

Der Beirat gemäß § 3 des Bundesgesetzes vom 4. 12. 1998, BGBl. I 181, hat in seiner Sitzung vom 30. Oktober 2002 einstimmig folgenden

## BESCHLUSS

gefasst:

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

Max Slevogt            "Conrad Ansorge am Klavier", 1912  
60,5 x 81 cm,  
Inv.Nr. 3794

an die Erben nach Leo und Elise Smoschewer auszufolgen.

### B e g r ü n d u n g :

Sachlicher Gegenstand dieses Berichtes ist ein Kunstgegenstand, der aus der Sammlung der Ehegatten Leo und Elise Smoschewer ins Eigentum des Bundes gelangt ist. Dieser Kunstgegenstand ist in dem angeschlossenen, von der Kommission für Provenienzforschung erstellten Dossier mit der Bezeichnung "ehem. Sammlung Leo Smoschewer, Breslau" angeführt. Der Beirat geht von der Richtigkeit und Vollständigkeit dieses Dossiers aus.

Der Fabrikant Leo Smoschewer besaß in Breslau eine wertvolle Kunstsammlung, die auch das Gemälde "Conrad Ansorge am Klavier" von Max Slevogt enthielt. Er starb bereits im Jahre 1938 in Breslau. Nach dem Tod seiner Witwe und "alleinigen Vorerbin" am 5.5.1939 wurde die Kunstsammlung von den nationalsozialistischen Machthabern als "Kunstbesitz aus jüdischen Händen" beschlagnahmt und dem Museum der bildenden Künste in Breslau übergeben. Das gegenständliche Gemälde wurde anschließend an den Händler Dr. Erich Wiese verkauft, der mit der Berliner Galerie Carl Nicolai in Geschäftsverbindung stand. Offensichtlich wurde das Gemälde von Dr. Wiese an die genannte Galerie weiterveräußert. Von der Kunsthandlung Nicolai kaufte der

Direktor der Österreichischen Galerie Dr. Grimschitz am 22.11.1940 im Korrespondenzweg das ihm von der Galerie Nicolai zur Ansicht übersandte Gemälde von Slevogt um 5.000,-- RM.

In der Entscheidung vom 30.10.1948, Rkv 177/48 (ergangen im Verfahren Rkb Wien 840/48) hat der OGH als Oberste Rückstellungskommission ausgesprochen, dass die Worte "während der deutschen Besetzung Österreichs" nicht nur zeitliche, sondern auch örtliche Bedeutung haben. Das 3. Rückstellungsgesetz sei auf ausserhalb des Gebietes der Republik Österreich vollzogene Vermögensentziehungen nicht anwendbar. Diesen Rechtssatz hat der OGH in der Entscheidung vom 15.1.1949, Rkv 6/49 (ergangen im Verfahren Rkb Wien 967/48) wiederholt und bekräftigt ("Die Rückstellungskommission hat nur über Vermögensentziehungen zu entscheiden, die im Inland stattgefunden haben."). Gegenteilige Entscheidungen der Obersten Rückstellungskommission sind nicht auffindbar.

Beide Entscheidungen beziehen sich zwar formell auf die Anwendbarkeit des 3. Rückstellungsgesetzes, doch verbietet sich eine anders lautende Auslegung des § 1 Nichtigkeitsgesetzes BGBl. 1946/106 schon deshalb, weil auch dieses Gesetz die idente Wortgruppe ("während der deutschen Besetzung Österreichs") verwendet. Dazu kommt, dass der OGH in der Entscheidung vom 30.10.1948, Rkv 177/48, ausdrücklich darauf verweist, "dass schon aus dem Nichtigkeitsgesetz, insbesondere aber aus den erläuternden Bemerkungen zu dieser Regierungsvorlage hervorgeht, dass die zu erlassenden Rückstellungsgesetze auf alle im Gebiet der Republik Österreich vollzogenen Vermögensentziehungen anzuwenden" seien. Der OGH tritt dabei einer anders lautenden Gesetzesauslegung durch die Rückstellungsoberkommission (Anwendung der Rückstellungsgesetzgebung auch auf Entziehungshandlungen im Gebiet der Tschechoslowakischen Republik) ausdrücklich entgegen.

