Der Beirat gemäß § 3 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1998, BGBl. I 181, hat in seiner Sitzung vom 8. November 2006 einstimmig folgenden

BESCHLUSS

gefasst:

Der Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur wird empfohlen, nachstehenden Kunstgegenstand aus der Österreichischen Galerie Belvedere, nämlich

Edvard Munch
Mondlandschaft,
IN 4010,

an die Erben nach Alma Mahler-Werfel auszufolgen.

Über die Erbfolge wird das Gutachten eines Sachverständigen für internationales Privatrecht eingeholt, das Auskunft darüber geben wird, an wen übereignet werden kann.

B e g r ü n d u n g :

1.1. Der gemäß § 3 des BG vom 4.12.1998 BGBl I 181 errichtete Beirat hat in der Sitzung am 27.10.1999 einstimmig den Beschluss gefasst, dass eine Rückgabe des im Bundeseigentum stehenden und in der Österreichischen Galerie befindlichen Gemäldes „Sommernacht am Strand“ von Edvard Munch nicht empfohlen wird. Seit dieser Empfehlung, der die Frau Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur Rechnung getragen hat, ist das Entschädigungsfondsgesetz BGBl I 2001/12 ergangen, dessen Regelungen über die Naturalrestitution eine nochmalige Überprüfung der seinerzeitigen Empfehlung unter Berücksichtigung dieser aktuellen Rechtslage ermöglichen.

1.2. Die Enkelin und vermutliche Rechtsnachfolgerin der seinerzeitigen Eigentümerin des Gemäldes, Frau Marina Fistulari-Mahler, hält ihren Antrag auf Rückgabe des Gemäldes aufrecht und hat zur Begründung dieses Antrages Rechtsgutachten von UnivProf Dr. Franz-Stefan Meissel vom Dezember 2005, von UnivProf Dr. Paul Oberhammer vom 28. September 2006 und von UnivProf Dr. Ewald Wiederin vom September 2006[1] vorgelegt.

Der Beirat sieht es nicht als seine Aufgabe an, zu diesen im Auftrag der Einschreiterin erstellten Gutachten im Detail Stellung zu nehmen, zumal sich alle Gutachten weitwändig mit Interpretationen und Wertungen der Tatbestände des KunstrückgabeG

[1] nachstehend als Gutachten *Meissl,* Gutachten *Oberhammer* oder Gutachten *Wiederin* bezeichnet

befassen, die der Beirat ohnehin ständig seiner Empfehlungspraxis zugrunde legt, die somit in diesem Sinne keineswegs strittig sind.

Es muss allerdings dem – insbesondere von Meissel erhobenem – Vorwurf, der Beirat habe in seiner Empfehlung vom 27.10.1999 „in unvertretbarer Weise das Vorliegen einer nichtigen Rechtshandlung iSd § 1 NichtigkeitsG und die Frage einer Rückstellungspflicht gutgläubig erworbener Sachen gemäß § 4 des 3. RückstellungsG vermengt“[2], entschieden entgegen getreten werden. Dieser Vorwurf ist völlig unbegründet und sachlich auch nicht begründbar, er ist nur mit einem subjektiv-interessensbetontem Missverstehen des Inhaltes der relevanten Urkunden (insbesondere des Erkenntnisses der Rückstellungsoberkommission vom 16.6.1953 und des Beschlusses des Beirates vom 27.10.1999) zu erklären.

2.1. Vorweg muss festgehalten werden, dass gerade in diesem Fall der Sachverhalt ungeachtet der Durchführung eines langwierigen Rückstellungsverfahrens, in dem zahlreiche Zeugen zum Teil wiederholt einvernommen wurden, in entscheidungsrelevanten Punkten ungeklärt geblieben ist, und auch jetzt einer restlosen Klärung nicht zugänglich ist. Dies betrifft insbesondere die wesentliche Frage der Erteilung von Ermächtigungen oder Vollmachten durch Alma Mahler-Werfel und deren Inhalt und Umfang. Urkunden dazu sind nicht vorhanden, die Aussagen der vernommenen Zeugen sind widersprüchlich. Auch die seit der Beiratsempfehlung vom 27.10.1999 vorgelegten Urkunden sind nicht geeignet, zur Klarstellung dieses Sachverhaltes beizutragen.

2.2. Eindeutig steht nur fest, dass Karl Reininghaus das Gemälde von Munch Alma Mahler-Werfel anlässlich der Geburt ihrer Tochter Manon zum Geschenk gemacht hat, somit Alma Mahler-Werfel „ursprüngliche Eigentümerin“ (§ 1 KunstrückgabeG) des Gemäldes war. Mit dem an Alma Mahler-Werfel gerichteten Schreiben vom 2.8.1937 bestätigte die Direktion der Österreichischen Galerie die Übernahme des Gemäldes (neben anderen Gemälden) „als Leihgabe auf die Dauer von zwei Jahren“. Wie sich aus einem Schreiben des Direktors der Österreichischen Galerie vom 1.3.1938 ergibt, waren bereits vor dem Datum dieses Schreibens Gespräche über einen Verkauf des Gemäldes in Gang gekommen. Die Korrespondenz wurde mit Carl Moll, dem Stiefvater Alma Mahler-Werfels, geführt, der sich dabei auf die Verkaufsabsicht seiner – damals noch nicht emigrierten – Stieftochter berief. Alma Mahler-Werfel emigrierte am 13.3.1938 aus Österreich. Am 18.3.1938 erwirkte Carl Moll unter Berufung auf einen Auftrag seiner Stieftochter aber ohne Vorweis einer schriftlichen Vollmacht die Rückstellung der Leihgaben. Am 26.8.1939 übertrug Alma Mahler-Werfel ihr Haus in Breitenstein am Semmering durch Schenkungsvertrag an ihre Halbschwester Maria Eberstaller, dies offenbar treuhändig um eine Beschlagnahme – wie hinsichtlich der Villa in

