and upkeep of buildings and educational projects.

The increased self-confidence of the government since 1945 was demonstrated by the way further pressure on the fund question was simply ignored. When an American note - one of several - came to the Cabinet early in 1952 Schärf made it clear that the fund would only be set up under compulsion:

"On the basis of the assertion that it's a question of heirless property (*herrenloses Gut*) we can't let anything be taken away from us unless . . . we are forced to by the State Treaty (können wir uns nichts wegnehmen lassen, wenn wir nicht . . . durch den Staatsvertrag dazu gezwungen sind)."

He added that he was convinced that the number of Jews killed was relatively small - "most of them really did get over the border". Figl endorsed him: "The biggest *Judenmassaker* only began in 1942 and by then our Jews were gone - usually with some luggage, a ship's ticket and 200 RM [sic]".¹¹⁹ Neither this nor a further US note of June 1952 was apparently answered.¹²⁰ When the Jewish community asked for a further advance - this time of 15 million Schillings - from

¹¹⁶Records of Isenbergh's conversations, presumably by Robert James, legal attaché of the US Embassy, who was present, can be found in the Institut für Zeitgeschichte, Vienna, Löwy PP: 'Latest development of restitution legislation in Austria', B-48045, 18th April 1949, IZ, Löwy PP; cf. Knight, *Wortprotokolle*, op. cit., pp. 208-210.

¹¹⁷*Wiener Zeitung*, 15th February 1949; *Die Gemeinde*, No. 2 (March 1949).

¹¹⁸MRP 160, 8th June 1949, AdR; Knight, *Wortprotokolle*, op. cit., pp. 211-214.

¹¹⁹MRP 275, 8th January 1952, AdR; Knight, *Wortprotokolle*, op. cit., p. 240.

¹²⁰See draft note by US Legal Division, 13th May 1953, No. 205, IZ, Vienna, Löwy PP.

the future "heirless property" fund, it was blocked.¹²¹ Figl appears to have attempted to make the payment conditional on US agreement to soften their stance over the "late returners (*Spätheimkehrer*)".¹²² In negotiations with the Jewish Claims Committee between 1953 and 1955 the Austrian Government stuck to its position that it could not discuss a matter which had already been settled in the draft State Treaty – an argument which was not merely legally incorrect, but inconsistent with attempts to amend restitution legislation in 1950.

Nearly as controversial as "heirless property" was the restitution of tenants' and leaseholders' rights.¹²³ In post-war Vienna, where the housing shortage was acute, any decision about 60,000 flats and thousands of business premises, doctors' and lawyers' practices – the majority of which were presumably relatively intact – would be controversial. That they had belonged to Jews made it more so. In an ironically circular argument the fact that the inheritors were living abroad was taken as evidence that they would "unfairly" sell, lease or sublet any premises returned to them before returning abroad. Yet at the same time the fact that there was no legal basis for regaining their accommodation or leased premises was a major disincentive to those – admittedly probably a minority – who might be contemplating return. In the early months of the occupation when the Russians and the Communists held sway in Vienna and many Nazis had fled, several thousand flats, some of which had belonged to Jews, were given to resistance fighters or Nazi victims.¹²⁴ But the legal position was unclear and the attitude of the housing authorities to returning refugees does not seem to have been sympathetic.¹²⁵ Though the Third Restitution Law provided for legislation at a later date, the political cost involved grew.¹²⁶ A law was drafted in 1947, agreed in Cabinet in May 1948 but referred back to a parliamentary sub-committee. The Americans saw this "unconscionable procrastination" as "part of its effort to curry the favour of former Nazis".¹²⁷ According to the Jewish community it was so drafted that it would only result in the restitution of at the most 50 homes.¹²⁸ As time went on the chances of a law coming into force faded and it seems unlikely that even Keyes believed that his insistent call in September 1950 for "speedy measures" would have much effect. In Cabinet Tschadek described the demand as "an absolute danger" (*eine absolute*

¹²¹ Kulturgemeinde to Figl, 2nd May 1952, IZ, LN.

¹²² See Rauchensteiner, *op. cit.*, pp. 174–175.

¹²³ The other restitution laws which were passed covered relatively minor areas: the question of firms' names (ARG); the property of juridical persons who had lost their legal personality (*Rechtspersönlichkeit*) (SRG); trade protection rights and patents (*Gewerbliche Schutzrechte*) (BRG); and claims arising from revoked or unfulfilled conditions of service (*Disziplinarhältnisse*) in the private economy (ZRG).

