



Universität Zürich  
Rechtswissenschaftliches Institut

Lehrstuhl für Schweizerisches und  
Internationales Zivilprozess-,  
Schuldbetreibungs- und  
Konkursrecht sowie Privat- und  
Wirtschaftsrecht

Rämistrasse 74/9

CH 8001 Zürich

Tel. +41 1 634 41 81

Fax +41 1 634 41 89

paul.oberhammer@rwi.unizh.ch

www.rwi.unizh.ch/oberhammer

Prof. Dr. Paul Oberhammer  
Ordinarius

Zürich, den 28. September 2006

## Rechtsgutachten

### zur Restitution des Gemäldes „Sommernacht am Strand“ von Edvard Munch

#### I. Sachverhalt

Im Folgenden wird der maßgebende Sachverhalt nur zusammenfassend und in jenen Punkten dargestellt, welche für das folgende Rechtsgutachten relevant sind. Dieser Sachverhalt stützt sich auf Informationen und Unterlagen, welche ich von der Auftraggeberin des Gutachtens erhalten habe; für die Richtigkeit dieser tatsächlichen Feststellungen kann ich daher keine Verantwortung übernehmen.

Alma Mahler-Werfel war Eigentümerin des Gemäldes „Sommernacht am Strand“ von Edvard Munch (im Folgenden: „Gemälde“). Sie stellte es 1937 gemeinsam mit vier anderen Bildern der österreichischen Galerie als Leihgabe zur Verfügung. Am 13. März 1938 flüchtete Alma Mahler-Werfel gemeinsam mit ihrem Ehemann Franz Werfel aus Österreich und ließ ihr Vermögen zurück. Schon kurz darauf verlangte Carl Moll, der Stiefvater von Alma Mahler-Werfel, noch vor Ablauf der Leihdauer das Gemälde gemeinsam mit anderen Leihgaben zurück. Er berief sich dabei darauf, für Alma Mahler-Werfel zu handeln, konnte jedoch keine Vollmacht vorlegen. Das Gemälde wurde Carl Moll – einer prominenten Persönlichkeit der damaligen Wiener Kunstszene – ausgehändigt.



Im April 1940 kam es schließlich zum Verkauf des Gemäldes an die Österreichische Galerie: Als Verkäuferin trat Marie Eberstaller auf, die Tochter von Carl Moll, die Verhandlungen führte Carl Moll. Auch diesmal konnte keine schriftliche Vollmacht von Alma Mahler-Werfel als Eigentümerin des Gemäldes vorgelegt werden. Der österreichischen Galerie als Käuferin des Gemäldes war bekannt, dass Alma Mahler-Werfel Eigentümerin des Gemäldes war und sich aufgrund ihrer Flucht vor nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen im Ausland befand.

Schon im August 1946 verlangte Alma Mahler-Werfel die Rückstellung des Gemäldes von der Österreichischen Galerie. Da diese nicht erfolgte, leitete sie 1947 ein Rückstellungsverfahren gegen die Republik Österreich ein. Ihr Antrag wurde zunächst in erster Instanz mit der Begründung zurückgewiesen, eine Rückstellung des Gemäldes komme nicht in Betracht, weil es sich dabei um deutsches Eigentum handle; aufgrund eines Rechtsmittels Alma Mahler-Werfels wurde diese Entscheidung von der Rückstellungsoberkommission Wien (ROK Wien) aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung in die erste Instanz zurückverwiesen. Im zweiten Rechtsgang gab die Rückstellungskommission dem Rückstellungsantrag von Alma Mahler-Werfel zunächst statt (Entscheidung vom 9.4.1953, 63 RK 1372/48). Aufgrund eines Rechtsmittels der Republik Österreich wurde die Entscheidung der Rückstellungskommission, soweit sie die Rückstellung des Bildes „Sommernacht am Strande“ verfügte, dahin abgeändert, dass das Begehren auf Rückstellung dieses Bildes abgewiesen wurde (Entscheidung vom 16.6.1953). Gegen diese Entscheidung wandte sich Alma Mahler-Werfel an die Oberste Rückstellungskommission beim OGH, ihr Rechtsmittel wurde jedoch mangels Überschreitung der Streitwertgrenze als unzulässig zurückgewiesen (Entscheidung vom 5. September 1953, RKV 152/53).

1999 stellte Marina Mahler als Enkelin und Rechtsnachfolgerin von Alma Mahler-Werfel beim Kunstrückgabebeirat einen weiteren Antrag auf Restitution des Gemäldes; mit Entscheidung vom 27.10.1999 fasste der Kunstrückgabebeirat den Beschluss, eine Rückgabeempfehlung zu verweigern. Dabei wurde zwar anerkannt, das Begehren von Marina Mahler sei „historisch“ und „moralisch“ berechtigt, der Kunstrückgabebeirat vertrat jedoch die Auffassung, die Rechtskraft der Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 hindere den Beirat daran, eine Empfehlung auf Rückstellung des Gemäldes auszusprechen.



Am 16.2.2006 hat nun Marina Mahler einen weiteren Antrag nach dem Kunstrückgabegesetz 1998 auf Restitution des Gemäldes gestellt.

## II. Gutachtensauftrag

Marina Mahler hat mich gebeten, ein Rechtsgutachten zur Vorlage an den Kunstrückgabebeirat zur Frage vorzulegen, ob die Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 nach heutiger Rechtslage einer Rückstellung des Gemäldes aufgrund einer entsprechenden Empfehlung des Kunstrückgabebeirats entgegenstünde.

Meine Qualifikation zur Beurteilung dieser Frage resultiert insbesondere aus meiner wissenschaftlichen Ausrichtung auf das österreichische zivilgerichtliche Verfahrensrecht; letztlich geht es ja um die Frage der Rechtskraftwirkung der Entscheidung vom 16.6.1953. Daneben erlaube ich mir darauf hinzuweisen, dass ich mich aus verschiedenen Anlässen bereits wissenschaftlich und praktisch mit Fragen des österreichischen Rückstellungsrechts beschäftigt habe.

## III. Gutachten

### A. Zulässigkeit eines weiteren Antrages beim Kunstrückgabebeirat

Vorweg ist klarzustellen, dass die Ablehnung einer Rückstellungsempfehlung durch den Kunstrückgabebeirat am 27.10.1999 einer neuerlichen Antragsstellung durch Marina Mahler durchaus nicht entgegensteht: Wie der VfGH in seinem Zurückweisungsbeschluss B 422/00-4 vom 30.6.2000 ausgesprochen hat, kommt dem Schreiben von BM Gehrler, welches die Rückgabe verweigert, keine Bescheidqualität zu, weshalb auch keine rechtskraftfähige Entscheidung vorliegt. Da keine rechtskraftfähige Entscheidung vorliegt, kann ein neuerlicher Antrag auch nicht unter Hinweis auf den Grundsatz „ne bis in idem“ zurückgewiesen werden.

Diese Rechtslage führt freilich nicht dazu, dass sich der Kunstrückgabebeirat mit jedem neuerlichen Antrag desselben Antragstellers mit der gleichen Intensität beschäftigen muss: Werden in einem neuerlichen Antrag keinerlei neue Argumente vorgebracht, so kann der Kunstrückgabebeirat mE seine Empfehlung auf einen schlichten Verweis auf seine bereits gefällte Entscheidung beschränken. Ein solcher Fall liegt in casu jedoch keineswegs vor, da – wie



auch das vorliegende Rechtsgutachten zeigen wird – nunmehr wesentliche Argumente ins Treffen geführt werden, welche die Entscheidung des Beirats vom 27.10.1999 noch nicht oder nicht ausreichend beachten konnte.

## **B. Entscheidungsgrundlage des Kunstrückgabebeirats**

Denkbare Rückstellungsgrundlage im Kunstrückgabegesetz 1998 ist im vorliegenden Fall § 1 Z 2. Nach dieser Bestimmung besteht die Ermächtigung, Kunstgegenstände aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen unentgeltlich zu übereignen, wenn diese Kunstgegenstände zwar „rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, jedoch zuvor Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemäß § 1 des Bundesgesetzes vom 15. Mai 1946 über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind, in das Eigentum der Republik Österreich gelangt sind, BGBl Nr 106/1946, waren und sich noch im Eigentum des Bundes befinden“.

Diese Bestimmung wirft bekanntlich verschiedene Auslegungsfragen auf (vgl dazu etwa *G. Graf*, Überlegungen zum Anwendungsbereich des § 1 Z 2 KunstrückgabeG, NZ 2005, 321; *Welser/Rabl*, Der Fall Klimt [2005] 98; *Krejci*, der Klimt-Streit [2005] 181; *Meissel/Jungwirth*, Moralisch verständlich, aber rechtlich nichts zu machen? Munchs „Sommernacht am Strand“ vor dem Kunstrückgabebeirat, in *Pawlowsky/Wendelin*, Enteignete Kunst. Raub und Rückgabe – Österreich von 1938 bis heute [2006] 111). Trotz der hier bestehenden Unklarheiten besteht jedoch Einhelligkeit darüber, dass der Umstand, dass die Republik Österreich zivilrechtlich Eigentum an einem zu restituierenden Kunstgegenstand erworben hat und diesen auch nach „altem“ Rückstellungsrecht nicht zu restituieren gehabt hätte, keineswegs ein Hindernis für dessen Rückstellung darstellt; im Gegenteil: Das Gesetz stellt hier ja ausdrücklich auf den Fall ab, dass die Republik Österreich Eigentümer geworden ist und den Kunstgegenstand bis dato nicht restituiert hat.