[2] Gutachten Meissel, Seite 32

Wien 19., Steinfeldgasse 2 am 20.9.1940 tatsächlich erfolgt – zu verhindern. Demgemäß erfolgte durch Urteil des LGfZRS Wien vom 17.1.1947, 25 Cg 39/47 auch die Rückstellung des Hauses. Mit Schreiben vom 17.4.1940 bestätigte der Direktor der Österreichischen Galerie, „das Bild von Edvard Munch, Nordische Meereslandschaft[3], am heutigen Tag übernommen zu haben“, aus zwei – nicht datierten und unterfertigten – Quittungen ergibt sich ein Kaufpreis von RM 7.000.-, als Verkäuferin wird im Akt der Galerie Maria Eberstaller angeführt, eine (schriftliche) Vollmacht Alma Mahler-Werfels wurde bei Abschluss der Kaufvereinbarung nicht vorgelegt. Als Grund für den Verkauf wurde die Notwendigkeit von Reparaturarbeiten im – unter Treuhandabrede geschenkten – Haus am Semmering angegeben. Solche Reparaturarbeiten und Investitionen wurden im Jahre 1940 tatsächlich getätigt, deren Kosten erreichten allerdings den vereinbarten Kaufpreis für das Gemälde von Munch nicht.

2.3. Eine nochmalige Durchsicht der in den Verfahren 63 RK 364/47 (erster Rechtsgang) und 63 RK 20/50 (zweiter Rechtsgang) – zum Teil wiederholt – vernommenen Zeugen konnte keine darüber hinaus gehenden eindeutigen Ergebnisse bringen. Sowohl zur Frage, in welchem Verhältnis Alma Mahler-Werfel zu ihren Verwandten stand, als auch zur Frage der Vollmachtserteilung, gibt es Zeugenaussagen in jeder Richtung. Welche dieser Aussagen für zutreffend gehalten wird, ist eine Frage der Beweiswürdigung, die den damals erkennenden Gerichten oblag und die vom Beirat nicht wiederholt werden kann.

3. Der vorstehend zusammengefasste Sachverhalt hat in den Entscheidungen der von Alma Mahler-Werfel angerufenen Rückstellungskommission eine geradezu diametral entgegenstehende Würdigung erfahren[4]. Dies betrifft insbesonders die Frage, ob Alma Mahler-Werfel anlässlich ihrer Emigration ihren Stiefvater Carl Moll und/oder die Ehegatten Eberstaller mit der Verwaltung ihres Vermögens (also nicht nur des Hauses am Semmering, sondern auch ihres beweglichen Vermögens, also auch des Gemäldes von Munch) beauftragt hatte, ob diese also ihre „Vertrauensleute“ im Sinne des § 367 ABGB, bzw des § 4 des 3. RückstellungsG, waren.

3.1. Die Rückstellungskommission beim LGZRS Wien verneint in dem sowohl was die Beweiswürdigung als auch die rechtliche Beurteilung betrifft überaus kursorisch und oberflächlich begründeten[5] Erkenntnis vom 9.4.1953, 63 RK 1372/48-91, diese Frage. Sie

---

[3] An der Identität des Gemäldes besteht ungeachtet der unterschiedlichen Bezeichung kein Zweifel.

[4] Es wird nachstehend nur auf die im zweiten Rechtsgang ergangenen Entscheidungen eingegangen.

[5] Daran ist festzuhalten.

Es sei nur auf die „Beweiswürdigung“ (Seite 3 des Erkenntnisses) verwiesen: „Die Rückstellungskommission vernahm viele Zeugen (welche?), nahm Einsicht in vorgelegte Schriftstücke (welche?) und schaffte Akten (welche?) bei.“ „Viele (welche?, offenbar nicht alle) der gemachten

kommt zum Schluss, eine ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung Eberstallers oder einer anderen Person sei nicht erwiesen, ebensowenig ein Anvertrauen von Gegenständen, die Veräusserung von Bildern der Antragstellerin sei eine Entziehung[6].