¹²⁴ Adolf Schärf, *Zwischen Demokratie und Volkdemokratie. Österreichs Einigung und Wiederaufichtung im Jahre 1945*, Vienna 1950, p. 99, puts the number at 18,000; cf. Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, p. 139.

¹²⁵ See letter from the Chief Commandant Vienna to the Chairman of the Executive Committee of the Allied Council, 30th July 1946, concerning the living quarters of Jewish returnees, PRO, FO 1020/2360.

¹²⁶ Article 23 (2), 3RG ('Besondere Regelung für Bestandsverhältnisse').

¹²⁷ Present Status of Restitution Legislation in Austria, US Legal Division, 27th October 1948, IZ, Vienna, Löwy PP.

¹²⁸ Keyes to Figl, 21st June 1949; Keyes to Figl 23rd March 1950, appended to MRP 163 and MRP 198, AdR; Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, pp. 216–219, 221–223.

Gefähr) which would create "serious unrest" (*eine unbedingte Beunruhigung*).¹²⁹ Soon afterwards the bill was put into cold storage and – apart from a short-lived revival three years later – it remained there until the State Treaty came into force.¹³⁰

VII

The State Treaty brought Austria the restoration of sovereignty and the departure of Allied authorities. Her status as a "collective victim" of the Third Reich was confirmed both by the adoption of the term "State Treaty" (in preference to Peace Treaty) and by the last-minute removal of a reference in the preamble to "responsibility" arising from its participation in the war. The Relief Fund (*Hilfsfonds*) agreed to shortly afterwards, following the two-year long negotiations between the Federal Government and the Claims Committee under Nahum Goldmann's chairmanship, was in line with this policy. It was, as the government had consistently argued, neither restitution nor compensation but an *ex gratia* payment made not to Jewish victims specifically, but to "former Austrians who reside abroad, and who are in need of assistance irrespective of their religion". Payments of between 10,000 and 40,000 Schillings were made to the neediest cases of Jewish refugees living abroad.¹³¹ The total sum available over an eleven-year period was 550 million Schillings (in fact the fund was used up by 1959).¹³²

After some prevarication by the Austrian government the restitution called for in Article 26 (1) of the State Treaty was settled by a lump payment of 6 million dollars and 10% for administration costs (about 170 million Schillings). Over 11,000 claims were made, most of them against discriminatory taxes.¹³³ The tracing and realising of "heirless property" was carried out between 1957 and 1961.¹³⁴ In all over 320 million Schillings were collected (over 38 million of which

¹²⁹ MRP 216, 5th September 1950, AdR; Knight, *Wortprotokolle*, *op. cit.*, p. 232–233.

¹³⁰ Krell and Heiter (IKG) to Bundesministerium für soziale Verwaltung, 27th December 1953; Krell to Beckermann, 1st July 1953, IKG, Vienna, File Wiedergutmachung 1948–1952.

¹³¹ Fonds zur Hilfeleistung an Politisch Verfolgte, die ihren Wohnsitz und Ständigen Aufenthalt im Ausland haben' (Hilfsfonds). For the negotiations which twice broke down see Goldmann, *op. cit.*, pp. 448–451.

¹³² *Wiener Zeitung*, 20th July 1955.

¹³³ Fonds zur Abgeltung von Vermögensverlusten politisch Verfolgter (Abgeltungsfonds)', Georg Weis, 13th February 1964, unpublished report kindly given to me by Dr Weis. The areas covered were bank accounts, securities, mortgages, life assurance, discriminatory taxes, cash and municipal and state pension rights. The figure of 6 million dollars was considerably lower than the amount the Austrians expected to pay under a "category solution" initially adopted, which they estimated would cost 200 to 250 million Schillings. See Blair (British Embassy, Vienna) to Swann (FO), 20th September 1957, PRO, FO 371/30304/RR1481/9. The restoration of tenant rights was not included. Austrian officials argued that the restoration of tenancy rights was "not possible" in the sense of Article 26 (1), a phrase clearly meant to apply to property which had been destroyed or was not traceable.

