

Kulturgutbereinigungsgesetz 1985<sup>44</sup> schloss in seinem § 3 Abs 7 Personen von der Erhebung von Ansprüchen aus, die bereits nach dem Kunst- und Kulturgutbereinigungsgesetz 1969<sup>45</sup> Ansprüche angemeldet hatten, die durch gerichtliche Entscheidung rechtskräftig abgewiesen worden waren, die auf ihre Ansprüche im Zuge eines vor Gericht geschlossenen Vergleiches rechtswirksam verzichtet hatten, die ihre Ansprüche vor Gericht nicht geltend gemacht oder sie dort zurückgezogen hatten. Das Entschädigungsfondsgesetz 2001<sup>46</sup> schließt es in § 10 Abs 1, § 28 Abs 1 Z 2, § 28 Abs 2 Z 2 und § 32 Abs 1 grundsätzlich aus, Leistungen für Forderungen betreffend Verluste und Schäden zu erbringen, über die durch österreichische Gerichte oder Verwaltungsbehörden endgültig entschieden oder über die eine einvernehmliche Regelung erzielt wurde. In den Restitutionsgesetzen des Landes Oberösterreich<sup>47</sup> und des Landes Kärnten<sup>48</sup> findet sich eine vergleichbare Regelung.

Wenn der Gesetzgeber just im Kunstrückgabegesetz 1998 zu diesem Punkt schweigt,<sup>49</sup> dann hat das Gründe. Ziel dieses Gesetzes war es ja, die in Angriff genommene wissenschaftliche Aufarbeitung von Erwerbsvorgängen in den Museen und Sammlungen zu begleiten und eine Rechtsgrundlage zu schaffen, die es ermöglichen sollte, aus neuen Erkenntnissen und gewandelten Bewertungen die Konsequenzen zu ziehen. Die Annahme, der Gesetzgeber habe gleichzeitig die zur Restitution ermächtigten Bundesorgane an Irrtümer der Rückstellungsbehörden binden wollen, ist vor diesem Hintergrund nachgerade absurd. Es läuft den Intentionen des Gesetzes daher diametral zuwider, wenn sich der Kunstrückgabebeirat hinter Entscheidungen der Rückstellungsbehörden versteckt. Dort, wo diese Entscheidungen auch heute noch inhaltlich zu überzeugen vermögen, können sie die Einschätzung bestätigen, dass kein Restitutionstatbestand erfüllt ist. Dort hingegen, wo sie durch neue wissenschaftliche Erkenntnisse überholt sind, stehen sie ihrer Berücksichtigung nicht im Wege.

---

<sup>44</sup> Bundesgesetz vom 13. Dezember 1985 über die Herausgabe und Verwertung ehemals herrenlosen Kunst- und Kulturgutes, das sich im Eigentum des Bundes befindet, BGBl 1986/2.

<sup>45</sup> Bundesgesetz vom 27. Juni 1969 über die Bereinigung der Eigentumsverhältnisse des in Gewahrsam des Bundesdenkmalamtes befindlichen Kunst- und Kulturgutes, BGBl 1969/294.

<sup>46</sup> Bundesgesetz über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (Entschädigungsfondsgesetz), BGBl I 2001/12.

<sup>47</sup> Landesgesetz über Restitutionsmaßnahmen für Opfer des Nationalsozialismus (Oö. Restitutionsgesetz), LGBl 2002/29, § 2 Abs 1 Z 2, Abs 2 Z 2 und Abs 3 Z 2.

<sup>48</sup> Gesetz vom 16. Juni 2003 über Restitutionsmaßnahmen für Opfer des Nationalsozialismus (Kärntner Restitutionsgesetz – K-RG), LGBl 2003/49, § 1 Abs 1 Z 2 und Abs 2.

<sup>49</sup> Ebenso das steiermärkische Landesverfassungsgesetz vom 14. März 2000 über die Rückgabe oder Verwertung von Kunstgegenständen und Kulturgütern, die während der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft ihren Eigentümern entzogen worden sind, LGBl 2000/46.

## 2. Das Verhältnis zwischen § 1 Nichtigkeitsgesetz und Drittem Rückstellungsgesetz

Wie schon mehrfach betont, wurde die programmatische Nichtigkeitsklärung von Vermögensentziehungen in § 1 Nichtigkeitsgesetz durch die Rückstellungsgesetzgebung näher ausgeführt und mit Leben erfüllt. Eine nähere Analyse des Verhältnisses zwischen Grundsatznorm und Ausführungsbestimmungen zeigt jedoch, dass es ein Kurzschluss wäre, wollte man aus dem Umstand, dass die Rückstellungsgesetze einen Anspruch auf Rückstellung ablehnen, die Folgerung ableiten, es liege keine nach § 1 nichtige Vermögensentziehung vor. Mitunter schließen die Rückstellungsgesetze eine Restitution trotz Vorliegen einer nichtigen Vermögensentziehung aus.<sup>50</sup> Das sei am Beispiel des Dritten Rückstellungsgesetzes genauer dargelegt.

§ 1 Nichtigkeitsgesetz 1946 stellt auf die im Zuge mit der politischen und wirtschaftlichen Durchdringung erfolgte Absicht ab, natürlichen oder juristischen Personen Vermögensschaften oder Vermögensrechte zu entziehen. In § 1 des Dritten Rückstellungsgesetzes wird verlangt, dass Vermögen im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Machtübernahme entzogen worden ist. Diese Tatbestände korrespondieren einander. Der Unterschied liegt in den Formulierungen, nicht in der Sache. Gleiches gilt für Rechtsfolgen: Der Erklärung als null und nichtig im Nichtigkeitsgesetz entspricht im Dritten Rückstellungsgesetz die Nichtigkeitsanordnung des § 3 Abs 1.

Die *differentia specifica* nichtiger Vermögensentziehungen – der Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Machtübernahme – wurde durch § 2 Drittes Rückstellungsgesetz konkretisiert. War der Eigentümer politischer Verfolgung durch den Nationalsozialismus unterworfen, so lag nach Abs 1 eine Vermögensentziehung stets dann vor, wenn es dem Erwerber nicht nachzuweisen gelangt, „daß die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.“ In anderen Fällen konnte der Erwerber nach Abs 2 die Annahme einer Vermögensentziehung dadurch ausschließen, dass er dartat, „daß der Eigentümer die Person des Käufers frei ausgewählt und eine angemessene Gegenleistung erhalten hat oder daß die Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre.“ Politisch Verfolgte wurden hiedurch privilegiert. Mit ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäfte stellten selbst dann Vermögensentziehungen dar, wenn sie mit einem Angebot auf ihren Vertragspartner zugegangen und von diesem für die Leistung angemessen honoriert worden waren.

In § 4 folgt eine Bestimmung, deren Verhältnis zu vorangegangenen Paragraphen nicht ganz klar ist. Sie lautet:

„(1) Wurden bewegliche Sachen in einer öffentlichen Versteigerung oder außer einer solchen im Zuge eines Exekutions- oder Konkursverfahrens oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmann oder gegen Entgelt von jemandem erworben, dem sie der Eigentümer selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer

---

<sup>50</sup> Vgl schon die zutreffende Feststellung von *Zechner* (FN 11) 238, die zur Durchführung des Nichtigkeitsgesetzes beschlossenen Rückstellungsgesetze hätten „seine Idee zwar konkretisiert, im selben Zug aber durch zahlreiche Einschränkungen entschärft.“

für einer Absicht anvertraut hat, so gelten sie nur dann als im Sinne des § 1, Abs. (1), entzogen, wenn der Erwerber wußte oder wissen mußte, daß es sich um entzogenes Vermögen gehandelt hat.