3.2. Die Rückstellungsoberkommission beim OLG Wien kommt in ihrem Erkenntnis vom 16. Juni 1953, Rkb 186/53-95, zu einem gänzlich anderen Ergebnis[7]. Unter Zitierung und Würdigung zahlreicher Zeugenaussagen kommt die Rückstellungsoberkommission zum Schluss, dass „Professor Moll oder Maria Eberstaller von der Antragstellerin beauftragt oder ermächtigt worden sind, deren im Inland zurückgebliebenes Vermögen zu beaufsichtigen, zu betreuen und zu verwalten, bzw dass „Prof. Moll oder Frau Eberstaller oder beide zusammen berechtigt waren, über das gegenständliche Bild zu verfügen, weil es ihnen anvertraut war[8]. Dieser Schluss wird mit der Bekundung zahlreicher Zeugen begründet. Es entspräche logischem Denken, dass nicht nur das Haus in Breitenstein treuhändig geschenkt, sondern auch die Verfügung über bewegliches Vermögen eingeräumt war, was überdies ebenfalls von einer Reihe von Zeugen bestätigt wurde, zwischen Alma Mahler-Werfel und ihrem Stiefvater, sowie ihrer Halbschwester, habe das beste Einvernehmen geherrscht[9]. Auf Grund des festgestellten Inhaltes des Briefwechsels zwischen Carl Moll und dem Direktor der Österreichischen Galerie kommt die Rückstellungsoberkommission auch zum Schluss, dass es „auch unabhängig von der Machtergreifung zum Verkauf dieses Bildes gekommen wäre“.

Feststellungen werden überdies durch die beigeschafften Akten (welche?) erhärtet“ (Seite 5 des Erkenntnisses).

Feststellungen werden mit rechtlicher Beurteilung vermengt: „Er (bezogen auf Dr. Richard Eberstaller, der beim Verkauf des Gemäldes keine Rolle spielte) hatte keine Vollmacht der Antragstellerin. Auch das Gegenteil würde die Annahme einer Entziehung nicht ausschließen“ (Seite 4 des Erkenntnisses). Diese rechtliche Beurteilung ist ohne Zweifel unrichtig, eine Bevollmächtigung zum Verkauf könnte eine Entziehungshandlung durchaus ausschließen.

[6] Seite 5 des Erkenntnisses.

Offenbar war der Rückstellungskommission durchaus bewusst, dass diese apodiktische Aussage jedenfalls hinsichtlich des Hauses am Semmering unrichtig war, was sich aus den anschließenden Ausführungen ergibt, wonach die „Änderung der Aufschrift“ (infolge der Schenkung mit Treuhandabrede) der Sicherung des Objektes dienen sollte.

[7] *Meissel* wirft der Rückstellungsoberkommission in seinem Rechtsgutachten vor, sie habe eine „für die Antragstellerin höchst ungünstige, ungewöhnlich emotional gefärbte Beweiswürdigung“ vorgenommen (Seite 39), bei der Beweiswürdigung seien nur „jene für Moll und das Ehepaar Eberstaller positiven Aspekte der Zeugenaussagen herausgearbeitet“ worden. Ein objektiver und nicht nur subjektive Interessenslagen berücksichtigender Vergleich der in den beiden Gerichtsentscheidungen vorgenommenen Beweiswürdigung ergibt allerdings zweifelsfrei, dass diesem Vorwurf – in umgekehrtem Sinne – in Bezug auf das Erkenntnis der Rückstellungskommission vom 9.4.1953 erheblich größere Berechtigung zukäme.

[8] Der Beirat verkennt keineswegs, dass auch die rechtliche Beurteilung durch die Rückstellungsoberkommission oberflächlich erfolgt ist.

[9] Demgegenüber geht die Rückstellungskommission in ihrem Erkenntnis vom 9.4.1953 auf Grund der Aussage eines einzigen Zeugen von einem „nicht allerbesten Verhältnis“ aus, die Aussagen aller anderen Zeugen werden nicht erwähnt, ebenso werden die Aussagen zahlreicher Zeugen über die Einräumung einer Verwaltungsbefugnis übergangen.

Auf Grund dieses von ihr festgestellten Sachverhaltes verneint die Rückstellungsoberkommission in ihrem Erkenntnis vom 16. Juni 1953 eine Rückstellungsverpflichtung nach dem 3. RückstellungsG. Sie führt dafür drei Gründe an. Eine Rückstellungsverpflichtung sei nicht gegeben,

- weil eine Entziehung nicht vorgelegen habe, sondern „eine Verfügung der Verkäufer, zu welcher diese berechtigt waren“,
- weil der Direktor der Galerie auf diese Verfügungsberechtigung vertrauen konnte und deshalb ein Gutglaubenserwerb iSd § 4 Abs 1 des 3. RückstellungsG vorlag und
- weil auch der Befreiungstatbestand des § 2 Abs 1 des 3. RückstellungsG (Vermögensübertragung auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus) gegeben sei.[10]

3.3. Die von der Antragstellerin angerufene Oberste Rückstellungskommission hat die Beschwerde mit Beschluss vom 5.9.1953, Rkv 152/53, zurückgewiesen, da der Streitwert die für die Zulässigkeit festgelegte Grenze von S 15.000.- nicht überstieg. Das Erkenntnis der Rückstellungsoberkommission beim OLG Wien vom 16. Juni 1953, Rkb 186/53-95, ist somit in Rechtskraft erwachsen.