Jede andere Auslegung des örtlichen Geltungsbereiches der Nichtigkeitsklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen durch § 1 des Nichtigkeitsgesetzes stünde auch im Widerspruch zu grundsätzlichen Regeln des Völkerrechtes.

Aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nichtigkeitsgesetz, sowie aus § 2 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 1 des in Ausführung des Nichtigkeitsgesetzes ergangenen 3. Rückstellungsgesetzes ergibt sich ferner zweifelsfrei, dass der Gesetzgeber unter "Entziehung" nur den Vermögensübergang vom ursprünglichen Eigentümer auf den Entzieher versteht, nicht aber spätere Rechtsübergänge (vgl.

dazu auch Heller/Rauscher/Baumann, Verwaltergesetz, Rückgabegesetz, Zweites und Drittes Rückstellungsgesetz, 2. Auflage, Manz 1948, 204).

Nach dem – in den Erläuterungen bekräftigten – Wortlaut des 2. Tatbestandes des § 1 Kunstrückgabegesetz ist die Anwendbarkeit des Nichtigkeitsgesetzes BGBl. 1946/106 Tatbestandsvoraussetzung. Nach dem festgestellten Sachverhalt umfasst aber die im Nichtigkeitsgesetz angeordnete Rechtsnachfolge infolge seines örtlichen Anwendungsbereiches nicht die in diesem Fall außerhalb des Gebietes der Republik Österreich erfolgte Entziehungshandlung. Einer ausgedehnten Auslegung des 2. Tatbestandes – etwa in dem Sinne, dass auch eine Nichtigerklärung durch ausländische Gesetzgeber ausreicht, oder dass unter "Entziehungshandlung" auch nachfolgende Rechtsübergänge subsumiert werden könnten – stehen einerseits der ausdrückliche Wortlaut der gesetzlichen Regelung, andererseits die angeführten Judikate und Kommentierungen entgegen.

Lässt sich ein Sachverhalt – wie im vorliegenden Fall – auch mit Hilfe der in § 6 ABGB angeführten Auslegungsmethoden nicht unter einen gesetzlichen Tatbestand subsumieren, so muss dies aber noch nicht bedeuten, dass an diesen Sachverhalt keine Rechtsfolge geknüpft werden soll. Gemäß § 7 ABGB hat dem erfolglosen Auslegungsversuch vielmehr die Prüfung zu folgen, ob nicht eine Gesetzeslücke vorliegt. "Erst wenn feststeht, dass weder eine Norm noch eine Gesetzeslücke vorliegt, darf der Sachverhalt als rechtlich bedeutungslos beiseite gelassen werden" (Koziol, Grundriss des bürgerlichen Rechtes, Band I, 25; vgl. dazu auch Bydlinksi in Rummel, ABGB, Rz 1 ff zu § 7 und Wolff in Klang, Band I, 104 ff). Eine Lücke im Rechtssinn ist dann gegeben, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist und seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht (EvBl. 1990/96, SZ 58/206; SZ 55/51 u.a.). Wird eine Gesetzeslücke festgestellt – und handelt es sich nicht um eine vom Gesetzgeber gewollte Lücke –, so ist diese durch Gesetzesanalogie zu schließen. Dabei wird die für einen bestimmten Einzeltatbestand angeordnete Rechtsfolge auf einen dem Wortlaut nach nicht geregelten Sachverhalt erstreckt, weil nach der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Wertung anzunehmen ist, dass der geregelte und der ungeregelte Fall in den maßgeblichen Voraussetzungen übereinstimmen, wobei die Abweichungen als unerheblich gewertet werden. Analogie ist nur ausgeschlossen, wenn die Nichterstreckung der Rechtsfolge auf den ähnlichen Sachverhalt dem Plan des Gesetzgebers entspricht (Koziol, a.a.O., 27f; Bydlinksi, a.a.O., Rz 3 und 4).