(2) Wurden bewegliche Sachen im gewerbsmäßigen Betriebe des Eigentümers erworben, so gelten sie nur dann als im Sinne des § 1, Abs. (1), entzogen, wenn die Gegenleistung nicht als angemessen anzusehen ist.“

Die *verba legalia* sind ambivalent. Sie schließen in beiden Konstellationen schon eine Vermögensentziehung nach § 1 Abs 1 aus, nicht erst die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach § 3 Abs 1. Sie kleiden diesen Tatbestandsausschluss jedoch in die Form einer Fiktion. Allein die Textierung lässt daher keine zwingenden Schlüsse zu. Ob es sich um eine Konkretisierung des Zusammenhangs mit der nationalsozialistischen Durchdringung Österreichs handelt, dessen Fehlen eine Vermögensentziehung ausschließt, oder um eine Billigung der Vermögensverschiebung trotz Vorliegen einer Entziehung, ist vielmehr anhand der Kriterien des § 1 Nichtigkeitsgesetz autonom zu beurteilen.

Eine solche Beurteilung führt zu keinem einheitlichen Ergebnis. Die Regelung in § 4 Abs 2 ist nichts anderes als die Konkretisierung des fehlenden Zusammenhangs mit der NS-Herrschaft: Wer im Rahmen eines Gewerbebetriebes bewegliche Sachen veräußert, der verfügt dann, wenn er hierfür ein angemessenes Entgelt erhält, typischerweise auch über jenen inneren Veräußerungswillen, dessen Fehlen auf Seiten des Veräußerers ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erst zur Vermögensentziehung macht.<sup>51</sup>

Die Fiktion in § 4 Abs 1 hat hingegen eine andere Natur und Qualität. Durch sie wird nicht das Fehlen eines Zusammenhangs mit der nationalsozialistischen Durchdringung Österreichs spezifiziert, sondern aus Gründen des Verkehrsschutzes der Rückstellungsanspruch in Konstellationen ausgeschlossen, in denen der Entzug von Vermögen außer Frage steht.<sup>52</sup> Denn § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz ist dem Gutgläubenserwerb des § 367 ABGB nachgebildet, dessen Tatbestandsmerkmale er um Exekutions-, Konkurs- und wohl auch Ausgleichsverfahren erweitert hat. So wie jener führt auch dieser zu einem originären, von der Position des Vormannes unabhängigen Eigentumserwerb.<sup>53</sup> Obschon eine Entziehung vorlag und obschon das Rechtsgeschäft keine Übertragung des Eigentums zu bewirken vermochte, wird vom Gesetzgeber im Interesse der Verkehrssicherheit verfügt, dass Eigentum beim gutgläubigen Erwerber neu entsteht und das Eigentum des „wahren“ Eigentümers zum Erlöschen bringt.

Dem ursprünglichen Eigentümer zu erklären, dass sein Eigentum aus Rücksichten des Verkehrsschutzes untergeht, fällt schwer: Zumindest in moralischer Hinsicht wird er seinen Anspruch auf Rückgabe „seiner“ Sache weiterhin für legitim halten, mag sie ihm nun

---

<sup>51</sup> Vgl Ludwig Viktor Heller/Wilhelm Rauscher/Rudolf St. Baumann, Verwaltergesetz, Rückgabege-  
setz, Zweites und Drittes Rückstellungsgesetz, 1947, 207; Graf (FN 10) 220.

<sup>52</sup> Heller/Rauscher/Baumann (FN 51) 206; Meissel/Jungwirth (FN 8) 116.

<sup>53</sup> Heller/Rauscher/Baumann (FN 51) 206.

gestohlen oder betrügerisch herausgelockt<sup>54</sup> worden sein. Vergleichbares gilt in rechtskultureller Perspektive: In Gesellschaften, deren Rechtssystem keinen Gutgläubenserwerb kennt, tendiert die öffentliche Meinung aus begreiflichen Gründen dazu, *bona fide* erworbenes Eigentum als illegitim zu betrachten und in der Berufung auf Gutgläubenserwerbstatbestände sowohl eine Verschleierung als auch eine Prolongierung von Unrecht zu sehen.<sup>55</sup>

Die Auswirkungen auf § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz liegen auf der Hand. Wenn und weil dieser Tatbestand auf Ankäufe der Museen und Sammlungen des Bundes zugeschnitten ist, die von seinen Organen frei von subjektiver Vorwerfbarkeit im guten Glauben getätigt worden waren,<sup>56</sup> dann muss er in gleicher Weise zum Tragen kommen, wenn dieselben Museen und Sammlungen während der nationalsozialistischen Ära Kunst- und Kulturgut, das zuvor politisch Verfolgten entzogen worden war, erworben hatten, ohne zu wissen oder fahrlässig nicht zu wissen, dass es sich bei den erworbenen Objekten um entzogenes Vermögen handelte.<sup>57</sup> Beide Bestimmungen über den Gutgläubenserwerb haben die gleiche Struktur, und ihnen liegt eine ähnliche *ratio* zugrunde. Soweit Unterschiede zu registrieren sind, sprechen sie dafür, dass der Gutgläubenserwerb nach § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz erst recht dem Restitutionstatbestand des § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz unterfallen muss. Denn erstens hat der Gutgläubenserwerb nach § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz den weiteren Anwendungsbereich. Zweitens wird durch § 367 ABGB das konkrete Vertrauen darauf geschützt, dass Personen, die eine Sache veräußern, auch tatsächlich entweder Eigentümer oder Verfügungsbefugter sind.<sup>58</sup> Bei § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz ist der Gegenstand des Vertrauens hingegen eine Projektion *ex post*. Während es sich beim Eigentum um eine alterwürdige Institution des Privatrechts handelt, auf der das Wirtschaftsleben seit Jahrhunderten gründet und in die es vertraut, bildet entzogenes Vermögen eine junge juristische Kategorie, die nicht der Zukunftssteuerung, sondern der Vergangenheitsbewältigung dient. Dementsprechend fiel es dem Erwerber bei § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz tendenziell leichter, den geforderten guten Glauben zu prästieren. Was entzogenes Vermögen darstellt, konnte man vor 1945 im Grunde nicht wissen. Entsprechend schwer fiel es, dem Erwerber solches Wissen nachzuweisen oder ihm das Unterlassen konkreter Schritte zur Aufklärung der Eigenschaft der von ihm erworbenen Sache zum Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen. Graf hat aus diesen Gründen den Gutgläubenserwerbstatbestand des Dritten Rückstellungsgesetzes als bedenklich und verzichtbar qualifiziert, während er § 367 ABGB als sachlich voll gerechtfertigt ansieht.<sup>59</sup> Das legt einen Größenschluss nahe: Wenn schon ein Gutgläubenserwerb

---

<sup>54</sup> Nach zutreffender jüngerer Auffassung liegt selbst in dieser Konstellation ein Anvertrauen vor: OGH 9. 5. 1985, 6 Ob 549/85 = SZ 58/75 = EvBl 1986/90 = JBl 1986, 239.