4.1. In seiner Empfehlung vom 18.8.1999 hat sich der Beirat mit den Auswirkungen dieser rechtskräftigen Gerichtsentscheidung auf den vorliegenden Rückgabefall auseinandergesetzt. Er hat dabei festgehalten, dass ein in einem Verfahren nach dem 3. RückstellungsG ergangenes, die Rückstellung versagendes Erkenntnis eine Rückgabe nach dem KunstrückgabeG keineswegs ausschließe, wenn ungeachtet dessen einer der in diesem Gesetz angeführten Tatbestände erfüllt sei. Nur wenn das rechtskräftige Erkenntnis der Rückstellungskommission das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmales nach dem KunstrückgabeG verneine, sei damit bindend festgelegt, dass die Voraussetzungen der gesetzlichen Ermächtigung zu einer Rückgabe nicht erfüllt sind[11].

Es sei nochmals ausdrücklich festgehalten, dass der von der Rückstellungsoberkommission festgestellte gutgläubige Eigentumswerb durch den Direktor der Galerie wohl zufolge § 4 Abs 1 des 3. RückstellungsG einer Rückstellung entgegen stand,

---

[10] Diese dem Wortlaut des Erkenntnisses der Rückstellungsoberkommission eindeutig zu entnehmende dreistufige Begründung der Ablehnung des Rückstellungsanspruches wird in den vorgelegten Gutachten negiert. Als entscheidend wird einzig und allein die Bejahung eines Gutglaubenserwerbes im Sinne des § 4 Abs 1 des 3. RückstellungsG hervorgehoben. Immerhin ist *Wiederin* der Wortlaut der Begründung des Erkenntnisses nicht entgangen. Seine Mutmaßungen, welche Gründe die Rückstellungsoberkommission zu dem „obiter dictum“, eine Entziehung habe nicht vorgelegen, veranlasst haben könnten, sind aber nicht nachzuvollziehen.

[11] Dies wird grundsätzlich auch im Gutachten *Meissel* nicht in Abrede gestellt (Seite 29). Selbstverständlich könnte aber auch in einem solchen Fall eine Rückgabe erfolgen, dies allerdings nicht unter Berufung auf die durch das KunstrückgabeG erteilte Ermächtigung, es müssten vielmehr die Anforderungen des BHG für Verfügungen über bewegliches Bundesvermögen eingehalten werden.

eine Rückgabe nach dem KunstrückgabeG aber nicht hindern würde. Der Gesetzgeber hat in den Erläuterungen zu § 1 Z 2 KunstrückgabeG deutlich zum Ausdruck gebracht, dass gutgläubiger Erwerb durch den Bund einer Rückgabe nicht entgegen stehen soll. Diese Ausführungen beziehen sich zwar ausdrücklich nur auf Erwerbsvorgänge „nach dem Krieg“, die dahinter stehenden Motive müssen aber in gleicher Weise auch für gutgläubige Erwerbsvorgänge während der NS-Zeit gelten. In diesem Punkt stünde somit ein die Rückstellung nach dem 3. RückstellungsG mit Rechtskraftwirkung ablehnendes Erkenntnis einer Rückgabe nach dem KunstrückgabeG nicht entgegen[12].

4.2. Der von der Rückstellungsoberkommission festgestellte Gutglaubenserwerb durch die Galerie war aber keineswegs die alleinige Begründung für ihre in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung vom 16.6.1953. Wenn sie den von ihr auf Grund der vorgenommenen Beweiswürdigung festgestellten Sachverhalt dahin beurteilt, dass „Prof. Moll oder Frau Eberstaller oder beide zusammen berechtigt waren, über das gegenständliche Bild zu verfügen, weil es ihnen anvertraut war“, so verneint sie damit das Vorliegen einer Entziehungshandlung. Der Verkauf des Gemäldes erfolgte nach diesen Feststellungen nicht mit der Absicht, dem Berechtigten „Vermögenschaften zu entziehen“, sondern um in Ausübung der bestehenden Berechtigung in das nur treuhändig übertragene Haus in Breitenstein zu investieren[13]. Die Rückstellungsoberkommission spricht ferner unzweideutig aus, dass es den Befreiungstatbestand des § 2 Abs 1 des 3. RückstellungsG als gegeben ansieht, somit eine Vermögensentziehung iSd § 1 Abs 1 des 3. RückstellungsG nicht vorliege.

Voraussetzung der Erfüllung des Tatbestandes des § 1 Z 2 KunstrückgabeG[14] ist aber, dass ein Rechtsgeschäft oder eine sonstige Rechtshandlung[15] im Sinne des NichtigkeitsG festgestellt wird, somit eine während der deutschen Besetzung Österreichs vorgenommene Handlung, „um natürlichen oder juristischen Personen Vermögenschaften oder Vermögensrechte zu entziehen, die ihnen am 13. März 1938 zugestanden sind“. War der Verkauf aber – wie die Rückstellungsoberkommission mit Rechtskraftwirkung ausgesprochen hat – keine Entziehung, so war er zufolge § 3 Abs 1 des 3. RückstellungsG auch nicht nichtig.