Im vorliegenden Fall kommt die Absicht, die der Gesetzgeber mit dem Kunstrückgabegesetz 1998 verfolgt, in den Erläuterungen (1390 Beil NR XX: GP) explizit zum Ausdruck, nämlich haushaltsrechtliche Grundlagen für die Rückgabe von Kunstgegenständen, "welche im Zuge oder als Folge der NS-Gewaltherrschaft in das Eigentum des Bundes gelangt sind," an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zu schaffen. Entscheidende Tatbestandsmerkmale für die Anwendbarkeit der Z 2 des § 1 sind dabei erkennbar derzeit gegebenes Eigentum des Bundes und eine Entziehungshandlung "im Zuge oder als Folge der NS-Gewaltherrschaft". Die durch die Anführung des Nichtigkeitsgesetzes BGBl. 1946/106 erfolgte örtliche – aber auch zeitliche – Einschränkung des Anwendungsbereiches dieses Tatbestandes hat der Gesetzgeber offensichtlich weder vorhergesehen, noch gewollt. Dies ist schon deshalb anzunehmen, weil sowohl die Regierungen alliierter Länder, als auch ehemals durch das Deutsche Reich besetzte Staaten, wie z.B. – hier von Bedeutung – Polen, dem Nichtigkeitsgesetz vergleichbare Regelungen erlassen haben (vgl. Erl. zum Nichtigkeitsgesetz, 83 Beil NR, V. GP). Die hier festgestellte Entziehung in Polen wurde somit vom zuständigen Gesetzgeber ebenso für nichtig erklärt, wie eine vergleichbare Entziehungshandlung im Gebiet der Republik Österreich. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber – hätte er die Problematik vorhergesehen – bei sonst gleichem Sachverhalt auch eine Entziehung im Ausland einer Entziehung in Österreich gleichgesetzt und dem 2. Tatbestand des § 1 subsumiert hätte. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet die Erstreckung der Rechtsfolgenanordnung des 2. Tatbestandes auf den vorliegenden, vom Wortlaut der Norm nicht unmittelbar umfassten Sachverhalt. Dem Kunstrückgabegesetz kann nicht entnommen werden, dass eine Beschränkung der Anwendbarkeit des Tatbestandes auf Entziehungen im Gebiet der Republik Österreich gewollt war, das *argumentum e contrario*, das zudem im Zweifel nicht Platz greift (Koziol, a.a.O., 28), ist somit hier nicht anzuwenden.

Aus diesen Gründen kann der Beirat die Rückgabe des Gemäldes "Conrad Ansoerge am Klavier" von Max Slevogt an die Erben nach Leo und Elise Smoschewer empfehlen. Dabei ist allerdings ausdrücklich festzuhalten, dass Rechtsgrundlage dieser Empfehlung nicht mehr eine bloße Auslegung des Gesetzestextes ist, sondern die Schließung einer planwidrigen Gesetzeslücke durch Analogie (Rechtsfindung "praeter legem").

Da das Rückgabegesetz lediglich unentgeltliche Übereignungen kennt, wäre von einer Rückforderung des von der Österreichischen Galerie für die Gemälde bezahlten Entgeltes abzusehen. Eine derartige Rückforderung wäre im Übrigen auch nicht im Sinne des Ansehens der staatlichen Verwaltung gelegen.

Wien, 30. Oktober 2002

Vorsitzende: Ministerialrätin Dr. Brigitte BÖCK:

Mitglieder:

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

Vizepräsident Dr. Manfred KREMSER, Finanzprokurator:

HR Direktor Dr. Manfred RAUCHENSTEINER, Heeresgeschichtliches Museum:

Generalanwalt Dr. Peter ZETTER, Bundesministerium für Justiz:

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

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