<sup>55</sup> Zechner (FN 11) 241, mit der treffenden Beobachtung, dass beim Thema Kunstrestitution und Gutgläubenserwerb zwei Rechtskulturen aneinander geraten.

<sup>56</sup> Vgl oben II.2.

<sup>57</sup> Ebenso Meissel/Jungwirth (FN 8) 116 f.

<sup>58</sup> Dazu und zu den folgenden Beobachtungen eingehend Graf (FN 10) 217 ff.

<sup>59</sup> Vgl einmal mehr Graf (FN 10) 217 ff.



auf Basis eines sinnvollen engeren Tatbestandes den Bund vor Rückgabe des erworbenen Gutes an den vormaligen Eigentümer nicht schützt, dann macht ihn ein Gutgläubenserwerb des Deutschen Reichs auf Grundlage einer weiteren und sachlich problematischeren Bestimmung umso mehr restitutionspflichtig.

### 3. Der Anwendungsbereich des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz

Hinsichtlich des Anwendungsbereiches des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz stimmen alle Auffassungen darin überein, dass diese Bestimmung ebenso wie ihr Vorbild, der § 367 ABGB, den Erwerb vom „Nichtberechtigten“ betraf und dass sie sich auf Veräußerungsakte des Eigentümers selbst nicht bezog.<sup>60</sup> Im Übrigen gingen und gehen die Auffassungen jedoch auseinander. *Graf* zieht aus der Prämisse, dass sich die Norm nur auf Gegenstände bezieht, die im Zeitpunkt des Erwerbes bereits entzogenes Vermögen dargestellt hat, den Schluss, dass die betroffene bewegliche Sache bereits Gegenstand einer anderen, als Vermögensentziehung zu qualifizierenden Transaktion gewesen sein musste.<sup>61</sup> Und er kommt solcherart zur Folgerung, dass sich § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz entgegen jenem Eindruck, den ihr Wortlaut „bei oberflächlicher Lektüre“ vermittelt, auf den Erwerb vom Vertrauensmann des Eigentümers gar nicht bezieht. Ein solcher Erwerb

„konnte nämlich deswegen nicht vorkommen, weil es in einem solchen Fall an der dem Erwerb des möglicherweise gutgläubigen Erwerbers vorgelagerten Vermögensentziehung notwendigerweise fehlte, stellte dieser Erwerb – falls der Vertrauensmann die Sache entziehen wollte – ja erst den Akt der Entziehung dar.“<sup>62</sup>

In der Praxis der Rückstellungsbehörden dominiert bei aller Uneinheitlichkeit der Entscheidungen der gegenteilige Standpunkt.<sup>63</sup> Sie hat in meinen Augen auch die besseren Gründe für sich.

Zum einen leuchtet, wie *Graf* selbst treffend herausgearbeitet hat,<sup>64</sup> nicht recht ein, weswegen das Privileg des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz erst ab der dem Erwerb vom Vertrauensmann nachfolgenden ersten Veräußerung greifen soll und nicht schon beim Erwerb vom Vertrauensmann selbst. Diese Differenzierung ist nicht nur vom Ergebnis her wenig einsichtig; sie läuft auch den Absichten des Gesetzgebers zuwider, durch

---

<sup>60</sup> ORK 9. 4. 1949, Rkv 91/49 = JBl 1949, 360; ORK 28. 1. 1956, Rkv 126/55 = EvBl 1956/109; *Heller/Rauscher/Baumann* (FN 51) 206; *Meissel/Jungwirth* (FN 8) 116.

<sup>61</sup> *Graf* (FN 10) 215.

<sup>62</sup> *Graf* (FN 10) 215.

<sup>63</sup> Vgl. ORK 9. 4. 1949, Rkv 91/49 = JBl 1949, 360, wo der Erwerb vom Nichteigentümer, dem die Sache anvertraut ist, als paradigmatischer Anwendungsfall herausgestellt wird; ORK 15. 11. 1952, Rkv 195 = EvBl 1953/137, zum Erwerb von Aktien von einem sich als Eigentümer gerierenden Strohmänn; ORK 3. 10. 1953, Rkv 186/53 = JBl 1954, 359, zur Veräußerung von Wertpapieren durch einen kommissarischen Verwalter.

<sup>64</sup> *Graf* (FN 10) 219.

Einfügung eines Gutglaubenstatbestandes den redlichen Erwerber zu schützen.<sup>65</sup> Denn insoweit ist der erste Erwerber nicht weniger schutzwürdig als der zweite.

Zum anderen nimmt die Auffassung *Graf*s dem vierten Fall des Tatbestandes jeden Anwendungsbereich.<sup>66</sup> Wenn erst der Erwerb vom Nichtberechtigten jene erste Entziehung darstellt, die Bedingung dafür ist, dass § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz überhaupt greift, dann ist diese Bestimmung auch auf den Erwerb vom Vertrauensmann des Vertrauensmanns nicht anwendbar. Ebenso wenig kann sie sich auf den Erwerb der Sache durch einen zweiten Käufer vom ersten Käufer beziehen, weil letzterer infolge Erwerbs vom Nichtberechtigten nicht als Vertrauensmann des Eigentümers qualifiziert werden kann.

Diese Konsequenzen zeigen, dass in der Ableitung ein Fehler stecken muss. Man kann ihn darin sehen, dass *Graf* der Passivform im Wortlaut („entzogen hat“) eine Bedeutung zumisst, die sie nach den Absichten des Gesetzgebers und nach der *ratio* der Regelung nicht haben kann. So weit muss man indessen gar nicht gehen. Der Fehler dürfte vielmehr schon darin liegen, dass *Graf* in Fixierung auf Rechtsgeschäfte und Transaktionen weitgehend ausgeblendet lässt, dass es auch faktische und hoheitliche Entzüge gibt. Verwertungsakten gehen regelmäßig hoheitliche Beschlagnahmen oder faktische Entzüge voran; bei der Veräußerung einer gestohlenen Sache ist nicht erst der Kommissionsverkauf durch einen befugten Gewerbsmann, sondern schon der (politisch motivierte) Diebstahl selbst ein Entzug; und beim Erwerb der Sache von einer Person, der sie vom Eigentümer zur Verwahrung anvertraut war, ist dem Rechtsgeschäft eine Treuwidrigkeit vorangegangen, die als faktischer Entzug qualifiziert werden kann. Jenseits des Anwendungsbereichs des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz liegt hingegen der Erwerb von einem befugten Gewerbsmann, dem die verkaufte Sache gehört oder dem sie zum Verkaufe anvertraut ist. In dieser Konstellation ist in Ermangelung einer vorangegangenen Entziehung § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz in der Tat nicht anwendbar.<sup>67</sup> Ob der Verkauf selbst eine (erste) Entziehung darstellt, richtet sich (unter anderem) nach § 4 Abs 2 Drittes Rückstellungsgesetz.

---

<sup>65</sup> Vgl RV 244 BlgNR V. GP, 5: „Heutzutage erscheinen uns die Vorgänge in der damaligen Zeit ganz klar als Unrecht; aber damals, mitten im Geschehen der Ereignisse, kann man nicht jeden Erwerber als bösgläubig, als üblen ‚Ariseur‘ ansehen. Der Entwurf sieht daher vor – unter Aufrechterhaltung des Grundsatzes der Nichtigkeit – dass solche Personen als gutgläubiger Erwerber im Sinne des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches zu behandeln.“

<sup>66</sup> Ähnlich in anderem Zusammenhang (Versteigerungen) schon ORK 12. 12. 1953, Rkv 181 = EvBl 1954/96.

<sup>67</sup> ORK 28. 1. 1956, Rkv 126/55 = EvBl 1956/109, wenngleich mit dem (äußerst diskussionswürdigen) Zusatz, auch eine kommissarische Verwaltung bilde noch keine Entziehung, lasse sie doch die Eigentumsverhältnisse intakt. Dies bestätigend ORK 3. 11. 1956, Rkv 58 = EvBl 1957/40; anders nuanciert hingegen ORK 25. 7. 1953, Rkv 74 = EvBl 1953/483.

#### 4. Bezugspunkt und Nachweis des guten Glaubens

§ 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz verlangt guten Glauben. Anders als nach § 367 ABGB bezieht sich diese Redlichkeit aber nicht auf das Eigentum des Vormannes, noch auf seine Befugnis, mit Billigung des Eigentümers über die Sache in eigenem Namen zu verfügen. Er bezieht sich einzig und allein auf die Qualifikation der erworbenen Sache: Guter Glaube liegt vor, wenn der Erwerber nicht „wußte oder wissen mußte, daß es sich um entzogenes Vermögen gehandelt hat“.

Da Vermögensentziehung als Konstrukt *ex post* anachronistische Züge trägt, verwundert es nicht, dass zur Redlichkeit hinsichtlich ihres Nichtvorliegens verschiedene Auffassungen vertreten wurden. Teilweise wurde der gute Glaube wie bei § 367 ABGB auf die Eigentümerstellung bezogen;<sup>68</sup> teilweise wurde er überdies auch dann verneint, wenn der Erwerber um die politische Verfolgung des Eigentümers wusste;<sup>69</sup> teilweise wurde das Wissen oder Wissenmüssen „sowohl auf die Verfügungsmacht des Veräußerers als auch auf die Entziehung selbst“ bezogen.<sup>70</sup>

Nimmt man die Vermögensentziehung als Bezugspunkt und Ausschlussgrund des guten Glaubens ernst, so kommt es darauf an, dass der Ersterer weder Kenntnis davon hatte, dass der Kaufgegenstand entzogenes Vermögen war, noch die nach den Umständen gebotenen und ihm zumutbaren Anstrengungen unterließ, die Eigenschaft des Kaufgegenstandes aufzuklären. Beurteilungszeitraum ist wie nach dem ABGB die Periode zwischen Vertragsabschluss und Übergabe der Sache;<sup>71</sup> spätere Kenntniserlangung schadet nicht.

Bei der Beurteilung war und ist zu berücksichtigen, dass sowohl privatrechtliche Verfügungen als auch Hoheitsakte und faktisches Handeln eine Sache zu entzogenem Vermögen machen konnten. Fächert man die Entziehung in diese ihre Unterfälle auf, so ist im Falle des Erwerbs vom Vertrauensmann für guten Glauben erstens erforderlich, dass der Erwerber auf das Eigentum oder auf die Verfügungsbefugnis seines Vertragspartners vertraut hat. Schon guter Glaube hinsichtlich bloßer Verfügungsmacht des Veräußerers reicht in meinen Augen hin,<sup>72</sup> und zwar deshalb, weil schon sie eine faktische Entziehung

---

<sup>68</sup> Neuburg (FN 33) 40, und wohl auch Heller/Rauscher/Baumann (FN 51) 206.

<sup>69</sup> ORK 3. 10.1953, Rkv 186/53 = JBl 1954, 359 („Daß die Wertpapiere aus jüdischem Besitz stammen, hat die Antragsgegnerin [...] gewußt. Damit ist der Nachweis erbracht, daß die [...] Wertpapiere als entzogen gelten, obwohl sie vom Vertrauensmann des Eigentümers veräußert worden sind.“); Meissel (FN 1) 491; Meissel/Jungwirth (FN 8) 118.

<sup>70</sup> ORK 4. 10. 1952, Rkv 183 = EvBl 1953/7.

<sup>71</sup> Vgl dazu Heinrich Klang, § 367 ABGB, in: ders (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 2, <sup>2</sup>1950, 223, und Gert Iro, Bürgerliches Recht Bd IV: Sachenrecht, <sup>2</sup>2002, Rz 6/49 mwN.

<sup>72</sup> Gegenteilig Meissel (FN 1) 490; Meissel/Jungwirth (FN 8) 118.

ausschließt.<sup>73</sup> Insoweit besteht folglich eine Diskrepanz zu § 367 ABGB, wo die herrschende Meinung Vertrauen in das Eigentum verlangt.<sup>74</sup>

Zweitens darf der Erwerber keine Gründe gehabt haben, dem Eigentum bzw der Verfügungsbefugnis des Veräußerers durch weitere Erkundigungen auf den Grund zu gehen. Wusste er jedoch um die Treuwidrigkeit oder hätte er um sie wissen müssen, so scheidet guter Glaube aus, weil schon in der Treuwidrigkeit eine Vermögensentziehung gelegen ist, sofern es einen objektiven Zusammenhang zwischen der Vermögensverschiebung und dem NS-Regime gab.

Sodann fehlt ungeachtet der Überzeugung von Eigentum oder Verfügungsbefugnis des Vertrauensmannes der gute Glaube, wenn der Ersterer um den Zusammenhang zwischen der Vermögensverschiebung und der nationalsozialistischen Machtergreifung wusste oder hievon fahrlässigerweise keine Kenntnis hatte.<sup>75</sup> Und was für diesen Zusammenhang rechtens ist, muss auch für den hierauf bezogenen guten Glauben gelten: Wenn der Erwerber wusste oder wissen musste, dass der Eigentümer der Sache politischer Verfolgung ausgesetzt war, so konnte er als gutgläubig nur unter den Voraussetzungen gelten, dass er erstens der Überzeugung war, dass die Vermögensübertragung unabhängig von der Besetzung Österreichs durch die Nationalsozialisten erfolgt wäre, und dass er zweitens alles unternommen hatte, um den sich nach den Umständen aufdrängenden Verdacht eines Kausalzusammenhangs zum NS-Regime zu zerstreuen. Konnte er hingegen davon ausgehen, dass der Eigentümer außerhalb des Kreises der politisch Verfolgten stand, so genügte schon die fehlerlos gefasste Überzeugung von der Freiheit der Partnerwahl und der Angemessenheit der Gegenleistung.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Vgl ROK 15. 11. 1952, Rkv 195 = EvBl 1953/137.

<sup>74</sup> Vgl *Armin Ehrenzweig/Adolf Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd I/2: Das Sachenrecht, <sup>2</sup>1957, 190; *Iro* (FN 71) Rz 6/50 f; *Thomas Klicka*, § 367 ABGB, in: Michael Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, Bd 2, <sup>2</sup>2000, Rz 4; *Andreas Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts Bd I, <sup>13</sup>2006, 332; OGH 8. 11. 1966, 8 Ob 310/66 = SZ 39/189, OGH 1. 12. 1970, 8 Ob 264/70 = EvBl 1971/261). – Die hM ist jedoch wenig überzeugend: Wenn und weil bei Verkauf einer fremden Sache in eigenem Namen Eigentum übergeht, sofern der Verkäufer vom Eigentümer zu dieser Verfügung ermächtigt ist, hat der Käufer, der von einer Verfügungsbefugnis ausgehen kann, auch allen Grund, die Sache iSd § 326 ABGB für die seinige zu halten. Zutreffend daher *Franz von Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd 2/1 [recte: 2/2], 1812, 136; OGH 3. 3. 1966, 7 Ob 43/66 = EvBl 1966/334; *Karl Spielbüchler*, § 367 ABGB, in: Peter Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 1, <sup>3</sup>2000, Rz 6; *Bernhard Eccher*, § 367, in: Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB, 2005, Rz 6; ebenfalls schon Zweifel anmeldend *Klang*, (FN 71) 223 mit FN 32. Weder die handelsrechtlichen Vorschriften (§§ 56, 366 HGB) noch sonstige Spezialregelungen hinsichtlich des Vertrauens in die Verfügungsbefugnis zwingen zu Umkehrschlüssen. Mit dem UBG mag sich das freilich nach dem 1. 1. 2007 ändern.

<sup>75</sup> Zutreffend ORK 4. 10. 1952, Rkv 183 = EvBl 1953/7.

<sup>76</sup> Spätestens hier kommt, dem Passiv „entzogen hat“ in § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz zum Trotz, der vom Erwerber bezahlte Kaufpreis mit ins Spiel.



Obschon das Gesetz hiezu schweigt, dürfte auch für den Gutgläubenserwerb des Dritten Rückstellungsgesetzes die allgemeine Regel gelten, dass im Zweifel die Redlichkeit des Erstehers zu vermuten war,<sup>77</sup> der (ursprüngliche) Eigentümer somit für den bösen Glauben die Beweislast trug.<sup>78</sup> In zwei Punkten erscheint diese Regel freilich modifiziert:<sup>79</sup> War der ursprüngliche Eigentümer eine politisch verfolgte Person und wusste der Ersterher um diesen Umstand, so hatte aufgrund des § 2 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz er den guten Glauben hinsichtlich der Unabhängigkeit des Vermögensübergangs von der nationalsozialistischen Machtergreifung darzutun. Hinsichtlich anderer Eigentümer oblag es dem Ersterher, entweder den Beweis für die Unabhängigkeit der Vermögensübertragung vom NS-Regime oder den Beweis der Freiheit der Käuferwahl sowie der Angemessenheit der Gegenleistung zu führen.

#### IV. Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts

Nach Aufbereitung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz und nach Erörterung des Verhältnisses zwischen Nichtigkeitsgesetz 1946 und Drittem Rückstellungsgesetz ist nunmehr zu prüfen, ob 1) der unter I. geschilderten Sachverhaltes dem § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz unterfällt und ob 2) die rechtskräftige Entscheidung der Rückstellungsoberkommission vom 16. Juni 1953 einer Rückgabe entgegensteht. Die Antwort auf die erste Frage ist ein klares Ja, jene auf die zweite Frage ein ebenso klares Nein.

##### 1. Allgemeine Voraussetzungen

Das Bild „Sommernacht am Strand“ stellt einen Kunstgegenstand aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen dar, auf den sich das Kunstrückgabegesetz bezieht.

Eine Restitution hat zunächst zur Voraussetzung, dass die antragstellende Person ursprüngliche Eigentümerin des beanspruchten Kunstwerks war oder deren Rechtsnachfolgerin von Todes wegen darstellt. Dies ist unbestrittener Maßen der Fall. Alma Mahler-Werfel hat das Bild durch Schenkung von Karl Reinighaus erworben; sie hat dieses Bild 1937 der Österreichischen Galerie als Leihgabe für zwei Jahre überlassen und es anlässlich ihrer Flucht in Österreich zurückgelassen. Marina Mahler ist als Erbin nach Anna Mahler-Fistoulari, die ihrerseits Alma Mahler-Werfel beerbt hat, auch deren Rechtsnachfolgerin von Todes wegen.

---

<sup>77</sup> Vgl § 328 ABGB; im Kontext des Gutgläubenserwerbs statt aller OGH 7. 7. 1992, 4 Ob 536/92 = JBl 1993, 183, und *Spielbüchler* (FN 74) Rz 5.

<sup>78</sup> Vgl zu § 4 Drittes Rückstellungsgesetz ORK 12. 12. 1953, Rkv 181 = EvBl 1954/96; *Neuburg* (FN 33) 42.

<sup>79</sup> Anders ORK 12. 12. 1953, Rkv 181 = EvBl 1954/96, ORK 30. 1. 1954, Rkv 1 = EvBl 1954/167; ORK 13. 3. 1953, Rkv 29 = EvBl 1954/190 = JBl 1954, 312, und *Neuburg* (FN 33) 42.

## 2. Zum Vorliegen einer Vermögensentziehung

Sodann wird durch § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz verlangt, dass das betroffene Kunstwerk Gegenstand eines Rechtsgeschäftes § 1 des Nichtigkeitsgesetzes 1946 war. Auch diese Voraussetzung liegt vor.

Der Verweis auf § 1 Nichtigkeitsgesetz ist, wie oben näher ausgeführt, im Einklang mit den Materialien über seinen Wortlaut hinaus auch auf faktische Entziehungen, auf hoheitliche Entziehungen und auf privatrechtliche Rechtshandlungen zu beziehen, nicht nur auf Rechtsgeschäfte im engeren Sinn. In welcher Handlung die Entziehung konkret gelegen ist, hängt davon ab, welcher Version der Geschichte man Glauben schenkt.

Alma Mahler-Werfel hat stets beteuert, Carl Moll weder zur Abholung der Bilder aus der Österreichischen Galerie noch zu sonstigen Verfügung über ihr Vermögen ermächtigt zu haben. Folgt man dieser Darstellung, dann stellt bereits die pflicht-, da vertragswidrige Ausfolgung der Bilder an Carl Moll eine faktische Entziehung von Vermögen dar, deren Zusammenhang zur nationalsozialistischen Machtergreifung infolge der Flucht Alma Mahler-Werfels evident ist. Das gilt unabhängig davon, ob die Direktion der Österreichischen Galerie im Vertrauen auf eine Befugnis Molls gehandelt hat.

Schenkt man hingegen der Deutung von *Oliver Hilmes* Glauben, nach der Alma Werfel Carl Moll gebeten hatte, mit dem Museum Kontakt herzustellen, weil sie das Munch-Bild verkaufen wollte, und nimmt man überdies an, dass sie Carl Moll vor ihrer Flucht zur Abholung der Bilder mündlich ermächtigt hat, dann stellt die Ausfolgung der Bilder an Moll keine Entziehung dar. Für eine derartige mündliche Bevollmächtigung fehlt jedoch jedes konkrete Indiz.

Wäre sie wirklich erteilt worden, so hätte das auf das Ergebnis keinen maßgeblichen Einfluss. Denn es steht fest, dass Alma Mahler-Werfel weder Carl Moll noch Marie Eberstaller noch sonst jemanden zum Verkauf der Bilder ermächtigt hat. Nach ihrer Deutung der Ereignisse hat sie Carl Moll Anfang März gar nicht gesehen, als er ohne ihr Wissen über den Verkauf des Munch-Bildes an die Galerie verhandelt hat. Selbst wenn man diese Darstellung bezweifelt und annimmt, dass die Verhandlungen mit Wissen und Willen der Eigentümerin erfolgt sind und dass Carl Moll vor seinem Antwortbrief an die Galerie mit Alma Mahler-Werfel gesprochen hat, ist hieraus allenfalls ein konkretes – in der Folge von der Galerie abgelehntes – Angebot, aber in keiner Weise eine Bevollmächtigung Carl Molls zum Vertragsabschluss in eigenem oder fremden Namen ableitbar. Ein schriftlicher Beleg für eine solche Ermächtigung wurde nie aufgefunden, obschon er infolge der Flucht von Alma mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit existiert haben musste, hätte es eine Ermächtigung denn gegeben. Dass Carl Moll – sei es auch in der subjektiven Überzeugung, im Interesse seiner Stieftochter zu handeln, und sei es auch im Vertrauen auf eine spätere Genehmigung des Geschäfts – das Bild 1940 im Namen seiner Tochter Marie Eberstaller an die Galerie verkaufte, stellt daher eine faktische Entziehung von Vermögen dar, an die sich eine rechtsgeschäftliche Entziehung durch Übertragung auf die Galerie nahtlos anschloss. Der erforderliche Kausalzusammenhang mit der NS-Herr-

schaft ist evident: Hätte Alma Mahler-Werfel nicht fliehen müssen, hätten ihre Verwandten zu dieser Transaktion gar keine Gelegenheit gehabt. Selbst wenn man ihr 1938 konkrete Verkaufsabsichten unterstellen wollte, hätte es an einem Zusammenhang der Vermögensübertragung mit der nationalsozialistischen Machtübernahme von vornherein nur fehlen können, hätte sie selbst das Bild im Jahre 1940 verkauft. In Wahrheit wurde es ihr im Gefolge ihrer Flucht zunächst faktisch entzogen, der Verkauf an die Galerie ist sodann durch die Entzieher hinter ihrem Rücken erfolgt und nicht durch sie, der Zusammenhang mit der NS-Herrschaft daher unbestreitbar.

Außerdem sei angemerkt, dass es selbst dann eine Entziehung bedeutet hätte, hätte Alma Mahler-Werfel das Bild im Jahre 1940 selbst der Galerie zum Preis vom 7 000,-- RM verkauft. Alma Mahler-Werfel gehörte als Ehefrau eines Juden zum Kreis jener Personen, bei denen generell von politischer Verfolgung auszugehen war.<sup>80</sup> Darüber hinaus war sie ab dem Jahresende 1940, als ihre Liegenschaft in Wien XIX, Steinfeldgasse 2, unter Verwaltung gestellt wurde, auch von individueller Verfolgung betroffen.<sup>81</sup> Folglich wäre eine Entziehung nur durch den Nachweis ausgeschlossen gewesen, dass der Verkauf unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt war.<sup>82</sup> Ein solcher Nachweis konnte dem Erwerber des Bildes nicht gelingen. Die wirtschaftliche Situation von Alma Mahler-Werfel hatte sich um 1938 zwar verschlechtert, war aber noch immer solide; und für Verkaufsabsichten vor dem 13. März 1938 fehlte es an hinreichender Evidenz. Zwar existieren Briefe zwischen der Galerie und Carl Moll, in denen über einen Verkauf korrespondiert wird; es gibt aber keinen konkreten Beleg dafür, dass diese Verhandlungen Alma Mahler-Werfel zurechenbar waren.<sup>83</sup> Das *non liquet*, das bleibt, geht gemäß § 2 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz zu Lasten des Erwerbers.

Wie man es dreht und wendet: Es hat entweder schon am 18. März 1938 oder aber spätestens im April 1940 eine Vermögensentziehung stattgefunden, die dem Generaltatbestand des § 1 Nichtigkeitsgesetz 1946 subsumierbar ist.

---

<sup>80</sup> Graf (FN 10) 65 f.

<sup>81</sup> Es entbehrt nicht der Pikanterie, dass just der Mann ihrer Halbschwester, in deren Namen der Verkauf des Munch-Bildes an die Galerie erfolgte, vom nationalsozialistischen Staat zum Verwalter (und damit zum „Verfolger“) bestellt war.

<sup>82</sup> Vgl. dazu Graf (FN 10) 78 ff; zur Praxis der Rückstellungskommissionen in verschiedenen Phasen des Gesetzesvollzugs eingehend Franz-Stefan Meissel/Thomas Olechowski/Christoph Gnant, Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen, 2004, 53 ff, 97 ff, 144 ff.

<sup>83</sup> Folgt man der Darstellung von Hilmes (FN 1) 293, so fehlt es schon an einer Vergleichbarkeit der Veräußerungsbedingungen, weil er die 1938 im Brief von Moll geforderten 10 000 Alt-schilling mit ca 39 000 Euro und den Kaufpreis von 7000 Reichsmark mit ca 23 000 Euro heutigen Geldwerts ansetzt. Hierbei dürfte ihm indessen ein Rechenfehler unterlaufen sein. Auch das zeigt, dass seine Darstellung mit Vorsicht zu genießen ist.

### 3. *Zum Eigentum der Republik Österreich*

Auch die weiteren Voraussetzungen, dass die Republik Österreich rechtmäßig Eigentum erworben hat und sich noch heute im Genuss des Eigentums befindet, sind erfüllt. Zur Diskussion steht lediglich, ob die Republik schon 1945 oder ob sie erst im Jahre 1953 Eigentum erworben hat.

Folgt man der Darstellung der Finanzprokuratur im Rückstellungsverfahren, der sich die Rückstellungsoberkommission angeschlossen hat, so hat das Deutsche Reich im April 1940 am Munch-Bild gutgläubig Eigentum erworben; und legt man weiters die Praxis der Rückstellungskommissionen zugrunde,<sup>84</sup> so ist das Eigentum an diesem Bild als Teil einer Gesamtsache schon 1945 auf die Republik Österreich übergegangen.

Schenkt man der Version von Alma Mahler-Werfel im Rückstellungsverfahren Glauben, dann ist das Bild nach 1940 in ihrem Eigentum verblieben, weil auf dieser Grundlage das Deutsche Reich durch den Ankauf weder originär noch derivativ Eigentum erworben haben konnte und folglich 1945 auch kein Eigentum auf die Republik überging. Dies änderte sich jedoch mit der Rechtskraft des Erkenntnisses der Rückstellungsoberkommission Wien vom 16. Juni 1953, Rkb 186/53, mit dem der Rückstellungsantrag abgewiesen und unter einem das Eigentumsrecht der Republik Österreich zugesprochen wurde. Insoweit – und nur insoweit – entfaltet diese Entscheidung in der Tat Rechtskraftwirkung.<sup>85</sup>

### 4. *Zum Vorliegen einer die Restitution ausschließenden Rückgabe und zum Vorliegen eines Gutgläubenserwerbs*

Die weitere, im Text des § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz nicht verankerte, aber im Interpretationsweg erschließbare negative Voraussetzung, dass nach der Entziehung keine Rückstellung bzw Rückgabe an den ursprünglichen Eigentümer der Sache erfolgt ist, nimmt bringt den Antrag ebenfalls nicht um seinen Erfolg. Über eine solche Rückgabe wurde zwar wiederholt verhandelt, sie hat aber nie stattgefunden.<sup>86</sup>

Selbst wenn man die teleologische Reduktion des § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz weiter treiben wollte, als dies hier geschieht, führt kein Weg am Ergebnis vorbei, dass der hier zu beurteilende Fall von ihr nicht betroffen sein kann. Denn in ihm leitet sich das Eigentum der Republik daraus ab, dass das Deutschen Reich im Jahr 1940 im guten Glauben Eigen-

---

<sup>84</sup> Grundlegend ORK 5. 3. 1949, Rkv 59/49 = JBl 1949, 359.

<sup>85</sup> Selbst wenn man in dieser Entscheidung ein Fehlurteil erblickt, wäre es abwegig, hieraus zu folgern, dass eine Rückgabe deshalb ausscheidet, weil die Republik Österreich nicht rechtmäßig Eigentum erworben hat, wie das in § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz verlangt wird: vgl II.1.

<sup>86</sup> Wäre der Vergleich vom 1. Juli 1953 wirksam geworden und hätte Alma Mahler-Werfel auf die fünf Schindler-Bilder endgültig verzichtet, um ihren geliebten Munch zurückgestellt zu erhalten, so hätte sie im übrigen alle Chancen, diese fünf Schindler-Bilder heute auf Grundlage des § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz restituiert zu erhalten: vgl oben II.4.



tum erworben hat bzw dass ihm ein Gutgläubenserwerb im Jahre 1953 rechtskräftig zugestanden worden ist.

Exakt auf diese Konstellation ist § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz 1998 zugeschnitten.<sup>87</sup> Dass der Gutgläubenserwerb im vorliegenden Fall nicht nach 1945 durch die Republik, sondern zuvor durch das Deutsche Reich erfolgt ist, macht keinen Unterschied. Ebenso wenig tut es etwas zur Sache, dass der Eigentumserwerb nicht auf § 367 ABGB, sondern auf § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz gründete.<sup>88</sup>

Um die wesentlichen Argumente noch einmal zusammenzufassen: Mit § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz will der Gesetzgeber moralisch gerechtfertigten Ansprüchen auch dort zum Durchbruch verhelfen, wo die Rechtsordnung ihre Berücksichtigung bislang nicht zuließ. Eigentumserwerb *bona fide* ist im angloamerikanischen Rechtskreis nicht vorgesehen. Er gilt dort der öffentlichen Meinung als verpönt, weil er den wahren Eigentümer expropriert. Diese Einschätzung gewinnt auch in Kontinentaleuropa an Boden.<sup>89</sup> Das Verlangen des Verkehrsschutzinteressen weichenen vormaligen Eigentümers, seine Sache zurückzuerhalten, ist denn auch in der Tat ein Anspruch, dem man moralische Berechtigung nicht absprechen kann. Die Republik Österreich will sich im Besitz ihrer Kunstgegenstände nicht auf subjektiven guten Glauben berufen, um objektives Unrecht zu kaschieren. Sie erklärt im Kunstrückgabegesetz 1998, sich von allen Objekten fragwürdiger Provenienz zu trennen. Kunstwerke, an denen nach einer Entziehung die Republik selbst oder einer ihrer Rechtsvorgänger in gutem Glauben originär Eigentum erworben hat, sind solche Gegenstände suspekter Provenienz.

##### 5. Zur Tragweite des Erkenntnisses der Rückstellungsoberkommission vom 16. Juni 1953

Das Erkenntnis der Rückstellungsoberkommission vom 16. Juni 1953, Rkb 185/53, widerspricht diesen Ergebnissen nicht, sondern bestätigt sie vielmehr. In diesem Erkenntnis legt die Rückstellungsoberkommission dar, weshalb ihrer Auffassung nach im vorliegenden Sachverhalt – der Beurteilung durch die Unterinstanz zuwider – ein Gutgläubenserwerb gemäß § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz stattgefunden hat. Hätte diese Entscheidung in dem mit Antrag vom 16. Februar 2006 eingeleiteten Restitutionsverfahren wirklich Rechtskraftwirkungen – was, wie dargelegt, nur insoweit der Fall ist, dass die Entscheidung zwischen Alma Mahler-Werfen und der Republik Österreich rechtskräftig feststellt, dass die Republik Österreich Eigentümerin des Munch-Bildes ist – so würde sie

---

<sup>87</sup> Vgl oben II.2.

<sup>88</sup> Eingehend oben III.2.

<sup>89</sup> Vgl etwa die Titel der Fallstudien bei Gert Kerschbauer, Gutgläubiger Erwerb oder institutionelle Habgier?, in: Gabriele Anderl/Alexandra Caruso (Hrsg), NS-Kunstraub in Österreich und die Folgen, 2005, 159, und Michael John, „Bona fide“-Erwerb und Kunstrestitution. Fallbeispiele zur Aneignung und Restitution von Kunstgütern nach 1945, in: Verena Pawlowsky/Harald Wendelin (Hrsg), Enteignete Kunst. Raub und Rückgabe – Österreich von 1938 bis heute, 2006, 59.

folglich feststellen, dass § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz erfüllt ist, weil infolge der Nichtigkeit des dem Erwerb durch die Republik Österreich zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts im Sinne des § 1 Nichtigkeitsgesetz 1946 die Republik Eigentum an diesem Bild nicht derivativ, sondern als gutgläubige Erwerberin originär auf Grundlage des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz erworben hat. Andere Interpretationen finden in der Entscheidung keine Deckung. Um dies zu zeigen, sei der Duktus ihrer Begründung rekapituliert.

Einleitend stellt die Rückstellungsoberkommission außer Streit, dass das Bild im Eigentum von Alma Mahler-Werfel stand, dass es der Galerie als Leihgabe zur Verfügung gestellt und dass es am 18. März 1938 Carl Moll ausgefolgt wurde (Seite 2 f). Sodann wird nach Schilderung der Eckdaten der Schenkung des Hauses in Breitenstein und des Verkaufes des Munch-Bildes an die Galerie festgehalten, die Rückstellungskommission habe weder eine Bevollmächtigung Eberstallers noch ein Anvertrauen als erwiesen angenommen (Seite 3). Der letzteren Feststellung tritt die Rückstellungsoberkommission sodann entgegen: Ausgehend von der Behauptung der Republik, „dieses Bild von Munch sei dem Prof. Carl Moll oder dem Ehepaare Eberstaller [...] anvertraut gewesen“ (Seite 4), und dem Hinweis auf eine Passage der Begründung ihrer Entscheidung aus 1948, wonach „der vorliegende Tatbestand der rechtlichen Beurteilung nach § 4/1 des Dritten Rückstellungsgesetzes zu unterziehen sein wird“ (Seite 4), nimmt sie eine Beweiswürdigung vor (Seiten 5 bis 9), die zu folgendem Ergebnis führt (Seite 10 f):

„Darum nimmt die Rückstellungskommission [rechte: Rückstellungsoberkommission] auch trotz der gegenteiligen Aussage des Zeugen Arch. Legler als erwiesen an, dass dieses Bild als dem Professor Moll oder der Marie Eberstaller anvertraut angesehen werden kann. Im Sinne der Bestimmung des § 4 besteht in diesem Falle keine Rückstellungspflicht.“

Der ersterwähnten Feststellung der Unterinstanz, es fehle an einer Vollmacht zum Verkauf des Bildes, tritt die Rückstellungsoberkommission in keiner Weise entgegen. Ganz im Gegenteil: Indem sie die Voraussetzungen eines Gutgläubenserwerbs erörtert, baut sie auf ihr auf.

Mit der Feststellung des Anvertrauens war indessen erst eine Voraussetzung des Gutgläubenserwerbs erwiesen; die erzielte Folgerung hing in der Luft. Die Begründung fährt deshalb weiter fort (Seite 11):

„Die Vertreter der Österreichischen Galerie wussten wohl, dass es sich um das Vermögen einer politisch Verfolgten handelt, sie konnten aber hierin keinen Entziehungsakt, sondern eine Verfügung der Verkäufer erblicken, zu welcher diese berechtigt waren. Darum wurde das Rückstellungsbegehren in Ansehung dieses Bildes von Edvard Munch abgewiesen.“

Noch immer ist freilich die *conclusio* ein schlichtes *non sequitur*. Der gute Glaube hinsichtlich der Verfügungsmacht ist eine Sache; guter Glaube hinsichtlich des Fehlen eines Entziehungsaktes verlangt erheblich mehr. Das gilt insbesondere dann, wenn die ursprüngliche Eigentümerin politisch verfolgt war und die Erwerberin um diesen Umstand wusste. In dieser – hier einschlägigen – Konstellation musste sie nämlich des weiteren dartun,

dass die Erwerberin davon ausging (und davon ausgehen konnte), die Vermögensübertragung wäre auch unabhängig von der Machtergreifung der Nationalsozialisten erfolgt. Diese weitere Voraussetzung wird in der unmittelbar darauf folgenden Passage nachgetragen:

„Auf Grund des vorerwähnten Briefwechsels zwischen Prof. Moll und Dr. Schwarz kann aber auch unbedenklich als erwiesen angenommen werden, dass es auch unabhängig von der Machtergreifung zum Verkauf dieses Bildes gekommen wäre. Es war laut Aussage des Zeugen Dr. Grimschitz zu einer Zeit, da der Verkauf Werfel'scher Bücher in Deutschland verboten und die Mahler-Tantiemen zurückgegangen waren, der einzig realisierbare Wert. Damals erklärte die Antragstellerin, sie könne vom Preis von S 10.000,-- nichts nachlassen, hätte also höchstens S 10.000,-- bekommen, während sie bei dem im April 1940 durchgeführten Verkauf RM 7.000,-- = S. 10.500,-- bekommen hat. Hiezu wird neuerlich auf die Aussage des Zeugen Dr. Grimschitz (Seite 267) verweisen, dass die Antragstellerin schon damals bereit war, sich von diesem Munchbild zu trennen, um zu Geld zu kommen.“

Diese Passage mutet zunächst wie ein *obiter dictum* an, das dem Vorliegen einer Vermögensentziehung gemäß § 1 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz – und damit auch der kardinalen Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz! – den Boden entzieht. Eine solche Interpretation ist absurd: Fehlte es an einer Entziehung im Sinn des § 1 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz, hätte die Rechtsvorgängerin der Republik lediglich auf Basis des § 367 ABGB Eigentum erwerben können. Ein solcher Widerspruch kann der Rückstellungsoberkommission nicht unterstellt werden. Der scheinbare Widerspruch löst sich freilich in Wohlgefallen auf, wenn man sich erinnert, dass bei Wissen um die Eigenschaft des vermeintlich Zustimmenden als politisch Verfolgter die Erwerberin auch guten Glauben in die Unabhängigkeit der Transaktion von der nationalsozialistischen Machtergreifung dartun musste. Nur diesem Ziel kann das vermeintliche *obiter dictum* gewidmet sein. Dass die Eingangsfeststellung objektiv gehalten ist, statt die Überzeugung der Galerie vom Fehlen eines Kausalzusammenhangs festzustellen, schadet nicht. Denn sie kann sowohl vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtslage als auch im Kontext der Entscheidung insgesamt nur als eine überschießende Formulierung gewertet werden.

Es ist daher müßig, die Frage zu erörtern, ob die Entscheidung der Rückstellungsoberkommission inhaltlich zu überzeugen vermag. Gerade dann, wenn sie richtig war, ist der Tatbestand des § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz erfüllt. Andere Interpretationen basieren auf einer Fehldeutung der Entscheidung, die die rechtlichen Rahmenbedingungen eines Gutgläubenserwerbs nach § 4 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz nicht hinreichend in Anschlag bringt.

## 6. Der Beschluss des Kunstrückgabebeirats vom 27. Oktober 1999

Einer solchen Fehldeutung ist der Beirat über die Rückgabe von Kunstgegenständen in seiner Entscheidung vom 27. Oktober 1999 zum Opfer gefallen. In ihr hat der Beirat den Argumenten der Antragstellerin historische und moralische Berechtigung zugebilligt, aber im Hinblick auf die Entscheidung der Rückstellungsoberkommission aus dem Jahr 1953

angenommen, dass „mit Rechtskraftwirkung festgestellt sei, dass ein Entziehungstatbestand und damit eine nach dem NichtigkeitsG inkriminierte Rechtshandlung nicht gegeben gewesen“ sei. Damit hat der Beirat in einer fast schon tragisch zu nennenden Weise verkannt,

- dass das moralisch Gebotene nach den Zielsetzungen des Kunstrückgabegesetzes 1998 auch das juristisch Gebotene darstellt;
- dass es auf rechtskräftige Entscheidungen der Rückstellungskommissionen deshalb grundsätzlich nicht ankommen kann;
- dass das Kunstrückgabegesetz mit § 1 Nichtigkeitsgesetz 1946 bewusst an einen Tatbestand anknüpft, über dessen Vorliegen weder ein Gericht noch eine Verwaltungsbehörde als Hauptfrage zu erkennen hatte;
- dass es folglich gar keine behördlichen Entscheidungen geben kann, die nach allgemeinen Regeln Rechtskraftwirkungen herbeiführen;
- dass die Rückstellungsoberkommission rechtskräftig nicht die Nichtigkeit der Übertragung des Munch-Bildes auf die Republik verneint, sondern einen Gutgläubenserwerb festgestellt hat, der eine Vermögensentziehung gemäß § 1 Abs 1 Drittes Rückstellungsgesetz zur Voraussetzung hat und auf den § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz 1998 zugeschnitten ist;
- dass ihr Erkenntnis folglich, wären rechtskräftige Entscheidungen im Rahmen des Kunstrückgabegesetzes 1998 überhaupt von Belang, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz 1998 mit Rechtskraftwirkung bejahen würde, anstatt sie auszuschließen.

## V. Ergebnis

Ich komme somit zum Ergebnis, dass die durch § 1 Z 2 Kunstrückgabegesetz 1998 statuierten Voraussetzungen für eine Rückgabe des Bildes „Sommernacht am Strand“ von Edvard Munch an Marina Mahler eindeutig erfüllt sind und dass das Erkenntnis der Rückstellungsoberkommission vom 16. Juni 1953, Rkb 186/53, einer Rückgabe nicht entgegensteht.

Wien, am 31. August 2006



(Ewald Wiederin)