---

[12] Dies entspricht auch der ständigen Empfehlungspraxis des Beirates in vergleichbaren Fällen. Die Polemik im Gutachten Meissl, der Beirat habe bei seiner Empfehlung das Vorliegen einer nichtigen Entziehungshandlung und Gutglaubenserwerb vermengt, ist somit völlig unberechtigt, den daran anknüpfenden weitwendigen Ausführungen kommt keine Relevanz zu.

[13] Auch im Schiedsspruch in der Schiedssache Majken Hofmann ua gegen Republik Österreich vom 7. Mai 2006 wird betont, dass eine freiwillige, durch private Beziehungen motivierte Übergabe eines Bildes keine Entziehung iSd NichtigkeitsG darstelle, da das Gesetz verlange, „dass die Vermögensverschiebung erfolgte, um zu entziehen“ (Seite 16 des Schiedsspruchs).

[14] Die beiden anderen Tatbestände des § 1 KunstrückgabeG kommen nach dem vorliegenden Sachverhalt unbestrittenermaßen nicht in Betracht

[15] Der Beirat hat in seinen Empfehlungen stets und schon lange vor den im Gutachten Meissl zitierten Autoren die Auffassung vertreten, dass § 1 Z 2 KunstrückgabeG den § 1 NichtigkeitsG versehentlich unvollständig wiedergibt und in dem Sinne erweiternd auszulegen ist, das auch „sonstige Rechtshandlungen“ umfasst sind.

Da ein und dieselbe Rechtshandlung nur nichtig oder eben nicht nichtig sein kann, muss diese zwar in einem Verfahren nach dem 3. RückstellungsG getroffene Folgerung in gleicher Weise auch für das NichtigkeitsG und damit für den 2. Tatbestand des § 1 des KunstückgabeG Wirksamkeit haben.

5. Die materielle Rechtskraft erstreckt sich insoweit auch auf die Entscheidungsgründe und damit auf die Tatsachenfeststellungen, als diese zur Individualisierung des Urteilsspruches notwendig und damit entscheidungswesentlich sind[16]. Der Schluss, eine Vermögensentziehung im Sinne des § 1 Abs 1 des 3. RückstellungsG sei nicht gegeben gewesen, weil „Prof. Moll oder Frau Eberstaller oder beide zusammen berechtigt waren, über das gegenständliche Bild zu verfügen, weil es ihnen anvertraut war“, war in diesem Sinne entscheidungswesentlich, weil damit der eine Rückstellung ablehnende Urteilsspruch begründet wurde.

Die Beiratsempfehlung vom 18.8.1999, wonach der 2. Tatbestand des § 1 des KunstrückgabeG nicht erfüllt ist, weil die Rückstellungsoberkommission in ihrem Erkenntnis vom 16.6.1953 mit Rechtskraftwirkung gemäß § 411 ZPO festgestellt hat, dass der Verkauf des Gemäldes keine Entziehungshandlung und somit nicht nichtig war und damit auch der Tatbestand des NichtigkeitsG nicht erfüllt war, entsprach somit der Rechtslage.

6. Tatsächlich hat allerdings der Gesetzgeber durch das EntschädigungsfondsG BGBl I 2001/12 gerade hinsichtlich der Bindung an rechtskräftige Entscheidungen österreichischer Gerichte oder Verwaltungsbehörden (in Rückstellungs- oder Entschädigungsangelegenheiten) für „besondere Ausnahmsfälle“ eine Änderung der Rechtslage herbeigeführt.

Demnach hat zwar die durch § 23 EntschädigungsfondsG eingerichtete Schiedsinstanz grundsätzlich nicht über Forderungen zu entscheiden, „die bereits zuvor von österreichischen Gerichten oder Verwaltungsbehörden entschieden oder einvernehmlich geregelt wurden“ (§ 32 Abs 1 leg. cit.). Ausgenommen davon sind aber Fälle, „in denen die Schiedsinstanz einstimmig zur Ansicht gelangt, dass eine frühere einvernehmliche Regelung eine extreme Ungerechtigkeit dargestellt hat“ (§ 32 Abs 2 Z 1), bzw „in denen ein Anspruch aus Mangel an Beweisen abgelehnt wurde“ (§ 32 Abs 2 Z 2). § 28 Abs 1 Z 2 legt den Schluss nahe, dass der Wortlaut des § 32 Abs 2 unvollständig ist. Ob allerdings dessen Z 1 die Wortfolge „dass die frühere behördliche Entscheidung oder die frühere einvernehmliche Regelung“ enthalten sollte (in diesem Fall hätte die Z 2 keinen eigenen Anwendungsbereich), oder ob in

[16] vgl die zu E 57 in *Stohanzl*, JN-ZPO[15] angeführten Entscheidungen

Z 2 zu ergänzen wäre „durch eine nach einstimmiger Ansicht der Schiedsinstanz extrem ungerechte behördliche Entscheidung“ muss offen bleiben. Hinsichtlich der Bindung an die Rechtskraft behördliche Entscheidungen wirft somit der Wortlaut des EntschädigungsfondsG erhebliche Zweifelsfragen auf[17].