¹³⁴ The delay in setting up the fund (according to the State Treaty to be within 18 months of ratification) and the use of Jewish property for the 20% of payments to "political victims" were two respects in which this solution, in the British view, violated the terms of the State Treaty, see Tripp (British Embassy, Vienna) to Barnes (FO), 15th April 1959, PRO, FO 371/144908/RR1481/20.

came from the Federal Republic on the basis of the Bad Kreuznach agreement of 1961). As with the earlier restitution the largest single category was real estate. The settlements of claims concerning 3,896 properties raised over 83 million Schillings. The bulk of the payments – 80% of them to *Glaubensjuden* within Austria – were made between 1961 and 1969.¹³⁵

VIII

The history of Austrian restitution is not just an illustration of the banal truth that in politics expediency will generally triumph over humanity. It shows the problem post-war Austria faced in establishing its legitimacy as a collective victim of the Third Reich when its social and economic entanglement in that regime had been extensive, nowhere more so than in its racial persecution. This continuing tension between officially propagated myth and authentic experience makes it doubtful whether in Austria restitution had the kind of cathartic or educative effects claimed for it for the German Federal Republic by Walter Schwarz.¹³⁶ It seems more likely – on the basis of an admittedly impressionistic examination of the press coverage of the issue – that it strengthened existing antisemitic clichés. The reduction of the question of responsibility in the Holocaust to material aspects may have facilitated this and intensified the tendency to repress unpalatable memories of lives destroyed and misery inflicted, while the very fact that most of the survivors had fled Austria transmuted the question from one of self-responsibility into a conflict between Austria and “abroad”.¹³⁷ Finally, restitution highlights the problems arising from the claim of the modern state to have replaced direct violence by the laws of the market, guaranteed by the principles of the bourgeois civil code.¹³⁸ For the

¹³⁵Sammelstellen A und B, Schlussbericht, 1957–1969, Georg Weis, kindly made available to the author and now in his possession.

¹³⁶Schwarz, *Rückertaltung*, *op. cit.*, pp. 375–376.

¹³⁷On public attitudes and the press see Hilde Weis, *Antisemitische Vorurteile in Österreich*, Vienna 1987; John Bunzl and Bernd Marín, *Antisemitismus in Österreich. Sozialhistorische und soziologische Studien* (Vergleichende Gesellschaftsgeschichte und politische Ideengeschichte der Neuzeit, vol. III), Innsbruck 1983; *espec.* pp. 204ff; and most recently on the press Ruth Wodak *et al.*, “Wir sind alle Unschuldige Täter!” *Studien zum antisemitischen Diskurs im Nachkriegsösterreich*, unpublished MS, Vienna 1989 (2 vols.), kindly shown to the writer; cf. the autobiographical, Anton Pelinka, *Wandfelle, Klagen über Österreich*, Vienna–Berlin 1985, p. 3; apart from these historians have not done much to counter prejudices; Rauchensteiner (*op. cit.*, pp. 424–425) shifts the date of the 12th *Opferfürsorgegesetznovelle* back from 22nd March 1961 to before the summer of 1960 to support his conclusion that unlike the Americans the Jewish organisations “waren freilich nicht so rasch [sic] zufriedenzustellen und setzten Österreich . . . [im Sommer 1960] neuerlich unter Druck”. In a similar distortion Ludwig Steiner simply jumps over two and half years of fruitless negotiations when he writes, in Alois Brusatti and Gottfried Heindl (eds.), *Julius Raab: eine Biographie in Einzeldarstellungen*, Linz 1986, p. 232: “Raab wollte dieses Problem möglichst rasch (!) einer Lösung zuführen. Er lud dazu Nahum Goldmann . . . zu einem Gespräch am 12. Februar 1956 nach Wien ein.”

¹³⁸Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Berlin 1962, pp. 96ff.; David Blackbourn and Geoff Eley, *The Peasants of German History. Bourgeois Society and Politics in Nineteenth-Century Germany*, Oxford–New York 1984, pp. 190–194.

outburst of 1938 was not merely an exercise in unrestrained greed, it was a revolt against capitalist exchange itself,¹³⁹ which shattered the “bourgeois freedoms” with which Jewish emancipation had been intimately bound up. The inability of the post-war Austrian state to redress significantly the resulting state of affairs highlights the depth of the crisis. It was not that restitution deviated from the principles of the civil code (*Bürgerliches Recht*) in favour of the Jews, but that it could not deviate enough to satisfy natural justice. It was more than a bitter irony that the bourgeois principles of “equality before the law” and “security of contract” could be harnessed so effectively by the same people who had ruthlessly violated both seven years before, and that the breaches allegedly made in them on behalf of the victims, rather than the victims’ plight itself, could be successfully portrayed as the real problem.

¹³⁹Ditlev Clausen, *Grenzen der Aufklärung. Zur gesellschaftlichen Geschichte des modernen Antisemitismus*, Frankfurt a. Main 1987, *esp.* pp. 32, 35.