Genau dieser Aspekt wurde aber in der Entscheidung des Kunstrückgabebeirats vom 27.10.1999 vollständig verkannt, indem man sich auf die Rechtskraft der ROK-Entscheidung vom 16.6.1953 berief: Diese Entscheidung sagt ja gerade nichts anderes, als dass die Republik das Gemälde nicht aus ihrem Eigentum zu restituieren hat! Nach der in Österreich seit jeher herrschenden prozessualen Rechtskrafttheorie hat die materielle Rechtskraft einer gerichtli-



chen Entscheidung nun aber keinerlei Auswirkungen auf die bestehende materiell-rechtliche Rechtslage, sondern stellt diese vielmehr nur prozessual fest; dem Urteil kommt insofern also nur deklaratorische Funktion zu (vgl dazu nur *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> [2003] Rz 695). Mit anderen Worten: Wenn die Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 rechtskräftig feststellt, dass die Republik Österreich und nicht Alma Mahler-Werfel Eigentümerin des Gemäldes ist und dieses nicht zurückzustellen ist, so hat dies an der materiell-rechtlichen Rechtslage nichts geändert, es liegt bloß eine Entscheidung vor, die feststellt, ob das Gemälde von der Eigentümerin zurückzustellen ist. Auf diese materiell-rechtliche Rechtslage kommt es aber – wie eben erwähnt – bei der Anwendung des Kunstrückgabegesetzes 1998 überhaupt gar nicht an; die Rückstellung hat ja vielmehr gerade unabhängig von der materiell-rechtlichen Eigentümerposition der Republik und der Rechtslage nach „altem“ Rückstellungsrecht zu erfolgen! Mit anderen Worten: Der Kunstrückgabebeirat hat sich hier von der Existenz einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung gleichsam blenden lassen und verkannt, dass diese nur eine zivil- und rückstellungsrechtliche Rechtslage feststellt, die für die Empfehlung des Kunstrückgabebeirats keine maßgebliche Entscheidungsgrundlage darstellt!

Wie im Folgenden darzustellen ist, wurde die prozessuale Rechtslage hierin auch noch in anderen Aspekten verkannt. Als Zwischenergebnis ist jedoch schon hier festzuhalten: Die Entscheidung der ROK könnte höchstens feststellen, wer Eigentümer des Gemäldes ist und ob dieses nach „altem“ Rückstellungsrecht zu restituieren war; gerade darauf kommt es aber im Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat ausweislich § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz 1998 gar nicht an. Die Entscheidung vom 27.10.1999 stützt sich hierin auf eine Entscheidungsgrundlage (nämlich die Entscheidung der ROK vom 16.6.1953), welche nach dem Inhalt des anzuwendenden Kunstrückgabegesetzes 1998 irrelevant ist. Die Rückgabe hat nach § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz auch und gerade dann zu erfolgen, wenn die Republik Österreich rechtmäßig Eigentümerin geworden ist; sie wurde im vorliegenden Fall unter Hinweis letztlich darauf verweigert, dass die Republik Österreich (ausweislich der Entscheidung der ROK vom 16.6.1953) rechtmäßig Eigentümerin des Gemäldes geworden ist. Der Kunstrückgabebeirat ist hier – verfahrensrechtlich offenbar nicht optimal beraten – einem suggestiven Fehlschluss aufgesessen („wir dürfen ja nicht in ein rechtskräftiges Urteil eingreifen“), wodurch ein gravierender Fehler unterlaufen ist.



## C. Bestimmung der Rechtskraftgrenzen der ROK-Entscheidung vom 16.6.1953

### 1. Grundlagen

Die materielle Rechtskraft einer zivilgerichtlichen Entscheidung stellt deren Verbindlichkeit mit zwei Mechanismen sicher, nämlich mit der Einmaligkeits- und der Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft (vgl dazu einfürend *Rechberger/Simotta*<sup>6</sup> Rz 697 f; *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 411 ZPO Rz 14 ff): Die Einmaligkeitswirkung verhindert beim Vorliegen desselben Streitgegenstandes (Identität) eine neuerliche Entscheidung in derselben Sache („ne bis in idem“); die Bindungswirkung (Präjudizialität) äußert sich dort, wo im Vorprozess eine Frage entschieden wurde, welche Vorfrage des Folgeprozesses ist. In jedem Fall ist die Bestimmung des § 411 ZPO zu beachten, wonach nur der mit der Klage geltend gemachte Anspruch Gegenstand der materiellen Rechtskraft sein kann. Dies bedeutet, dass nur die (im Tenor einer gerichtlichen Entscheidung aufgenommene) Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch, nicht jedoch die in den Urteilsgründen dargelegten Ausführungen über maßgebende Vorfragen in Rechtskraft erwachsen können (vgl dazu nur *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 411 ZPO Rz 40 ff; *Rechberger* in *Rechberger*<sup>2</sup>, § 411 ZPO Rz 6 ff; *Oberhammer*, Objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion, JBl 2000, 205 mit jeweils weiteren Nachweisen).

### 2. Keine Einmaligkeitswirkung

Im vorliegenden Fall sollte kein Zweifel daran bestehen, dass zunächst keine Identität der Verfahrensgegenstände vor der ROK und dem Kunstrückgabebeirat besteht. In den beiden Verfahren geht es um ganz unterschiedliche Entscheidungsgrundlagen: In der Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 geht es um die Existenz eines Rückstellungsanspruchs nach dem 3. Rückstellungsgesetz, dh also, ob eine Anspruchsgrundlage nach diesem Gesetz gegeben bzw Einwendungsgrundlagen nach dessen Bestimmungen zu verneinen sind; ganz im Unterschied dazu geht es bei dem Beschluss des Kunstrückgabebeirats lediglich um die Verwirklichung des Tatbestandes nach § 1 Kunstrückgabegesetz 1998. Mitnichten wird vom Kunstrückgabebeirat die Rückstellung nach dem 3. Rückstellungsgesetz beantragt, sondern vielmehr eine Restitution aufgrund eines völlig neuen gesetzlichen Tatbestandes, der einen unterschiedlichen Sachverhalt voraussetzt, begehrt.



Im Grunde geht es bei der nachträglichen Schaffung solcher neuer Entscheidungsgrundlagen immer um deren intertemporalen Anwendungsbereich: Sollen sich die neuen Bestimmungen nur auf Sachverhalte beziehen, welche nach ihrem In-Kraft-Treten verwirklicht wurden, oder ist eine Rückwirkung auch auf frühere Sachverhalte angeordnet? Die Rechtslage nach dem Kunstrückgabegesetz 1998 liegt in diesem Zusammenhang klar auf der Hand: Naturgemäß hat dieses Gesetz Rückwirkung, bezieht sich also auf Sachverhalte, welche vor seinem In-Kraft-Treten verwirklicht wurden, weil die Entziehung von Kunstgegenständen im Zusammenhang mit dem Nationalsozialismus naturgemäß nur vor dem In-Kraft-Treten des Kunstrückgabegesetzes 1998 stattgefunden haben kann. Deutlicher kann die Rechtslage in diesem Zusammenhang nicht sein: Das Kunstrückgabegesetz 1998 bezieht sich nicht nur auch, sondern vielmehr ausschließlich auf Sachverhalte, welche vor seinem In-Kraft-Treten verwirklicht wurden, hat also ausschließlich rückwirkende Relevanz. Darin liegt ja gerade seine Bedeutung: Es soll Rückstellungen ermöglichen, welche aufgrund der bisherigen Rechts- und Sachlage in einer aus jedenfalls heutiger Sicht unerträglichen Weise bis dato noch nicht erfolgt sind! Dass eine Rückstellung nach „altem“ Rückstellungsrecht nicht möglich war (und ein einschlägiger Antrag daher womöglich ab- oder zurückgewiesen wurde) kann daher für die Restitution nach diesem Gesetz naturgemäß keine Rolle spielen. In solchen Fällen einer rückwirkenden Änderung der Rechtslage ist aber vollkommen anerkannt, dass die Rechtskraft früherer Entscheidungen natürlich keineswegs einer neuerlichen Antragsstellung und einer Abweichung der neuen von der alten Entscheidung entgegensteht (vgl dazu nur *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 411 ZPO Rz 100).

### 3. Keine Bindungswirkung

Daher ist zu fragen, ob der Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 Bindungswirkung für den Beschluss des Rückgabebeirats zukommen kann; dies wäre – wie erwähnt – dann der Fall, wenn in dieser Entscheidung (also in ihrem Tenor) über einen Anspruch entschieden wird, welcher nunmehr Vorfrage der Entscheidung des Kunstrückgabebeirats wäre. Dies ist jedoch offensichtlich nicht der Fall: Entscheidungsgegenstand der insofern teilrechtskräftigen Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 war die Abweisung des Rückstellungsanspruchs von Alma Mahler-Werfel in Bezug auf das Gemälde. Damit verneint die ROK also rechtskräftig und damit für alle österreichischen Gerichte und Behörden bindend die Existenz eines solchen (schuldrechtlichen) Rückstellungsanspruchs nach dem 3. Rückstellungsgesetz.



Analysiert man nun die von § 1 Kunstrückgabegesetz 1998 vorgegebenen Entscheidungsgrundlagen für den Kunstrückgabebeirat, so ist sofort klar, dass die Existenz eines Rückstellungsanspruchs nach dem 3. Rückstellungsgesetz (wie erwähnt) keinerlei Relevanz für die Rückgabe von Kunstwerken nach dem Kunstrückgabegesetz 1998 zukommt: Dieses Gesetz knüpft in keiner Weise an der Existenz oder Nicht-Existenz von Rückstellungsansprüchen nach dem 3. Rückstellungsgesetz an. Es wird mitnichten angeordnet, etwas habe zu gelten, wenn ein Rückstellungsanspruch nach dem 3. Rückstellungsgesetz besteht oder nicht besteht, sondern vielmehr eine eigene, davon vollkommen unabhängige Entscheidungsgrundlage geschaffen.

§ 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz 1998 knüpft am Tatbestand des Nichtigkeitsgesetzes 1946 (BGBl 1946/106) an, es muss also ein entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft oder eine sonstige Rechtshandlung während der deutschen Besetzung Österreichs vorliegen, welche im Zuge der politischen und wirtschaftlichen Durchdringung Österreichs durch das Deutsche Reich vorgenommen worden ist, um natürlichen oder juristischen Personen Vermögensschaften oder Vermögensrechte zu entziehen, welche ihnen am 13. März 1938 zugestanden sind. Selbst im Rahmen der Entscheidungsbegründung der ROK (der nach einhelliger Meinung ohnedies keine Rechtskraftwirkung zukommt) wird jedoch keineswegs verneint, dass der Tatbestand nach dem Nichtigkeitsgesetz verwirklicht wurde, sondern lediglich aufgrund anderer, viel speziellerer und im Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat irrelevanter Bestimmungen des 3. Rückstellungsgesetzes die Existenz eines Anspruchs nach *diesem* Gesetz verneint. Grund dafür ist schlicht der Umstand, dass § 2 Nichtigkeitsgesetz 1946 die Art der Geltendmachung und den Umfang der Ansprüche eigenen Bundesgesetzen (wie eben dem erwähnten 3. Rückstellungsgesetz) vorbehielt, weshalb eine gesonderte Prüfung des Tatbestands nach dem Nichtigkeitsgesetz 1946 (welcher sich von jenem nach dem 3. Rückstellungsgesetz deutlich unterschied!) im Rahmen eines Rückstellungsverfahrens nach dem 3. Rückstellungsgesetz ganz einfach nicht zu erfolgen hatte (und auch tatsächlich nicht erfolgt ist). Auf all das kommt es aber – wie einleitend hervorgehoben – bei richtiger rechtlicher Beurteilung unzweifelhaft ohnedies nicht an, weil Vorfrageentscheidungen im Rahmen der Entscheidungsgründe nach einhelliger österreichischer Auffassung ja nicht in Rechtskraft erwachsen. Es sollte nur gezeigt werden, dass nicht der geringste Anhaltspunkt für eine Rechtskraftwirkung der ROK-Entscheidung für das Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat besteht.



#### **4. Konsequenz: Keinerlei Rechtskraftwirkung der ROK-Entscheidung in Bezug auf die Entscheidung des Kunstrückgabebeirats**

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten: In der Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 wird die Existenz eines Rückstellungsanspruchs nach dem 3. Rückstellungsgesetz rechtskräftig verneint. Die Existenz eines solchen Anspruchs ist für die Entscheidung des Kunstrückgabebeirats nach dem Kunstrückgabegesetz 1998 in jeder Hinsicht irrelevant, weshalb die Rechtskraft der Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 keine im Rahmen eines solchen Verfahrens nach dem Kunstrückgabegesetz 1998 zu beachtenden Wirkungen entfaltet. Die Berufung des Kunstrückgabebeirats im Beschluss vom 27.10.1999 auf die Rechtskraft der ROK-Entscheidung vom 16.6.1953 ist daher mE deutlich unrichtig.

Im Rahmen des neuen Verfahrens wird diese Frage daher – erstmals! – mit der Antragsstellerin und der Republik Österreich als Antragsgegnerin zu thematisieren sein; Ergebnis kann nur ein neuer Beschluss sein, welcher klarstellt, dass (entgegen dem früheren Beschluss des Kunstrückgabebeirats vom 27.10.1999) die Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 einer Rückgabeempfehlung nach Kunstrückgabegesetz 1998 keineswegs entgegensteht.

#### **D. Rechtskraftdurchbrechung nach Entschädigungsfondsgesetz**

##### **1. Ausgangsposition**

##### **a) Rechtslage nach Entschädigungsfondsgesetz**

Seit der Erlassung des Beschlusses des Kunstrückgabebeirats vom 27.10.1999 hat sich eine gesetzliche Entwicklung vollzogen, welche bei einer neuerlichen Entscheidung des Beirats nicht außer Betracht bleiben sollte: Mit dem Entschädigungsfondsgesetz (BGBl I 2001/12) hat der Gesetzgeber „neues“ Rückstellungsrecht geschaffen, welches nunmehr auch ausdrücklich eine Rechtskraftdurchbrechungsnorm enthält. Nach den Bestimmungen der §§ 10 Abs 2, 15 Abs 1 Z 2, 28 Abs 1 Z 2, 28 Abs 2 Z 2 sowie 32 Abs 2 Z 1 Entschädigungsfondsgesetz können Leistungen bzw Naturalrestitutionen auch erfolgen, wenn dem eine frühere Entscheidung österreichischer Gerichte und Verwaltungsbehörden, welche in Rechtskraft erwachsen ist, entgegensteht; Voraussetzung dafür ist, dass ein Vergleich oder eine Entscheidung in solchen früheren Verfahren nach einstimmiger Auffassung des Antragskomitees bzw der



Schiedsinstanz eine „extreme Ungerechtigkeit dargestellt hat“. (Freilich wurde die „frühere Entscheidung“ in § 32 Abs 2 Z 1 Entschädigungsfondsgesetz offenbar übersehen; dabei handelt es sich nach wohl einhelligem Verständnis um ein Redaktionsversehen, was schon der Umstand zeigt, dass „Entscheidungen“ auch in dem im gleichen Anwendungsbereich geltenden § 28 zweimal angeführt werden. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses zum Initiativantrag des Entschädigungsfondsgesetzes [476 BlgNR, 21 GP] bemerkt ausdrücklich, die Schiedsinstanz sei grundsätzlich nicht berechtigt, bereits entschiedene Fälle neuerlich zu untersuchen; eine Ausnahme bestehe nur unter außergewöhnlichen Umständen, wenn die Schiedsinstanz einstimmig entscheidet, dass eine extreme Ungerechtigkeit vorliegt – auch dies zeigt ebenso wie die sonst bestehende Antinomie zwischen § 28 und § 32 Entschädigungsfondsgesetz, dass bei richtigem Verständnis auch die extreme Ungerechtigkeit von Entscheidungen zur Rechtskraftdurchbrechung auch vor der Schiedsinstanz führen müsste. Die Frage ist ungeklärt, weil sich bis dato vor der Schiedsinstanz keine Fälle ergeben haben, in welchen die extreme Ungerechtigkeit von Entscheidungen geltend gemacht wurde, die bisherige Rechtsprechung der Schiedsinstanz betrifft lediglich Vergleiche).

#### **b) Entschädigungsfondsgesetz und Kunstrückgabe**

Freilich ordnet § 1 Abs 2 S 2 Entschädigungsfondsgesetz an, die Rückgabe von Kunstgegenständen sei den bestehenden besonderen gesetzlichen Regelungen vorbehalten. Der systematische Standort dieser Bestimmung ist kurios, da er sich im „Teil I“ des Entschädigungsfondsgesetzes, also in den Bestimmungen zum allgemeinen Entschädigungsfonds befindet, und sich damit nicht auf „Teil II“ über die „Naturalrestitution“ bezieht, obwohl die Rückstellung von Kunstgegenständen inhaltlich natürlich in den Abschnitt über die Naturalrestitution gehören würde. Allerdings bezieht § 28 Abs 1 Entschädigungsfondsgesetz den Begriff des „öffentlichen Vermögens“ zum Zwecke der Naturalrestitution ausschließlich auf Liegenschaften und Superädifikate, womit die eigentlichen beweglichen Sachen – wie insbesondere die meisten Kunstwerke und insbesondere Gemälde – von der dort vorgesehenen Naturalrestitution ausgeschlossen sind; bewegliche körperliche Sachen, insbesondere kulturelle oder religiöse Gegenstände, können nach diesem Gesetz nur an die jüdische Gemeinschaftsorganisationen restituiert werden.

Der Verfassungsausschussbericht zum Initiativantrag des Entschädigungsfondsgesetzes bemerkt in diesem Zusammenhang, die Kunstrückgabe solle basierend auf dem bereits existen-



ten Gesetz (also wohl dem Kunstrückgabegesetz 1998) in „beschleunigter Weise fortgeführt werden“ (476 Blg Nr, 21 GP). Die Kunstrückgabe wurde also deshalb vom Anwendungsbereich des Entschädigungsfondsgesetzes ausgenommen, weil man damit nicht in den bereits laufenden Kunstrückgabeprozess eingreifen wollte, also die Tätigkeit des Kunstrückgabebeirats für im Interesse der Antragssteller schneller Erfolg versprechend hielt.

Im Widerspruch zu dieser Absicht des Gesetzgebers steht freilich die partiell günstigere Rechtslage nach dem Entschädigungsfondsgesetz, welche im Unterschied zum Kunstrückgabegesetz *expressis verbis* die Nichtbeachtung von rechtskräftigen Entscheidungen österreichischer Gerichte und Verwaltungsbehörden in Fällen extremer Ungerechtigkeit zulässt.

Näher besehen ist es jedoch nicht verwunderlich, dass hier eine solcher *prima vista* wertungswidriger Unterschied zwischen diesen beiden Gesetzen besteht: Zum einen enthält das Entschädigungsfondsgesetz mit seinen immerhin 44 Paragraphen samt Anhang eine weitaus detailliertere Regelung der interessierenden Problematik als das kursorische Kunstrückgabegesetz, das ja nur knappe fünf Paragraphen umfasst. Es überrascht daher nicht, wenn ein Spezialproblem nur im Entschädigungsfondsgesetz beachtet wird (und umgekehrt im Kunstrückgabegesetz insofern eine echte Lücke bestehen dürfte).

## **2. Analogiefähigkeit des Entschädigungsfondsgesetzes**

Mit dem Entschädigungsfondsgesetz wollte der Gesetzgeber jedenfalls sicherstellen, dass Entscheidungen in Rückstellungssachen, welche eine „extreme Ungerechtigkeit“ darstellten, keinen Bestand haben sollten. Dies entspricht auch der sowohl dem Entschädigungsfondsgesetz als auch und insbesondere dem Kunstrückgabegesetz zugrunde liegenden Intention, nunmehr endgültig einen „Schlussstrich“ unter die Rückstellungsdebatte mit einer politisch wirklich sauberen Lösung zu ziehen – und niemand wird bestreiten, dass eine Lösung, welche „extrem ungerechte“ Entscheidungen bestehen lässt, schwerlich zum Ziel einer solchen „politisch sauberen“ Lösung führen kann.

All dies spricht deutlich dafür, den im Entschädigungsfondsgesetz entwickelten Grundsatz, wonach jedenfalls „extrem ungerechte“ Entscheidungen einer heutigen Restitution nicht entgegen stehen können, auch auf den Anwendungsbereich des Kunstrückgabegesetzes auszuweiten, gerade weil das Entschädigungsfondsgesetz ja gerade der Auffassung war, durch die



Ausnahme der Kunstgegenstände vom Anwendungsbereich des Entschädigungsfondsgesetzes den Rückstellungswerbern bezüglich von Kunstgegenständen einen Vorteil zu gewähren (und nicht – wie die Entscheidung des Kunstrückgabebeirats vom 27.10.1999 zeigt – einen Nachteil zuzufügen). Nicht zuletzt gebietet ja auch der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz, insofern Gleiches gleich zu behandeln – und ein Anhaltspunkt zu sachlicher Differenzierung zwischen extrem ungerechten Entscheidungen über Kunst- und solchen über andere Gegenstände ist wirklich nicht auszumachen. All dies gebietet mE deutlich, die Bestimmungen des Entschädigungsfondsgesetzes über die „extreme Ungerechtigkeit“ analog auf die Rückgabe entzogener Kunstgegenstände nach dem Kunstrückgabegesetz anzuwenden.

### **3. „Extreme Ungerechtigkeit“ der ROK-Entscheidung**

#### **a) Prüfungsmaßstab**

Damit ergibt sich die Frage, ob die Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 im Sinne des Entschädigungsfondsgesetzes als „extrem ungerecht“ zu qualifizieren ist. (Selbstverständlich handelt es sich auch dabei um einen neuen, im früheren Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat noch nicht beachteten Aspekt, weil das Entschädigungsfondsgesetz ja erst nach der Entscheidung vom 27.10.1999 erlassen wurde.)

Wie bereits oben bemerkt, hat die für die Naturalrestitution nach dem Entschädigungsfondsgesetz zuständige Schiedsinstanz bis dato noch nicht über einen Fall zu entscheiden gehabt, in welchem eine österreichische Entscheidung im Hinblick auf ihre „extreme Ungerechtigkeit“ zu prüfen war. Vielmehr ergaben sich bis dato lediglich Fälle, in denen die „extreme Ungerechtigkeit“ von Vergleichen zu überprüfen war. Naturgemäß wird dem entscheidenden Organ mit einem so unbestimmten Rechtsbegriff wie jenem der „extremen Ungerechtigkeit“ ein breites Entscheidungsermessen eingeräumt. Einem solchen Entscheidungsermessen, wie es im Rahmen einer analogen Anwendung des Entschädigungsfondsgesetzes auch für den Kunstrückgabebeirat besteht, möchte ich hier als Rechtsgutachter nicht inhaltlich abschließend vorgehen. Jedenfalls können aber eine Reihe von Aspekten benannt werden, die meines Erachtens doch sehr deutlich dafür sprechen, dass die Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 in diesem Sinne als „extrem ungerecht“ zu qualifizieren ist.



In der Literatur finden sich verschiedene Stellungnahmen zum Begriff der „extremen Ungerechtigkeit“, die zum Teil (zumindest scheinbar) divergieren (vgl. *G. Graf*, „Arisierung“ und Restitution. Anmerkungen zum Entschädigungsfondsgesetz, JBl 2001, 746; *Meissel*, Unrechtsbewältigung durch Rechtsgeschichte? Zum Begriff der „extremen Ungerechtigkeit“ im Entschädigungsfonds-Gesetz, *juridicum* 2003, 42; *Rechberger*, Ist Unrecht komparationsfähig? Zum Begriff der „extremen Ungerechtigkeit“ in § 10 Entschädigungsfondsgesetz, *juridicum* 2005, 59; zuletzt *Azizi/Gößler*, Extreme Ungerechtigkeit und bewegliches System, JBl 2006, 415). Vollständige Einigkeit dürfte jedoch darüber bestehen, dass jedenfalls (aber natürlich nicht nur) eine schon als Willkür zu qualifizierende Fehlentscheidung als „extrem ungerecht“ qualifiziert werden muss. Eine nähere Befassung mit weiteren denkbaren Kategorien „extremer Ungerechtigkeit“ ist im vorliegenden Fall mE entbehrlich, weil nach meiner Überzeugung sehr viel dafür spricht, dass die Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 in solch hohem Maße verfehlt ist.

#### b) Aspekte extremer Ungerechtigkeit

- Zunächst und in erster Linie stützt die ROK ihre Entscheidung auf § 4 des 3. Rückstellungsgesetzes (vgl. Entscheidung S. 11), also die Bestimmung über den gutgläubigen Erwerb vom Vertrauensmann des Eigentümers. Die ROK führt in diesem Zusammenhang aufgrund ihrer Beweiswürdigung aus, es sei davon auszugehen, dass Alma Mahler-Werfel Carl Moll und/oder – die Ausführungen der ROK sind hier von bemerkenswerter Unschärfe – Marie Eberstaller die Befugnis eingeräumt hätte, ihr Vermögen zu verwalten und im Rahmen dieser Verwaltung auch über das Gemälde zu verfügen.

Wohlgemerkt: Es wird gerade nicht ausgeführt, Carl Moll habe über das Bild als Unberechtigter verfügt, sondern vielmehr auf tatsächlicher Ebene klar und eindeutig angenommen, Carl Moll sei zu dieser Verfügung von Alma Mahler-Werfel ermächtigt worden. Eine Anwendung von § 4 des 3. Rückstellungsgesetzes auf einen solchen Fall ist mE geradezu abwegig: Ebenso wie der für diese Bestimmung in einer Reihe von Aspekten vorbildliche § 367 ABGB regelt diese Bestimmung natürlich den Fall des gutgläubigen Erwerbs vom *Nichtberechtigten*, also die Konstellation, dass ein NS-Verfolgter seine Sache jemandem zur Verwahrung anvertraut hat, dieser dann *unberechtigterweise* darüber verfügt und der Dritte dann (nicht zu restituierendes) Eigen-



tum an der Sache erwirbt, wenn und weil er aufgrund der Publizitätsfunktion des Besitzes annehmen durfte, der Verwahrer sei der wahre Eigentümer der Sache, womit ihm das Dritteigentum ebenso verborgen bleiben musste wie die Verfolgteigenschaft des wahren Eigentümers.

Mit dieser Konstellation hat der vorliegende Fall (auch und gerade nach den Feststellungen der ROK!) freilich offensichtlich überhaupt nichts zu tun: Der Österreichischen Galerie war aufgrund der Leihgabe von Alma Mahler-Werfel offensichtlich bekannt, dass Carl Moll nicht Eigentümer des Vermögens war, sondern dass dieses Vermögen einer NS-Verfolgten, mit ihrem jüdischen Ehemann ins Ausland geflüchteten Person gehörte. Geht man davon aus, dass – wie dies den eindeutigen tatsächlichen Feststellungen der ROK entspricht – eine Ermächtigung von Carl Moll durch Alma Mahler-Werfel zur Veräußerung des Gemäldes im eigenen Namen oder im Namen der Eheleute Eberstaller bestanden habe, so dürfte natürlich nicht die Bestimmung des § 4 Rückstellungsgesetz angewendet werden, sondern der Fall so geprüft werden, als ob Alma Mahler-Werfel selbst über das Bild verfügt hätte – es kann ja keinen Unterschied machen, ob der Verfolgte das als Entziehung zu qualifizierende Rechtsgeschäft selbst oder durch einen offen aufgetretenen direkten oder indirekten Stellvertreter vorgenommen hat! Die Anwendung der Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten auf einen Erwerb vom (nach Meinung der ROK) Berechtigten stellt einen groben und stümperhaften Rechtsfehler dar.

- Im Anschluss daran wird von der ROK (Entscheidung S. 11) darauf hingewiesen, dass es ja ohnedies auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus zur Veräußerung des Bildes gekommen wäre. Ohne dies ausdrücklich anzusprechen, wird hier wohl auf den Tatbestand des § 2 des 3. Rückstellungsgesetzes Bezug genommen, wonach eine Vermögensentziehung im Sinne dieses Gesetzes nicht vorliegt, wenn der Erwerber des Vermögens dartun kann, dass die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre. (Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass die Anwendung dieser Bestimmung natürlich im Widerspruch zu jener von § 4 steht.)

Die RO nimmt hier offenbar an, dass Alma Mahler-Werfel schon vor der Machtergreifung des Nationalsozialismus in Österreich mit der Österreichischen Galerie Ver-



kaufsverhandlungen über das Gemälde geführt hat, die allerdings dann abgebrochen wurden. Ob dies zutrifft, vermag ich nicht zu beurteilen; aber selbst, wenn diese Feststellung der ROK-Entscheidung zutrifft, ist folgendes zu bedenken: Erst mehr als zwei Jahre nach diesen angeblichen Verkaufsverhandlungen wurden – unter vollkommen geänderten Verhältnissen – *neue* Verkaufsverhandlungen von Carl Moll aufgenommen, welcher angeblich im Namen von Alma Mahler-Werfel und/oder Marie Eberstaller gehandelt hat. Zunächst ist hervorzuheben, dass die ROK aus den angeblichen früheren Vertragsverhandlungen mit der österreichischen Galerie als Repräsentantin eines Staates, dessen Regierung Alma Mahler-Werfel und Franz Werfel nahe standen und mit der sie sympathisierten, ohne jede weitere Überlegung auch Verkaufsabsichten in Bezug auf die nun von den NS-Behörden geleitete öffentliche Sammlung entnommen wurden.

Schon dieser Schluss ist mE verfehlt: Es trifft zwar zu, dass Fortsetzung und Abschluss von Verkaufsverhandlungen, welche schon vor der NS-Machtergreifung in Österreich begonnen, aber erst nach dieser beendet wurden, einen Fall darstellen, in welchem der Zusammenhang des Veräußerungsgeschäfts mit der Machtergreifung des Nationalsozialismus zweifelhaft ist. Durchaus anders zu qualifizieren ist jedoch mE ein Fall, in welchem es um die Veräußerung durch Verfolgte an öffentliche Stellen geht; es kann nicht unterstellt werden, dass ein NS-Verfolgter ein Rechtsgeschäft, welches er zuvor womöglich mit dem österreichischen Staat abschließen wollte (dann aber nicht abgeschlossen hat) zu einem deutlich späteren Zeitpunkt in gleicher Weise mit dem ihn verfolgenden NS-Staat geschlossen hätte.

- Geradezu *absurd* – und hierin liegt wohl der deutlichste Aspekt, der mE in diesem Fall das Vorliegen „extremer Ungerechtigkeit“ indiziert – ist schließlich die Annahme, die Veräußerung des Gemäldes durch Alma Mahler-Werfel habe nachweislich keinen Zusammenhang zur Machtergreifung des Nationalsozialismus gehabt. Wie erwähnt geht die ROK (Entscheidung S. 11) davon aus, Alma Mahler-Werfel habe das Bild schon vor dem „Anschluss“ an die österreichische Galerie veräußern wollen. In diesem Zusammenhang hebt die Entscheidung hervor, dass der Wunsch nach Veräußerung des Gemäldes schon kurz vor der NS-Machtergreifung in Österreich seine Ursache in der Geldnot des Ehepaares Alma Mahler-Werfel und Franz Werfel hatte, welche daraus



resultierten, dass die Tantiemen aus den Werken von Gustav Mahler und von Franz Werfel seit der fünf Jahre zuvor erfolgten NS-Machtergreifung in Deutschland nicht mehr flossen. Das heißt also, nach eigener Auffassung der ROK stand schon der ursprüngliche Verkaufswunsch kurz vor der NS-Machtergreifung in Österreich in unmittelbarem Zusammenhang zum Nationalsozialismus. Der eigentliche Verkauf wurde dann *zwei Jahre nach der Flucht* von Franz Werfel und Alma Mahler-Werfel durchgeführt, wobei die ROK selbst annahm, Grund dafür sei das Ziel gewesen, mit dem Erlös des Verkaufs die Reparatur des Daches eines Hauses zu finanzieren, welches Alma Mahler-Werfel ihrer Stiefschwester Maria Eberstaller treuhändig geschenkt hatte. Jeder einigermaßen unbefangenen Beobachter müsste auf Grundlage dieser tatsächlichen Feststellungen zum Schluss gelangen, dass die Veräußerung in *offensichtlichem* Zusammenhang zur NS-Verfolgung und Flucht von Alma Mahler-Werfel stand: Zum einen verschlechterte sich (gerade nach den Feststellungen der ROK!) die Vermögenssituation Alma Mahler-Werfels und ihres Ehemanns schon durch die NS-Verfolgungsmaßnahmen in Deutschland und Österreich dramatisch, was bei einem in deutscher Sprache publizierenden Schriftsteller gut vorstellbar ist; zum anderen ist es ja eine notorische Tatsache, dass Flucht vor dem Nationalsozialismus (in casu zunächst nach Frankreich und dann in die USA) auch für begüterte Verfolgte mit erheblichen wirtschaftlichen Belastungen und Verlusten verbunden war. Dass vor diesem Hintergrund für die Reparatur ihres Hauses im Inland nicht mehr genügend Geld vorhanden war und daher – wenn die Feststellungen der ROK zutreffen – ein Gemälde veräußert werden musste, um diese zu finanzieren kann also nur offensichtlichem und unbestreitbarem Zusammenhang zu NS-Verfolgungsmaßnahmen stehen, welche eben diese Vermögenssituation bedingt haben. Mit anderen Worten: Selbst und gerade nach den Feststellungen der ROK besteht ein *offenkundiger* Kontext zwischen NS-Verfolgungsmaßnahmen und der Veräußerung des Bildes; dass die ROK einen solchen in ihrer rechtlichen Beurteilung leugnet., kann daher nur als Willkür qualifiziert werden.

Zu bedenken ist dabei zudem, dass § 2 Abs 1 des 3. Rückstellungsgesetzes verlangt, dass die Vermögensübertragung „unabhängig“ von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre; es ist also ein hypothetischer Kausalverlauf zu prüfen („was wäre gewesen, wenn?“) und zu ermitteln, ob über das Vermögen in gleicher Weise



verfügt worden wäre, wenn die NS-Machtergreifung nicht stattgefunden hätte. Wäre dies der Fall gewesen, hätte sich die Vermögenssituation der Eheleute Werfel und Mahler-Werfel keineswegs in der nach den eigenen Feststellungen der ROK erfolgten Weise verschlechtert (und sie hätten insbesondere nicht ihre Flucht finanzieren müssen). In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass es im 3. Rückstellungsgesetz auch und gerade um Fälle ging, in welchen NS-Verfolgte (mehr oder weniger) freiwillig Rechtsgeschäfte abschlossen, um finanzielle Einbussen aus der NS-Verfolgung zu kompensieren oder ihre Flucht zu finanzieren.

Schließlich ist zu bedenken, dass die Beweislast für das Nichtvorliegen eines NS-Verfolgungszusammenhanges nach § 2 des 3. Rückstellungsgesetzes beim Rückstellungsgegner (und nicht etwa jene für die Existenz eines solchen Zusammenhanges bei Alma Mahler-Werfel als Rückstellungswerberin) lag; mit anderen Worten: Es wäre die Obliegenheit der Republik Österreich gewesen nachzuweisen, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit *kein* NS-Verfolgungszusammenhang bestand; dies ist ihr im vorliegenden Fall offensichtlich nicht gelungen, was von der ROK jedoch ignoriert wurde.

Die ROK setzt sich über diese klare Rechtslage ohne weiteres hinweg und qualifiziert *den Notverkauf eines Gemäldes einer auf der Flucht vor den Nationalsozialisten befindlichen Eigentümerin an ein von NS-Behörden geführtes Museum* als Vermögensübertragung, welche „auch *unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre*“. Dies ist eine mE eklatante und willkürliche Verkennung der Rechtslage.

- Die Entscheidung des Kunstrückgabebeirats vom 27.10.1999 rügt unter anderem die oberflächliche Beweiswürdigung der erstinstanzlichen Entscheidung im seinerzeitigen Rückstellungsverfahren vom 9. April 1953. Hier liegt ein Missverständnis vor. Wie die erstinstanzliche Entscheidung – die immerhin aus der Feder eines der bekanntesten Juristen der österreichischen Nachkriegszeit, nämlich von *Adolf Ehrenzweig* stammte – in richtiger Deutlichkeit hervorhebt, kam es damals bei richtiger Würdigung der Rechtslage gar nicht darauf an, warum Carl Moll und/oder Marie Eberstaller das Bild veräußerten und ob dafür eine Ermächtigung von Alma Mahler-Werfel vorlag: Die *bloße Veräußerung* des Bildes aus dem Vermögen Alma Mahler-Werfels stellt – so



die erstinstanzliche Entscheidung auf S. 3 treffend – eine Entziehung dar; allenfalls hätte die Republik Österreich (wie erwähnt) als Rückstellungsgegnerin dem Anspruch entgegen können, wenn sie dargetan hätte, dass diese Veräußerung unabhängig von der NS-Machtergreifung erfolgt wäre, was jedoch aus den oben erwähnten Gründen ausgeschlossen ist. (Zu Recht ungeprüft lässt die ROK schließlich den zweiten Tatbestand von § 2 Abs 2 des 3. Rückstellungsgesetzes, wo es darauf ankommt, ob eine angemessene Gegenleistung erzielt wurde und sich der Eigentümer die Person des Käufers „frei ausgewählt“ hat, auch davon kann im vorliegenden Fall keineswegs die Rede sein).

Es ist also nicht die erstinstanzliche Entscheidung mangelhaft, weil sie eine so knappe Beweiswürdigung enthält, sondern die zweitinstanzliche Entscheidung geht vollkommen an der einschlägigen Rechtslage vorbei und hält daher – insbesondere wegen des gravierenden Missverständnisses zu § 4 des 3. Rückstellungsgesetzes – eine ausführliche Beweiswürdigung zur Frage notwendig, ob Carl Moll und/oder die Eheleute Eberstaller berechtigt gewesen wären, über das Vermögen von Alma Mahler-Werfel zu verfügen. Dies war aber – wie oben dargestellt – vollkommen überflüssig, weil ja eben auch eine *berechtigte* Verfügung von Carl Moll und/oder der Eheleute Eberstaller den Tatbestand der Entziehung nach dem 3. Rückstellungsgesetz verwirklicht hätte, ja sogar eine Verfügung durch Alma Mahler-Werfel selbst! Der Tatbestand der Arisierung bestand ja *gerade darin*, dass der Berechtigte wegen der NS-Verfolgung über sein Vermögen verfügte! *Wegen* der Verfolgungsbedingtheit der Verfügung kam es ja zur Restitution trotz ursprünglicher Wirksamkeit in der NS-Zeit; im Falle Alma Mahler-Werfels wird jedoch von der (angeblichen) Wirksamkeit der Verfügung in der NS-Zeit auf die Nichtexistenz eines Rückstellungsanspruchs geschlossen und dabei der (auch nach den eigenen Feststellungen der ROK!) nicht zu übersehende Zusammenhang zur NS-Verfolgung ignoriert, obwohl für dessen Nichtexistenz eigentlich die Republik beweispflichtig gewesen wäre; dies kann getrost als Willkür qualifiziert werden.

- Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass jene Überlegungen, welche die ROK im Zusammenhang mit der (in Wahrheit irrelevanten) Gutgläubigkeit der Österreichischen Galerie als Erwerberin des Vermögens anstellte, hochgradig widersprüchlich und verfehlt sind:



Zunächst wird hier guter Glaube iSv § 4 des 3. Rückstellungsgesetzes angenommen, obwohl der Österreichischen Galerie selbstverständlich und offenkundig bekannt war, dass es sich um Vermögen von vor NS-Verfolgungsmaßnahmen ins Ausland geflüchteten Personen handelte!

Zudem wird aus dem Umstand, dass die österreichische Galerie das Gemälde „gutgläubig“ zunächst an Carl Moll ausgefolgt hatte, geschlossen, dass die österreichische Galerie auch beim zwei Jahre später erfolgten Kauf des Gemäldes gutgläubig gewesen sei. Mit anderen Worten: Aus dem Umstand, dass die österreichische Galerie das Gemälde zunächst leichtfertig an eine andere Person als den wahren Eigentümer herausgegeben hatte, wird geschlossen, dass sie dann wohl auch gutgläubig in Bezug darauf gehandelt hatte, dass diese andere Person mittlerweile der wahre Eigentümer des Gemäldes (oder zumindest verfügungsbefugt) geworden sei! Die österreichische Galerie wusste also, dass Carl Moll das Gemälde zu einem Zeitpunkt von ihr selbst (!) erhalten hatte, als Alma Mahler-Werfel bereits geflüchtet war und hatte dennoch keine Bedenken anzunehmen, dass das Gemälde in der Zwischenzeit in das Eigentum (oder zumindest die Verfügungsbefugnis) von Carl Moll übergegangen war! Mit anderen Worten: Nach Auffassung der ROK hat die Österreichische Galerie seinerzeit das juristische Wunder vollbracht, sich selbst durch eigene Achtlosigkeit im Umgang mit ihr anvertrautem Vermögen gutgläubig für dessen Erwerb zu machen!

Bemerkenswert ist auch der Umstand, dass diese Gutgläubigkeit in einer Situation unterstellt wird, in welcher Carl Moll zwei Tage (!) nach der Flucht des Ehepaares Alma Mahler-Werfel und Franz Werfel die Ausfolgung des Gemäldes verlangt hatte. Der ROK schien es also vollkommen unbedenklich, dass eine erstrangige öffentliche Sammlung in dieser Situation einer Person ein erstrangiges Kunstwerk, das ihr vom dritten, wahren Eigentümer leihweise überlassen wurde, aushändigte, obwohl ihr keine Vollmacht des wahren Eigentümers dafür vorlag, die Leihdauer noch nicht abgelaufen war und anscheinend auch bekannt war, dass die wahre Eigentümerin bereits ins Ausland geflüchtet war (weil sonst gar nicht erklärlich gewesen wäre, warum das Gemälde einer dritten Person ohne weitere Autorisierung durch die wahre Eigentümerin ausgehändigt worden wäre). Bedenkt man, welche Vorkehrungen im Verkehr mit Gemälden dieser „Klasse“ wohl schon damals von Gemäldegalerien gepflogen wurden, scheint



es geradezu unfassbar, dass ein solches erstrangiges Kunstwerk leichtfertig in einer Situation wie in den Tagen um den 15. März 1938 einer dazu nicht ausdrücklich bevollmächtigten Person herausgegeben wurde. Hätte Alma Mahler-Werfel eine Herausgabe des Gemäldes an ihren dazu von ihr angeblich bevollmächtigten Stiefvater gewünscht, wäre es jedoch ein Leichtes gewesen, diesem dafür zwei Tage zuvor vor ihrer Abreise aus Österreich eine Vollmacht auszustellen; immerhin handelte es sich um den (außer ihrem Immobilienvermögen) nach den eigenen Feststellungen der ROK größten noch verbliebenen Vermögenswert! Es ist schlechterdings nicht nachvollziehbar, wie die ROK aus dem Umstand dieses leichtfertigen, ja geradezu skandalös anmutenden Vorgangs vom 15. März 1938 dann noch den Schluss ziehen konnte, auch angesichts *so unklarer* Verhältnisse könne man gewiss zwei Jahre später vom Eigentum und/oder der Verfügungsbefugnis von Carl Moll und/oder von Marie Eberstaller ausgehen!

- Bemerkenswert ist auch der Umstand, dass die Entscheidung trotz ihrer ausführlichen Beweiswürdigung und eines offensichtlich umfangreichen Beweisverfahrens nicht einmal klar festzustellen vermag, wem das Gemälde anvertraut gewesen sein soll und wer daher zur Verfügung darüber von und für wen berechtigt gewesen sein soll. Auf S. 4 der Entscheidung der ROK ist davon die Rede, Carl Moll *oder* Marie Eberstaller sei von Alma Mahler-Werfel ermächtigt worden, deren im Inland zurückgebliebenes Vermögen zu beaufsichtigen, zu betreuen und zu verwalten; daraus wird dann offenbar auch gleich eine Verfügungsbefugnis über die wichtigsten Bestandteile dieses Vermögens zu Lasten von Alma Mahler-Werfel abgeleitet, wobei über die Personenverschiedenheit zwischen Carl Moll und seiner volljährigen Tochter Marie Eberstaller großzügig hinweggesehen wird – daraus, dass das Gemälde Carl Moll (offenbar als Beauftragten von Alma Mahler-Werfel) nach Auffassung der österreichischen Galerie ausgehändigt werden durfte, wird dann gleich darauf geschlossen, dass derselbe Carl Moll zwei Jahre später als Bevollmächtigter seiner Tochter Marie Eberstaller das Gemälde wiederum an die österreichische Galerie verkaufen und übereignen dürfe.

Es ist vollkommen unklar, welches Schicksal das Gemälde nach den Vorstellungen der ROK in der Zwischenzeit genommen haben soll: Wurde es von Alma Mahler-Werfel schon vor ihrer Abreise an Carl Moll und dann von diesem an Marie Eberstaller übereignet, oder wurde es von Alma Mahler-Werfel schon vor ihrer Abreise direkt an Ma-



rie Eberstaller übereignet und dann erst nachher von Carl Moll dieser übergeben, nachdem er es zuvor (in wessen Auftrag auch immer) aus der Österreichischen Galerie abgeholt hatte, oder übereignete Carl Moll das Gemälde im Anschluss an seine Abholung aus der Österreichischen Galerie als Bevollmächtigter von Alma Mahler-Werfel an seine eigene Tochter Marie Eberstaller oder hat Carl Moll diese Übereignung womöglich sogar als Insihgeschäft vorgenommen, indem er zugleich für Alma Mahler-Werfel als Verkäuferin und Veräußerin und Marie Eberstaller als Käuferin und Erwerberin auftrat? Die Rechtslage dazu ist auch nach der Entscheidung der ROK vollkommen unklar – und dennoch soll angesichts solcher Verhältnisse *guter Glaube* der österreichischen Galerie in Bezug auf die Eigentümerposition von Carl Moll oder Marie Eberstaller oder die Verfügungsbefugnis von Carl Moll oder die Verfügungsbefugnis von Marie Eberstaller existiert haben!

In Wahrheit ist offensichtlich, dass angesichts so unklarer Verhältnisse auf der einen Seite und dem Wert und der kulturhistorischen Bedeutung des Gemäldes auf der anderen Seite Nachforschungen über die wahren Verhältnisse (etwa durch eine Anfrage an die ursprüngliche Leihgeberin Alma Mahler-Werfel, welche offenbar ohne weiteres möglich gewesen wäre) nur allzu naheliegend gewesen wäre, sodass die Österreichische Galerie bei gehöriger Sorgfalt offensichtlich erfahren hätte können, dass Alma Mahler-Werfel mit der Veräußerung nicht einverstanden war.

- Der Umstand, dass die Entscheidung der ROK es offenbar für irrelevant hält, wer nun vor dem Erwerb des Gemäldes durch die Österreichische Galerie Eigentümer des Gemäldes war und wer dabei von wem zur Verfügung darüber bevollmächtigt oder ermächtigt wurde, zeugt auch von der radikalen Oberflächlichkeit dieser Entscheidung. Die ROK hat ziemlich offensichtlich keinerlei Überlegungen „zugelassen“, welche dem Ergebnis der Verweigerung der Rückstellung entgegengestanden wären. Anstelle dessen wird in einer Entscheidung, die voll von rechtlichen Fehlern und Ungenauigkeiten ist, Carl Moll und den Eheleuten Eberstaller eine Art „Persilschein“ ausgestellt, indem vor allem fortwährend und deutlich davon die Rede ist, wie korrekt und anständig Carl Moll gewesen sei. Dass die Eheleute Eberstaller ebenso wie Carl Moll überzeugte Nationalsozialisten waren und daher kurz vor der Befreiung Österreichs durch die rote Armee durch Selbstmord aus dem Leben geschieden waren, und dass insbe-



sondere Richard Eberstaller ein hochrangiger NS-Strafjurist war, gab der ROK weder im Hinblick auf das suggerierte ungetrübt positive Verhältnis zu den NS-Verfolgten Alma Mahler-Werfel und Franz Werfel zu denken, noch warf es Fragen im Hinblick auf den Charakter dieser Personen auf. Als glaubwürdig wird die Aussage von Prof. Böckl dargestellt, von dem berichtet wird, er habe sich über die Gewissenhaftigkeit von Carl Moll „gewundert“, welcher alles zu Gunsten von Alma Mahler-Werfel jedoch niemals etwas zu ihrem Schaden getan habe (!).

Insofern zeugt die Entscheidung doch auch recht deutlich von einer noch nicht ausreichenden Distanzierung der österreichischen Nachkriegsjustiz von der NS-Gesinnung. Aus heutiger Sicht kann das hier in der Beweiswürdigung gezeichnete Bild von fanatischen, aber gleichwohl hochanständigen Nazis, die selbstlos alles im Interesse der NS-Verfolgten taten und mit diesen ein ungetrübt Verhältnis hatten, nur befremden. Der Umstand, dass die prononciert nationalsozialistische Gesinnung von Carl Moll und der Eheleute Eberstaller hier keinerlei Zweifel an deren Integrität im Umgang mit NS-Verfolgten hervorriefen, kann unschwer als Willkür qualifiziert werden.

- Besondere Bedeutung in den Ausführungen der ROK spielt der Umstand, dass Alma Mahler-Werfel (unbestritten) ihr Haus in Breitenstein Marie Eberstaller treuhändig geschenkt hatte. Daraus folgt für die ROK die „Schlussfolgerung, dass die Antragsstellerin derselben nicht nur diese Liegenschaft anvertraut, sondern ihr auch die Verfügung über das bewegliche Vermögen eingeräumt hat“; dies entspreche „logischem Denken“ (Entscheidung S. 9). Dieser Schluss ist nicht nur nicht logisch, sondern vielmehr vollkommen verfehlt: Wenn ein NS-Flüchtling sein Vermögen einer Person im Inland anvertraut hat, (zB durch eine treuhändige Schenkung eines Hauses wie im vorliegenden Fall) so geschah dies mit größter Wahrscheinlichkeit doch wohl in der Absicht, dass diese Person das Vermögen erhalten und verwalten sollte, bis aufgrund einer Änderung der politischen Umstände zum Besseren der NS-Verfolgte nach seiner Rückkehr aus dem Exil sein Vermögen wieder selbst übernehmen könne, und keineswegs in der Absicht, dem treuhändigen Verwalter dieses Vermögens eine Verfügungsbefugnis zur Veräußerung der Vermögenswerte einzuräumen! Es liegt vielmehr einfach und klar zu Tage, dass die treugemäße Verwaltung des Vermögens für eine ins Ausland geflüchtete Person und die Veräußerung dieses Vermögens zwei ganz unterschiedliche, ja in



vielen Fällen geradezu konträre Handlungsweisen sind! Daher ist der Schluss, die Österreichische Galerie habe aus dem Umstand, dass Marie Eberstaller Eigentümerin zu treuen Händen des Hauses von Alma Mahler-Werfel geworden war, darauf schließen dürfen, dass sie nun auch über deren (gar nicht dort befindliches!) Gemälde durch Verkauf und Übereignung verfügen dürfe, verfehlt. Mindestens ebenso wäre – aus Sicht der österreichischen Galerie im Zeitpunkt des Erwerbs des Gemäldes ebenso wie aus jener der ROK bei Fällung ihrer Entscheidung – der Schluss nahe gelegen, dass Carl Moll, Richard und Marie Eberstaller 1940 als überzeugte Nationalsozialisten auf den „Endsieg“ vertrauten, und beschlossen, das Vermögen von Alma Mahler-Werfel, deren Rückkehr aus dem Exil sie nicht mehr erwarteten, endgültig an sich zu bringen (mag es ihnen auch ursprünglich von Alma Mahler-Werfel anvertraut worden sein) und das Gemälde (welches sie eigenmächtig als ihr eigenes Vermögen behandelten) zu veräußern, um das geschenkte Haus (das sie ohnehin selbst benutzten) zu renovieren. Erkennbar kommen der ROK solche Zweifel wohl auch deshalb nicht, weil sie aus einer aus heutiger Sicht kaum mehr nachvollziehbaren Perspektive den Umstand, dass jedenfalls Carl Moll und Richard Eberstaller bis 1945 überzeugte Nationalsozialisten waren, nicht zum Anlass nahm, am „guten Charakter“ dieser Personen zu zweifeln. Aus heutiger Sicht erscheint dies durchaus irritierend, wenn nicht schockierend. Bei all dem mag auch der Umstand nicht ganz bedeutungslos gewesen sein, dass Richard Ebenstaller ein jedenfalls bis 1945 hoch angesehener Kollege aus der Wiener Richterschaft war.

### c) Bewertung

Insgesamt liegt mit dem Beschluss der ROK vom 16.6.1953 eine Entscheidung vor, die gehäuft willkürliche rechtliche und tatsächliche Annahmen trifft, wobei in auffälliger Weise all diese Fehlleistungen ausschließlich zum Nachteil von Alma Mahler-Werfel reichen. Derlei war zum Glück auch schon damals höchst ungewöhnlich und kann aus heutiger Sicht mit guten Gründen als „extreme Ungerechtigkeit“ qualifiziert werden.



#### 4. Entscheidungsfindung über die „extreme Ungerechtigkeit“ im Kunstrückgabebeirat – Quorum

In den erwähnten Bestimmungen des Entschädigungsfondsgesetzes ist jeweils davon die Rede, das Antragskomitee bzw die Schiedsinstanz müsse *einstimmig* zum Ergebnis kommen, es sei extremes Unrecht geschehen, damit es zu einer Rechtskraftdurchbrechung kommen könne. Daher stellt sich die Frage, ob auch diese Verfahrensvorschrift für das Antragskomitee bzw die Schiedsinstanz nach dem Entschädigungsfondsgesetz in einem Verfahren nach dem Kunstrückgabegesetz und vor dem Kunstrückgabebeirat analog anzuwenden ist.

ME sprechen deutliche Gründe dafür, dass dies nicht der Fall ist: Zum einen gehören interne Abstimmungsregeln und Quoren nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen immer zum Gerichts- oder Behördenverfassungsrecht, wobei jede Behörde und jedes Gericht nach seiner eigenen „lex fori“ entscheidet; es ist also insofern zwischen der materiellen Beurteilungsregel, wonach die Rechtskraft von Vorentscheidungen in Fällen „extremer Ungerechtigkeit“ durchbrochen wird, und der zum internen Organisationsrecht des Antragskomitees und der Schiedsinstanz nach dem Entschädigungsfondsgesetz, nach welchem in solchen Fällen Einstimmigkeit vorzuliegen hat, zu unterscheiden.

Wie stets ist die Abgrenzung in solchen Fällen nicht einfach zu treffen. Im vorliegenden Zusammenhang spricht jedoch auch ein anderes, sachliches Argument sehr deutlich dafür, die im Entschädigungsfondsgesetz vorgesehenen Quoren in solchen Fällen nicht auf das Kunstrückgabegesetz zu übertragen: Es darf nicht verkannt werden, dass das Entschädigungsfondsgesetz für das Antragskomitee und die Schiedsinstanz jeweils einen Senat aus drei Personen vorsieht: „Einfache Mehrheit“ bedeutet dort also zumindest ein Mehr von zwei gegen eine Stimme, „Einstimmigkeit“ bedeutet lediglich, dass auch noch das dritte Mitglied des Senats von einer Entscheidung überzeugt werden muss. Dagegen setzt sich der Kunstrückgabebeirat nach § 3 Abs 2 Kunstrückgabegesetz 1998 aus sieben Personen zusammen. Wer die Beratung in Gremien dieser Größe kennt, weiß, dass Einstimmigkeit hier wesentlich schwieriger zu erzielen ist als in einem Gremium, welches sich aus bloß drei Mitgliedern zusammensetzt. Daher finden sich in der Praxis der Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit nach meiner Kenntnis nirgendwo auf der Welt Entscheidungsorgane mit Senatsbesetzung, welche sieben Mitglieder haben und bei denen noch dazu Einstimmigkeit vorgesehen ist – das Ergebnis solcher Entscheidungsprozesse wäre (wenn dieses Entscheidungsorgan nicht vollkommen einseitig be-



setzt ist) praktisch jedes Mal vorgezeichnet, da bei sieben Personen die Wahrscheinlichkeit vollständiger Übereinstimmung eben gering ist.

Daher ist mE eine Übertragung des Einstimmigkeitserfordernisses nach dem Entschädigungsfondsgesetz auf das Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat jedenfalls abzulehnen, weil durch eine solche „Analogie“ nicht Gleiches gleich behandelt würde, sondern vielmehr das Einstimmigkeitserfordernis ganz wesentlich an Brisanz gewinnen würde. ME liegt es daher am nächsten, auch in dieser Konstellation im Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat am bloßen Erfordernis einer einfachen Mehrheit nach § 3 Abs 7 Kunstrückgabegesetz festzuhalten.

#### IV. Fazit

Das Gemälde „Sommernacht am Strand“ hat vor österreichischen Behörden in der Nachkriegszeit und bis zur Gegenwart ein als zumindest unglücklich zu bezeichnendes Schicksal genommen: Zunächst wurde der Rückstellungsantrag von Alma Mahler-Werfel 1943 (nach rund sechsjähriger Verfahrensdauer) mit einer in mannigfacher Hinsicht verfehlten Entscheidung abgewiesen. Dann vertrat die Kunstrückgabekommission in ihrem Beschluss vom 27.10.1999 – insofern vollkommen zu Recht – zunächst die Auffassung, Marina Mahler als Erbin nach Alma Mahler-Werfel gebühre historisch und moralisch die Rückstellung des Gemäldes, diese sei jedoch aus rechtlichen Gründen (nämlich der Rechtskraft der erwähnten Entscheidung der Rückstellungsoberkommission Wien) ausgeschlossen. Dabei ließ sich die Kunstrückgabekommission unglücklicherweise von anscheinend suggestiven, tatsächlich aber unrichtigen prozessrechtlichen Argumenten blenden und verfehlte dadurch ihre Aufgabe, in der NS-Zeit von NS-Verfolgten entzogene Kunstgegenstände gerade auch entgegen der zivilrechtlichen Vermögenszuordnung zurückzustellen. Die (prozess-)rechtlichen Gründe, durch welche sich der Kunstrückgabebeirat daran gehindert sah, „moralisch“ und „historisch“ Recht zu tun, bestanden in Wahrheit schon damals nicht.

Das vorliegende Rechtsgutachten hat in diesem Zusammenhang insbesondere gezeigt, aus welchen Gründen die damaligen Annahmen des Kunstrückgabebeirats zur Relevanz der Rechtskraft der ROK-Entscheidung vom 16.6.1953 verfehlt waren. Die einschlägige Rechtslage ist mE klar. Darüber hinaus ist zu beachten, dass im „allgemeineren“ Entschädigungs-



fondsgesetz nach Fällung der letzten Entscheidung des Kunstrückgabebeirats ein Präzedenzfall für die Durchbrechung der Rechtskraft von „alten“ Entscheidungen der Rückstellungsbehörden in „heutigen“ Restitutionsverfahren gesetzt wurde. Bei richtiger Sicht der Rechtslage wäre eine analoge Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Entschädigungsfondsgesetzes gar nicht erforderlich, da – wie gesagt – die Rechtskraft der Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 bei richtiger rechtlicher Sichtweise einer Restitution ohnedies nicht entgegensteht. Die einschlägigen Bestimmungen des Entschädigungsfondsgesetzes sollten jedoch zusätzlich klar machen, dass ein Festhalten an klar als extrem ungerecht erkannten Entscheidungen aus der unmittelbaren Nachkriegszeit nicht im Sinne des heutigen Gesetzgebers ist. Das vorliegende Gutachten hat eine Reihe von Gesichtspunkten dargelegt, welche mE sehr deutlich dafür sprechen, dass die Entscheidung der ROK vom 16.6.1953 einen solchen Fall extremer Ungerechtigkeit konstituiert. Schließlich konnte gezeigt werden, dass für die Annahme einer solchen extremen Ungerechtigkeit im Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat keine Einstimmigkeit erforderlich ist.

Im nunmehr anhängigen Verfahren vor dem Kunstrückgabebeirat besteht – wohl letztmalig – die Möglichkeit, den von österreichischen Behörden 1953 wie 1999 eingeschlagenen, äußerst unglücklichen Weg der Bewältigung des Alma Mahler-Werfel widerfahrenen NS-Unrechts zu korrigieren. Das vorliegende Rechtsgutachten hat versucht, eine Reihe von Aspekten aufzuzeigen, welche nicht nur historisch, politisch und moralisch, sondern auch rechtlich dafür sprechen, das in diesem Fall dreifach – 1940, 1953 und 1999 – geschehene Unrecht zuletzt doch noch zu korrigieren.

Prof. Dr. Paul Oberhammer