7.1. Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass sich die im Hinblick auf die Bedeutung des Institutes der Rechtskraft an strenge Voraussetzungen geknüpfte Ermächtigung des EntschädigungsfondsG, Naturalrestitionen ungeachtet der an sich entgegen stehenden Rechtskraft behördlicher Entscheidungen vorzunehmen, ausschließlich auf Liegenschaften und Überbauten bezieht (§ 28 Abs 1 leg. cit.). Die Restitution beweglicher körperlicher Sachen kommt nach § 28 Abs 2 EntschädigungsfondsG nur an jüdische Gemeinschaftsorganisationen in Betracht. Festzuhalten ist ferner, dass die Rückgabe von Kunstgegenständen ausdrücklich „den bestehenden besonderen gesetzlichen Regelungen vorbehalten“ ist (§ 1 Abs 2 letzter Satz leg. cit.). Die Forderung, „die im EntschädigungsfondsG ausgedrückten gesetzlichen Wertungen auch bei der Anwendung des KunstrückgabeG im Wege der Rechtsanalogie (§ 7 ABGB) sinngemäß heranzuziehen“[18], muss somit schon daran scheitern, dass der Gesetzgeber eine solche Analogie durch eine eindeutige gesetzliche Regelung ausgeschlossen hat. Eine nicht beabsichtigte Regelungslücke, die Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Analogieschlusses wäre, ist somit nicht feststellbar.

7.2. Der Umstand, dass eine unbeabsichtigte Regelungslücke nicht erkennbar ist, schließt allerdings die Anwendung des nunmehr im EntschädigungsfondsG zum Ausdruck gebrachte Verständnisses des Gesetzgebers, wonach die Rechtskraft einer Entscheidung der Ermächtigung zur Naturalrestitution in Ausnahmsfällen nicht entgegen steht, hinsichtlich anderer ihrem Regelungszweck nach vergleichbarer Normen nicht unbedingt aus. Der OGH hat ausgesprochen[19], „der Bund habe mit diesem Gesetz (dem EntschädigungsfondsG) positiviert, was unter guten Sitten bei der Lösung von Entschädigungsfragen zu verstehen“ sei. „Insoferne reicht dessen rechtliche Signalwirkung über den unmittelbaren Regelungsgegenstand hinaus“. Mit dieser Begründung hat der OGH der in diesem Verfahren an sich nach dem Sachverhalt berechtigten Verjährungseinrede die Wirksamkeit versagt, sie „widerstreite den guten Entschädigungssitten“. Gleiches kann nun im Sinne einer teleologisch – systematischen Auslegung auch hinsichtlich der – bis zur Änderung der Rechtslage durch

---

[17] Die Schiedsinstanz hat in ihren bisherigen Entscheidungen diese durch den unklaren Gesetzeswortlaut verursachen Zweifelsfragen nicht erörtert. Sie geht aber in ihren Entscheidungen sichtlich von der Gleichbehandlung einvernehmlicher Regelungen und behördlicher Entscheidungen aus. So hat sie etwa in der E.Nr. 28/2005 vom 15.11.2005 ihre Zuständigkeit in einem Fall, in dem eine „frühere Entscheidung“ und damit die Bindung an die Rechtskraft dieser Entscheidung zu beurteilen war, bejaht.

[18] Gutachten *Meissel*, Seite 41;

[19] OGH 30.9.2002, 1 Ob 149/02x, JBl 2003, 454

das EntschädigungsfondsG durch § 411 ZPO jedenfalls gerechtfertigten und gebotenen – Berufung auf die Rechtskraftwirkung einer gerichtlichen Entscheidung angenommen werden.

7.3. Keinesfalls darf aber diese nunmehr durch den Gesetzgeber ermöglichte Einschränkung der Bindungswirkung rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen auch im Zusammenhang mit nach § 1 KunstrückgabeG zu beurteilenden Sachverhalten zu einer aus sachlichen Gründen nicht gebotenen Besserstellung von Antragstellern nach dem KunstrückgabeG im Verhältnis zu Antragstellern nach dem EntschädigungsfondsG führen. Dies bedeutet, dass im Falle einer die Rückstellung versagenden früheren rechtskräftigen Entscheidung eine Rückgabeempfehlung nur erfolgen kann, wenn der Beirat einstimmig zum Ergebnis gelangt, dass diese frühere Entscheidung – abgestellt auf den Zeitpunkt der Entscheidung[20] – „eine extreme Ungerechtigkeit dargestellt hat“. Dies auch schon deshalb, weil die Rechtswirkung einer Empfehlung der Schiedsinstanz nach dem EntschädigungsfondsG völlig ident geregelt ist, wie die Rechtswirkung einer Empfehlung des Beirates nach dem KunstrückgabeG. Das für die Schiedsinstanz nach dem EntschädigungsfondsG angeordnete Erfordernis der Einstimmigkeit der Entscheidungsfindung soll der Bedeutung des Institutes der Rechtskraft behördlicher Entscheidungen (bzw der Privatautonomie) für die Rechtsordnung Rechnung tragen. Diese Bedeutung ist in Verfahren nach dem KunstrückgabeG keinesfalls geringer zu bewerten, als in Verfahren nach dem EntschädigungsfondsG.

8. Was konkret unter dem unbestimmten Gesetzesbegriff der „extremen Ungerechtigkeit“ zu verstehen sei, wurde in der Literatur bereits mehrfach erörtert[21]. Vorgeschlagen wird, in einem Missverhältnis zwischen tatsächlich rückgestelltem Vermögenswert und dem nach der Rechtslage Zustehenden ein Indiz zu sehen, das in Verbindung mit einer Grundrechtswidrigkeit oder einem Verstoß gegen den ordre public der seinerzeitigen Entscheidung eine derartige extreme Ungerechtigkeit bewirken könne. Die Schiedsinstanz nach dem EntschädigungsfondsG sieht eine extreme Ungerechtigkeit insbesondere dann als gegeben an, „wenn eine frühere Entscheidung eines österreichischen Gerichtes oder einer österreichischen Verwaltungsbehörde auf einer Entscheidungsfindung beruht, die darauf hindeutet, dass gesetzliche Entscheidungsgrundlagen objektiv unvertretbar zu Lasten des Geschädigten angewendet worden sind und der Geschädigte dadurch im Ergebnis hinsichtlich seiner Rückstellungs- oder Entschädigungsansprüche grob benachteiligt

---

[20] Schiedsinstanz Entscheidung vom 18.4.2006, Nr. 142/2006, Rz 96; dies folge eindeutig aus der Verwendung des Perfekts durch den Gesetzgeber

[21] siehe dazu inbesondere *Azizi/Gößler*, Extreme Ungerechtigkeit und bewegliches System, JBl 2006, 415 mit einer zusammenfassenden Übersicht über die Literatur

worden ist“[22]. Übereinstimmend wird festgehalten, dass „das Vorliegen einer extremen Ungerechtigkeit jedenfalls im Einzelfall und nicht anhand der allgemeinen Gesetzeslage und Rechtsprechung zu messen ist“[23].

9.1. Es ist somit zu untersuchen, ob dem Erkenntnis der Rückstellungsoberkommission vom 16.6.1953 eine extreme Ungerechtigkeit im Sinne der vorstehenden Definition vorgeworfen werden kann.

9.2. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der in den vorgelegten Gutachten mehrfach erhobene Vorwurf, der unrichtigen Beweiswürdigung durch die Rückstellungsoberkommission[24] keine extreme Ungerechtigkeit in diesem Sinne darstellen kann. Wie bereits dargestellt, lassen die Aussagen der im Rückstellungsverfahren vernommenen Zeugen Feststellungen in jeder Richtung zu. Abgesehen davon, dass diese Beweiswürdigung nunmehr nach mehr als einem halben Jahrhundert nicht wiederholt werden kann, ist der Vorgang der freien richterlichen Überzeugsbildung geschützt, nur ein willkürliches Ausserachtlassen von Ergebnissen des Beweisverfahrens könnte beanstandet werden. Für ein solches willkürliches, von sachfremden Erwägungen geleitetes Ausserachtlassen finden sich aber keine Anhaltspunkte, vielmehr ist die Rückstellungsoberkommission aus von ihr auch dargelegten Gründen bei einander widersprechenden Zeugenaussagen den in eine Richtung weisenden Aussagen gefolgt. Wie auch die Schiedsinstanz wiederholt festhalten hat, müssten gesetzliche Entscheidungsgrundlagen objektiv unvertretbar zu Lasten des Geschädigten angewendet worden sein.

9.3. Dieser Vorwurf kann dem Erkenntnis der Rückstellungsoberkommission vom 16.6.1953 aber tatsächlich hinsichtlich der Ausführungen zum sogenannten „Befreiungstatbestand“ des § 2 Abs 1 des 3. RückstellungsG, also zur Frage ob der Verkauf auch unabhängig von der Machtergreifung des Nationalsozialismus erfolgt wäre, gemacht werden. Diese Ausführungen stehen in offenem Widerspruch zur damals ständigen Rechtsprechung in Rückstellungssachen in diesem Punkt.

---

[22] Schiedsinstanz Entscheidung vom 15.11.2005, Nr. 28/2005; vom 15.11.2005, Nr. 25/2005; vom 3.5.2004, Nr.4/2004; vom 22.10.2003, Nr. 3/2003. Mit Ausnahme der erstangeführten betreffen diese Entscheidungen zwar allesamt früher abgeschlossene Vergleiche, die Definition umfasst aber auch behördliche Entscheidungen.

[23] Schiedsinstanz Entscheidung vom 22.10.2003, Nr. 3/2003

[24] vgl z.B. Gutachten *Meissel*, der eine „für die Antragstellerin höchst ungünstige. Ungewöhnlich emotional gefärbte Beweiswürdigung“ voriwirft (Seite 39)

Diese Rechtsprechung forderte den Beweis und nicht bloß die Bescheinigung oder Glaubhaftmachung[25], dass die Vermögensübertragung zu den gleichen oder noch ungünstigeren Bedingungen für den Eigentümer auf jeden Fall stattgefunden hätte[26]. Bei Berufen auf die wirtschaftliche Notwendigkeit des Verkaufes war der Nachweis einer nicht durch die Machtergreifung des Nationalsozialismus bedingten und so ungünstigen Wirtschaftslage des Verkäufers gefordert, derzufolge eine Vermeidung seines finanziellen Zusammenbruches als völlig aussichtslos erklärt werden musste[27]. Generell wurde judiziert, dass bei Zugehörigkeit des Verkäufers zu dem politischer Verfolgung unterworfenen Personenkreis Vermögensentziehung auch dann anzunehmen ist, wenn bewiesen würde, dass der Eigentümer den Verkauf freiwillig abgeschlossen hat[28], und dass der Befreiungstatbestand nur in den seltensten Fällen begründet sei[29]. Alle diese Judikate, die hier nur beispielshaft angeführt werden, sind bereits vor dem hier gegenständlichen Erkenntnis der Rückstellungsoberkommission Wien vom 16.6.1953 ergangen.

9.4. Wie das Verfahren – auch unter Zugrundelegung der Feststellungen der Rückstellungsoberkommission – ergeben hatte, waren Verkaufsgespräche zwischen Carl Moll, wie die Rückstellungsoberkommission festgestellt hat, als Vertreter von Alma Mahler-Werfel, und dem Direktor der Galerie erst wenige Tage vor der Emigration in Gang gekommen, ein bereits gefasster Verkaufsentschluss ist aus der Korrespondenz nicht ableitbar. Die von der Rückstellungsoberkommission festgestellten finanziellen Probleme waren offenbar auch nicht so gravierend, wie von der herrschenden Rechtsprechung für den Befreiungsbeweis als erforderlich angesehen. Das Gemälde von Munch war schon deshalb nicht „der einzig realisierbare Wert“, da die Galerie auch andere Gemälde aus dem Eigentum Alma Mahler-Werfels in Verwahrung hatte, im Hinblick darauf, dass das Werk von Munch damals als „entartete Kunst“ galt, war es wohl auch nicht das am besten verwertbare Bild. Zudem hat das Verfahren auch ergeben, dass Alma Mahler-Werfel eine besondere emotionale Bindung zu dem Gemälde von Munch hatte. All diese Umstände hätten durch eine Vernehmung Alma Mahlers aufgeklärt werden können. Diese Parteienvernehmung ist aber aus nicht nachvollziehbaren Gründen unterblieben.

9.5. Insgesamt kann somit davon ausgegangen werden, dass die rechtliche Beurteilung der Rückstellungsoberkommission, der Verkauf des Gemäldes wäre auch ohne die

---

[25] ORK 11.9.1948, Rkv 116/48 in *Heller*/*Rauscher*, Die Rechtsprechung der Rückstellungskommissionen 1949, Nr. 125

[26] ORK 11.9.1948, Rkv 113/48, a.a.O., Nr. 122

[27] ROK Wien 10.9.1948, Rkb 860/48, a.a.O., Nr.229

[28] ORK 25.12.1948, Rkv 206/48, in *Heller*/*Rauscher*, Die Rechtsprechung der Rückstellungskommissionen 1949, Neue Folge, Nr. 296

[29] ROK Wien 10.9.1948, Rkb 860/48, in *Heller*/*Rauscher*, Die Rechtsprechung der Rückstellungskommissionen 1949, Nr.229

Machtergreifung des Nationalsozialismus zustande gekommen, der Befreiungstatbestand des § 2 Abs 1 des 3. RückstellungsG sei gegeben, in auffallendem Widerspruch zur Auslegung dieser Gesetzesbestimmung durch die herrschende Rechtsprechung in Rückstellungssachen stand. Eine Begründung für diese Nichtanwendung der herrschenden Rechtsprechung oder auch nur eine Auseinandersetzung mit ihr ist dem Erkenntnis nicht zu entnehmen. Damit kann aber der Rückstellungsoberkommission in diesem ausschlaggebenden Punkt ihrer Entscheidungsfindung eine unbegründete Ungleichbehandlung der Antragstellerin im Verhältnis zu anderen Rückstellungswerbern vorgeworfen werden, die die Antragstellerin im Ergebnis grob benachteiligt hat. Dies kann im Sinne der Entscheidungspraxis der Schiedsinstanz nach dem EntschädigungsfondsG als extreme Ungerechtigkeit qualifiziert werden.

10. Der Beirat hält allerdings nochmals ausdrücklich fest, dass es erst die durch das EntschädigungsfondsG gegebene Ermächtigung, in besonders begründeten Ausnahmsfällen Naturalrestitutionen ungeachtet der entgegen stehenden Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen vorzunehmen, ermöglicht, im vorliegenden Fall nunmehr eine Empfehlung zur Rückgabe des Gemäldes von Munch an die Rechtsnachfolger nach Alma Mahler-Werfel auszusprechen.

Wien, 8. November 2006

Vorsitzende: Sektionschefin Dr. Brigitte BÖCK

Mitglieder:

Vizepräsident Dr. Manfred KREMSER, Finanzprokuratur:

Ministerialrat Dr. Peter PARENZAN, Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit:

Univ.-Prof. Dr. Artur ROSENAUER, Universität Wien:

Mag. Christoph HATSCHEK, Heeresgeschichtliches Museum:

Generalanwalt Dr. Peter ZETTER, Bundesministerium für Justiz:

Univ.-Prof. Dr. Ernst BRUCKMÜLLER, Universität Wien: