

Rechtsgutachten

zur Frage, ob die Republik Österreich in der Zeit zwischen 1923 und 1948 einen Anspruch auf die Klimt-Bilder „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“, „Apfelbaum I“, „Buchenwald (Birkenwald)“ und „Häuser in Unterach am Attersee“ oder das Eigentum daran erworben hat und ob eine Ermächtigung zur unentgeltlichen Rückgabe der Bilder an die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer gemäß § 1 des Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 4. 12. 1998 besteht

erstattet

von

o. Univ.-Prof. Dr. Rudolf Welser,
Ordinarius für bürgerliches Recht und
Vorstand des Instituts für Zivilrecht der Universität Wien

und

Ass.-Prof. Dr. Christian Rabl,
Universitätsassistent
am Institut für Zivilrecht der Universität Wien

Inhaltsverzeichnis

Kurzfassung der wesentlichen Ergebnisse	5
Sachverhalt und Fragestellung	9
A. Sachverhalt	9
B. Fragestellung	36
Rechtliche Beurteilung.....	38
A. Rechtsnatur der „Bitte“ Adele Bloch-Bauers (unverbindlicher Wunsch oder verpflichtende Verfügung).....	38
I. Klärung durch Auslegung des Testaments	38
II. Grundsätze für die Auslegung von Testamenten.....	38
III. Anwendung auf den Sachverhalt	40
1. Allgemeiner Sprachgebrauch und juristische Fachsprache.....	40
2. Die Bedeutung des „Legats“ an die Wiener Volks- und Arbeiter-Bibliothek.....	43
3. Weitere Indizien für die Unverbindlichkeit der Bitte	45
4. Entsprechende Heranziehung der Auslegungsregel des § 614 ABGB	46
IV. Zusammenfassung	47
B. Die „Bitte“ Adele Bloch-Bauers als verpflichtende Anordnung.....	49
I. Legat der Erblasserin oder Testiergebot an den Erben.....	49
II. Eigentum Adele Bloch-Bauers	52
III. Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers	53

1. Argumentation der Finanzprokurator.....	53
2. Stellungnahme.....	54
a) Das Vermächtnis der fremden Sache nach § 662 ABGB	54
b) Vermächtnis einer Sache des Erben mit Fälligkeit bei dessen Tod	56
IV. Anhaltspunkte im Testament Adele Bloch-Bauers für die Eigentumslage und gesetzliche Vermutung zugunsten der Eigentümerschaft Ferdinand Bloch-Bauers	64
1. Anhaltspunkte im Testament Adele Bloch-Bauers für die Eigentumslage.....	64
2. Gesetzliche Vermutung zugunsten der Eigentümerschaft Ferdinand Bloch-Bauers.....	66
a) §§ 1237 Satz 2 alte Fassung und 1247 ABGB.....	66
b) Anwendung auf den Sachverhalt	70
V. Zusammenfassung.....	72
C. Die Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht.....	75
I. Fragestellung.....	75
II. Auslegung.....	76
1. Argumentation der Finanzprokurator.....	76
2. Stellungnahme.....	77
a) Anerkenntnis	77
b) Schenkungsversprechen.....	84
III. Schenkung unter Lebenden, Besitzkonstitut als wirkliche Übergabe im Sinne des § 943 ABGB.....	86

1. Argumentation der Finanzprokuratur.....	86
2. Stellungnahme.....	87
IV. Zusammenfassung	94
D. Die Transaktionen Dr. Führers in den Jahren 1938 bis 1945.....	99
I. Das Vorgehen Dr. Führers.....	99
II. Argumentation der Finanzprokuratur.....	100
III. Stellungnahme.....	100
IV. Zusammenfassung	102
E. Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 4. 12. 1998, BGBl I 1998/181.....	104
I. Das Bundesgesetz vom 4. 12. 1998, BGBl I 1998/181	104
1. Grundzüge.....	104
2. Die Absicht des Gesetzgebers.....	105
II. Anwendbarkeit des § 1 Z 3 RestitutionsG 1998.....	108
III. Anwendbarkeit des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998	108
1. Analyse des Tatbestandes	108
2. Anwendung auf den Sachverhalt	109
IV. Anwendbarkeit des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998.....	113
1. Tatbestandsmerkmale.....	113
2. Argumentation der Finanzprokuratur.....	114
3. Anwendung des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 auf den Sachverhalt... 116	
a) Gegenstand einer Rückstellung.....	116

b) Unentgeltliche Übereignung an den Bund nach dem 8. Mai 1945 im Zuge eines aus der Rückstellung folgenden Ausfuhrverbotsverfahrens.....	122
c) Eigentum der Republik	129
d) Ergebnis	130
V. Zusammenfassung.....	130
F. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	135
I. Anordnung Adele Bloch-Bauers.....	135
II. Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht..	138
III. Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 4. 12. 1998, BGBl I 1998/181	143

Kurzfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Die Republik Österreich hat in der Zeit zwischen 1923 und 1948 weder einen Anspruch auf die Klimt-Bilder noch das Eigentum daran erworben.

1. Adele Bloch-Bauers testamentarische Bitte an ihren Gatten Ferdinand Bloch-Bauer, die Bilder nach seinem Tod der Österreichischen Galerie zu hinterlassen, stellt einen unverbindlichen Wunsch dar und begründet keine erbrechtlichen Ansprüche. Selbst wenn man einen Verpflichtungswillen unterstellt, wäre dieses Testiergebot als Eingriff in die Testierfreiheit Ferdinand Bloch-Bauers unwirksam. Nur wenn die Bilder im Eigentum Adele Bloch-Bauers standen, könnte das unwirksame Testiergebot in ein fideikommissarisches Nachlegat umgedeutet werden. Eine solche Umdeutung ist wegen Eingriffs in die Testierfreiheit unzulässig, wenn die Bilder im Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers standen. Für die Eigentümerschaft Ferdinand Bloch-Bauers spricht nicht nur seine Erklärung vor dem Verlassenschaftsgericht, sondern auch die gesetzliche Vermutung des § 1237 alte Fassung ABGB. Eine gegenteilige Vorstellung Adele Bloch-Bauers ist aus ihrem Testament nicht abzuleiten.

2. Mit seiner Erklärung gegenüber dem Verlassenschaftsgericht, die Bitte seiner Frau getreulich erfüllen zu wollen, hat Ferdinand Bloch-Bauer deren Erfüllung nur unverbindlich in Aussicht gestellt. Dadurch hat er gegenüber der Österreichischen Galerie keine verbindliche Rechtspflicht, die Bilder letztwillig zu vermachen, übernommen. Eine solche Bindung wäre rechtlich unmöglich, für eine Schenkung auf den Todesfall fehlt nicht nur der Verpflichtungswille, sondern auch die notwendige Form. Noch weniger kann in der Erklärung der Wille Ferdinand Bloch-Bauers erkannt werden,

die Bilder der Österreichischen Galerie bereits zu Lebzeiten zu schenken. Selbst wenn man einen derartigen Bindungswillen unterstellte, fehlte noch immer die notwendige Form des Notariatsaktes oder die Vornahme einer wirklichen Übergabe der Bilder durch Ferdinand Bloch-Bauer.

3. Die Veräußerung der Bilder „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“ und „Apfelbaum“ an die Österreichische Galerie und „Buchenwald (Birkenwald)“ an die Städtische Sammlung Wien durch den staatlich zur Vermögensliquidation Ferdinand Bloch-Bauers eingesetzten RA Dr. Führer in den Jahren 1938 bis 1945 kann dem geflüchteten Ferdinand Bloch-Bauer rechtsgeschäftlich nicht zugerechnet werden. Dadurch wurde weder eine Verpflichtung Ferdinand Bloch-Bauers begründet noch erfüllt.

II. Die Voraussetzungen für eine Ermächtigung zur unentgeltlichen Rückgabe der Bilder an die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer gemäß § 1 des Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 4. 12. 1998 bestehen.

1. Der Tatbestand des § 1 Z 3 des RestitutionsG 1998 ist nicht verwirklicht. Demgegenüber erfüllen die Bilder den Wortlaut des Rückgabetatbestandes der Z 2. Durch die Transaktionen Dr. Führers waren sie alle Gegenstand von Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen im Sinne des § 1 NichtigkeitsG 1946 und sind nach 1945 durch die Einigung zwischen RA Dr. Rinesch als Vertreter der Erben Ferdinand Bloch-Bauers und der Österreichischen Galerie rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen. Allerdings ist die Z 2 nach dem gesetzgeberischen Zweck auf den rechtmäßigen Erwerb von Dritten (insbesondere im Rahmen von Versteigerungen oder von befugten Gewerbsmännern) zu beschränken. Der Erwerb vom wirklich Berechtigten ist nicht erfaßt, weil ansonsten die

wirklich Berechtigten ist nicht erfaßt, weil ansonsten die Ermächtigung des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 jeden Anwendungsbereich verlöre.

2. Die Ermächtigung nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 setzt voraus, daß die Kunstgegenstände Gegenstand von Rückstellungen an den ursprünglichen Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger von Todes wegen waren und nach dem 8. Mai 1945 im Zuge eines daraus folgenden Verfahrens nach den Bestimmungen des Ausfuhrverbotsgesetzes unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen sind.

Im vorliegenden Fall wurden die Bilder „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“, „Apfelbaum I“ nicht zurückgestellt, sondern es einigten sich die Erben Ferdinand Bloch-Bauers mit der Österreichischen Galerie darauf, daß die Bilder endgültig bei der Galerie verbleiben, also nicht zurückgefordert werden. An einer solchen Abwicklung im kurzem Weg darf die Anwendbarkeit der Z 1 nach dem gesetzgeberischen Zweck nicht scheitern. Ob auch die Bilder „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“ das Tatbestandsmerkmal „Gegenstand von Rückstellungen“ erfüllen, hängt davon ab, ob es nach § 1 Z 1 darauf ankommt, daß die Kunstgegenstände zunächst durch die Republik zurückgestellt wurden. Verneint man dies, würden sie das Tatbestandsmerkmal erfüllen.

Alle Bilder wurden der Republik unentgeltlich im Sinne des § 1 Z 1 übereignet, weil keine materielle Gegenleistung erbracht wurde und eine rechtliche Verpflichtung der Erben Ferdinand Bloch-Bauers nicht bestand. Die Übereignung erfolgte in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der in Aussicht gestellten Erleichterung der Ausfuhrgenehmigung für die restlichen Kunstwerke. Einen evidenten Zusammenhang zwischen der Überlassung der Bilder und der Genehmigung der Ausfuhr erkannte im konkreten Fall auch die Bundesministerin für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten in einer schriftlichen parlamentarischen Anfragenbeantwortung.

3. Im Ergebnis ist somit eine Anwendung des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 zumindest auf die Bilder „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“ und „Apfelbaum I“ zu bejahen. Ob dasselbe für „Häuser in Unterach“ und „Buchenwald/Birkenwald“ gilt, hängt davon ab, ob es für die Anwendbarkeit des § 1 Z 1 irrelevant ist, daß sich die Bilder nach 1945 nicht bei der Republik, sondern bei Dr. Führer bzw der Gemeinde Wien befunden haben. Nach der Praxis des nach § 3 RestitutionsG 1998 eingerichteten beratenden Beirats wäre die Anwendbarkeit eher zu bejahen.

Sachverhalt und Fragestellung

A. Sachverhalt

Im Auftrag von Maria Altmann sollen die Gutachter zu folgendem Sachverhalt Stellung nehmen:

Adele Bloch-Bauer starb im Jahre 1925. Sie hinterließ ihren Ehegatten Ferdinand Bloch-Bauer, den sie mit Testament vom 19. Jänner 1923 zum Alleinerben eingesetzt hatte (Hervorhebungen im Original):

„Mein letzter Wille.

Bei klarem Bewußtsein und unbeeinflußt verfüge ich für den Fall meines Todes wie folgt:

I

Zum Universalerben meines gesamten Vermögens setze ich meinen Ehegatten, Ferdinand Bloch Bauer ein.

II

Für den Fall daß mein Ehegatte vor mir sterben sollte, bestimme ich zu meinen Universalerben meinen Schwager Dr. Gustav Bloch Bauer bezw. falls dieser vor mir sterben sollte, dessen Descendenz.

III

Ich hinterlasse je fünfzigtausend (50.000) Kc (tsch. Kr.)

1.) dem Wiener Arbeiterverein „Kinderfreunde“

2.) dem Wiener Verein „Die Bereitschaft“

Die Gebühren dieser Anfälle hat mein Ehegatte als mein Universalerbe zu tragen.

Da ich überzeugt bin daß mein Ehegatte diese seine Verpflichtung voll erfüllen wird, hat jede Sicherstellung der Ansprüche dieser Zwei Vereine zu entfallen. Sollte in der Zeit bis zum Anfall obiger Zuwendungen einer der genannten 2 Vereine zur Auflösung gelangen, fällt der frei werdende Teil der Wiener Rettungs-Gesellschaft zu.

Meine 2 Porträts und die 4 Landschaften von Gustav Klimt, bitte ich meinen Ehegatten nach seinem Tode der österr. Staats-Galerie in Wien, die mir gehörende Wiener und Jungf. Brezner Bibliothek, der Wiener Volks u. Arbeiter Bibliothek zu hinterlassen. Ich stelle es der Wiener Volks u. Arbeiter Bibliothek anheim die Bücher zu behalten oder sie zu verkaufen und den Erlös als Legat anzunehmen. Auch für dieses Legat hat jegliche Sicherstellung zu entfallen.

Meinen Schmuck bitte ich meinen Ehegatten nach seinem Ableben, unseren Neffen Karl, Robert u. Leopold Bloch Bauer und unseren Nichten Luise und Bettina Bauer (Anm: die Kopie des Originals und die kundgemachte Abschrift weichen hier voneinander ab. In der Abschrift werden als Nichten Luise und Maria-Viktoria sowie Mira und Bettina als Nichten genannt), möglichst zu gleichen Teilen, aufteilen zu wollen.

IV

Für den Fall daß mein Schwager Dr. Gustav Bloch Bauer, bzw. Seine Deszendenz meine Erben werden, verpflichte ich ihn bzw. seine Deszendenz, je 50.000 Kc den 2 Vereinen „Wr. Arbeiterverein Kinderfreunde“ und dem Wr. Verein „Die Bereitschaft“, die 2 Porträts und 4 Landschaften von Gustav Klimt an die österr. Staatsgalerie in Wien, meine Wiener u.

Jungfer. Brezaner Bibliothek der Wiener Volks und Arbeiter Bibliothek als Legat, gleich nach meinem Tode zu übergeben.

Dieses Testament habe ich eigenhändig geschrieben und unterschrieben.

Adele Bloch Bauer

Wien, 19. Jänner 1923

Zu meinen Testamentsvollstrecker ernenne ich meinen Schwager Dr. Gustav Bloch Bauer.“

Im Verlassenschaftsverfahren nach Adele Bloch-Bauer gab Gustav Bloch-Bauer „als Erbenmachthaber (und damit als Vertreter von Ferdinand Bloch-Bauer) und Abhandlungspfleger“ in einer Erklärung das eidesstättige Vermögensbekenntnis, die Nachlaßausweisung und den Testamentserfüllungsausweis ab:

„Den Testamentserfüllungsausweis erstatte ich wie folgt:

Im ersten Punkte ihres Testaments vom 19. Jänner 1923 beruft die Erblasserin ihren Gatten Herrn Ferdinand Bloch-Bauer zum Universalerben.

Zum Nachweise der Erfüllung verweise ich auf die namens und für ihn zum gesamten Nachlasse unbedingt abgegebene und hg. angenommene Erbserklärung.

Der II. Punkt ist gegenstandslos, da Herr Ferdinand Bloch-Bauer seine Gattin überlebt hat.

Im III. Punkt, 1. Absatz ordnet die Erblasserin Legate an zugunsten

1.) des Wiener Arbeitervereines Kinderfreunde

2.) Des Vereines „Bereitschaft“

Diese Vereine wurden von dem Legatsanfall gerichtlich verständigt.

Im 2. und 3. Absatz des III. Punktes stellt die Erblasserin an ihren Gatten verschiedene Bitten, die dieser getreul. zu erfüllen verspricht, wenn sie auch nicht den zwingenden Charakter einer testamentarischen Verfügung besitzen.

Bemerkt sei, daß die erwähnten Klimtbilder nicht Eigentum der Erblasserin, sondern des erblasserischen Witwers sind.

Die Neffen und Nichten der Erblasserin die im 3. Absatz des Punktes III aufgezählt sind, haben von dem Inhalte des Testamentes Kenntnis genommen.

Ihre Erklärung wird in ./5 angeschlossen.

Die Bestimmungen des Punktes IV sind gegenstandslos, ebenso wie Punkt II.

Die letzte Verfügung d. i. meine Ernennung zum Testamentsvollstrecker wird durch den Hinweis darauf ausgewiesen, daß ich dieses Amt angenommen habe.

.....“

Ursprünglich dürfte das Bild „Adele Bloch-Bauer I“ als Geschenk für die Eltern der Porträtierten gedacht gewesen sein (so jedenfalls Adele Bloch-Bauer selbst in einem Brief an Julius Bauer vom 15. 10. 1903, Österreichische Nationalbibliothek, Handschriftensammlung, Sign. 577/52-1, zitiert nach *Natter/Frodl*, *Klimt und die Frauen* 115). Die Initiative zum Engagement Klimts dürfte nach den Ausführungen Adele Bloch-Bauers in diesem Brief von Ferdinand Bloch-Bauer ausgegangen sein („Mein Mann hat sich dann entschlossen, mich von Klimt porträtieren zu lassen, ...“).

Im Jahre 1936 übergab Ferdinand Bloch-Bauer der Österreichischen Galerie eines der Klimt-Bilder, „Schloß Kammer am Attersee III“. Die Galerie antwortete mit Schreiben vom 25. November 1936:

„Sehr geehrter Herr Präsident!

Für die gütige Ueberlassung des Oelgemäldes von Gustav Klimt „Schloß Kammer am Attersee“ als Widmung von Adele und Ferdinand Bloch-Bauer“ bitte ich namens der Oesterreichischen Galerie meinen verbindlichsten und ergebensten Dank entgegennehmen zu wollen. Da ein Oelgemälde von Gustav Klimt mit einer Landschaftsdarstellung, das der Galerie aus Privatbesitz als Leihgabe zur Verfügung gestellt worden war, vor mehreren Monaten wieder dem Besitzer zurückgestellt werden mußte und da aus den eigenen Beständen der Galerie kein Ersatz für die Aufstellung beigebracht werden konnte, ist die Widmung zur Vervollkommnung der Aufstellung des Klimt-Saales im gegenwärtigen Zeitpunkt ganz besonders willkommen.“

Die restlichen Bilder blieben bis 1938 im Besitz Ferdinand Bloch-Bauers. Für diesen Zeitraum, also zwischen 1925 und 1938, gibt es, von dem zuletzt erwähnten Bild abgesehen, keine sicheren Fakten über Vereinbarungen zwischen Ferdinand Bloch-Bauer und der österreichischen Galerie.

Im Jahre 1938 floh Ferdinand Bloch-Bauer in das Ausland, seine Kunstsammlung mußte er in seiner Wohnung in der Elisabethstraße in Wien zurücklassen.

Ferdinand Bloch-Bauer wurde in Abwesenheit eine hohe Steuerstrafe vorgeschrieben, zu deren Entrichtung die Kunstsammlung liquidiert werden sollte. Hiemit wurde der als Vermögensverwalter eingesetzte RA Dr. Führer beauftragt, der als Vertreter Ferdinand Bloch-Bauers tätig wurde.

Im Jahre 1941 übergab Dr. Führer die Bilder „Adele Bloch-Bauer I“ und „Apfelbaum I“ der Österreichischen Galerie unter Berufung auf die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers. Die Galerie händigte im Gegenzug Dr. Führer das Bild „Schloß Kammer am Attersee III“ aus. Die darüber geführte Korrespondenz zwischen Dr. Führer und Dr. Grimschitz ist vorhanden (Schreiben von Dr. Führer an Dr. Grimschitz vom 3. Oktober 1941; Antwort von Dr. Grimschitz an Dr. Führer vom 8. Oktober 1941):

Dr. Führer an Dr. Grimschitz (Schreiben vom 3. 10. 1941):

„Hochverehrter Herr Professor!

Bezugnehmend auf unsere mündliche Unterredung vom vergangenen Dienstag den 30. September l. J. beehre ich mich mitzuteilen, daß ich in Vollzug der zt. letztwilligen Verfügung der Frau Adele Bloch-Bauer die bisher in der Wohnung des Herrn Ferdinand Bloch-Bauer aufbewahrten Bilder und zwar

Klimt, Damenbildnis und

Klimt, Obstgarten

den testamentarischen Bestimmungen zufolge der Modernen Galerie zur Verfügung stelle.

Dem gegenüber haben Sie sich bereiterklärt, das bei Ihnen befindliche Bild von Klimt, Sommerlandschaft darstellend, mir ausfolgen zu lassen.“

Dr. Grimschitz an Dr. Führer (Schreiben vom 8. Oktober 1941):

„Sehr geehrter Herr Doktor!

Ihr Schreiben vom 3. Oktober 1941 habe ich mit dem verbindlichsten Dank erhalten. Ich werde Ihnen das von Herrn Bloch-Bauer seinerzeit der Modernen Galerie übergebene Ölbild von Gustav Klimt „Kammer am At-

tersee“ zurückstellen und von Ihnen dagegen die beiden Ölgemälde von Klimt „Damenbildnis vor Goldgrund“ und „Apfelbaum“ übernehmen. Den Zeitpunkt der Übernahme werde ich telephonisch mit Ihnen vereinbaren. Ich danke Ihnen sehr für Ihre Bemühung“

Dr. Führer verkaufte daraufhin das Bild „Schloß Kammer am Attersee III“ an Gustav Ucicky. Das Bild „Buchenwald (Birkenwald)“ verkaufte er 1942 an die Städtische Sammlung in Wien, das Bild „Adele Bloch-Bauer II“ verkaufte er 1943 an die Österreichische Galerie.

Das Schicksal des Bildes „Häuser in Unterach am Attersee“ ist nicht ganz klar. Dr. Führer dürfte es behalten haben. Wahrscheinlich wurde es ihm von den Behörden als „Belohnung“ für die „Verwertung“ der Kunstsammlung Ferdinand Bloch-Bauers zugesprochen. Die Gutachter haben davon auszugehen, daß sich der Besitz Dr. Führers auf eine derartige Rechtshandlung stützte. Nach seiner Verhaftung im Jahre 1945 gelangte „Häuser in Unterach am Attersee“ jedenfalls in den Besitz Karl Bloch-Bauers. Dieser verwahrte es zunächst für die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer auf, bis es später der Österreichischen Galerie übergeben wurde (dazu unten).

Ferdinand Bloch-Bauer starb Ende 1945. In seinem Testament vom 22. 10. 1945 findet sich weder ein Hinweis auf die Bilder noch auf die Verfügung Adele Bloch-Bauers. Zu seinen Erben setzte er Louise Baronin Gutmann (zur Hälfte), Maria Altmann und Robert Bentley (jeweils zu einem Viertel) ein.

Kurz vor seinem Tod beauftragte Ferdinand Bloch-Bauer den Wiener Rechtsanwalt Dr. Rinesch damit, die Rückstellung seiner Kunstsammlung zu betreiben. In einem Schreiben vom 28. 9. 1945 wendete sich RA Dr. Rinesch an den Direktor der Österreichischen Galerie, Prof. Grimschitz, in

welchem er seine Stellung als Vertreter Ferdinand Bloch-Bauers und seinen Auftrag mitteilt:

„Ohne den Absichten meines Mandanten im einzelnen vorgreifen zu wollen, bin ich beauftragt, zunächst Nachforschungen über den Verbleib der einzelnen Stücke der Sammlung anzustellen, um diese nach Möglichkeit sicherzustellen.

Ich wäre ihnen daher dankbar, wenn Sie mir zunächst mitteilen könnten, welche Objekte sich in den Wiener staatlichen oder städtischen Galerien befinden und welche vermutlich nach Deutschland ausgeführt worden sind. Es wird vor allem meine Aufgabe sein, die letztgenannten Bilder mit Hilfe der Alliierten Militärbehörden dem österreichischen Kunstbestand zu erhalten.“

Nach dem Tod Ferdinand Bloch-Bauers trat Dr. Rinesch als Vertreter der Erben auf, wobei unklar ist, ob er tatsächlich von allen oder nur von Robert Bentley bevollmächtigt war.

Im November 1947 beehrte Dr. Rinesch von der Städtische Sammlungen die Rückstellung von „Buchenwald/Birkenwald“ und der Porzellansammlung Ferdinand Bloch-Bauers. Dieses Schreiben ist nicht vorhanden, doch kann sein Begehren aus der Antwort des Direktors der Städtischen Sammlungen, Dr. Wagner, vom 3. Dezember 1947 rekonstruiert werden:

„Dass wir auf Ihr Schreiben vom 18.11.47, A/W betreffend Porzellansammlung Ferdinand Bloch-Bauer, erst heute antworten, hat seinen Grund in einer Rückfrage, die wir unserer Rechstabteilung stellen mussten. Nach Einlangen der Antwort sind wir nunmehr in der Lage Ihnen mitzuteilen, dass wir bereit sind, sowohl das Klimtbild "Birkenwald", als auch das Wiener klassizistische Porzellan soweit es noch vorhanden ist, gegen Rückersatz des Verkaufspreises zurückzustellen.“

Spätestens im Dezember 1947 war RA Dr. Rinesch bekannt, daß sich drei der Klimt-Bilder im Besitz der Österreichischen Galerie befanden und eines an Gustav Ucicky verkauft worden war. In einem Schreiben vom 6. 12. 1947 an Robert Bentley (es liegt eine Abschrift eines Teils des Briefes vor) setzt Dr. Rinesch seinen Mandanten über den Verbleib der Bilder in Kenntnis und weist auch auf das Testament Adele Bloch-Bauers hin.

„Den an Ucicky verkauften Klimt habe ich bereits zurückgefordert.

Die Österreichische Galerie besitzt 3 Klimt Bilder und zwar 2 Porträts Adele B. B. und ein Bild „Apfelbaum“.

2 davon hat sie geschenkt bekommen; eines (das stehende Porträt) gekauft. Bekanntlich hat Adele B. B. ihre Klimts testamentarisch dem Museum legiert, der Präsident hatte aber, solange er lebte, das Recht die Bilder noch bei sich zu behalten. Obwohl das Museum also schon früher in den Besitz der Bilder gelangt ist, wäre der Erbfall jetzt eingetreten. Dem Museum ist der Inhalt dieses Testaments bekannt, wurde ihm durch Dr. Führer bekannt gegeben, darüber existiert ein Briefwechsel. Ich glaube, daß das Museum seinen Anspruch durchsetzen mußte. Wie soll ich mich verhalten? Soll ich das Testament Adele B. B. hinausschicken?“

Der letzte Satz des Schreibens könnte darauf hindeuten, daß das Testament (eine Kopie) Dr. Rinesch zu diesem Zeitpunkt vorgelegen ist. Tatsächlich kannte Dr. Rinesch den Wortlaut noch nicht. Aus einem Schreiben an Robert Bentley vom 26. 2. 1948 kommt eindeutig hervor, daß ihm das Testament auch zu diesem späteren Zeitpunkt noch nicht vorlag:

„Die Österr. Galerie schreibt mir hierüber laut Anlage IV). Ich habe mit Grimschitz auch darüber gesprochen. [...] Der Wortlaut des Testaments ist mir leider nicht bekannt, ich hoffe es jedoch noch in den Akten Dr. Führer's zu finden. Wer hat eigentlich die Verlassenschaft damals abgehandelt?

Es ist natürlich nicht meine Sache, die Erfüllung des Testaments zu veranlassen, soweit mir diese Bilder gar nicht mehr zur Verfügung stehen. Ein Bild befindet sich im Privatbesitz Uccicky's. Sollte das Testament Rechtsgültigkeit haben, werde ich mich mit den Erwerbern dieser Bilder nicht herumraufen, sondern ich überlasse das dem Museum.“

Inzwischen hatte Dr. Rinesch mit Schreiben vom 19. Jänner 1948 den nunmehrigen Direktor der Österreichischen Galerie, Dr. Garzarolli, um Stellungnahme zu den drei in ihrem Besitz befindlichen Klimt Bildern aus der Sammlung Bloch-Bauer ersucht, insbesondere darüber, wie er zu den Rückstellungsansprüchen seiner Mandanten in diesem Fall stehen würde:

„Ich vertrete die Erben nach dem im Jahre 1945 verstorbenen Wiener Sammler Ferdinand Bloch-Bauer. In dieser Sammlung befanden sich u.a. drei Gemälde von Gustav Klimt und zwar zwei Porträts Adele Bloch-Bauer und eine Landschaft. Dieselben wurden anlässlich der erzwungenen Liquidation des Bloch-Bauer'schen Privatbesitzes während der Zeit der deutschen Herrschaft durch den Anwalt Bloch-Bauer's, Herrn Dr. Erich Führer, dem österreichischen Museum übergeben. Die genauen Bedingungen dieser Uebergabe sind mir nicht bekannt.

Ich wäre Ihnen für die Mitteilung dankbar, wie Sie sich zu den Rückstellungsansprüchen meiner Klienten in diesem Fall stellen würden“

Dr. Garzarolli bat daraufhin den ehemaligen Direktor der Österreichischen Galerie, Dr. Grimschitz, um Aufklärung über den Hergang der Übergabe der Bilder (Schreiben vom 25. Februar 1948). Aus dem Text kommt hervor, daß diesem Schreiben eine Gespräch vorangegangen sein muß, womit auch Dr. Garzarolli die Verlassenschaft Adele Bloch-Bauers bekannt geworden sein dürfte:

„Ich möchte Sie sehr bitten mir das versprochene Protokoll über den Nachlaß Adele Bloch-Bauer und über den Hergang der Übergabe einzelner Bilder von Gustav Klimt, sowie über den Abgang der noch aushaftenden Stücke in den nächsten Tagen zukommen zu lassen, da Dr. Rinesch in der Angelegenheit drängt.“

Am folgenden Tag, also dem 26. 2. 1948, antwortet Dr. Garzarolli Dr. Rinesch auf dessen Brief vom 19. Jänner (es liegt eine Abschrift vor; demnach ist die Unterschrift zwar unleserlich. Aus dem Inhalt ergibt sich aber, daß der Verfasser Dr. Garzarolli gewesen sein muß):

„Auf Ihr Schreiben vom 19. Jänner d.J. teile ich höflich mit, dass Frau Adele Bloch-Bauer in ihrer letztwilligen Verfügung soviel mir bekannt ist, der Österreichischen Galerie Sechs Gemälde von Gustav Klimt gewidmet hat. Der Gatte der seinerzeit verewigten Legatarin hat indessen die Österreichische Galerie gebeten die Bilder bis zu seinem Ableben in seiner Wohnung behalten zu dürfen. Es ist dann, wie ich aus dem Aktenstand entnehme, von der Familie Bloch-Bauer der Österreichischen Galerie ein Bild von Gustav Klimt eine Sommerlandschaft darstellend, übergeben worden. Mit Zuschrift vom 3. Oktober 1941 hat Rechtsanwalt Dr. Erich Führer auf Grund des seinerzeitigen Legates der Frau Adele Bloch-Bauer zwei in der Wohnung des Herrn Ferdinand Bloch-Bauers befindliche Gemälde von Klimt (u. zw. Ein Damenbildnis und einen Obstgarten) der Österreichischen Galerie ausgefolgt, die aber früher in der Österreichischen Galerie verwahrte Sommerlandschaft zurückverlangt und ausgefolgt erhalten. Es fehlen also von dem Legat gegenwärtig der Österreichischen Galerie noch vier Gemälde. Hierüber habe ich vom seinerzeitigen Direktor Prof. Dr. Bruno Grimschitz ein Protokoll abverlangt, das demnächst eintreffen wird. Ich werde mir erlauben dieses in Abschrift zuzumitteln und werde Herrn Doktor bitten müssen, die endliche Erfüllung der letztwilligen Verfügungen der

Frau Adele Bloch-Bauer bei den Erben des Herrn Ferdinand Bloch-Bauer anzumelden.“

Am 1. März übermittelte Dr. Grimschitz Garzarolli das von ihm verlangte Protokoll:

„Mit diesen Zeilen überreiche ich Ihnen schriftlich meine Stellungnahme zur Erwerbungsfrage der Gemälde von Gustav Klimt aus dem Besitze der verstorbenen Frau Adele Bloch Bauer, Wien I., Elisabethstraße 18.

Zur Frage des Eigentumsrechtes der aus dem Besitze der verstorbenen Frau Adele Bloch-Bauer, Wien I., Elisabethstraße 18, stammenden Gemälde von Gustav Klimt stelle ich folgendes fest: Frau Adele Bloch-Bauer besass sechs Gemälde von Gustav Klimt: vier Landschaften (Apfelbaum, Buchenwald, Häuser in Kammer, Seeufer mit Häusern in Kammer) und zwei Bildnisse (Frau Bloch-Bauer, sitzend vor goldenem Grund, Frau Bloch-Bauer, stehend vor buntem Hintergrund). Ich verkehrte in ihrem Hause vom Jahre 1919 bis zum Jahre 1938. Sowohl Frau Bloch-Bauer selbst als auch – nach ihrem Tode – ihr Gemahl Präsident Ferdinand Bloch-Bauer erklärten mündlich oftmals, daß die sechs Gemälde Gustav Klimts der Modernen Galerie in Wien als Legat ihrer Besitzerin zufallen. Präsident Bloch-Bauer ersuchte mich nach dem Tode seiner Gattin öfters, die Bilder in dem unveränderten Zimmer seiner verstorbenen Gemahlin bis zu jenem Zeitpunkt behalten zu dürfen, zu dem die Galeriedirektion die Gemälde für die Ausstellung unbedingt benötigen würde. Als das Bildnis von Oskar Kokoschka in dem Klimtraum aufgehängt wurde, konnte die künstlerisch schwächste der vier Landschaften von der Österreichischen Galerie – noch vor dem Jahre 1938 – übernommen werden. Nach der Annexion Österreichs im Jahre 1938 wurde die Sammlung Bloch-Bauer zerschlagen, die meisten Gemälde kamen in deutschen Privatbesitz. Ich wandte mich wegen der Gemälde von Klimt an den Rechtsanwalt Dr. Führer, der den in Zürich weilenden Präsidenten

Bloch-Bauer vertrat, und ersuchte um Überlassung der fünf Gemälde, was Dr. Führer in Unkenntnis des letzten Willens der Frau Bloch-Bauer ablehnte. Ich konnte jedoch die Überlassung des einen Bildnisses vor goldenem Grund und der Landschaft mit dem Apfelbaum gegen die Rückstellung der weniger charakteristischen Landschaft von Kammer erreichen. Da die Gemälde Klimts keinem weiteren Interesse begegneten und in dem Hause Elisabethstrasse 18 verblieben, beließ ich die Situation unverändert. Erst als ich im Frühling 1943 von Herrn Gustav Ucicky erfuhr, daß er im Begriffe sei, aus der Sammlung Bloch-Bauer käuflich eine Landschaft zu erwerben, begab ich mich wieder zu Dr. Führer und machte die Ansprüche der Österreichischen Galerie geltend, jedoch vergeblich. Um das zweite Bildnis für die Moderne Galerie zu sichern – es fehlte der Galerie ein repräsentatives Bildnis aus der Spätzeit Klimts – erwarb ich es im Frühling 1943 um den Betrag von 7.500 RM. Trotz meiner Vorstellungen verkaufte Dr. Führer die restlichen Gemälde Klimts.“

In der Folge dürfte Dr. Garzarolli Kontakt mit der Finanzprokurator aufgenommen haben, worüber keine Unterlagen vorliegen. Jedenfalls verweist die Finanzprokurator in einer Stellungnahme vom 6. 3. 1948 an Dr. Garzarolli auf das Testament Adele Bloch-Bauers. Die zweifelhafte Eigentumsfrage erübrige sich, weil Ferdinand Bloch-Bauer die Erklärung abgegeben habe, die Bitte getreulich zu erfüllen. Auch habe das Verlassenschaftsgericht mit Beschluß die Verständigung der Österreichischen Galerie von der Anordnung Adele Bloch-Bauers verfügt, doch dürfte die Zustellung tatsächlich nicht erfolgt sein.

Dr. Garzarolli antwortete Dr. Grimschitz mit Schreiben vom 9. 3. 1948. Darin erklärt er, nun über den Nachlaßakt nach Adele Bloch-Bauer von der Finanzprokurator und dem Bezirksgericht Innere Stadt informiert worden zu sein. Garzarolli beklagt sich weiter darüber, daß Dr. Grimschitz

bei den Transaktionen mit Dr. Führer darauf keine Rücksicht genommen habe und spricht von einer „nicht eben ungefährlichen Situation“:

„Da im vorhandenen Aktenstande der Österreichischen Galerie von diesen Tatsachen (Anm: gemeint ist das Testament Adele Bloch-Bauers und Ferdinand Bloch-Bauers Erklärung vor dem Verlassenschaftsgericht) keine Erwähnung getan wird, bzw. weder eine bezirksgerichtliche noch eine notarielle oder etwa persönliche Erklärung des Herrn Präsidenten Ferdinand Bloch-Bauer vorliegt, um die Sie sich meines Erachtens unbedingt hätten kümmern müssen, befinde ich mich in einer umso schwierigeren Situation, als andererseits durch das Schreiben des Herrn Dr. Führer vom 3. Oktober 1941, das von der letztwilligen Verfügung spricht, eine Lage geschaffen wurde, die dem Testamentssinne und Ihrer Kenntnis davon offensichtlich widerspricht. Ich kann nicht verstehen, daß selbst während der NS. Zeit eine zu Gunsten eines Staatsinstitutes erfolgte, unangreifbarer Legatserklärung nicht hätte geachtet werden sollen, wenn man darauf Bezug genommen oder mit dem bereits im Ausland befindlichen Präsidenten Bloch-Bauer durch seine kommissarische Vermögensverwaltung Fühlung hergestellt hätte. Da in den Akten auch über den Ankauf des späten Porträts um den Betrag von RM 7.500,- keine Niederschläge vorhanden sind, möchte ich Sie doch sehr bitten, bevor ich hierüber referieren muß, mir die nötigen Aufklärungen zuteil werden zu lassen.

Jedenfalls wächst sich die Angelegenheit zu einer Seeschlange aus, da die Städtischen Sammlungen eine der Landschaften aus dem ehemaligen Besitz Bloch-Bauer gegenwärtig verwahren oder besitzen.

Ich bin sehr bekümmert darüber, daß bisher alle mit Rückstellungsfragen zusammenhängenden Komplexe unübersehbare Unklarheiten mit sich gebracht haben. Meines Erachtens wird es auch im Interesse Herrn Professors liegen mit bei der Entwirrung beizustehen. Vielleicht kommen

wir dadurch noch am besten aus diesen nicht eben ungefährlichen Situationen heraus.“

Dr. Garzarolli versuchte nun, die restlichen Bilder, die Adele Bloch-Bauer in ihrem Testament erwähnt hatte („Buchenwald“, „Häuser in Unterrach am Attersee“, und „Schloß Kammer am Attersee“), für die Österreichische Galerie zu gewinnen. Bezüglich des im Besitz der Städtischen Sammlung Wien befindlichen Bildes ersuchte er das Bundesministerium für Unterricht mit Schreiben vom 24. 3. 1948 um Unterstützung. Darin schildert er die Vorgänge bis zur Emigration Ferdinand Bloch-Bauers in Anlehnung an die Darstellung von Dr. Grimschitz. Er setzt folgendermaßen fort:

„Mit dem Anschluß Österreichs an Deutschland emigrierte Herr Bloch-Bauer in die Schweiz, während Dr. Erich Führer dessen Vermögenswerte kommissarisch verwaltete. Dr. Führer hat sich nun mit Schreiben vom 3. Oktober 1941 „In Vollzug der seinerzeitigen letztwilligen Verfügung der Frau Adele Bloch-Bauer“ mit dem Vorschlag an die Österreichische Galerie gewendet, dieser gegen Ausfolgung des seinerzeit übergebenen Gemäldes (Sommerlandschaft) ein Damenbildnis und ein Gemälde „Obstgarten“ (Apfelbaum?) auszufolgen. Es müßte dem damaligen Direktor Prof. Dr. Grimschitz meines Erachtens ein leichtes gewesen sein unter Vorlage des Testaments, das jederzeit beim Bezirksgerichte Wien I zu erheben war, die Ausfolgung aller Klimt-Bilder durchzukämpfen. Anstatt dies nun mit aller Energie bei der szt. Reichsstatthalterei zu betreiben, ist Direktor Grimschitz auf den Vorschlag Dr. Erich Führers eingegangen und hat von den noch aushaftenden vier Gemälden von Gustav Klimt das zweite Damenporträt (Bildnis Adele Bloch-Bauer) um RM 7.500 erworben. Leider liegen über diesen Ankauf weder Belege noch auch Hinweise vor, aus welchen Mitteln die Erwerbung erfolgte. [...]

Die restlichen drei Gemälde von Klimt hat nun Dr. Führer freihändig verkauft. Eines davon, den „Buchenwald“, hat die Direktion der Städtischen Sammlungen gekauft. Auf mein Verlangen bzw. nach Schilderung des Tatsachenbestandes hat indessen Oberrat Dr. Wagner, Direktor der Wiener Städtischen Sammlungen, sich dahingehend geäußert, daß für ihn kein Grund an einer Rückstellung des Gemäldes vorliege, da er es bezahlt habe. Ich bitte nun Herrn Direktor Wagner eine Rechtsbelehrung im Sinne des Rückstellungsgesetzes zuteil werden zu lassen; vielleicht läßt sich damit eine Klage, die mir aus kollegialen Gründen unangenehm wäre, vermeiden. Überdies will ich das Landesgericht Wien I um Vernehmung des Dr. Erich Führer ersuchen, damit über die Kenntnis der gegenwärtigen Bildbesitzer das Rückstellungsbegehren eingeleitet werden kann.“

Eine weitgehend identische Darstellung der Ereignisse lieferte Dr. Garzarolli in einem Schreiben an die Finanzprokurator vom 1. 4. 1948. Darin ersucht er die Finanzprokurator, den anscheinend unwilligen Dr. Grim-schitz zur Klärung der Sachlage zu vernehmen. Er berichtet auch davon, daß mittlerweile das Bild „Seeufer in Kammer“ (Häuser in Unterach am Atter-see) bei Karl Bloch-Bauer lokalisiert werden konnte. Garzarolli ersucht nun ua um Unterstützung der Finanzprokurator bei der Forderung der Bilder von Karl Bloch-Bauer. Die Rückstellung des Bildes „Buchenwald (Birken-wald)“ von den Städtischen Sammlungen werde vom Bundesministerium für Unterricht betrieben.

Am nächsten Tag, dem 2. April 1948, richtete Dr. Garzarolli ein Schreiben an Dr. Otto Demus, dem Leiter des Bundesdenkmalamtes. Garza-rolli berichtet von der Begehung der Wohnung Karl Bloch Bauers und von den Bildern aus der Sammlung Ferdinand Bloch-Bauers, die dort vorgefun-den wurden. Er gibt Empfehlungen für eine Reaktion auf allfällige Ausführungsbegehren ab und erwähnt dabei auch die Klimt-Bilder:

„Ich habe am 31. März d. J. mit Herrn Dr. Balke die aus der vorma-ligen Sammlung Präsident Ferdinand Bloch-Bauer stammenden und in der Wohnung des Herrn Karl Bloch-Bauer [...] befindlichen Gemälde besichtigt und dabei feststellen können, daß sich unter ihnen eine Reihe überaus wich-tiger österreichischer Bilder der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts befin-den. Auf nachfolgende Stücke darf ich besonders hinweisen.

1. Danhauser, Kind an der Wiege
2. Pettenkofen, Nach der Schlacht ...
3. Neder, Soldatenszene
4. Ranftl, Kind und Hund
5. Nigg, Blumenstück (auf Porzellan)

6. *Fendi, Mutter mit Kindern vor der Madonna*

Für Nr. 1 und Nr. 2 bitte ich wegen der Wichtigkeit der Gemälde die Ausfuhrbewilligung nicht zu erteilen. Ich mache den Vorschlag Nr. 1 bei erschwinglicher Preislage von der Österreichischen Galerie anzukaufen. Nr. 2, 3 und 5 gegen vertauschbare gleichwertige Objekte aus den Beständen der Österreichischen Galerie einzutauschen und auf Nr. 6 die Albertina aufmerksam zu machen.

Außerdem befindet sich in derselben Kollektion noch das Gemälde von Klimt „Seeufer mit Häuser in Kammer“, das infolge eines durch Herrn Präsidenten Ferdinand Bloch-Bauer anerkannten Legates der am 25. Jänner 1925 verstorbenen Frau Adele Bloch-Bauer der Österreichischen Galerie zusteht, aber vom Rechtsanwalt Dr. Erich Führer derselben vorenthalten und offensichtlich veruntreut wurde. In dieser Angelegenheit läuft bereits ein Rückstellungsbegehren durch die Finanzprokurator, als Vertreterin der Interessen des Bundesministeriums für Unterricht.

Ich bitte die Erwerbungs- und Tauschvorhaben erst dann laut werden zu lassen, wenn von der Finanzprokurator der Zeitpunkt hierfür als gegeben bezeichnet werden wird, wovon augenblicklich Nachricht gegeben wird, d. h. also, daß aus taktischen Gründen um eine verzögernde Behandlung gebeten wird.“

Das Schreiben Dr. Garzarollis ist auf einem Aktenvermerk vermerkt, den Dr. Demus wahrscheinlich am darauffolgenden 3. April 1948 verfaßte. Darin wird auf ein Gespräch mit Dr. Rinesch bezug genommen. Das Deckblatt des Aktenvermerks weist als Gegenstand „Bloch-Bauer Sammlung“ aus. Die eigenhändigen Bemerkungen von Dr. Demus sind nicht zur Gänze mit voller Sicherheit lesbar (liegt nur in Kopie vor, Zweifel werden im folgenden kenntlich gemacht):

„P. O. mit Rinesch besprochen. Die Angelegenheit ist im Zusammenhang zu behandeln, wobei [...] unleserlich] die aus München zurückverbrachten Bilder zu berücksichtigen wären.

12 Gem. sind nicht entzogenes Vermögen gewesen u. jetzt von Dr. Führer zurückgestellt worden.

Dr. Rinesch mitteilen, wenn die 12 (? oder K) Bilder separat beurteilt werden, müßten alle zurückgehalten werden.“

Am 10. April richtete Dr. Garzarolli ein Schreiben an die Finanzprokuratur, in welchem er von einem Gespräch mit Dr. Rinesch im Beisein von Dr. Franz Balke berichtet:

„Eben hat Rechtsanwalt Dr. Gustav Rinesch [...] als Vertreter der Erben nach Präsidenten Ferdinand Bloch-Bauer in einer Ausführfrage von Gemälden bei mir vorgesprochen, wobei auch das Legat der sechs Klimt-Bilder von Frau Adele Bloch-Bauer an die Österreichische Galerie zur Sprache kam. Herr Dr. Rinesch teilte mir im Beisein von Herrn Dr. Franz Balke mit, daß die Erben des Präsidenten Ferdinand Bloch-Bauer das Klimt-Legat anerkennen und daß er uns hierüber einen schriftlichen Bescheid in den nächsten Tagen zukommen lassen wolle. Ausserdem erteilte Herr Dr. Rinesch der Österreichischen Galerie eine schriftliche Vollmacht das in der Wohnung des Herrn Karl Bloch-Bauer [...] hängende Gemälde von Gustav Klimt „Seeufer mit Häusern in Kammer“ das in den Legatskomplex fällt, beheben zu können.

Dr. Rinesch konnte uns ferner mitteilen, daß er vor annähernd drei Monaten wegen des von den Wiener Städtischen Sammlungen um RM 5.000,- von Dr. Erich Führer gekauften Gemäldes von Gustav Klimt „Birkenwald“ mit Oberrat Wagner (noch namens seiner Klienten) in Rückstellungsverhandlungen eintrat; damals erklärte sich Oberrat Wagner bereit

ihm das Bild gegen Rückzahlung des Ankaufspreises auszufolgen, was mir gegenüber vor etwa einem Monat nicht mehr der Fall war.

Vom letzten aushaftenden Gemälde Gustav Klimts „Häuser in Kammersee“, dessentwegen ich die Einvernahme Dr. Erich Führers vom Landesgericht Wien I erbitten mußte, wußte Dr. Rinesch zu berichten, daß dieses Regisseur Gustav Ucicky [...] um den Preis von RM. 4.000,- erworben habe. Herr Ucicky sei von ihm zur Rückstellung des Bildes aufgefordert worden, habe aber erklärt, daß er das Gemälde von dem durch Präsidenten Bloch-Bauer bevollmächtigten Dr. Erich Führer gekauft und daher keinen Grund habe, dieses zurückzustellen. Herr. Dr. Rinesch erklärte sich ferner bereit bezeugen zu können, daß der in die Schweiz emigrierte Präsident Bloch-Bauer unter Zwang stand. Ich bitte daher gegen Herrn Gustav Ucicky die Rückstellungsklage wegen des der Österreichischen Staatsgalerie eigentümlichen Gemäldes von Gustav Klimt „Häuser in Kammer“ zu erheben.

Am 11. April 1948 berichtete Dr. Rinesch Robert Bentley von der Besichtigung der Wohnung Karl Bloch-Bauers und von seinen Gesprächen mit Dr. Demus und Dr. Garzarolli. Das Testament mußte ihm in der Zwischenzeit vorgelegt worden sein:

„Da jetzt die Verpackung von Carls Wohnungseinrichtung vor sich geht, hat diese Woche auch die Beschau durch das Denkmalamt dort stattgefunden. Wie ich vorausgesagt habe, ist den Beamten sofort aufgefallen, daß sich unter den Bildern solche aus der Sammlung B.B. befinden. Ich wurde darauf von Dr. Demus angerufen und war mit George bei ihm. Demus erklärte, daß er und die österreichische Galerie größten Wert auf diese Bilder legt und daß eine Einigung über die wenigen sofort zur Ausfuhr verlangten Bilder schwer möglich ist. – Ich bin der Meinung, daß man alle zustandegebrachten Bilder (einschließlich der in München befindlichen) gemeinsam zur Ausfuhr beantragen sollte, dann würde man viel besser weg-

kommen. Demus pflichtete dem bei. Bei dieser Gelegenheit kam auch die Angelegenheit der Klimt Bilder und des Legats Adele B. B. zur Sprache. Ich bin der Meinung, daß man das Denkmalamt und das Museum durch eine Ordnung dieser Sache geneigt stimmen könnte und habe mir daher gestern im Bezirksgericht den Verlassenschaftsakt ausgehoben.

Laut Testament vom 19. 1. 1923 hat Deine Tante ihre 2 Porträts und 4 Landschaften von Klimt der österr. Galerie in folgender Form vermacht:

(Zitat des Testaments)

Dies ist zwar nicht die Form eines Legats, jedoch findet sich im Akt eine Erklärung des Onkels, laut welcher er die Bitte seiner Frau zu erfüllen verspricht. Dadurch hat die österr. Galerie zweifellos einen Rechtsanspruch, wie auf ein Legat, erworben und das Testament wird zur Erfüllung gelangen müssen. Du bist ja ohnedies (Dein Schreiben vom 8. 3.) einverstanden, daß es geschieht.

Ich habe gestern auch Dir. Garzarolli der österr. Galerie aufgesucht, welcher übrigens auch bereits die Bilder in der Wohnung Carls besichtigt hat und über das Testament Eurer Tante Bescheid weiß, ebenso über die Erklärung Onkels. Ich habe ihm eine Erklärung abgegeben, daß die Erben Ferdinand Bloch Bauers dessen Willen erfüllen werden, was dankbar zur Kenntnis genommen wurde. Demgemäß muß auch das in der Wohnung Carls befindliche Klimt-Bild (Häuser am Attersee), welches ohnedies nicht zur Ausfuhr beantragt war, dem Museum übergeben werden. Wegen der Rückstellung des im Besitz der Gemeinde Wien, städt. Sammlungen, befindlichen Bildes (Birkenwald) sowie des Bildes, welches Ucicky von Dr. Führer gekauft hat, an das Museum wird sich vereinbarungsgemäß jetzt dieses selbst herumraufen müssen. – Die 6 Bilder werden dann mit Widmungstafeln versehen zusammen in der Galerie aufgehängt werden.

Hiedurch ist das Museum bereits günstig gestimmt und ich habe gleich die Ausfuhr der übrigen Bilder zur Sprache gebracht. Ohne definitive Zusagen zu haben, vereinbarte ich, daß ich eine Liste sämtlicher Bilder, die wir bereits festgestellt haben gleich zur Ausfuhr eingereicht wird und daß die Ausfuhr sukzessive nach Rücktransport stattfinden kann. Ich werde das sofort machen und vielleicht kann einiges doch noch mit dem Transport der Möbel Carls mitgehen.“

Am 12. April 1948 bestätigte Dr. Rinesch in einem Schreiben an Dr. Garzarolli eine mündliche Vereinbarung namens der Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer, die Bilder der österreichischen Galerie zu überlassen:

„Ich bestätige die mündliche Vereinbarung, welche ich am 10. April 1948 als Vertreter der Erben nach dem verstorbenen Herrn Präs. Ferdinand Bloch-Bauer, Robert B. Bentley, Maria Altmann and Luise Gatin [sic], mit Ihnen getroffen habe:

Die Erben Bloch-Bauer anerkennen den letzten Willen der im Jahre 1925 verstorbenen Frau Adele Bloch-Bauer vom 19. 1. 1923 sowie die Erklärung, die der ebenfalls bereits verstorbene Herr Ferdinand Bloch-Bauer zur GZ A II - 14/25 des Bezirksgerichtes Innere Stadt abgegeben hat und mit welcher er sich zur Erfüllung der Bitte seiner verstorbenen Gattin bezüglich der 6 Gemälde von Klimt verpflichtet hat.

Meine Mandanten nehmen zur Kenntnis, dass der letzte Wille Adele Bloch-Bauer's bereits zum Teil dadurch erfüllt ist, dass sich die beiden Porträts ("Damenbildnis in Gold" und "Bildnis einer stehenden Dame") sowie das Gemälde "Apfelbaum" im Besitz der Österreichischen Galerie befinden.

Ein weiteres Gemälde, "Birkenwald", wurde durch den Bevollmächtigten des Herrn Ferdinand Bloch-Bauer, Dr. Erich Führer, im November

1942 zum Preis von RM 5.000.-- an die Gemeinde Wien, städtische Sammlungen, verkauft. Ich habe mit der Direktion der Städtische Sammlungen, Herrn Reg. Rat. Dr. Wagner, bereits wegen Rückstellung verhandelt und hat mir die Mag. Abt. 10 am 3.12.1947 schriftlich mitgeteilt, dass sie bereit ist, das Gemälde gegen Rückersatz des Kaufpreises zurückzustellen.

Ein weiteres Gemälde von Klimt "Kammer am Attersee" wurde durch Erich Führer ebenfalls im Jahre 1942 an Frau Ingeborg Ucicky um RM 4.000.-- verkauft. Ich habe mit dem derzeitigen Eigentümer des Bildes, dem Filmregisseur Gustav Ucicky in Wien IX., Strudelhofgasse 17, wegen Rückstellung bereits korrespondiert. Herr Ucicky beruft sich auf den gutgläubigen Erwerb und lehnt die Herausgabe ab.

Schliesslich habe ich Ihnen als Bevollmächtigter der Erben noch eine Ermächtigung zur Empfangnahme des letzten Klimtbildes, welches Gegenstand des Legates bildet, gegeben. Es ist dies die Landschaft "Häuser in Kammer am Attersee". Ich bitte, dasselbe in der Wohnung des Herrn Karl Bloch-Bauer, Wien III., Am Modenapark 10, abholen zu lassen.

Ich nehme zur Kenntnis, dass Sie die Rückstellungsforderungen gegen die Städtischen Sammlungen und Herrn Ucicky jetzt selbst betreiben werden, soweit ich über die Verkäufe Unterlagen aus den Akten liefern kann, stehen sie zur Verfügung.

Ich habe namens der Erben dankend zur Kenntnis genommen, dass Sie auf den 6 Gemälden, die Gegenstand des Legates Bloch-Bauer bilden, eine entsprechende Widmungstafel anbringen werden. Ich bitte Sie auch, die Durchführung und die Empfangnahme des Legates gelegentlich den Erben, z. H. d. Herrn Robert B. Bentley, 3924 Pine Crescent, Vancouver, B.C. Canada, bestätigen zu wollen.“

Am 13. April 1948 stellte Dr. Rinesch als Vertreter der Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer gegenüber dem Bundesdenkmalamt den Antrag auf Bewilligung der Ausfuhr aller sichergestellten, zurückgestellten oder noch zurückzustellenden Bilder aus der Sammlung Ferdinand Bloch-Bauers. Darin wird auch die Vereinbarung über die Klimt-Bilder erwähnt:

„Ich erkläre dazu, daß die von mir vertretenen Erben heute die canadische bzw. die amerikanische Staatsbürgerschaft und ihren Wohnsitz im Ausland haben. Sie beabsichtigen nicht, diese Bilder und Kunstgegenstände zu veräußern, weil diese den Rest der einstmals bedeutenden Sammlungen ihres Onkels Ferdinand Bloch-Bauer darstellen. Sie haben jedoch den begreiflichen Wunsch, die Reste des Vermögens des Erblassers an ihren Wohnsitz zu schaffen, wobei berücksichtigt werden wolle, daß ein Großteil der Kunstsammlungen und des früher bedeutenden Vermögens durch die nationalsozialistischen Enteignungsmethoden unwiderbringlich verloren ist.

Nichtsdestoweniger haben die von mir vertretenen Erben spontan erklärt, daß die 6 in der Sammlung Bloch-Bauer befindlichen Klimt-Gemälde, darunter Werke höchster Qualität, dem Letzten Willen Ferdinand und Adele Bloch-Bauer's gemäß, der Oesterreichischen Galerie als Legat zufallen sollen. Diese Erklärung ist in Anbetracht der völlig geänderten Vermögensverhältnisse der Familie Bloch-Bauer gewiss dazu angetan, das Interesse unter Beweis zu stellen, welches die Erben Bloch-Bauer an der österreichischen Kunst und an dem österreichischen Musealbesitz nehmen. Ich darf dagegen erwarten, daß das Bundesdenkmalamt und die beteiligten öffentlichen Sammlungen die Bestimmungen des Denkmalschutzgesetzes in einer entgegenkommenden und die Besonderheiten des Falles berücksichtigenden Weise anwenden werden.“

Gleichzeitig übermittelte Dr. Rinesch eine Abschrift dieses Antrags an Dr. Garzarolli und ersuchte diesen um seine Unterstützung (Schreiben vom 13. April):

*„In der Anlage erlaube ich mir Ihnen ein Ansuchen um Ausführbe-
willigung, welches ich bezüglich der Bilder der Sammlung Ferdinand
Bloch-Bauer an das Denkmalamt gerichtet habe, zu überreichen. Ich wäre
Ihnen dankbar, wenn Sie mit Herrn Präsidenten Dr. Demus in dieser Sache
ehestens das Einvernehmen pflegen und mich auch zu einer neuerlichen
Aussprache einladen würden. Ich hoffe, daß Sie in der Lage sein werden,
ein für meine Mandanten günstiges Gutachten abzugeben. Ich verlasse mich
auf Ihr Gerechtigkeitsgefühl.“*

Die Angelegenheit zog sich längere Zeit hin. Gestritten wurde insbe-
sondere über ein Bild von Waldmüller und ein Bild von Eybl, deren Ausfuhr
zunächst verweigert wurde.

Die Tätigkeit von Dr. Rinesch wird auch durch einen Brief vom 5.
November 1948 an Dr. Benesch, Direktor des Albertina Museums, deutlich:

*„Als Erbenmachthaber in der Verlassenschaftssache Ferdinand
Bloch-Bauer ist mir bekannt, daß Ihnen durch das Denkmalamt anlässlich
eines Ausfuhransuchens für Kunstgegenstände 16 Handzeichnungen von
Gustav Klimt und 1 Aquarell von Fendi „Mutter mit Kind vor Heiligenbild“
in Verwahrung übergeben wurde. Da ich jetzt neuerlich mit dem Denkmal-
amt wegen Zustimmung zur Ausfuhr der bis heute rückgestellten Objekte der
Sammlung Bloch-Bauer verhandle, bitte ich um Ihre gesch.Stellungnahme
sowohl an mich, als auch an das Präsidium des Denkmalamtes. Bei dieser
Gelegenheit weise ich darauf hin, dass die Erben Bloch-Bauer der Oester-
reichischen Galerie bereits mehrere Gemälde von Gustav Klimt, darunter
einige repräsentative Hauptwerke, übergeben haben, wie dies der letztwilli-
gen Verfügung von Frau Adele Bloch-Bauer entsprach. Dieses sicherlich*

grosszügige Legat rechtfertigte die Erwartung der Erben, dass bei der Ausführung weiterer erheblich geringwertigerer Kunstgegenstände auch seitens der Behörden Entgegenkommen gezeigt wird.“

Nachdem das Ausfuhrersuchen vom Bundesdenkmalamt mit Bescheid vom 18. Juni 1949 abgelehnt worden war, erhob Dr. Rinesch dagegen am 13. Juli 1949 Beschwerde an das Bundesministerium für Unterricht. Darin argumentiert er unter anderem wieder mit der Überlassung der Klimt-Bilder:

[...]

„Die Erben Bloch-Bauer haben, um ihre Interesse an den österreichischen öffentlichen Sammlungen zu dokumentieren, in loyalster Weise eingewilligt, daß die 4 in der Sammlung Bloch-Bauer befindlichen Hauptwerke des österreichischen Malers Gustav Klimt der Oesterreichischen Galerie als Legat zufallen. Wenn auch dieses Legat ursprünglich bereits im Testament der vorverstorbenen Gattin Ferdinand Bloch-Bauer's vorgesehen war, so hätten die Erben sicherlich die Handhabe gehabt, die Legaterfüllung zu verhindern, weil sich inzwischen die Vermögensverhältnisse der Erblasserin in katastrophaler Weise verändert hatten und auch die übrigen Voraussetzungen der Widmung durch die Ereignisse des Dritten Reiches weggefallen waren.

Die Oesterreichische Galerie ist dadurch Eigentümerin dieser wertvollen Stücke geworden, die angesichts der durch Kriegsereignisse verursachten Vernichtung der Hauptwerke von Gustav Klimt für Wien von besonderer künstlerischer Bedeutung wurden.“

Mit Schreiben vom 21. Juli 1949 bezog Garzarolli schließlich gegenüber dem Bundesdenkmalamt zugunsten der Erben nach Bloch-Bauer Stellung und wies auf deren Überlassung der Klimt-Bilder hin:

„Da nun die beiden gegenständlichen Bilder (Anm: es geht um ein Bild von Waldmüller und eines von Eybl) besondere Lieblinge des verstorbenen Präsidenten Ferdinand Bloch-Bauer gewesen sein sollen, legen die Erben auf deren Ausfuhr besonderen Wert.

Die Österreichische Galerie hat nun den Fragenkomplex neuerdings studiert und glaubt unter Anführung nachfolgender Gründe dem BDA. di ganz ausnahmsweise Bewilligung zur Ausfuhr der beiden Gemälde empfehlen zu können.

Es haben nämlich die Erben des Präsidenten Ferdinand Bloch-Bauer, die von diesem für seinen Todesfall ausgesprochene Erklärung beim Bezirksgerichte Wien I, den Schenkungswillen seiner verstorbenen Gattin von fünf Gemälden Gustav Klimts an die Österreichische Galerie, achten zu wollen, trotz verschiedener während der NS.-Zeit durch den Rechtsvertreter des Präsidenten Bloch Bauer erfolgter Transaktionen, welche die Situation der österr. Galerie überaus verschlechterten, sofort anerkannt und dadurch eine Lage geschaffen, die die Österreichische Galerie in die Lage versetzte dieses Legat auch tatsächlich zu erhalten. Darüber hinaus hat sich Herr Rechtsanwalt Dr. Gustav Rinesch bereit erklärt, der Österreichischen Galerie gegen Erteilung der Ausfuhrbewilligung der beiden Bilder zufolge einer Ermächtigung der Erben Bloch-Bauer noch das kleine Bildchen von August von Pettenkofen "Szene nach [der] Schlacht" auszufolgen. Das Bildchen ist eine Studie zu der großen Ausführung in der Österreichischen Galerie.“

Die Gutachter sollen bei ihrer rechtlichen Beurteilung schließlich auch die Entscheidung der Bundesministerin über die Rückgabe von 16 Klimt-Zeichnungen auf Grundlage dieses Gesetzes berücksichtigen. Nach Auskunft des Rechtsanwalts von Maria Altmann, Dr. Randol Schoenberg, erfolgte die Rückstellung auf Basis des folgenden Sachverhalts: Die Zeichnungen befanden sich während der NS-Zeit bei RA Dr. Führer. Nach seiner

Verhaftung im Jahre 1945 sind sie in den Besitz von Karl Bloch-Bauer gelangt, der sie im Auftrag der Erben Ferdinand Bloch-Bauers zur Erlangung einer Ausfuhrgenehmigung für andere Kunstgegenstände der Österreichischen Albertina überlassen hat. Von diesem Sachverhalt sollen die Gutachter ausgehen.

B. Fragestellung

Ausgehend von diesem Sachverhalt sollen die Gutachter dazu Stellung nehmen, ob die Republik Österreich in der Zeit zwischen 1923 und 1948 einen Rechtsanspruch auf die Klimt-Bilder „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“, „Apfelbaum I“, „Buchenwald (Birkenwald)“ und „Häuser in Unterach am Attersee“ oder das Eigentum daran erworben hat.

Bei der rechtlichen Beurteilung ist auch auf die Ausführungen des Gutachtens einzugehen, das die Finanzprokurator dem Bundesministerium für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten am 10 Juni 1999 übermittelt hat.

Zur Beantwortung der gestellten Frage muß zunächst geprüft werden, ob die testamentarische „Bitte“ Adele Bloch-Bauers verbindlich gemeint war (unten A). Dann ist zu untersuchen, ob bei Annahme einer solchen Verbindlichkeit die Anordnung wirksam war (unten B), wobei danach unterschieden wird, ob die Bilder im Eigentum der Erblasserin Adele Bloch-Bauer (unten B II) oder des Erben Ferdinand Bloch-Bauer standen (unten B III). Danach wird auf die Rechtsnatur der Äußerung Ferdinand Bloch-Bauers eingegangen, die Bitte seiner Frau getreulich erfüllen zu wollen (unten C) und das Verhalten Dr. Führers in den Jahren von 1938 und 1945 beurteilt (unten D). Anschließend wird geprüft, ob eine Ermächtigung zur un-

entgeltlichen Rückgabe der Bilder an die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer gemäß § 1 des Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 4. 12. 1998 besteht (unten E). Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse (unten F).

Rechtliche Beurteilung

A. Rechtsnatur der „Bitte“ Adele Bloch-Bauers (unverbindlicher Wunsch oder verpflichtende Verfügung)

I. Klärung durch Auslegung des Testaments

Das rechtliche Schicksal der strittigen Klimt-Bilder hängt in erster Linie davon ab, wie die an ihren Ehegatten gerichtete „Bitte“ Adele Bloch-Bauers zu verstehen ist, nach seinem Tode die zwei Porträts und die vier Landschaften der Österreichischen Staatsgalerie zu hinterlassen; ob sie ein unverbindliches Ersuchen oder eine verpflichtende Anordnung darstellt. Dies muß durch Testamentsauslegung geklärt werden.

II. Grundsätze für die Auslegung von Testamenten

Die Auslegung letztwilliger Verfügungen hat bei der **gewöhnlichen Bedeutung** der Worte anzusetzen und dann zu fragen, ob diese dem Willen des Erblassers entspricht (OGH in GIU 965; *Welser* in Rummel³ Rz 7 zu § 552). Ziel ist die Erforschung des **wahren Willens** des Erblassers (*Welser* in Rummel³ Rz 7 zu § 552; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ II 441; OGH in NZ 1997, 365). Zu seiner Ermittlung sind alle Umstände, insbesondere mündliche und schriftliche Äußerungen des Erblassers, heranzuziehen.

Der Absicht des Erblassers darf allerdings nur gefolgt werden, wenn sie irgendeinen **Anhaltspunkt im Wortlaut** der letztwilligen Verfügung findet, weil sonst die gesetzlichen Formvorschriften umgangen würden (sog

„Aundeutungstheorie“: dazu *Welser* in Rummel³ Rz 9 zu § 552; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ II 442 mwN; zuletzt *Rabl*, Altes Testament – Neues Testament 19 ff mwN).

Auszugehen ist vom Willen des Erblassers *zur Zeit der Errichtung* der letztwilligen Verfügung. Aber auch nachträglichen Änderungen der Umstände ist Rechnung zu tragen, wenn dies dem (hypothetischen) Willen des Erblassers entspricht. Die Anordnung ist dann so auszulegen, wie der Erblasser bei Kenntnis der Veränderung der Umstände verfügt hätte (sog „**hypothetische Auslegung**“: *Weiß* in Klang² III 226; *Welser* in Rummel³ Rz 8 zu § 552; *Kralik*, Erbrecht 125).

Diese Grundsätze ergeben sich ua aus § 655 ABGB. Danach werden Worte „auch bei Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen; es müßte denn bewiesen werden, daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besondern Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist; oder, daß das Vermächtnis sonst ohne Wirkung wäre.“ Diese Regel ist – über das Vermächtnisrecht hinaus – zu verallgemeinern (OGH in NZ 1984, 130; 8 Ob 654/88 in RIS-Justiz RS0012348; 6 Ob 1/82 in RIS-Justiz RS0012355).

Lehre und Rechtsprechung weisen darauf hin, daß eine verbindliche Anordnung auch in die Form eines Rates oder einer **Bitte** gekleidet sein kann, wenn festgestellt wird, daß der Erblasser eine **verbindliche Verfügung gewollt** hat. Daher ist die Annahme eines Vermächtnisses bei Gebrauch der Wunschform („Bitte“) nicht ausgeschlossen, wenn am wahren Willen des Erblassers **keine Zweifel** bestehen (OGH in RZ 1937, 178; NZ 1997, 365). Auch eine fideikommissarische Substitution (OGH in GIU 15.341; RZ 1937, 178; EvBl 1964/423; NZ 1985, 26 ua, siehe auch die Entscheidungen in RIS-Justiz RS0038393) oder eine verbindliche Auflage (OGH in SZ 60/225; NZ 1998, 109) kann durch eine Bitte angeordnet wer-

den, wenn sie **unzweifelhaft** (OGH in SZ 25/85) und „bestimmt ausgedrückt“ wird (OGH in SZ 60/225; vgl auch NZ 1985, 26).

III. Anwendung auf den Sachverhalt

1. Allgemeiner Sprachgebrauch und juristische Fachsprache

Die für das rechtliche Schicksal der Bilder Gustav Klimts relevanten Bestimmungen des Testaments der Erblasserin Adele Bloch-Bauer vom 19. 1. 1923 lauten im Zusammenhang:

„Ich hinterlasse je fünfzigtausend (50.000) Kc (tsch. Kr.)

1.) dem Wiener Arbeiterverein „Kinderfreunde“

2.) dem Wiener Verein „Die Bereitschaft“

Die Gebühren dieser Anfälle hat mein Ehegatte als mein Universalerbe zu tragen. Da ich überzeugt bin, daß mein Ehegatte diese seine Verpflichtung voll erfüllen wird, hat jede Sicherstellung der Ansprüche dieser zwei Vereine zu entfallen. Sollte in der Zeit bis zum Anfall obiger Zuwendungen einer der genannten zwei Vereine zur Auflösung gelangen, fällt der frei werdende Teil der Wiener Rettungsgesellschaft zu.

Meine zwei Porträts und die 4 Landschaften von Gustav Klimt bitte ich meinen Ehegatten nach seinem Tode der österr. Staats-Galerie in Wien, die mir gehörende Wiener und Jungfer Brezner Bibliothek, der Wiener Volks- und Arbeiter-Bibliothek zu hinterlassen. Ich stelle es der Wiener Volks u. Arbeiter Bibliothek anheim, die Bücher zu behalten oder sie zu verkaufen und den Erlös als Legat anzunehmen. Auch für dieses Legat hat jegliche Sicherstellung zu entfallen.“

Es gibt keine weiteren Informationen über die Umstände, unter denen dieser letzte Wille Adele Bloch-Bauers zustande gekommen ist. Ebenso fehlen, abgesehen vom Testament selbst, sonstige Anhaltspunkte für die Ermittlung des wahren Willens der Erblasserin. Die Auslegung muß sich daher auf den **Text des Testaments** konzentrieren, der in seinem **Zusammenhang** mit dem übrigen letzten Willen zu würdigen ist (vgl dazu OGH in NZ 1933, 157; 7 Ob 675/85 und 2 Ob 709/86, beide in RIS-Justiz RS0012365).

Das **Gutachten der Finanzprokurator** (im folgenden auch „Gutachten“) meint, daß die Bestimmung über die Klimt-Bilder kein unverbindlicher Wunsch, sondern eine verpflichtende Anordnung sei. Dies wird einmal als „*völlig eindeutig*“ bezeichnet (Gutachten, Seite 4 Abs 2), dann allerdings abgeschwächt (Gutachten, Seite 4 Abs 3: „*eher ein Vermächtnis*“). Für die Verbindlichkeit der Anordnung spreche der unmittelbare Zusammenhang mit der Verfügung über die *Bibliothek*, welche die Erblasserin einige Zeilen weiter ein „*Legat*“ nennt. Weiters wird auf Pkt IV des Testaments verwiesen, in dem die eingesetzten *Ersatzerben* mit einem Legat über die Bücher und die Bilder belastet seien. Die Unterschiede in der Formulierung resultieren nach Auffassung der Finanzprokurator aus der Person des Erbberechtigten und aus der Art der Gegenstände der Verfügungen. Die Formulierung als Bitte habe die Erblasserin bei Gegenständen gewählt, zu denen sie eine *emotionale Beziehung* gehabt habe.

Der Finanzprokurator ist darin beizupflichten, daß bei der Auslegung der Verfügung ihr Zusammenhang mit anderen Anordnungen des Testaments beachtet werden muß. Den von der Finanzprokurator daraus gezogenen Schlüssen kann allerdings nicht gefolgt werden.

Am Text des Testaments fällt zunächst auf, daß er in einer relativ präzisen **juristischen Sprache** verfaßt ist. Die Wortwahl und die Strukturierung des letzten Willens lassen den Schluß zu, daß die Erblasserin entweder selbst über gewisse juristische Kenntnisse verfügt hat oder daß sie bei der Errichtung des letzten Willens fachkundig beraten wurde. Noch mit der Üblichkeit gewisser Formulierungen mag man erklären, daß die Erblasserin ihren letzten Willen mit einem Hinweis auf ihr „*klares Bewußtsein*“ und ihre „*Unbeeinflußtheit*“ einleitet. Ähnliches mag für den Begriff „*Universalerbe*“ gelten. Schon mehr auf eine spezielle juristische Sachkunde deuten aber die danach verwendeten „*termini technici*“ hin. Pkt II enthält die klar formulierte Anordnung einer *Ersatzerbschaft*. Pkt III und IV *differenzieren* sachkundig danach, ob die Erbschaft *Ferdinand Bloch-Bauer* (Pkt III) oder den *Ersatzerben zufällt* (Pkt IV). Bei den von ihr angeordneten Zuwendungen verwendet die Erblasserin zweimal den erbrechtlichen Begriff des „*Anfalls*“. Schließlich hält sie fest, daß die *Form* des eigenhändigen Testaments *eingehalten* wurde. Gustav Bloch-Bauer (wahrscheinlich der juristische Ratgeber) wird zum *Testamentsvollstrecker* ernannt.

Sehr deutlich wird die dem Testament zugrundeliegende Sachkenntnis bei den beiden Geldlegaten von je 50.000,- tschechischen Kronen. Daß die Erblasserin eine **Sicherstellung** dieser Vermächtnisse **ausschließt**, zeigt erstens, daß sie (oder ihr juristischer Berater) wußte, daß das Gesetz bei **begünstigten Legaten** eine **amtswegige Sicherstellung** vorsieht (§ 158 AußStrG), und zweitens, daß ein Erblasser diese Sicherstellung **ausschließen** kann (*Ehrenzweig, System² II/2, 561*).

2. Die Bedeutung des „Legats“ an die Wiener Volks- und Arbeiter-Bibliothek

Vor dem Hintergrund dieser sachkundigen Formulierungen und dem Einsatz der juristischen Instrumente sind auch die daran anschließenden, hier besonders relevanten Passagen zu lesen (Pkt III Abs 2). Die Finanzprokuratur weist richtig darauf hin, daß die Verfügung über die sechs Bilder mit jener über die Bücher in einem *unmittelbaren sprachlichen Zusammenhang* steht. Man muß darüber hinaus festhalten, daß die Erblasserin über beides (Bilder und Bücher), abgesehen von der Person des Begünstigten, *in derselben Weise verfügt* hat. Es trifft auch zu, daß dabei der Ausdruck „Legat“ vorkommt und hinsichtlich der Bibliothek wieder „die Sicherstellung erlassen“ wird. Daraus zieht die Finanzprokuratur den Schluß, daß – wie bezüglich der Bibliothek – auch bezüglich der Bilder ein (verpflichtendes) Vermächtnis vorliegt (Gutachten, Seite 4).

Diese Beweisführung überzeugt allerdings letztlich nicht. Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß der Wortlaut der Verfügung von vornherein gar nicht unklar oder mißverständlich ist. Adele Bloch-Bauer **bittet ihren Gatten**, die Bilder und die Bibliothek bestimmten Begünstigten **zu hinterlassen**. Mangels anderer Anhaltspunkte ist aber eine „Bitte“ ein Ersuchen und keine verbindliche Anordnung. Schon der Wortlaut der Testamentsbestimmung spricht also für die **Unverbindlichkeit beider Wünsche**.

Im nächsten Satz, in dem die Erblasserin weitere Bestimmungen über die Bibliothek trifft, verwendet sie nun zweimal das Wort „**Legat**“. Der Wiener Volks- und Arbeiter-Bibliothek wird es anheimgestellt, die Bücher zu behalten oder sie zu verkaufen und den Erlös „als Legat“ anzunehmen. Auch für dieses Legat habe jegliche Sicherstellung zu entfallen. Adele Bloch-Bauer bezieht sich damit auf das Schicksal der Bibliothek *nach dem*

Tod Ferdinand Bloch-Bauers, weil ja die Erfüllung ihrer Bitte erst dann zum Tragen kommen soll. Die Erblasserin sagt, daß die Empfängerin mit den Büchern beliebig verfahren kann, was natürlich **nur möglich** ist, **wenn** sie ihr von Ferdinand Bloch-Bauer überhaupt **hinterlassen** werden oder wenn die **Ersatzerbschaft** und damit die Legatsverpflichtung nach Pkt IV des Testaments zum Tragen kommt (zu dieser vgl unten 3). Die Formulierung, daß (dann) die Wiener Volks- und Arbeiterbibliothek die Bücher verkaufen und „den Erlös“ als Legat behalten könne, kann allerdings nur bildlich gemeint sein, weil der Erlös aus einer vermachten Sache nicht selbst ein Vermächtnis ist. Die Erblasserin wollte wohl nur ausdrücken, daß die Wiener Volks- und Arbeiterbibliothek in der Verwendung der Bücher frei ist und daß sie sie auch verkaufen könne. Dann sollte eben *das Geld* als „Zuwendung“ von Adele Bloch-Bauer betrachtet werden.

Man kann daher zwar sagen, die Erblasserin Adele Bloch-Bauer habe sich gewünscht, daß die Wiener Volks- und Arbeiter-Bibliothek ein „Bücherlegat“ erhielt, doch läßt sich die Anordnung ohne weiteres so verstehen, daß dieses Legat **nicht unbedingt** angeordnet war, sondern von der **Erfüllung der Bitte durch** ihren **Ehemann** (oder dem Eintritt der Ersatzerbschaft) abhängig war, womit das Argument der Finanzprokurator seine Beweiskraft verliert.

Am nächsten liegt, daß die Erblasserin den vorangegangenen Satz „weitergedacht“ und im Ergebnis gemeint hat: „Wenn mein Ehegatte diese **Bitte erfüllt** oder die **Ersatzerbschaft eintritt**, sind die Bücher als **Legat zu betrachten**, und ich stelle es der Wiener Volks- und Arbeiter-Bibliothek anheim, sie zu behalten oder sie zu verkaufen und den Erlös „als Legat“ anzunehmen.“ Hingegen kann aus der Anordnung kein überzeugender Schluß auf eine bindende Verfügung Adele Bloch-Bauers gezogen werden.

3. Weitere Indizien für die Unverbindlichkeit der Bitte

Die Varianten Universalerbe Ehegatte/Ersatzerbschaft verdienen überhaupt noch besondere Aufmerksamkeit. Eine Variante der Zuwendungen gilt, wenn der *Ehegatte* der Erblasserin *Universalerbe* wird, die andere, wenn die *Ersatzerbschaft* zum Tragen kommt. An den **Ehegatten** richtet sie die **Bitte**, daß er das **Legat anordne**, die **Ersatzerben belastet** Adele Bloch-Bauer hingegen **unbedingt** mit dem **Legat** (Pkt IV: „verpflichte ich ihn, ... als Legat, gleich nach meinem Tode zu übergeben“). Denkt man an die schon erwähnte juristische Sachkunde, mit der das Testament abgefaßt wurde, so beruht diese Differenzierung sicher nicht auf Zufall, und sie überzeugt auch: Dem der Erblasserin nahe stehenden **Ehegatten** sollten keine Beschränkungen auferlegt werden, auch in der Anordnung von Legaten sollte er **frei** sein. Die der Erblasserin ferner stehenden **Ersatzerben** (Gustav Bloch-Bauer oder im Falle seines Vorversterbens seine Deszendenz) sollten diese Freiheit nicht genießen. Sie werden **unbedingt** zur Errichtung eines sofort fälligen Vermächnisses **verpflichtet**.

Wenn die Finanzprokurator (Gutachten, Seite 4) die verschiedenen Formulierungen für die beiden Varianten damit erklären will, daß sie „aus der Person des letztlich Erbberechtigten und aus der Art des Gegenstandes der Verfügungen“ resultieren und alle Gegenstände (Geld, Bilder, Bücher und der hier bislang nicht erwähnte Schmuck) gleich, und zwar als Legat, behandelt werden sollten, so hat sie damit nur teilweise recht. „**Aus der Person**“ des letztlich Erbberechtigten folgt tatsächlich die eben dargelegte *Differenzierung zwischen der Anordnung einer unverbindlichen Bitte um Aussetzung eines Legates und der sofortigen Anordnung eines verbindlichen Legats*. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, daß die Worte „Bitte“ und „Legat“ nach der Art des Gegenstandes ausgewählt worden seien. Warum sollte die Erblasserin „je nach der Art des Gegenstandes“ für **gleichermaßen bin-**

dende Anordnungen Begriffe wählen, die im Hinblick auf Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit verschiedene Bedeutung haben? Daß ein Erblasser zu bestimmten Sachen in besonderen Gefühlsbeziehungen steht, hat nicht zur Folge, daß er bei diesen für eine bindende Anordnung eine nichtbindende Formulierung gebraucht und umgekehrt. Wenn die Erblasserin Adele Bloch-Bauer zu bestimmten Gegenständen eine Vorliebe hatte, so konnte das nur zur Konsequenz haben, daß sie deren Schicksal besonders genau regelte und auf die **Bedeutung ihrer Worte** besonders **achtete**.

Warum die Erblasserin ihren Ehegatten **nur gebeten** hat (unverbindlich ersucht hat), die Bilder zu hinterlassen, ist nicht bekannt. Viele Gründe konnten dafür ausschlaggebend sein. Am nächsten läge an sich die Annahme, daß Adele Bloch-Bauer **vom Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers ausging** (vgl. hierzu unten B. II und IV) und daher meinte, daß sie ihn nur unverbindlich bitten könne. Allerdings hat die Erblasserin auch bei der „ihr gehörigen Bibliothek“ das Wort „Bitte“ verwendet, so daß man (zumindest für diesen Gegenstand) annehmen muß, daß sie dem Ehegatten auch die Freiheit lassen wollte, mit ihren eigenen Sachen nach eigenem Ermessen zu verfahren. Hiefür konnte auch ausschlaggebend gewesen sein, daß ihm die Erblasserin die Möglichkeit geben wollte, auf Grund **späterer**, damals noch nicht voraussehbarer **Entwicklungen** zu entscheiden.

4. Entsprechende Heranziehung der Auslegungsregel des § 614 ABGB

Die bisherigen Überlegungen sprechen also relativ deutlich für die Unverbindlichkeit der letztwilligen „Bitte“ Adele Bloch-Bauers. Wer dieses Ergebnis nicht teilt, muß zugeben, daß die Verbindlichkeit der „Bitte“ zumindest **zweifelhaft** bleibt. Für Zweifelsfälle gilt aber **§ 614 ABGB**, der auf den vorliegenden Fall **entsprechend** anzuwenden ist. Nach dieser Bestim-

mung darf die Errichtung einer fideikommissarischen Substitution nicht vermutet werden, zweifelhafte Ausdrücke dürfen nicht als Substitutionsanordnung verstanden werden (OGH in GIU 1179; SZ 25/85; NZ 1985, 26; *Welser* in Rummel³ Rz 3 zu § 614). Das heißt auch, daß eine Testamentsbestimmung, mit welcher der Erblasser dem Erben auferlegt, eine ihm vom Erblasser vererbte Sache bei seinem Tod einem Dritten **herauszugeben, im Zweifel** nicht als verpflichtende fideikommissarische Substitution, sondern als **unverbindlich** anzusehen ist (OGH in GIU 1179; SZ 25/85; NZ 1985, 26; *Welser* in Rummel³ Rz 3 zu § 614; *Eccher* in Schwimann² Rz 1 zu § 604). Die Zweifelsregel des § 614 ABGB gilt an und für sich für Vermögen des Erblassers. Sie muß aber **umso mehr** gelten, wenn der Erblasser den Erben beauftragt, bei seinem Tod eine **eigene (ihm selbst gehörende) Sache dem Dritten zu hinterlassen**, weil den Erben bei eigenen Sachen im Zweifel nicht eine stärkere Verbindlichkeit treffen kann als bei Sachen des Erblassers (darüber, ob eine solche Verfügung überhaupt möglich ist, vgl unter B. III). Auch eine solche Testamentsbestimmung ist deshalb im Zweifel unverbindlich.

Daher ist unabhängig davon, wem die strittigen Gegenstände im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gehörten, im Zweifel ein bloßer Wunsch der Erblasserin anzunehmen.

IV. Zusammenfassung

1. Das Wort „*Bitte*“ bedeutet nach dem allgemeinen *Sprachgebrauch ein unverbindliches Ersuchen*. An dieser Bedeutung ist festzuhalten, wenn sich nicht eindeutig erweisen läßt, daß der Wille des Erblassers auf eine verpflichtende Anordnung gerichtet war. Ein solcher eindeutiger Nachweis fehlt im vorliegenden Fall.

2. Eine Reihe von Indizien sprechen dafür, daß der Erblasserin die Bedeutung der verwendeten Begriffe für den Inhalt der Verfügung klar war. Es trifft zu, daß sie mit ihrer Bitte nicht nur die Klimt-Bilder, sondern auch ihre Bibliothek erfassen wollte und daß sie es der begünstigten Wiener Volks- und Arbeiter-Bibliothek anheimstellte, die Bücher zu behalten oder sie zu verkaufen und den Erlös „als Legat“ anzunehmen. Daraus ist aber keineswegs ein verpflichtender Charakter der „Bitte“ abzuleiten, weil die Gestattung der Veräußerung und die Widmung des Erlöses als „Legat“ ohne weiteres auch *nur für den Fall gelten kann, daß Ferdinand Bloch-Bauer der unverbindlichen Bitte nachkommen* und das Legat anordnen oder daß die Ersatzerbschaft zum Tragen kommen würde.

3. Meint man, daß die Unverbindlichkeit der „Bitte“ dennoch zweifelhaft bleibe, so liegt eine entsprechende Anwendung des § 614 ABGB nahe. Wenn nach dieser Bestimmung im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser den Erben zur Weitergabe des vererbten Vermögens verpflichten wollte, so darf *im Zweifel noch weniger* angenommen werden, daß der Erblasser *den Erben verbindlich verpflichten* wollte, seine *eigenen Sachen* (bei seinem Tod) an Dritte weiterzugeben. Daher ist unabhängig davon, wem die strittigen Sachen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gehörten, im Zweifel ein bloßer Wunsch der Erblasserin anzunehmen.

Die „Bitte“ Adele Bloch-Bauers ist daher unverbindlich.

B. Die „Bitte“ Adele Bloch-Bauers als verpflichtende Anordnung

I. Legat der Erblasserin oder Testiergebot an den Erben

Ist man der Auffassung, daß die „Bitte“ Adele Bloch-Bauers einen unverbindlichen Wunsch und keine verpflichtende Anordnung darstellt (oben A. IV), so folgte aus dieser Bitte weder **ein Recht** noch eine Pflicht, so daß auch kein Begünstigter, also auch nicht die Österreichische Galerie (die Republik Österreich) daraus Ansprüche ableiten konnte. Nur wenn man meint, Adele Bloch-Bauer habe ihrem Ehegatten die Zuwendung „verbindlich auferlegt“, stellen sich weitere Fragen. Dann ist vor allem relevant, wie der verbindliche Charakter der „Bitte“ erbrechtlich zu qualifizieren ist, welche Rechtsfigur der Anordnung entspricht.

Zur Beantwortung dieser Frage muß man in Ermangelung sonstiger Anhaltspunkte wiederum beim Wortlaut der Verfügung ansetzen. Anders als in Pkt III Abs 1 („Ich hinterlasse“) **hinterläßt** die Erblasserin in Pkt III Abs 2 die Bilder **nicht selbst**, sondern **bittet** ihren Ehegatten, die Bilder nach seinem Tod der Österreichischen Galerie **zu hinterlassen**. Dies ist, wenn man den Verpflichtungswillen unterstellt, ein Auftrag (eine „Auflage“) im Sinne des § 709 ABGB, genauer gesagt ein an Ferdinand Bloch-Bauer gerichtetes **Testiergebot**.

Testiergebote verstoßen gegen den Grundsatz der **Testierfreiheit** und sind deshalb **ungültig**.

Unter der „Testierfreiheit“ versteht man das Recht eines Erblassers, über sein Vermögen **von Todes wegen** frei zu verfügen. Diese Freiheit ist **unabdingbar**, sie steht weder in der Disposition eines Dritten noch des Erb-

lassers selbst. In diesem Sinne hat der OGH bereits mehrmals ausgesprochen, daß auch das Versprechen des Erblassers, jemanden letztwillig zu bedenken, ungültig ist (OGH in SZ 49/136; Arb 9925; vgl auch SZ 36/30).

Eine gewisse Ausnahme von der Unzulässigkeit einer bindenden Zusage einer Erbschaft macht das ABGB beim *Erbvertrag* (§§ 1249 ff ABGB), der allerdings nur zwischen Ehegatten möglich ist. Analog dazu wird zwischen Ehegatten ein – im ABGB nicht geregelter – *Vermächtnisvertrag* zugelassen (siehe *Welser* in Rummel³ Rz 2 zu § 552, und *Petrasch* in Rummel² Rz 2 zu § 1249 jeweils mwN). Allgemein ist die bindende Verpflichtung zur Zuwendung einer Sache auf den Tod in Gestalt der *Schenkung auf den Todesfall zulässig*, die strengen Formgeboten unterliegt (§ 956 Satz 2 ABGB iVm § 1 Abs 1 lit d NotAktsG). Auch in den **zulässigen** Fällen handelt es sich aber **nicht** um die Eingehung einer **Verpflichtung, später letztwillig zu verfügen**, vielmehr wird das Geschäft von Todes wegen sofort vorgenommen. Im Gegensatz zu den letztwilligen Verfügungen ist es aber unwiderruflich, was in gewisser Weise die letztwillige Verfügungsfreiheit beeinträchtigt. Von der Verpflichtung, jemanden von Todes wegen etwas zu hinterlassen, sind entgeltliche Verträge (unter Lebenden) zu unterscheiden, die **keinen erbrechtlichen Anspruch** begründen, sondern nur auf den Todesfall wirken. Sie sind ohne Einschränkung zulässig (siehe *Petrasch* in Rummel² Rz 2 zu § 1249 mwN aus der Judikatur), können aber hier außer Betracht bleiben.

Einseitige Rechtsgeschäfte, mit denen der Erblasser nicht sofort letztwillig verfügt, sondern sich nur verpflichtet, künftig in gewisser Weise zu verfügen, sind also wegen Verstoßes gegen die Testierfreiheit ungültig. **Umso weniger** kann der Erblasser eine **dritte Person verpflichten**, von Todes wegen in bestimmter Weise zu verfügen. Dies gilt auch, wenn diese Person der Erbe des Erblassers ist.

Die Ungültigkeit solcher Verpflichtungen wird durch einzelne Bestimmungen des ABGB bestätigt. Gemäß § 610 ABGB ist ein vom Erblasser dem Erben auferlegtes **Testierverbot** an sich **unzulässig**. Nur soweit es sich um **Vermögen des Erblassers** handelt, darf es in eine fideikommissarische Substitution zugunsten der gesetzlichen Erben des Eingesetzten **umgedeutet** werden. Ein „bloßes Testierverbot“, das nicht der Weiterleitung von Vermögen des Erblassers dient, wird vom OGH wegen Eingriffs in die Testierfreiheit gemäß § 878 ABGB für rechtlich unmöglich gehalten (OGH, 2 Ob 382/97h in RIS-Justiz E48734).

Analog zum Testierverbot werden von der hM die **Testiergebote** behandelt, also rechtsverbindliche Anordnungen des Erblassers an den Erben, in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen. Sie sind wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Testierfreiheit ungültig.

Ausnahmen von der Ungültigkeit von Testiergeboten bestehen wieder nur insofern, als das Gebot in sinngemäßer Anwendung von § 610 ABGB in eine andere Verfügung **umgedeutet** werden kann (Konversion der ungültigen Anordnung in eine gültige). Für die Möglichkeit einer solchen Umdeutung spielt eine wichtige Rolle, ob sich das Testiergebot auf eine (ursprünglich) **eigene Sache** des Erblassers oder eine **Sache des Erben** bezieht.

Da strittig ist, ob die Klimt-Bilder ursprünglich Adele Bloch-Bauer oder ihrem Ehegatten Ferdinand Bloch-Bauer gehört haben, werden im folgenden beide Varianten dargestellt (unten II und III). Im Anschluß daran wird untersucht, ob sich aus dem Testament selbst Anhaltspunkte für das Eigentum ergeben (unten IV).

II. Eigentum Adele Bloch-Bauers

Die Frage nach der Wirksamkeit des von Adele Bloch-Bauer an ihren Ehegatten gerichteten **Testiergebotes** läßt sich am leichtesten beantworten, wenn man annimmt, daß die Bilder ihr selbst gehört haben. Testiergebote eines Erblassers, die sich auf von ihm selbst stammendes Vermögen beziehen, werden nämlich in sinngemäßer Anwendung des § 610 ABGB **in fideikommissarische Substitutionen** (fideikommissarische Legate) zugunsten des durch das Testiergebot Begünstigten **umgedeutet** (OGH in NZ 1974, 73; EvBl 1961/38; EvBl 1988/117; NZ 1990, 151; *Welser* in Rummel³ Rz 1 zu § 610; *Kralik*, Erbrecht 200; *Eccher* in Schwimann² Rz 1 zu § 610; aus der älteren Literatur: *Zeiller*, Commentar II 507; *Pfaff/Hofmann*, Commentar II/2, 237 mwN). Die Testiergebote werden als Verfügungen des Erblassers selbst behandelt, die sich nicht an den Erben (Beauftragten) richten, sondern sich direkt auf die (dem Erblasser gehörige) Sache beziehen. Der Ersteingesetzte erhält das Vermögen (die Sache) als Vorerbe oder Vorlegatar, der Zweitbedachte erhält es als Nacherbe oder Nachlegatar (OGH in NZ 1974, 73; EvBl 1961/38; EvBl 1988/117; NZ 1990, 151; *Welser* in Rummel³ Rz 1 zu § 610; *Kralik*, Erbrecht 200; *Eccher* in Schwimann² Rz 1 zu § 610). Als zulässig wird auch die Anordnung angesehen, daß der Erbe das ganze Vermögen erhalten und an den Zweitbedachten nur eine bestimmte Sache aus diesem Vermögen „weitergeben“ soll („fideikommissarisches Nachvermächtnis“).

Auf die Einschränkung, daß das von der Bindung betroffene Vermögen vom Erblasser stammen muß, wird immer wieder hingewiesen (*Welser*, Das Legat einer fremden Sache, NZ 1994, 203; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ II 464; *B. Jud*, Anm zu NZ 1998, 146; *Kletecka*, Das Nachlegat der Sache des Erben, NZ 1999, 68). Eine fideikommissarische Substitutionsbindung des **Vermögens des Erben** ist **ausgeschlossen**. § 609 ABGB ordnet

dies, und zwar keinesfalls als Ausnahme, ausdrücklich für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern an. **§ 652 ABGB erstreckt diese** primär für das Erbrecht geltenden **Grundsätze auf das Vermächtnisrecht**.

Wäre also Adele Bloch-Bauer tatsächlich Eigentümerin der Bilder gewesen, so träfe der von der Finanzprokurator (Gutachten, Seite 5) skizzierte Standpunkt zu, es läge ein fideikommissarisches Nachvermächtnis vor.

III. Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers

Fraglich ist, ob an sich ungültige Testiergebote auch umgedeutet werden können, wenn sie sich auf eigene Sachen des Erben beziehen. Nach österreichischem Recht ist ein **Legat des Erblassers**, das eine **Sache des Erben** betrifft, an sich **gültig**. Man kann nun mit dem Gutachten der Finanzprokurator versuchen, den *Auftrag des Testierens an Ferdinand Bloch-Bauer in ein Legat Adele Bloch-Bauers umzudeuten*. Es müßte sich allerdings um ein Legat handeln, das (atypischerweise) **nicht** bei ihrem **eigenen Tod**, sondern erst beim Tod ihres Ehegatten (also des Vermächtnisschuldners) fällig geworden wäre. Im Folgenden ist auf diese Problematik näher einzugehen. Sie gehört zweifellos zur rechtlich schwierigsten des Sachverhaltes.

1. Argumentation der Finanzprokurator

Nach dem Gutachten der Finanzprokurator ist die „Bitte“ Adele Bloch-Bauers als **Anordnung eines Vermächtnisses durch diese Erblasserin**, also als ein Legat der Adele Bloch-Bauer selbst, anzusehen. Der Gültigkeit dieses Legates stehe nicht entgegen, daß die Bilder im Eigentum des Alleinerben (Ferdinand Bloch-Bauer) standen, weil sie als solche nicht

fremd im Sinne des § 662 ABGB seien. Das Vermächtnis sei mit dem Tod des Erben Ferdinand Bloch-Bauer aufschiebend befristet (terminisiert) gewesen. Die Auffassung *Welsers* (NZ 1994, 197), nach welcher ein Legat, das erst im Todeszeitpunkt des Erben entrichtet werden soll, wegen Verstoßes gegen die Testierfreiheit unwirksam sei, wird von der Finanzprokurator abgelehnt (Gutachten, Seite 6). Ein Eingriff in Rechte des belasteten Erben liege nicht vor, weil es ohnehin seiner „Zustimmung“ bedürfe, die in der Annahme der Erbschaft liege. Entscheidend sei schließlich, daß der OGH in NZ 1998, 146 = SZ 70/102 der Ansicht *Welsers* nicht gefolgt sei.

2. Stellungnahme

Zum Verständnis der Problematik muß zunächst ausführlicher auf den Inhalt des § 662 ABGB (Vermächtnis einer fremden Sache) eingegangen werden. Dann wird untersucht, ob im Sinne der Finanzprokurator § 662 ABGB wirklich für die „Sanierung“ des unzulässigen Testiergebotes der Erblasserin Adele Bloch-Bauer nutzbar gemacht werden kann.

a) Das Vermächtnis der fremden Sache nach § 662 ABGB

Gemäß § 662 Satz 1 ABGB ist das Vermächtnis einer fremden Sache, die weder dem Erblasser noch dem Erben oder Legatar, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, wirkungslos. Nach unbestrittener Auffassung bezieht sich diese Bestimmung nur auf Speziesvermächtnisse (vgl nur *Welser* in Rummel³ Rz 1 zu § 662). Wirksam ist allerdings das sog „Verschaffungsvermächtnis“ (§ 662 ABGB letzter Satz). Ohne ausdrückliche Anordnung ist aber nicht anzunehmen, daß der Erblasser den Erben (oder Hauptvermächtnisnehmer) mit der Aufgabe belasten wollte, dem Legatar (Sublegatar) eine fremde Sache zu verschaffen.

Merkwürdig ist, daß das Gesetz Sachen, die dem **Erben gehören**, jenen des Erblassers gleichstellt. Sie befinden sich ja genausowenig im Nachlaß wie Sachen Dritter. Ihre Herausgabe an den Legatar ist für den Belasteten dasselbe Vermögensopfer, wie wenn er eine Sache anschaffen müßte. Konsequenterweise zählt daher das *deutsche BGB* Sachen des Beschwernten zu den „fremden Sachen“ (vgl. *Otte* in *Staudinger*¹³ Rz 5 zu § 2169 BGB). Ebenso entscheidet das *schweizerische ZGB* (Art 484 Abs 3). Der gegenteilige Standpunkt des ABGB dürfte auf das Preußische Allgemeine Landrecht (Teil I, 12. Hauptstück § 374) zurückgehen, ohne daß dafür jemals eine tragfähige Begründung gegeben wurde (auch nicht in den Protokollen der Gesetzgebungskommission, während deren Beratungen *Zeiller* die heutige Fassung des § 662 ABGB vorgeschlagen hat: siehe dazu *Ofner*, Urentwurf und Beratungsprotokolle I 396 f).

Besonders zweifelhaft erscheint, ob das Vermächtnis einer Sache des Erben auch dann wirksam ist, wenn sie der Erblasser **irrtümlich für seine eigene** gehalten hat (so das Gutachten, Seite 5). Ein Erblasser, der meint, die vermachte Sache gehöre ihm, würde wohl kaum dasselbe Vermächtnis errichten, wenn er wüßte, daß die Sache im Eigentum seines Erben steht. Er wäre bei Kenntnis der Sach- und Rechtslage vermutlich selbst von der Wirksamkeit seines Vermächtnisses überrascht. Insofern ist die gesetzliche Regel weder sachgerecht noch im Sinne des typischen Erblassers. Dennoch hat die Literatur bisher nicht versucht, § 662 ABGB durch Auslegung zu „entschärfen“. Vielmehr ist herrschende Meinung, daß der **Irrtum** des Erblassers die Anwendung des **§ 662 ABGB nicht hindert**, so daß das Legat der Sache des Erben auch dann wirkt, wenn sie der Erblasser für die eigene gehalten hat (*Unger*, *Erbrecht*⁴, 289; *Pfaff/Hofmann*, *Commentar* II/1, 435 und 397, die diese Regel allerdings für „legislativ bedenklich“ halten; *Ehrenzweig*, *System*² II/2, 547 FN 9; *Rappaport* in *Klang*¹ II/1, 662; *Kralik*,

Erbrecht 223 FN 5; *Welser* in Rummel³ Rz 2 zu § 662; *derselbe*, NZ 1994, 198).

Allerdings kann der Erbe eine unter einem solchen Irrtum zustandekommene Verfügung gemäß § 572 ABGB **anfechten** (*Welser* in Rummel³ Rz 2 zu § 662, und *Kralik*, Erbrecht 223 FN 5). Das Recht zur Anfechtung unterliegt der Verjährung. Die Frist beträgt drei Jahre (§ 1487 ABGB), sie beginnt mit der Testamentskundmachung. Die Verjährung ist nicht von Amts wegen wahrzunehmen (§ 1501 ABGB), sondern müßte (im konkreten Fall von der Republik Österreich) eingewendet werden (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ II 205).

Für die **Fälligkeit** des Vermächnisses einer Sache des Erben gelten keine besonderen Regeln. Sie richtet sich nach § 685 ABGB. Danach sind Vermächnisse einzelner Verlassenschaftsstücke sofort nach dem Tod, andere aber erst ein Jahr später fällig. § 685 ABGB hat aber keinen zwingenden Charakter und wird durch einen abweichenden Erblasserwillen verdrängt (vgl nur *Welser* in Rummel³ Rz 1 zu § 685). Der Erblasser kann daher bestimmen, wann der Legatar das Vermächtnis fordern kann. Dieser Zeitpunkt muß nicht unbedingt kalendermäßig feststehen, sondern kann auch anders bestimmt sein. Umstritten ist allerdings, ob die Fälligkeit mit dem Tod des beschwerten Erben festgelegt werden kann. Hiezu ist jetzt Stellung zu nehmen.

b) Vermächtnis einer Sache des Erben mit Fälligkeit bei dessen Tod

Wie dargelegt, versucht die Finanzprokurator der Ungültigkeit des Testiergebotes dadurch zu entgehen, daß sie entgegen dem klaren Wortlaut des Testaments („Bitte ich, zu hinterlassen“) **kein Gebot der Erblasserin an den Gatten Ferdinand**, sondern ein **Legat der Erblasserin selbst** an-

nimmt, welches sich auf Sachen des Erben bezieht. Richtiger wäre zu fragen, ob man das Testiergebot in ein solches Legat „umdeuten“ kann.

Der springende Punkt ist dabei die **Fälligkeit** des Legates. Diese soll ja nicht – wie es normal wäre – nach dem Tod der Erblasserin eintreten, sondern erst mit dem Tod des Erben. Die Finanzprokurator hält unter Berufung auf OGH in NZ 1998, 146 = SZ 70/102 diesen Fälligkeitszeitpunkt für möglich (Gutachten, Seite 7). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Das Legat eines **Erblassers**, das erst **mit dem Tod eines anderen** Erblassers fällig wird und aus **dessen freien Vermögen** entrichtet werden muß, ist **kein Legat des ersten Erblassers**. Es könnte höchstens ein solches des zweiten Erblassers sein, zu welchem aber dieser nicht verpflichtet werden kann, weil dadurch seine Testierfreiheit aufgehoben würde. Folgte man der Ansicht der Finanzprokurator, so würde die Testierfreiheit eines – zunächst von einem ersten Erblasser bedachten – Erblassers überhaupt beseitigt. Hielte man es nämlich für möglich, daß ein Erblasser über alle Sachen seines Erben so verfügt, daß sie beim Tod dieses Erben den vom Erblasser bestimmten Personen zufallen, so könnte der Erbe, wenn es der Erblasser will, *über sein Vermögen gar nicht mehr letztwillig bestimmen*. Es würde genau dasselbe erreicht wie bei genereller Zulässigkeit von Testiergeboten.

Ist es aber unzulässig, daß ein Erblasser Vermächtnisse anordnet, die sich auf das Vermögen des Erben beziehen und bei dessen Tod fällig werden, so kann man auch einem ausdrücklichen **Testiergebot nicht** dadurch Wirksamkeit verleihen, daß man es in ein **Legat des Erblassers** selbst **umdeutet**, das beim **Tod des Erben fällig** wird. Beide Anordnungen müssen gleich unwirksam sein.

Das untragbare Ergebnis kann auch nicht mit dem Hinweis darauf entschärft werden, daß der Erbe die Erbschaft **nicht annehmen** müsse (so Gutachten, Seite 6, und *Eccher* in Schwimann² Rz 1 zu § 652 zum Fall des

belasteten Hauptvermächtnisnehmers). Geht es doch nicht darum, daß dem Gesetz unterstellte unsinnige Ergebnisse durch geschicktes Verhalten des Erben zu vermeiden sind, sondern darum, der Rechtsordnung nicht unsinnige Anordnungen zu unterstellen. Die Umdeutung eines auf das Vermögen des Erben bezogenen Testiergebotes in ein Legat des Erblassers mit Terminisierung durch den Tod des Erben ist eine solche unsinnige Konsequenz, die in § 662 ABGB nicht hineingelesen werden darf. Wie *Kletecka* (NZ 1999, 66) zutreffend gezeigt hat, führte dies zu unbegreiflichen Wertungswidersprüchen. Wäre es doch nicht einzusehen, warum es zwar **unzulässig** ist, daß der Erblasser seinem Erben (für dessen Vermögen) einen **Erben bestimmt** (so § 609 ABGB), hingegen **zulässig** sein soll, daß der Erblasser den Erben verpflichtet, eine oder mehrere Sachen, die auch sein ganzes Vermögen ausmachen können, nach seinem Tod jemandem als **Vermächtnis zu hinterlassen**. Von der Testierfreiheit bliebe nur ein „nudum ius“, die formale Möglichkeit, ein eigenes Testament zu errichten (vgl. *Kletecka*, NZ 1999, 68).

Wer meint, das mit dem Tod des Erben terminisierte Legat sei unbedenklich, weil der Erbe mit der Erbserklärung hiezu sein Einverständnis erkläre, übersieht vor allem eins, nämlich daß man sich auch selbst nicht verpflichten kann, in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen. Ebensov wenig kann es dann verbindlich sein, wenn sich jemand „implizit“ – durch Antretung der Erbschaft – mit dem Gebot eines anderen einverstanden erklärt, in bestimmter Weise zu verfügen.

Das Argument der Finanzprokurator, der Belastete könne seine Begünstigung und damit die Belastung ja auch ausschlagen, überzeugt übrigens noch weniger bei einem mit dem Legat belasteten Hauptvermächtnisnehmer, der die eigene Sache als Sublegatar entrichten soll, weil es beim Legat keine formelle Annahme oder Entschlagung gibt.

Daß der Auftrag an den Erben, eine ihm gehörige Sache bei seinem Tod herauszugeben, ungültig ist, wurde schon an anderer Stelle ausführlich dargelegt (*Welser*, NZ 1994, 203 ff). Dieser Standpunkt wurde in der Literatur mehrfach bestätigt (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ II 464; *B. Jud.*, Anm zu OGH in NZ 1998, 146; *Kletecka*, NZ 1999, 66). Die einzige literarische Gegenmeinung ist jene von *Eccher* (in Schwimann² Rz 4 zu § 650).

Ebensowenig überzeugt es, wenn das Gutachten sich darauf beruft, daß das schon beim Tod des Erblassers fällige Vermächtnis einer Sache des Belasteten mit dem (der Testierfreiheit gleichwertigen) Grundsatz der Freiheit des Eigentums im Widerspruch zu stehen scheine, worin das Gesetz offenbar kein Hindernis für die Anordnung des § 662 ABGB sehe. Darauf ist zu erwidern, daß es zwar das Gesetz (§ 609 ABGB) ablehnt, daß **eine Person über das freie Vermögen einer anderen bei deren Todesfall** bestimmt, jedoch vielfältige schuldrechtliche und sachenrechtliche Belastungen des Vermögens (des Eigentums) eines anderen zuläßt. Das Eigentumsrecht selbst ist privatrechtlich in vielfacher Weise eingeschränkt, den Grundsatz der uneingeschränkten Eigentumsfreiheit gibt es im Zivilrecht überhaupt nicht. Daher kann zwar ein Eigentümer grundsätzlich Belastungen seines Eigentums zugunsten Dritter zustimmen, sich aber nicht einmal ausdrücklich verpflichten, über seinen Nachlaß in bestimmter Weise zu verfügen. Noch weniger kann die Übernahme einer derartigen Verpflichtung „stillschweigend“, durch Annahme der Erbschaft möglich sein. Aus der Zulässigkeit eigentumsrechtlicher Beschränkungen kann daher kein Schluß auf die Zulässigkeit der Einschränkung der Testierfreiheit gezogen werden. Auch § 662 ABGB darf nicht in diesem Sinne interpretiert werden.

Wenn die Finanzprokurator meint, die Möglichkeit eines mit dem Tod des Erben befristeten Legates einer Sache des Erben werde „in keiner gängigen Kommentierung in Frage gestellt“ (Gutachten, Seite 6), so ist dies

grob irreführend. Von den fünf „gängigen Kommentatoren“, welche die Finanzprokuratur nennt (*Weiß, Welser, Kralik, Ehrenzweig, Koziol/Welser*), **erwähnen drei** (*Weiß, Kralik* und *Ehrenzweig*) die Problematik des mit dem Tod befristeten Legates **überhaupt nicht**. Von den Autoren, welche die Frage erörtern (*Welser* in NZ 1994, 203 ff, und *Welser* in Rummel, *Koziol/Welser, Jud, Kletecka* und *Eccher*) hält nur *Eccher* ein mit dem Tod des Erben befristetes Legat für möglich, während es **alle anderen** Autoren **ablehnen**.

Ähnliches gilt für die Behauptung der Finanzprokuratur, die Rechtsprechung sei der „Lehrmeinung“ *Weslers* nicht gefolgt. Diese Bemerkung hält das Gutachten (Seite 6) für „entscheidend“ und will es mit der Entscheidung des OGH in NZ 1998, 146 (= SZ 70/102) belegen. Diese Entscheidung hat allerdings die Ausführungen *Weslers*, nämlich den Aufsatz in NZ 1994, 203 ff, *nicht abgelehnt*, sondern einfach **übersehen**. Richtig ist allerdings, daß NZ 1998, 146, ohne die damit verbundene Problematik der Beeinträchtigung der Testierfreiheit des Erben überhaupt zu erkennen, in einem *obiter dictum* die Verpflichtung eines Legatars zuläßt, eine eigene Sache bei seinem Tod herauszugeben (kritisch die Anmerkung von *B. Jud*, NZ 1998, 146). Daß diese Auffassung nicht mit dem Gesetz in Einklang steht, wurde schon dargelegt.

Im übrigen ist fraglich, ob die Meinung der Finanzprokuratur, es handle sich in NZ 1998, 146 (= SZ 70/102) um eine dem vorliegenden Sachverhalt „*vollkommen vergleichbare Verfügung*“ (Gutachten, Seite 7), überhaupt zutrifft. Die Verfügung des Erblassers lautete: „2. Zugleich **setze ich** folgende Vermächnisse aus: a) Meiner Frau Maria A **vermache ich** die mir gehörige Hälfte des Wohnhauses in NT (..) mit der Auflage, an der ihr gehörigen und an der ererbten Hälfte dieser Liegenschaft, somit an der Gesamtliegenschaft (..) unserer Enkelin Gerda L an dieser Liegenschaft (..) das

Nachvermächtnis einzuräumen.“ Während die Erblasserin Adele Bloch-Bauer ihren Ehegatten „**bittet, zu hinterlassen**“ und somit ein *Testiergebot* erläßt, hat der Erblasser in NZ 1998, 146, soweit es seine eigene Liegenschaftshälfte betraf, **selbst ein fideikommissarisches Vermächtnis angeordnet**. Dies ergibt sich aus der Verwendung des Ausdruckes „Nachvermächtnis“. Ein **Nachvermächtnis** ist ein Vermächtnis **des Erblassers selbst** und nicht ein solches eines (beschwerten) Erben. Weil der Erblasser über beide Liegenschaftshälften in gleicher Weise („Nachvermächtnis“) verfügte, ist anzunehmen, daß er sich auch für die Haushälfte seiner Frau *als denjenigen* betrachtete, der das Vermächtnis anordnet. Der Fall NZ 1998, 146 (= SZ 70/102) betrifft also ein eigenes Vermächtnis des Erblassers, das Testament Adele Bloch-Bauers hingegen ein Testiergebot der Erblasserin.

Eine weitere Entscheidung, nämlich NZ 1999, 91, ist im Gutachten der Finanzprokurator nicht erwähnt. Nach dem Sachverhalt übergab der spätere Erblasser seiner Gattin eine Liegenschaft durch gemischte Schenkung unter Lebenden. Die Ehegattin verpflichtete sich, das Grundstück an eines der gemeinsamen Kinder ihrer Wahl entweder *zu Lebzeiten zu übergeben oder im Erbwege zu hinterlassen*. Zur Sicherung des künftigen Übernehmers wurde ein Veräußerungs- und Belastungsverbot vereinbart. Später errichtete der Erblasser ein Testament, in dem er anordnete, daß die Liegenschaft nach dem Tod seiner Frau eine **bestimmte Tochter** erhalten sollte. Die Ehegattin schenkte die Liegenschaft allerdings schon nach dem Tode des Erblassers einer anderen Tochter. Nach dem Tod der Ehegattin des Erblassers klagte die im Testament des Erblassers bedachte Tochter ihre Schwester auf Herausgabe der Liegenschaft.

Der OGH hielt zunächst fest, daß die Rechtsprechung auf zu Lebzeiten begründete Besitznachfolgerechte sinngemäß die Regeln der fideikommissarischen Substitution anwendet (neben OGH in NZ 1999, 91 zB SZ

51/65, weitere Nachweise bei *Welser* in *Rummel*³ Rz 5 zu § 608). Ferner vertrat er die (fragwürdige) Meinung, der Erblasser habe *trotz der vertraglichen Bindung das Wahlrecht seiner Frau* durch eigene Bestimmung des Begünstigten *beseitigen können*, solange die Frau das Recht noch nicht ausgeübt habe (zu Recht kritisch *Kletecka*, NZ 1999, 66 f). Daher sei das Legat des Erblassers zugunsten der Klägerin gültig. Der OGH stellte sich dann die Frage, ob diese Begünstigung wegen eines Eingriffs in die Testierfreiheit unwirksam sei. Nach Wiedergabe der von *Welser* in NZ 1994, 197 ff, vertretenen Ansicht **enthielt sich der OGH einer eigenen Stellungnahme**: Die Richtigkeit der Ausführungen *Welsers* könne dahinstehen, weil der Fall so oder so gleich zu entscheiden sei. Dies ergebe sich aus der Besonderheit des Sachverhaltes, wonach es der Ehegattin freistand, wann sie die Liegenschaft übergeben wollte. Sie mußte nicht bis zu ihrem Tod warten, sondern konnte *auch unter Lebenden* übergeben. Auch sei das Legat der Klägerin bereits beim Tod des Erblassers angefallen und nur die Fälligkeit hinausgeschoben. Daher liege kein Eingriff in die Testierfreiheit vor.

Berechtigte Kritik an dieser Entscheidung übte *Kletecka* (NZ 1999, 66 ff). Wie er richtig hervorhebt, kann es für einen Eingriff in die Testierfreiheit auf die konstruktive Erfassung von Anfall und Fälligkeit nicht ankommen. **Entscheidend ist**, ob der Belastete (seine Erben) die Sache **nach seinem Tod** als Vermächtnisschuldner **herausgeben muß**. Der Eingriff in die Testierfreiheit werde auch nicht dadurch beseitigt, daß es dem Belasteten freisteht, die Sache bereits früher, also unter Lebenden, herauszugeben (*Kletecka*, NZ 1999, 67).

Die Entscheidung kann nur mit einer anderen, etwas komplizierten, Begründung gerechtfertigt werden, die auf der (allerdings kritikwürdigen) Annahme des OGH aufbaut, daß der Erblasser berechtigt war, noch nachträglich das vertragliche Wahlrecht seiner Ehegattin zu konkretisieren. Dar-

auf aufbauend könnte das Recht der vom Erblasser begünstigten Schwester als *Besitznachfolgerecht aus dem Vertrag* zwischen dem Erblasser und seiner Ehegattin abgeleitet werden (siehe den Fall OGH in NZ 2001, 190). Die daraus folgende Belastung der Ehegattin hätte sich somit auf eine Sache des Erblassers bezogen, weil dieser im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Eigentümer der Liegenschaft war, und hätte die Ehegattin das Eigentum von vornherein mit dieser Belastung erworben. In sinngemäßer Anwendung der Regeln über die fideikommissarische Substitution wäre dann die begünstigte Tochter als Nachlegatarin anzusehen gewesen, die eine *Sache des Erblassers nach* der erstbegünstigten *Ehegattin* erhielt.

Vollkommen richtig ist jedenfalls die Entscheidung OGH in GIUNF 1179. Nach dem Sachverhalt war die Erblasserin zu einer Quote freie Eigentümerin zweier Häuser, zu einer anderen Quote war ihr Miteigentum mit einer fideikommissarischen Substitution zugunsten ihrer beiden Töchter belastet, und schließlich stand eine dritte Quote im Miteigentum der Töchter selbst. In ihrem Testament setzte die Erblasserin die Töchter als Erben ein und bestimmte wörtlich: „Auch wünsche ich, daß die Häuser Y und X *nach dem Tode* meiner Töchter an arme Schauspieler und Kaufleute einer unseren Namen führenden Stiftung verwendet werden.“ Der OGH erblickte hinsichtlich des Schicksals der „ganzen Häuser“ in der Verfügung nur einen unverbindlichen Wunsch, betonte aber überdies, daß der Erblasserin das „*Dispositionsrecht* bezüglich derjenigen Anteile dieser Häuser, welche ihre Töchter *zur Zeit der Testamenterrichtung schon besaßen*, und derjenigen, welche ihnen nach dem Ableben ihrer Mutter aus einem Substitutionsvermögen *zufallen sollten, nicht zustand*“. Das entspricht der hier vertretenen Auffassung.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß in der hier relevanten Frage keine klare und eindeutige Judikatur vorliegt. Es ist wahrscheinlich, daß der OGH das Problem der Bindung eines Erben durch Verfügungen eines Erblassers, die mit dem Tod des Erben wirken sollen und sein eigenes Vermögen betreffen, noch einmal prüfen wird.

IV. Anhaltspunkte im Testament Adele Bloch-Bauers für die Eigentumslage und gesetzliche Vermutung zugunsten der Eigentümerschaft Ferdinand Bloch-Bauers

1. Anhaltspunkte im Testament Adele Bloch-Bauers für die Eigentumslage

Das Eigentumsrecht ist eine objektive Tatsache, die von der Meinung der beteiligten Personen nicht abhängt. Auch Formulierungen im Testament Adele Bloch-Bauers sind daher für die damaligen Eigentumsverhältnisse höchstens ein Indiz.

Als Anhaltspunkt dafür, daß sich die Erblasserin Adele Bloch-Bauer selbst für die Eigentümerin der Bilder hielt, könnte angeführt werden, daß sie bei ihrer „Bitte“ an Ferdinand Bloch-Bauer in Pkt III die Wendung „**Meine** zwei Porträts“ gebraucht. Schon die Finanzprokuratur hält dies aber zu Recht für keine eindeutige Aussage (Gutachten, Seite 3), weil die beiden Bilder die Erblasserin selbst darstellen, weshalb die Wendung wahrscheinlich nur im Sinne von „die Bilder, die mich darstellen“ zu verstehen ist. Tatsächlich spricht Adele Bloch-Bauer in Pkt III bei den übrigen Bildern nicht von „ihren“, sondern von „**den**“ vier Landschaften von Gustav Klimt. Hinzu kommt, daß sie in der Verfügung über die Bilder für den Fall des Eintritts

der Ersatzerbschaft in Pkt IV die Wendung „die 2 Porträts und 4 Landschaften von Gustav Klimt“ gebraucht.

Man kann daher die Bitte an Ferdinand Bloch-Bauer zwanglos so verstehen, daß Adele Bloch-Bauer ihren Ehegatten ersuchen wollte, die sechs bezeichneten Bilder *aus seiner umfassenden Kunstsammlung* bei seinem Tod der Österreichischen Galerie zuzuwenden, zB weil sie diese Kunstwerke für so bedeutend hielt, daß sie einen öffentlichen Zugang zu ihnen wünschte.

Die Finanzprokurator stützt denn auch ihre Meinung, daß Adele Bloch-Bauer glaubte, selbst Eigentümerin der Bilder zu sein, vor allem auf eine andere Stelle des Testaments, nämlich darauf, daß sie dem **Ersatzerben** einen **bindenden Auftrag** zur sofortigen Herausgabe der Bilder erteilt (Pkt IV des Testaments). Hätte nämlich Adele Bloch-Bauer gedacht, die Bilder gehörten ihrem Gatten Ferdinand, so hätte sie den Ersatzerben nicht verpflichten können, diese Bilder sofort an Legatäre herauszugeben. Bei isolierter Betrachtung ist dieses Argument überzeugend, bei Berücksichtigung der Gesamtregelung jedoch nicht. Pkt IV sollte nämlich **nur** dann zur Anwendung kommen, **wenn Ferdinand Bloch-Bauer vor der Erblasserin sterben** sollte (vgl Pkt II: „Für den Fall, daß mein Ehegatte vor mir sterben sollte, bestimme ich zu meinem Universalerben meinen Schwager ...“). Für diesen Fall konnte, ja mußte aber die Erblasserin annehmen, daß sich die Bilder **bei ihrem eigenen Tod in ihrem Eigentum** befinden würden. Schon weil das Ehepaar kinderlos war, konnte jeder Ehegatte damit rechnen, beim Tod des anderen dessen Erbe zu sein. So hat ja auch Adele Bloch-Bauer selbst zugunsten Ferdinand Bloch-Bauers testiert.

Aus dem Testament kann daher nicht zweifelsfrei abgeleitet werden, daß sich Adele Bloch-Bauer selbst für die Eigentümerin der Bilder hielt, noch weniger können daraus Schlüsse auf die wirklichen Eigentumsverhältnisse gezogen werden.

Gewisse Aufmerksamkeit verdient, daß die Erblasserin bei den Aufzählungen (wenn man von der Wendung „Meine zwei Porträts“ absieht) nur von den vier Landschaften (Pkt III), von den zwei Porträts und vier Landschaften von Gustav Klimt (Pkt IV), jedoch von der „**mir gehörenden**“ Bibliothek (Pkt III und Pkt IV) und „**meiner** Wiener und Jungfer Brezner Bibliothek“ spricht. Die verschiedenen Formulierungen könnten auf verschiedene Eigentümer hindeuten.

Das deutlichste Indiz für die Eigentumsverhältnisse ergibt sich freilich nicht aus dem Testament Adele Bloch-Bauers, sondern aus der klaren und eindeutigen **Erklärung** Ferdinand Bloch-Bauers **vor dem Abhandlungsgericht** (dazu unten C).

2. Gesetzliche Vermutung zugunsten der Eigentümerschaft Ferdinand Bloch-Bauers

a) §§ 1237 Satz 2 alte Fassung und 1247 ABGB

Das eheliche Güterrecht des ABGB beruht auf dem Grundsatz der Gütertrennung, von der durch besondere Vereinbarungen abgegangen werden kann. Mangels solcher „Ehepakete“ behält jeder Ehegatte gemäß § 1237 ABGB das Eigentum an den von ihm in die Ehe eingebrachten Sachen und hat der andere auf das, was er während der Ehe erwirbt, keinen Anspruch. § 1237 ABGB gilt heute in der Fassung des EheRÄG 1978 (BG vom 15. Juni 1978 über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts, BGBl 1978/280). Das ABGB folgte freilich bereits in

seiner Stammfassung und damit auch zur Zeit des Todes von Adele Bloch-Bauer dem Grundsatz der Gütertrennung.

§ 1237 ABGB enthielt freilich in seiner ursprünglichen Fassung noch eine gesetzliche Vermutung für den Erwerb während der Ehe. Nach dem Vorbild der römisch-rechtlichen „*Praesumptio Muciana*“ wurde vermutet, daß **ein Erwerb im Zweifel vom Manne herrührt**. Im Zweifel galten daher Sachen, die sich im ehelichen Haushalt befanden, als Eigentum des Mannes. Diese gesetzliche Vermutung wurde erst durch das EheRÄG 1978 beseitigt. Im konkreten Fall ist die § 1237 ABGB in seiner alten Fassung und damit auch die gesetzliche Vermutung maßgebend, weil der von der Finanzprokurator behauptete Erwerb der Bilder durch die Österreichische Galerie vor 1978 stattgefunden hat und hiefür, wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, die Eigentumsfrage eine wesentliche Rolle spielt.

Die Vermutung des § 1237 Satz 2 ABGB aF bezieht sich nur auf Sachen, die **während des Bestands der Ehe** erworben wurden (OGH in GIU 2254; *Nippel*, Erläuterung VII 599 f; *Winiwarter*, Bürgerliches Recht IV 445; *Ogonowski*, Österreichisches Ehegüterrecht 401; *Stubenrauch*, Kommentar⁸ II 538; *Weiß* in Klang² V 823 mwN). Sie unterscheidet **nicht nach der Art** des Gegenstandes und bezieht sich insbesondere auch auf unbewegliche Sachen, wo sie allerdings schon durch die Eintragung der Frau im Grundbuch widerlegt wird (dazu *Weiß* in Klang² V 824 mwN).

Der Besitz der Sache hat auf die gesetzliche Vermutung keinen Einfluß. Sie ist auch dann anwendbar, wenn sich die Sache im Besitz der Frau befindet (*Ogonowski*, Österreichisches Ehegüterrecht 401; *Ehrenzweig*, System² II/2, 146; *Weiß* in Klang² V 826 mwN; *Gschnitzer*, Familienrecht 60; *Gschnitzer/Faistenberger*, Familienrecht², 79; aA nur *Nippel*, Erläuterung VII 600).

Die Vermutung des § 1237 Satz 2 ABGB wirkt nicht nur gegenüber den Gläubigern des Ehemanns, sondern **gegenüber jedermann**, grundsätzlich also gegenüber allen Beteiligten (*Nippel*, Erläuterung VII 600; *Ehrenzweig*, System II/2, 146; *Weiß* in Klang² V 826; einschränkend nur *Anders*, Familienrecht², 38, wonach die Vermutung den Erben des Mannes gegenüber der Frau nicht zustatten kommen soll).

Die gesetzliche Vermutung wird durch den **Gegenbeweis** widerlegt. In Betracht kommt dabei vor allem der Nachweis, daß der Mann die Sache der Frau geschenkt hat. Diese Möglichkeit erfaßt das ABGB mit einer weiteren gesetzlichen Vermutung in § 1247 Satz 1, die noch heute unverändert in Geltung steht: „Was ein Mann seiner Ehegattin an Schmuck, Edelsteinen und anderen Kostbarkeiten zum Putze **gegeben** hat, wird **im Zweifel** nicht für gelehnt; sondern **für geschenkt** angesehen.“ Die Vermutung des § 1247 Satz 1 ABGB verdrängt jene des § 1237 Satz 2 ABGB aF. Sind also die Voraussetzungen des § 1247 Satz 1 ABGB erfüllt, ist die Vermutung des § 1237 Satz 2 ABGB nicht anwendbar (so zB *Stubenrauch*, Kommentar⁸ II 538; *Weiß* in Klang² V 825).

Darüber, was unter „anderen Kostbarkeiten zum Putze“ zu verstehen ist, findet sich in der modernen Literatur und Judikatur kaum ein Hinweis. Nach einem Gutachten des OGH aus dem Jahre 1920 (SZ 2/147) sind unter Kostbarkeiten körperliche Sachen zu verstehen, die trotz ihres kleinen Rauminhaltes und geringen Gewichtes einen sehr hohen Wert haben. Das Gutachten stellt die bisherige Judikatur dar, untersucht den Begriff der Kostbarkeiten allerdings nicht unter dem Blickwinkel des § 1247 ABGB, sondern unter jenem der Gastwirtehaftung (vgl. dem Gutachten folgend, auch OGH in EvBl 1961/336; SZ 56/24) und der Haftung der Eisenbahn. Die Definition wurde von *Weiß* (in Klang² V 881) für § 1247 ABGB übernommen. Im Gegensatz dazu vertrat *Lenhoff* (in Klang¹ III 779 f) die Auf-

fassung, daß es bei § 1247 ABGB nur darauf ankommt, daß die Gegenstände dem weiblichen Gebrauch dienen und keine Unterhaltsleistungen sind, weil diese ohnehin in das Eigentum der Frau übergehen (idS bereits *Ogonowski*, Österreichisches Ehegüterrecht 342; in diese Richtung gehen auch *Ehrenzweig*, System² II/2, 146 f, und *Petrasch* in Rummel² § 1248 Rz 1: „notwendige Gebrauchsgegenstände“; so auch *Gschnitzer*, Familienrecht 61; *Gschnitzer/Faistenberger*, Familienrecht², 80: die „Gerade“). Nach *Lenhoff* muß der Gegenstand aber jedenfalls „zum Putze“ dienen, also als selbständige Sache die Frau „verzieren“. Deshalb soll selbst das wertvollste Gemälde oder Bronze nicht darunter fallen (*Lenhoff* in Klang¹ III 778). *Weiß* (in Klang² V 881) hielt dazu nur noch fest, daß die Sache zum Putz und nicht etwa zum Verkauf oder zur Verpfändung gegeben sein muß. Auch die Protokolle sprechen von „weiblichen Dingen“ (*Ofner*, Urentwurf II 147: und nicht von Sachen, die zu beider Gebrauch dienen).

Das ABGB definiert in § 678 ausdrücklich, was unter „Putz“ zu verstehen ist. Demnach ist Putz dasjenige, „was außer Schmuck, Geschmeide und Kleidungsstücke **zur Verzierung der Person** gebraucht wird“. § 678 ABGB ist zwar eine Auslegungsvorschrift für Vermächtnisse (vgl die Marginalrubrik vor § 656 ABGB), doch dürfte nichts dagegen sprechen, sie auch bei der Interpretation des § 1247 ABGB zu beachten (idS *Stubenrauch*, Commentar⁸ II 547; *Krasnopolski/Kafka*, Familienrecht 89; *Anders*, Familienrecht², 39; *Lenhoff* in Klang¹ III 778; dagegen allerdings *Ogonowski*, Österreichisches Ehegüterrecht 341 ff, wonach das Gesetz nur den üblichen Fall hervorhebt. Worauf es ankomme, sei allein, daß die Hingabe über eine Unterhaltsleistung hinausgeht und ein individuelles Bedürfnis der Frau zu befriedigen geeignet ist).

b) Anwendung auf den Sachverhalt

Ferdinand und Adele Bloch-Bauer heirateten im Jahre 1899. Die hier behandelten Bilder hat Gustav Klimt alle zu einem späteren Zeitpunkt geschaffen, sie wurden daher jedenfalls **während der Ehe** der Bloch-Bauers erworben. Damit ist die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1237 Satz 2 ABGB aF (Erwerb während aufrechter Ehe) erfüllt.

Ob die Bilder beim Tod Adele Bloch-Bauers in ihrem alleinigen oder im gemeinsamen Besitz der Ehegatten gestanden sind, kann nicht geklärt werden. Die Anwendung des § 1237 Satz 2 ABGB aF wäre freilich nicht einmal bei alleinigem Besitz Adele Bloch-Bauers ausgeschlossen.

Die Vermutung des § 1237 Satz 2 ABGB aF, wonach die Bilder im Eigentum des Ehemannes Ferdinand Bloch-Bauer standen, ist damit grundsätzlich anzuwenden. Sie wirkt gegen jedermann, also auch gegen potentielle Anspruchsberechtigte aus dem letzten Willen Adele Bloch-Bauers. Die Vermutung wird durch die Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers im Verlassenschaftsverfahren nach Adele Bloch-Bauer, wonach die Bilder in seinem Eigentum standen, bekräftigt.

Jeder, der aus dem behaupteten Eigentum Adele Bloch-Bauers Rechte ableiten will, muß die Vermutung des § 1237 Satz 2 ABGB aF entkräften. Hierbei kommt im konkreten Fall der Beweis in Betracht, daß Ferdinand Bloch-Bauer die Bilder seiner Frau geschenkt hat. Nach den vorliegenden Unterlagen und bei Beachtung der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht kann der Beweis nicht gelingen.

Zu prüfen ist allerdings, ob die Vermutung des § 1237 ABGB **durch** die Anwendbarkeit des **§ 1247 ABGB entkräftet** wird, wonach unter bestimmten Voraussetzungen eine Schenkung des Mannes an die Ehefrau zu vermuten ist. Hiefür müßte es sich bei den Bildern um sonstige Kostbarkei-

ten handeln, die Adele Bloch-Bauer „zum Putze“ von Ferdinand Bloch-Bauer überlassen wurden. Ob Ferdinand Bloch-Bauer die Bilder seiner Frau überhaupt überlassen hat, ist fraglich und kann nach den vorliegenden Unterlagen nicht geklärt werden. Ursprünglich dürfte „Adele Bloch-Bauer I“ als Geschenk für die Eltern der Porträtierten gedacht gewesen sein (so jedenfalls Adele Bloch-Bauer selbst in einem Brief an Julius Bauer vom 15. 10. 1903: „Mein Mann hat sich dann entschlossen, mich von Klimt porträtieren zu lassen, ...). Sicher ist dies allerdings nicht und bezieht sich das entsprechende Indiz (Adele Bloch-Bauers erwähnter Brief) nur auf ein Bild.

Sicher ist, daß die Bilder allesamt keine Kostbarkeiten im Sinne des § 1247 ABGB darstellen. Selbst wenn man aber die Qualifikation als Kostbarkeit und das Überlassen an Adele Bloch-Bauer unterstellte, dienen die Bilder sicher nicht dem „Putze“ Adele Bloch-Bauers. Auch wenn man der von manchen vorgeschlagenen weiten Auslegung des § 1247 ABGB folgt, daß auch sonstige notwendige Gebrauchsgegenstände (die „Gerade“) erfaßt seien, ändert sich am Ergebnis nichts, weil die Bilder auch diese Qualifikation sicher nicht erfüllen.

Und selbst wenn man sich über all diese Gesichtspunkte hinwegsetzte, dürfte nicht übersehen werden, daß auch § 1247 ABGB nur eine Vermutung aufstellt, die widerlegt werden kann. Ferdinand Bloch-Bauers Aussage, daß die Bilder in seinem Eigentum standen, hätte zwar als Gegenbeweis allein wohl noch nicht ausgereicht, wäre dann doch ein wesentliches Indiz dafür, daß Ferdinand Bloch-Bauer die Bilder seiner Frau nicht einmal zur freien Verfügung überlassen, geschweige denn das Eigentum daran übertragen hat.

Damit bleibt es jedenfalls bei der Vermutung des § 1237 Satz 2 ABGB aF. Nach dem Tod Adele Bloch-Bauers war zu vermuten, daß die Bilder im Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers standen.

V. Zusammenfassung

1. Hält man die Bitte Adele Bloch-Bauers für eine verbindliche Anordnung, so ist sie keine Legatsverfügung der Erblasserin selbst, sondern ein *Testiergebot* an ihren Universalerben Ferdinand Bloch-Bauer. Im Gegensatz zu Abs 1 des Pkt III ihres Testaments sagt ja die Erblasserin nicht, daß sie die Bilder hinterläßt, sondern daß sie ihren Ehegatten **bittet, die Bilder zu hinterlassen**, also darüber in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen.

2. Testierverbote und Testiergebote sind wegen Eingriffs in die Testierfreiheit *ungültig*. Ausnahmen bestehen nur insofern, als die Anordnung in eine *fideikommissarische Substitution umgedeutet* werden kann. Eine fideikommissarische Substitution und damit auch die Umdeutung in eine solche setzt aber voraus, daß sich die Anordnung auf eigenes Vermögen oder **eigene Sachen des (ersten) Erblassers bezieht**. Könnte also erwiesen werden, daß die Bilder im Eigentum der Erblasserin Adele Bloch-Bauer standen, wäre die Umdeutung (Konversion) ihrer Anordnung in eine fideikommissarische Substitution (ein fideikommissarisches Vermächtnis) möglich.

3. Viel schwieriger ist die Rechtslage, wenn die Bilder (als Bestandteil seiner Sammlung) dem Erben Ferdinand Bloch-Bauer selbst gehörten. Nach § 662 ABGB ist zwar das Vermächtnis einer Sache, die dem Erblasser gehört, grundsätzlich möglich. Das Gesetz meint damit aber *nicht die Zulässigkeit eines Testiergebotes* an den Erben, sondern eine **Legatsanordnung**, die der **Erblasser selbst** trifft und die sich auf eine **Sache des Erben** bezieht. Nach herrschender, wenngleich sehr fragwürdiger, Auffassung soll das Legat auch gültig sein, wenn der Erblasser irrtümlich meinte, die Sache gehöre ihm selbst. Irrtumsanfechtung ist möglich, im vorliegenden Fall aber ausgeschlossen, wenn der Verjährungseinwand erhoben wird.

4. Die Finanzprokurator möchte das Testiergebot an Ferdinand Bloch-Bauer im Ergebnis in eine nach § 662 ABGB gültige Legatsanordnung der Erblasserin Adele Bloch-Bauer *umdeuten*. Dies könnte jedoch nur dann erwogen werden, wenn das Legat **beim Tod der Erblasserin** zu entrichten gewesen wäre, **nicht** aber, wenn es (wie im vorliegenden Fall) erst beim **Tod des Erben** zu entrichten war, weil dies schon bei ausdrücklicher Festsetzung der Fälligkeit mit dem Tod des Erben ein unzulässiger Eingriff in dessen Testierfreiheit wäre. Umso mehr muß die „Umdeutung“ eines Testiergebotes in eine solche Fälligkeitsbestimmung unzulässig sein. Dementsprechend wird in der Literatur diese Konversion meist abgelehnt. Die Judikatur ist nicht ganz klar, sie äußert sich zum Teil vorsichtig. Vermutlich hat der OGH in dieser Sache das letzte Wort noch nicht gesprochen.

Richtigere Ansicht nach konnte daher die „Bitte“ der Adele Bloch-Bauer, wenn man überhaupt annimmt, sie sei verbindlich gemeint gewesen (vgl. unter A), kein Recht der Österreichischen Galerie (der Republik Österreich) auf die Bilder begründen, wenn diese im Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers standen.

5. Das Testament läßt keine sicheren Schlüsse auf die Eigentumsverhältnisse zu. Die Worte „Meine Porträts“ sind nicht beweiskräftig, weil es sich um Abbildungen der Erblasserin handelte. Ebenso wenig überzeugt der Verweis auf den bindenden Auftrag der Erblasserin zur sofortigen Herausgabe der Bilder an die Ersatzerben, weil **die Ersatzerbschaft nur zum Tragen** kommen konnte, wenn Ferdinand Bloch-Bauer **vor der Erblasserin** Adele Bloch-Bauer **gestorben** wäre. Für diesen Fall konnte aber Adele Bloch-Bauer zweifellos annehmen, daß sie bei *ihrem eigenen Tod Eigentümerin* der Bilder sein würde. Auf das Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers könnte hindeuten, daß die Erblasserin zweimal von der „mir gehörenden“

oder „meiner“ Bibliothek spricht, während sie bei den Bildern (abgesehen von ihren Abbildungen) das Possessivpronomen vermeidet.

6. Für das Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers spricht die Vermutung des § 1237 ABGB in seiner alten Fassung, die bis 1978 in Geltung stand. Danach galten Sachen, die während aufrechter Ehe erworben wurden und sich im ehelichen Haushalt befanden, **im Zweifel als Eigentum des Mannes**. Die Vermutung wirkte gegenüber jedermann. Um sie zu entkräften, müßte bewiesen werden, daß Adele Bloch-Bauer die Bilder selbst erworben hat, oder daß Ferdinand Bloch-Bauer sie ihr geschenkt hat. Ein solcher Beweis erübrigte sich nach § 1247 Satz 1 ABGB, wonach Kostbarkeiten, die der Ehemann seiner Gattin zum Putze gegeben hat, im Zweifel für geschenkt angesehen werden. Die Bilder erfüllen allerdings **nicht** die Voraussetzung von **Kostbarkeiten**, die der Frau **zum Putze** gegeben wurden. All dies kann nur die Behauptung Ferdinand Bloch-Bauers bekräftigen, daß die fraglichen Bilder in seinem Eigentum gestanden seien.

C. Die Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht

I. Fragestellung

Nimmt man an, daß die Österreichische Galerie (Republik Österreich) aus der letztwilligen Verfügung der Adele Bloch-Bauer keine Rechte ableiten konnte, weil keine verpflichtende Anordnung vorlag (oben A) oder weil diese wegen Eingriffs in die Testierfreiheit Ferdinand Bloch-Bauers ungültig war (oben B), so wäre noch denkbar, daß ein Rechtsanspruch der Österreichischen Galerie (Republik Österreich) durch das Verhalten Ferdinand Bloch-Bauers im Verlassenschaftsverfahren nach seiner Ehegattin entstanden ist. Hierauf ist nun näher einzugehen.

In dem von Dr. Gustav Bloch-Bauer als Machthaber seines Bruders Ferdinand Bloch-Bauer im Verlassenschaftsverfahren nach Adele Bloch-Bauer vorgelegten Testamentserfüllungsausweis heißt es ua:

„Im III. Punkt, 1 Absatz ordnet die Erblasserin Legate an zugunsten

1.) des Wiener Arbeitervereines Kinderfreunde

2.) des Vereins „Bereitschaft“

Diese Vereine wurden von dem Legatsanfall gerichtlich verständigt.

Im 2. und 3. Absatz des III. Punktes stellt die Erblasserin an ihren Gatten verschiedene Bitten, die dieser getreul. zu erfüllen verspricht, wenn sie auch nicht den zwingenden Charakter einer testamentarischen Verfügung besitzen.

Bemerkt sei, daß die erwähnten Klimtbilder nicht Eigentum der Erblasserin, sondern des erblasserischen Witwers sind.“

Es ist zu untersuchen, welche Bedeutung diesem Versprechen „getreul. Erfüllung“ Ferdinand Bloch-Bauers für einen allfälligen Anspruch der Österreichischen Galerie zukommt. In erster Linie ist dies ein Problem der Auslegung dieser Erklärung.

II. Auslegung

1. Argumentation der Finanzprokurator

Das Gutachten der Finanzprokurator mißt der Äußerung im Testamentserfüllungsausweis **rechtsbegründende Bedeutung** bei. Ferdinand Bloch-Bauer habe dadurch den letzten Willen seiner Gattin „in dem Sinne **anerkannt**“, daß die Bilder der Österreichischen Galerie zukommen sollen. Selbst ein formungültiges Testament könne rechtswirksam anerkannt werden (Gutachten, Seite 5 und Seite 8). Ein solches Anerkenntnis könne nur solange zurückgenommen werden, als die Erklärung vom Bedachten nicht akzeptiert worden ist (Gutachten, Seite 8 mit Verweis auf OGH in GIUNF 1179).

Überdies „liege es nahe“, die Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers als **Schenkungsversprechen** im Sinne des § 943 ABGB zu qualifizieren. Demnach habe Ferdinand Bloch-Bauer, motiviert durch die Verfügung Adele Bloch-Bauers, die Bilder zu seinen Lebzeiten verschenken wollen. Daß der Bund (Österreichische Staatsgalerie) das Schenkungsversprechen angenommen habe, ergebe sich zweifelsfrei aus dem weiteren Ablauf, obwohl keine formelle Verständigung erfolgt sei (Gutachten, Seiten 8 ff).

2. Stellungnahme

a) Anerkennung

1. Das konstitutive Anerkenntnis ist im ABGB nicht ausdrücklich geregelt, wird aber überwiegend als eine Unterart des Vergleichs angesehen. Es handelt sich um einen **Feststellungsvertrag**, durch den Streit oder Zweifel über ein Recht durch einseitiges Nachgeben einer Partei beseitigt werden (vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ II 102; *Ertl* in Rummel² Rz 6 zu § 1380 mwN). Während die Rechtsprechung die Notwendigkeit einer Annahme durch den anderen Vertragsteil und damit den Vertragscharakter betont, hält ein Teil der Lehre auch die Konstruktion eines einseitigen Schuldversprechens für möglich (dazu *Ertl* in Rummel² Rz 6 zu § 1380 mwN).

Das Anerkenntnis schafft einen neuen **selbständigen Verpflichtungsgrund**, der unabhängig davon entsteht, ob das zweifelhafte oder strittige Recht überhaupt bestanden hat. Man spricht daher von einer konstitutiven Wirkung des Anerkenntnisvertrages. Von einem konstitutiven ist das sog deklarative Anerkenntnis zu unterscheiden, das kein Vertrag, sondern bloß eine Wissenserklärung darüber ist, daß eine bestimmte Pflicht besteht. Das deklarative Anerkenntnis erleichtert nur den Beweis eines zweifelhaften Rechts, ist aber widerlegbar. Bestand das Recht nicht, entsteht durch das deklarative Anerkenntnis auch kein neuer Verpflichtungsgrund (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ II 102; *Ertl* in Rummel² Rz 7 zu § 1380; OGH in SZ 51/76).

Die Rechtswirkung der von der Finanzprokurator erwähnten *Anerkennung* nichtiger, insbesondere formungültiger *letztwilliger Verfügungen* ist strittig (vgl dazu *Welser* in Rummel³ Rz 5 zu § 601 mwN). Nach überwiegender Auffassung bleibt die formnichtige Verfügung ungültig, der An-

erkenntnisvertrag entfaltet nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Parteien (vgl näher *B. Jud*, Der Erbschafts Kauf 111 ff mwN).

2. Im konkreten Fall geht es nicht um eine Anerkennung einer formnichtigen Verfügung (zum Anerkenntnisvertrag eines formnichtigen Legats siehe OGH in SZ 7/297), sondern darum, ob ein unverbindlicher Wunsch oder eine wegen Eingriffs in die Testierfreiheit ungültige Anordnung der Erblasserin durch die Erklärung Gustav Bloch-Bauers als Vertreter von Ferdinand Bloch-Bauer verbindlich wurde. Auch in einem solchen Fall erscheint das Entstehen eines erbrechtlichen Verpflichtungsgrundes durch Anerkenntnis vorweg ausgeschlossen, geprüft werden kann nur, ob Ferdinand Bloch-Bauer durch einen schuldrechtlichen Vertrag einen **neuen Verpflichtungsgrund** geschaffen hat. Für einen solchen bedurfte es einer Vereinbarung zwischen Ferdinand Bloch-Bauer und der Österreichischen Galerie (Republik Österreich).

Im konkreten Fall liegt in der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers entgegen der Auffassung der Finanzprokurator **weder** ein konstitutives noch ein deklaratives **Anerkenntnis**. Ferdinand Bloch-Bauer verspricht die getreuliche Erfüllung der verschiedenen Bitten und weist gleichzeitig darauf hin, rechtlich nicht verpflichtet zu sein: „..., wenn sie auch nicht den zwingenden Charakter einer testamentarischen Verfügung besitzen“.

Daraus läßt sich bei verständiger Auslegung **kein Verpflichtungswille** Ferdinand Bloch-Bauers ableiten. Mit Worten wie „Ich verspreche die *getreuliche Erfüllung*“ übernimmt man gewöhnlich keine rechtliche Verpflichtung, sondern stellt höchstens die Erfüllung einer moralischen Pflicht in Aussicht. Ferdinand Bloch-Bauer hatte auch *nicht den geringsten Anlaß*, sich selbst (ohne Notwendigkeit) eine an sich nicht bestehende *Rechtspflicht* aufzuerlegen. War er davon überzeugt, daß er – vor allem soweit es sich um seine eigenen Sachen handelte – nicht rechtlich verpflichtet war (worauf er

ja ausdrücklich hinweist), und wollte er dem Willen seiner Frau entsprechen, so **konnte er dies auch tun, ohne sich zu binden**. Die Übernahme der Rechtspflicht wäre sinnlos gewesen, sie konnte später nur seinen Dispositionen im Wege stehen.

Hinzu kommt, daß Ferdinand Bloch-Bauer die Unverbindlichkeit der Verfügung Adele Bloch-Bauers besonders hervorhebt. Wollte er sich durch seine Erklärung verpflichten, wäre dieser Umstand nicht leicht verständlich.

Die *Unverbindlichkeit der Zusage* entspricht auch vollkommen der *Unverbindlichkeit der „Bitte“* der Erblasserin. Ist nämlich schon das Ersuchen unverbindlich, so wird es auch kaum jemand mit einer rechtsverbindlichen Zusage beantworten, weil sich die Beteiligten schon wegen der unverbindlichen Bitte im „rechtsfreien Raum“ befinden.

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände kann somit nicht angenommen werden, daß sich Ferdinand Bloch-Bauer durch seine Erklärung gegenüber der Galerie verpflichten wollte. Selbst wenn man im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung daran noch zweifeln sollte, wäre in jedem Fall die **Unklarheitenregel des § 915 ABGB** zu beachten: Da Ferdinand Bloch-Bauer für seine Erklärung keine Gegenleistung erhielt, müßte angenommen werden, daß er sich die „geringere Last“ auferlegen wollte, was wiederum zur Annahme der *Unverbindlichkeit* der Erklärung führt.

3. Die Unverbindlichkeit der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers ergibt sich allerdings nicht nur aus dem mangelnden Verpflichtungswillen, sondern auch aus dem Umstand, daß ihr **der Adressat in Gestalt des Berechtigten fehlt**. Man darf nicht übersehen, daß die Erklärung *im Rahmen des Testamentserfüllungsausweises* abgegeben wurde. Mit diesem wird dem Gericht die Erfüllung der Einantwortungsvoraussetzungen mitgeteilt (vgl. *Weiß* in Klang² III 1044). Er ist nicht zur Information Außenstehender bestimmt; auch nicht zur Information von Legataren. Vielmehr teilt der Erbe

im Testamentserfüllungsausweis dem Gericht nur mit, daß er Legate erfüllt oder sichergestellt oder Legatäre verständigt habe und die ihm allenfalls nach §§ 158 bis 161a AußStrG treffenden gesetzlichen Pflichten erfüllt habe. Diese betreffen Substitutionen, ihnen gleichzuhaltende Auflagen oder Legate. Für bewegliche Sachen ist zumindest die Verständigung des Begünstigten vorgesehen.

Im konkreten Fall ist im Gegensatz zu den Geldlegaten *von einer Verständigung der Österreichischen Galerie im Testamentserfüllungsausweis keine Rede*. Darin wird nur auf eine Verständigung der Begünstigten der Verfügungen in Pkt. III Abs 1 und 3 hingewiesen. Berücksichtigt man weiter, daß Ferdinand Bloch-Bauer – wie bereits erwähnt – die Unverbindlichkeit der Bitte Adele Bloch-Bauers hervorhebt (das Verlassenschaftsgericht hatte offenbar dagegen nichts einzuwenden), muß daraus der Schluß gezogen werden, daß er eine Verständigung der österreichischen Galerie weder beabsichtigte noch wünschte. Der Umstand, daß das Verlassenschaftsgericht davon unabhängig die Verständigung der Österreichischen Galerie beschlossen haben dürfte (so jedenfalls die Darstellung durch die Finanzprokurator in ihrer Stellungnahme gegenüber der Österreichischen Galerie vom 6. 3. 1948, wo auch festgehalten wird, daß die Zustellung dann tatsächlich nicht erfolgte) spielt hierbei keine Rolle. Entscheidend ist, daß sich die Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers (vertreten durch Gustav Bloch-Bauer) keinesfalls an die österreichische Galerie richtete. Sie war **nur für das Verlassenschaftsgericht** bestimmt, um die Einantwortung des Nachlasses nach Adele Bloch-Bauer zu erreichen.

Wie nun eine solche gegenüber dem Gericht abgegebene und nur für dieses bestimmte Erklärung, insbesondere die darin enthaltene Absichtserklärung, von der Finanzprokurator als eine an die Österreichische Galerie

gerichtete Offerte zum Abschluß eines konstitutiven Anerkennnisvertrages angesehen werden kann, ist nicht leicht verständlich.

Daß eine Äußerung im Testamentserfüllungsausweis *keine Offerte* zu einem *Anerkennungsvertrag* darstellt, entspricht auch der *Rechtsprechung*, was der folgende Überblick zeigt. Zu nennen ist zunächst die Entscheidung des OGH in GIUNF 1179, auf die sich die Finanzprokuratur bei der Aussage beruft, daß das Anerkennnis der Erfüllung eines bloßen Wunsches nur solange zurückgenommen werden könne, als die Erklärung vom Bedachten nicht akzeptiert ist. Dieses Zitat dürfte dem bei *Dittrich/Tades*, MGA ABGB, E 1 zu § 711 angeführten Leitsatz entlehnt worden sein. Bei genauerer Analyse wird deutlich, daß die Entscheidung nicht für, sondern **gegen die Auffassung der Finanzprokuratur spricht**.

Ausgangspunkt der Beurteilung ist die schon oben (siehe Seite 50) wiedergegebene letztwillige Verfügung (*„Auch wünsche ich, daß die Häuser Y und X nach dem Tode meiner Töchter an arme Schauspieler und Kaufleute einer unseren Namen führenden Stiftung verwendet werden“*), die vom OGH als bloßer Wunsch angesehen wurde. Im Verlassenschaftsverfahren gab der Vertreter einer Erbin nach Annahme der Erbserklärungen eine Erklärung ab, in der es heißt: *„1. daß die Erblasserin hinsichtlich ihrer freivererblichen Realitätenantheile eine fideicommissarische Substitution errichtet habe, bezüglich deren die zu errichtende Stiftung als Substitutionslegatarin erscheine, 2. daß diese fideicommissarische Substitution aber erst nach dem Tode beider erblasserischen Töchter in Wirksamkeit trete, der gesammte mütterliche Nachlaß daher derzeit der A als Erbin nach ihrer Mutter und Schwester zuzufallen habe, jedoch belastet mit dem Substitutionslegate zu Gunsten der nach ihrem Tode zu realisirenden Stiftung“*. Eine Abschrift dieser Erklärung wurde **sofort der Finanzprokuratur übermittelt**. Bevor diese gegenüber dem Verlassenschaftsgericht eine Erklärung

abgab, gab die Erbin A bekannt, daß sie die Äußerung ihres mittlerweile gekündigten Vertreters nicht anerkenne und dieser dazu keine Ermächtigung gehabt hätte. Sie klagte die Finanzprokurator auf Anerkennung ihrer unbeschränkten Erbenstellung. Der OGH gab der Klage statt, begründete dies aber keineswegs damit, daß eine solche Erklärung solange zurückgezogen werden könne, bis sie von anderer Seite angenommen würde, sondern damit, daß **von einer Vereinbarung** zwischen der Erbin und der Finanzprokurator **keine Spur zu erkennen** sei. In der Eingabe sei bei Würdigung ihres gesamten Inhalts lediglich der Antrag zu erblicken, ein Substitutionslegat zu Gunsten der Stiftung mit dem Vorbehalt anzuerkennen, daß die Substitution erst nach ihrem Ableben eintritt. Diesen Antrag könne die Erbin zurückziehen, weil ihr eine **Annahme** von Seiten der **Finanzprokurator** noch **nicht mitgeteilt** wurde (vgl den Unterschied zum Zitat der Finanzprokurator). Aus der einseitigen Erklärung erwachsen der Finanzprokurator als Stiftungsbehörde noch keineswegs unwiderrufliche Rechte, zumal von einem geschlossenen **Vertrag oder Vergleich keine Rede** sein könne.

Konfrontiert man diese Entscheidung mit dem vorliegenden Sachverhalt, so ist auf Basis der bisherigen Überlegungen folgendes anzumerken. Im Gegensatz zur Erklärung der Erbin nach dem Sachverhalt der Entscheidung macht die Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers **keinerlei Verpflichtungswillen** deutlich. Auch kommt in keiner Weise seine Absicht zum Ausdruck, daß die Österreichische Galerie von dieser seiner Erklärung verständigt werden sollte oder verständigt wurde. Tatsächlich ist eine Verständigung der Österreichischen Galerie des Verlassenschaftsgerichts unterblieben. Und schließlich hat die Österreichische Galerie weder gegenüber dem Verlassenschaftsgericht noch Ferdinand Bloch-Bauer jemals eine Erklärung abgegeben, die (vermeintliche) Offerte anzunehmen.

Auch die jüngere Judikatur ist gegenüber Versuchen, **Erklärungen** des Erben **im Verlassenschaftsverfahren** schuld begründende Wirkung **gegenüber Dritten** zu verleihen, sehr zurückhaltend. Das zeigt sich deutlich beim *eidesstättigen Vermögensbekenntnis*. Immer wieder wird betont, daß das Vermögensbekenntnis keine andere Folge habe, als daß es der Verlassenschaftsabhandlung zugrunde zu legen sei (OGH in EvBl 1974/226; NZ 1987, 210; NZ 1992, 153; NZ 1994, 113 und die Entscheidungen in RIS-Justiz unter RS 0007879; aus der Lehre: *Welser* in Rummel³ Rz 2 zu § 801 und *Eccher* in Schwimann² Rz 10 zu § 801). Eine darüber hinausgehende, insbesondere **schuld begründende Wirkung**, komme ihm **nicht** zu (OGH, 4 Ob 598/79 in RIS-Justiz RS 0007879; NZ 1992, 153).

Als Beispiel kann der Fall OGH in NZ 1992, 153 dienen (ihm folgen *Welser* in Rummel³ Rz 2 zu § 801 und *Eccher* in Schwimann² Rz 10 zu § 801). Die Stadt I. meldete im Verlassenschaftsverfahren eine Forderung an. Die Alleinerbin gab eine unbedingte Erbserklärung und ein eidesstättiges Vermögensbekenntnis ab, in welchem die Forderung der Stadt I. **als Passivum ausgewiesen** war. Die Stadt I. machte daraufhin geltend, daß die Erbin damit ein Anerkenntnis der Forderung abgegeben habe. Der OGH sprach demgegenüber aus, daß ein **konstitutives Anerkenntnis** als Rechtsgeschäft **übereinstimmender Willenserklärungen** bedürfe und die Aufnahme der Forderung in das eidesstättige Vermögensbekenntnis schon deshalb kein Anerkenntnis darstelle, weil dieses eine bloß **einseitige Erklärung** darstelle, weshalb von einem Feststellungsvertrag keine Rede sein könne. Daran ändere auch nichts, daß die Erbin keine Zweifel am Bestand der Forderung geäußert haben soll. Zu einer Bestreitung wäre sie erst dann genötigt gewesen, wenn sie von der Stadt I. klageweise in Anspruch genommen worden wäre. Die Unterlassung der Bestreitung könne nur dann als stillschweigendes Anerkenntnis gewertet werden, wenn der Beklagte aus besonderen Gründen nach Treu und Glauben zum Reden verpflichtet gewesen wäre.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Annahme der Finanzprokurator, Ferdinand Bloch-Bauer **wollte** sich mit seiner Erklärung im Verlassenschaftsverfahren nach Adele Bloch-Bauer gegenüber der Finanzprokurator durch Anerkenntnis **verpflichten**, vom Wortlaut der Erklärung, von den Umständen ihrer Abgabe und ihrer verfahrensrechtlichen Funktion der rechtlichen **Grundlage entbehrt**.

4. Wenngleich schon aus diesen, vor allem erklärungsrechtlichen Gründen eine verpflichtende Wirkung der Äußerung Ferdinand Bloch-Bauers ausgeschlossen ist, ist noch auf einen weiteren Punkt hinzuweisen, der ebenfalls eine solche Wirkung ausschliesse. Er betrifft die **rechtliche Möglichkeit** der vermeintlichen Anerkennung. Folgte man nämlich der Finanzprokurator darin, daß sich Ferdinand Bloch-Bauer verpflichten wollte und die Österreichische Galerie diese Offerte angenommen hätte, so konnte Inhalt eines solchen Anerkennungsvertrages nur der Inhalt der Verfügung Adele Bloch-Bauers sein, dh die **Verpflichtung** Ferdinand Bloch-Bauers, der Österreichischen Galerie die Bilder **von Todes wegen zu hinterlassen**. Eine solche **vertragliche Eigenbindung** Ferdinand Bloch-Bauers (als Erblasser) wäre aber, wie schon ausführlich dargelegt (oben B), nach unserer Rechtsordnung **rechtlich unmöglich**. Sie wäre höchstens als „Vermächtnisvertrag“ denkbar, der aber, wie erwähnt, in Analogie zum Erbvertrag nur zwischen Ehegatten und unter Einhaltung entsprechender Formen zulässig ist.

b) Schenkungsversprechen

Alternativ zur Annahme eines Anerkennnisses bejaht die Finanzprokurator das Zustandekommen eines **Schenkungsvertrages unter Lebenden**.

Gegen diese These sprechen nicht nur die bisherigen Ausführungen, die auf das Fehlen eines Verpflichtungswillens und darauf hinwiesen, daß die Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers nicht an die Österreichische Galerie gerichtet war. Vielmehr kommt hinzu, daß Ferdinand Bloch-Bauer eine derartige Zuwendung auch **inhaltlich in keiner Weise in Aussicht** stellt. Er erklärte, die Bitte seiner Frau getreulich zu erfüllen. Nach dieser Bitte sollte die österreichische Galerie die Bilder nach dem Tod Ferdinand Bloch-Bauers bekommen. Wie man aus dieser Erklärung den Schluß ziehen kann, daß die Bilder „sofort“, **noch zu Lebzeiten**, schenkungsweise der Galerie überlassen werden sollten, ist nicht zu begreifen.

Auf Grund der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers in Verbindung mit der Verfügung Adele Bloch-Bauers käme (bei Unterstellung eines Schenkungswillens) nur das Versprechen in Frage, daß die österreichische Galerie die Bilder **nach dem Tod Ferdinand Bloch-Bauers** bekommen sollte. Damit wären aber die Regeln der **Schenkung auf den Todesfall** einzuhalten gewesen. Nach diesen wären jedenfalls ein Notariatsakt, eine Annahme durch den Beschenkten und ein ausdrücklicher Widerrufsverzicht des Geschenkgebers erforderlich gewesen (§ 956 Satz 2 ABGB, § 1 Abs 1 lit d NotAkteG). Keine dieser Gültigkeitsvoraussetzungen wäre im konkreten Fall erfüllt. Die Schenkung wäre daher **formunwirksam** und allenfalls gemäß § 956 Satz 1 ABGB als Legat aufrechtzuerhalten. Voraussetzung hierfür wäre aber die Einhaltung einer Testamentsform, an der es im konkreten Fall ebenfalls fehlt. Davon abgesehen wäre ein solches Vermächtnis durch das Testament Ferdinand Bloch-Bauers aus dem Jahre 1945 widerrufen worden (vgl zum Einfluß eines Testaments auf ein früheres Kodizill *Rabl*, Altes Testament – neues Testament 44 ff mwN).

Das Gutachten der Finanzprokurator entgeht diesen zwingenden Schlußfolgerungen durch die Behauptung einer **Schenkung unter Lebenden**. Diese Annahme scheitert am mangelnden Verpflichtungswillen Ferdinand Bloch-Bauers und an den für einen Vertragsabschluß nötigen Erklärungen (Offerte an die Finanzprokurator mit einem entsprechenden Inhalt – Annahmeerklärung der Finanzprokurator). Selbst wenn man aber vom Fehlen dieser Voraussetzungen absähe, wäre die „Schenkungsvereinbarung“ **formnichtig**, weil sie nicht die Voraussetzungen des § 943 ABGB erfüllt. Darauf ist nun ausführlicher einzugehen.

III. Schenkung unter Lebenden, Besitzkonstitut als wirkliche Übergabe im Sinne des § 943 ABGB

1. Argumentation der Finanzprokurator

Wie bereits ausgeführt, kommt eine Schenkung unter Lebenden schon vom Wortlaut der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers hier nicht in Betracht. Selbst wenn man davon absieht, fehlt für sie der für eine Schenkung ohne wirkliche Übergabe gemäß §§ 943 ABGB iVm § 1 Abs 1 lit d NotAkteG notwendige Notariatsakt.

Dem hält die Finanzprokurator entgegen, daß im konkreten Fall eine wirkliche Übergabe im Sinne des § 943 ABGB stattgefunden habe, ein Notariatsakt für die Wirksamkeit der Schenkung also gar nicht notwendig sei. Die wirkliche Übergabe müsse ja nicht beim Vertragsabschluß vorgenommen werden, sie könne auch später erfolgen. Diese (spätere) wirkliche Übergabe sieht die Finanzprokurator in einem Besitzkonstitut, und zwar in einer Bitte Ferdinand Bloch-Bauers, „*die sechs Bilder im Zimmer seiner Gattin weiterbehalten zu dürfen*“. Diese Bitte könne aus zwei Dokumenten,

und zwar aus dem Schreiben vom 6. 12. 1947 an Robert Bentley und dem Schreiben Dr. Garzarollis an das BMU vom 24. 3. 1948, „erschlossen werden“. Es reiche, so die Auffassung der Finanzprokurator, auch für die wirkliche Übergabe aus, daß Ferdinand Bloch-Bauer, „soweit ersichtlich“, seinen Schenkungswillen **nie bestritten** habe und daß aus der Übergabe des Bildes „Schloß Kammer am Attersee III“ im Jahre 1936 „zweifelsfrei folgt“, daß er an der Schenkung festhalten wolle (Gutachten, Seite 9).

Das Besitzkonstitut sei zwar im allgemeinen keine „wirkliche Übergabe“ im Sinne des § 943 ABGB, doch sei nach den besonderen Umständen des konkreten Falles eine Ausnahme zu machen. Dabei beruft sich die Finanzprokurator auf eine Rechtsprechung, nach welcher es, wenn die Wirksamkeit der Schenkung von einem Dritten (der auch der Erbe des Geschenkgebers sein könne) bestritten wird, für den Eigentumserwerb genüge, wenn der Geschenkgeber in der Folge an seinem Schenkungswillen festhält und damit zum Ausdruck bringt, eines Übereilungsschutzes nicht zu bedürfen (Verweis auf OGH in JBl 1992, 791; JBl 1992, 792 und die Entscheidungen 4i zu § 943 bei *Dittrich/Tades*, MGA ABGB).

2. Stellungnahme

Die Argumentation der Finanzprokurator zur „wirklichen Übergabe“ ist in zweierlei Hinsicht höchst anfechtbar: Zum einen trifft es nicht zu, daß eine Übergabvereinbarung (das Verfügungsgeschäft) überhaupt stattgefunden hat, zum anderen wäre die von der Finanzprokurator unterstellte Vereinbarung gar keine „wirkliche Übergabe“ im Sinne des § 943 ABGB.

Die besondere Formvorschrift des § 943 ABGB hat vor allem den Zweck, Personen vor unüberlegten („übereilten“) Schenkungsversprechen zu schützen. Eine „wirkliche Übergabe“ liegt vor, wenn zum Schenkungsvertrag noch ein anderer, von diesem verschiedener, als Übergabe erkennba-

rer Akt hinzukommt, aus dem der Wille des Geschenkgebers hervorgeht, das Objekt der Schenkung **sofort aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Beschenkten** zu übertragen (vgl nur *Schubert* in Rummel³ Rz 1 zu § 943 mwN). Richtig ist, daß Schenkungsvertrag und Übergabe nicht zusammenfallen müssen, also die wirkliche Übergabe auch nachträglich erfolgen kann (OGH in JBl 1980, 264; EvBl 1985/117).

Das **Besitzkonstitut**, also die Einigung der Parteien, Eigentum zu übertragen, während die Sache noch beim Übergeber bleibt, reicht für eine wirkliche Übergabe im Sinne des § 943 ABGB nicht aus (OGH in ZBl 1934/306; ZBl 1935/197; SZ 38/227; JBl 1967, 623; NZ 1973, 103; SZ 45/35; RZ 1979/17; ÖBA 1991, 594; *Stanzl* in Klang² IV/1, 612 mwN; *Schubert* in Rummel³ Rz 1 zu § 943).

Von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung in den vom Gutachten zitierten Entscheidungen eine **Ausnahme** gemacht. Es handelt sich dabei um einen **einzigsten Fall**, der den OGH in zwei verschiedenen Rechtsgängen beschäftigt hat (2 Ob 587/91 in JBl 1992, 791 = NZ 1992, 230 mit Anm *Hofmeister* = *ecolex* 1992, 161 mit Anm *Puck*, und 3 Ob 575/91 in JBl 1992, 792 mit Anm *Schwimann*). Die von der Finanzprokurator darüber hinaus zitierte Stelle bei *Dittrich/Tades*, MGA ABGB nennt nur diese beiden Entscheidungen.

Nach dem Sachverhalt waren die Klägerin und der Beklagte Halbgeschwister. Ihre Mutter verfügte zu Lebzeiten über ein beträchtliches Vermögen, darunter ein Schloß, auf dem die Klägerin regelmäßig die Sommermonate verbrachte, und eine Unzahl an Kunstgegenständen. Im Jahre 1984 schenkte die Mutter der Tochter und nunmehrigen Klägerin ein im Schloß befindliches chinesisches Eckkästchen mit dem Hinweis, daß es die Klägerin *sofort* nach London (ihrem Hauptwohnsitz) *mitnehmen könne*. Tatsächlich blieb aber das Kästchen im Schloß, und zwar in einem allein von der

Mutter benützten Zimmer. Ein Jahr später schenkte die Mutter das Schloß dem Beklagten, und zwar zunächst ohne Inventar; später wurde ihm auch dieses übertragen. Danach erklärte die Mutter gegenüber der Klägerin, *daß das Kästchen ohnehin bereits ihr gehöre*, was der Rechtsvertreter der Klägerin schriftlich festhielt. Später unterschrieb die Mutter auf Drängen des Beklagten eine Erklärung, daß diesem im Jahre 1985 das Schloß samt Inventar geschenkt worden sei. Bei den davon *ausgenommenen Gegenständen* war das Kästchen *nicht* erwähnt. Wieder ein Jahr später bestätigte die Mutter in einem Notariatsakt, das Kästchen der Klägerin im Jahre 1984 geschenkt zu haben. Zu diesem Zeitpunkt war sie allerdings bereits geschäftsunfähig. Nach ihrem Tod verlangte die Klägerin unter Berufung auf ihr Eigentum vom Beklagten die Herausgabe des Kästchens. Der Beklagte wendete die Formungültigkeit der Schenkung ein.

Nach Meinung des OGH genügte das Besitzkonstitut hier ausnahmsweise dem Erfordernis der „wirklichen Übergabe“, weil die Mutter die Schenkung später schriftlich bestätigte. Zur Erfüllung des Schutzzweckes reiche das Besitzkonstitut deshalb aus, weil die Geschenkgeberin zwar nicht sogleich augenfällig die Folgen ihrer Schenkung durch den Vermögensverlust spürte, aber in der Folge **an ihrem Schenkungswillen festhielt und zum Ausdruck brachte, eines Schutzes vor Übereilung** nicht zu bedürfen. Der Fall liege auch deshalb besonders, weil die Schenkung nicht zwischen den Vertragspartnern, sondern zwischen den Beschenkten und einem Dritten, bei dem sich die Gegenstände befänden, strittig sei.

Die Grundthese dieser Entscheidung billigte der OGH in NZ 1993, 240 mit kritischer Anm von *Hofmeister* (= SZ 65/137) in einem Nebensatz. Demnach könne das spätere **Festhalten des Geschenkgebers** an seinem Schenkungswillen **Indizien für eine wirkliche Übergabe** liefern, sofern sich darin eine wohlüberlegte Entscheidung manifestiere. Diese Aussage

erging freilich nur obiter, weil im konkreten Fall eine tatsächliche Übergabe (gemischte Schenkung einer Liegenschaft) stattgefunden hat.

Dieser Judikatur ist nicht zu folgen. Bereits *Hofmeister* (Anm zu NZ 1992, 230) lehnte sie mit überzeugenden Gründen entschieden ab (zweifelnd auch *Puck* in *ecolex* 1992, 131; zustimmend hingegen – ohne auf die Problematik einzugehen – *Schwimann* in JBl 1992, 791; unkritisch referiert werden die Entscheidungen von *Binder* in *Schwimann*² Rz 13 zu § 943; übernommen werden sie von *Schubert* in *Rummel*³ Rz 1 zu § 943). Wenn nach der hA das sofortige Besitzkonstitut den Warnzweck nicht erfüllt, kann dies noch weniger für eine bloße (spätere) Erklärung gelten, die – wie im Sachverhalt der Entscheidungen – offenbar auf Ersuchen der Geschenknehmerin abgegeben und von deren Rechtsanwalt abgefaßt wurde. Es ist dies ein Vorgang, der weder einem Notariatsakt noch einer tatsächlichen Übergabe gleichgestellt werden kann, insbesondere wenn er auf der irrigen Annahme beruhte, der Eigentumsübergang an den geschenkten Sachen sei schon erfolgt. Besonders problematisch erscheint außerdem, daß die Geschenkgeberin, noch bevor sie ihren Schenkungswillen gegenüber der Klägerin bestätigte, das Inventar (wozu auch das Kästchen gehörte) dem Beklagten überließ und später (nach der Bestätigung gegenüber der Klägerin) nochmals bestätigte, daß sie das Schloß samt Inventar dem Beklagten geschenkt habe. Daher scheint sogar das „eindeutige Festhalten am einstigen Schenkungswillen“ zweifelhaft.

Letztlich kann allerdings die Problematik dieser Judikatur dahinstehen, weil sie auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar ist:

a) Im entschiedenen Fall war an der Vornahme eines Besitzkonstituts nicht zu zweifeln. Die Geschenkgeberin hatte die Sache der Beschenkten überlassen, die sie gleich hätte mitnehmen können. **Ferdinand Bloch-Bauer** hat dergleichen nie getan. Er hat eine (freiwillige) Erfüllung des letz-

ten Willens seiner Frau in Aussicht gestellt, die Bilder aber **nie übereignen wollen**.

Die Finanzprokurator verweist demgegenüber darauf, daß Ferdinand Bloch-Bauer (die Österreichische Galerie) **gebeten habe, die Bilder weiterbehalten zu dürfen** und sich daraus die Vereinbarung eines Besitzkonstituts ergebe. Ob Ferdinand Bloch-Bauer jemals derartige Erklärungen abgegeben hat, ist **zweifelhaft**. In den aus der Zeit vor dem Tod Ferdinand Bloch-Bauers (1945) stammenden Dokumenten findet sich dafür kein Hinweis. Von den beiden Zitaten der Finanzprokurator ist jedenfalls das erste keinesfalls stichhältig. Es handelt sich dabei um ein *Schreiben vom 6. 12. 1947 von RA Dr. Rinesch an Robert Bentley*. Darin findet sich **keine Spur** eines Anhaltspunktes dafür, daß Ferdinand Bloch-Bauer von der Österreichischen Galerie den vorübergehenden Besitz der Bilder erbeten hätte. Vielmehr erklärt darin RA Dr. Rinesch Robert Bentley, daß Ferdinand Bloch-Bauer zu Lebzeiten das **Recht hatte**, die Bilder zu behalten. Dr. Rinesch ging dabei offensichtlich von einem Anspruch der Österreichischen Galerie *beim Tod* Ferdinand Bloch-Bauers aus. Für die Vereinbarung eines Besitzkonstituts zu Lebzeiten Ferdinand Bloch-Bauers oder eine Bitte Ferdinand Bloch-Bauers, die Bilder noch weiter behalten zu dürfen, besteht hingegen kein Anhaltspunkt.

Das zweite Zitat der Finanzprokurator bezieht sich auf ein *Schreiben Dr. Garzarollis an das BMU vom 24. 3. 1948*, worin dieser tatsächlich bemerkt, Ferdinand Bloch-Bauer habe den damaligen Direktor („Kustos“) der Österreichischen Staatsgalerie Dr. Grimschitz nach dem Tod seiner Frau gebeten, die Bilder weiterbehalten zu dürfen. Dr. Gazarollis Feststellung geht auf eine schriftliche Stellungnahme über die Geschichte der Bilder zurück, die Dr. Grimschitz Dr. Garzarolli einige Tage früher (am 1. März 1948) übermittelt hatte. Darin findet sich die folgende Passage: „Sowohl

Frau Bloch-Bauer selbst als auch – nach ihrem Tode – ihr Gemahl Präsident Ferdinand Bloch-Bauer erklärten mündlich oftmals, daß die sechs Gemälde Gustav Klimts der Modernen Galerie in Wien als Legat ihrer Besitzerin zu fallen. Präsident Bloch-Bauer ersuchte mich nach dem Tode seiner Gattin öfters, die Bilder in dem unveränderten Zimmer seiner verstorbenen Gemahlin bis zu jenem Zeitpunkt behalten zu dürfen, zu dem die Galeriedirektion die Gemälde für die Ausstellung unbedingt benötigen würde.“ Ob man diesen Ausführungen Glauben schenken kann, muß das Gericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung entscheiden. Immerhin sind aber in diesem Zusammenhang einige Aspekte vorweg auffällig. So ist schwer verständlich, daß Ferdinand Bloch-Bauer um die Belassung der Bilder ersucht haben soll, obwohl er sie sogar nach dem Wunsch seiner Ehefrau *bis zu seinem Tod* behalten konnte und obwohl er selbst nur „versprochen hatte“, den Wunsch seiner Frau, die Bilder *bei seinem Tod* herauszugeben, „getreulich“ zu erfüllen. Ferner findet sich, soweit bekannt, auch in den **Akten kein Hinweis** auf das Eigentum der Österreichischen Galerie an den Bildern, das auf einem Schenkungsvertrag mit Ferdinand Bloch-Bauer beruht hätte. Das dokumentierte **Verhalten** von Dr. Grimschitz steht denn auch völlig **im Widerspruch** mit seiner Darlegung, wonach die Bilder im Prinzip nur „gnadenhalber“ bei Ferdinand Bloch-Bauer verblieben seien. Wäre Dr. Grimschitz zu Lebzeiten Ferdinand Bloch-Bauers tatsächlich der Auffassung gewesen, daß die Österreichische Galerie die Bilder Ferdinand Bloch-Bauer nur zum vorübergehenden, aus persönlichen Gründen motivierten, Gebrauch belassen habe, hätte er doch nach der Flucht Ferdinand Bloch-Bauers die Bilder sofort für die Galerie reklamieren müssen. Tatsächlich gelangten aber nur drei Bilder an die Österreichische Galerie, die dafür eine **Gegenleistung** entrichtete. Dabei mag man den Ankauf von „Adele Bloch-Bauer II“ um 7.500,- Reichsmark vielleicht noch mit der Liquidierung der „Steuerschuld“ Ferdinand Bloch-Bauers erklären. Der tauschweise Erwerb

von „Adele Bloch Bauer I“ und „Apfelbaum II“ gegen Hingabe von „Schloß Kammer am Attersee III“ an Dr. Führer wäre allerdings völlig unverständlich gewesen, wenn Dr. Grimschitz davon ausgegangen wäre, daß die eingetauschten Bilder ohnehin schon der Galerie gehörten.

Selbst wenn man aber annähme, Ferdinand Bloch-Bauer hätte wirklich die Österreichische Galerie gebeten, die Bilder vorläufig noch behalten zu dürfen, hatte diese Bitte **nicht** den (**nach § 863 ABGB**) nötigen **Erklärungswert**, die Bilder der Österreichischen Galerie zu übereignen. Die Bitte konnte auf so vielen anderen Gründen beruhen, daß sie einen eindeutigen Erklärungswert ausschloß. So konnte es sein, daß Ferdinand Bloch-Bauer die Österreichische Galerie höflich vertröstete, weil er sich über das Schicksal der Bilder noch Gedanken machen wollte oder daß er in Wirklichkeit gar nicht mehr daran dachte, unter den nunmehrigen Umständen der Österreichischen Galerie etwas zu überlassen.

b) Die Finanzprokurator meint, es reiche für die wirkliche Übergabe aus, daß Ferdinand Bloch-Bauer, „soweit ersichtlich“, seinen Schenkungswillen **nie bestritten** habe und daß aus der Übergabe des Bildes „Schloß Kammer am Attersee III“ im Jahre 1936 „**zweifelsfrei folgt**“, daß er an der Schenkung festhalten wolle (Gutachten, Seite 9). In Wirklichkeit hat Ferdinand Bloch-Bauer **niemals** eine frühere (durch Besitzkonstitut) vollzogene Schenkung **bestätigt**. Daß er einen nie geäußerten Schenkungswillen später nicht bestreiten mußte, liegt auf der Hand. Aus einem Stillschweigen Rechtsfolgen abzuleiten, widerspricht schon im allgemeinen den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I 92 f mwN). Schon gar nicht kann in einem Schweigen die Anerkennung eines gar nicht gesetzten Aktes gesehen werden.

Gar nicht nachvollziehbar ist schließlich die Behauptung der Finanzprokurator, daß in einer **späteren**, wirklich **vollzogenen Schenkung** („Schloß Kammer am Attersee“) ein **Festhalten** an einer (imaginären) „**Gesamtschenkung**“ zu erblicken sei. Tatsächlich schenkte Ferdinand Bloch-Bauer „Schloß Kammer am Attersee“ 1936 der Österreichischen Galerie aus freien Stücken, was insbesondere aus deren Dankschreiben hervorgeht, das *nicht* den Eindruck erweckt, die *Erfüllung einer Rechtspflicht zu bestätigen*. Daß aber daraus ein „Bestätigungswille“ Ferdinand Bloch-Bauers folge, alle Bilder bereits Jahre vorher verschenkt zu haben, und daß daraus die Vorstellung der Galerie abzuleiten sei, mit der Übergabe des Bildes nur eine „Teilerfüllung“ einer schon lange begründeten Forderung erhalten zu haben, gehört in das Reich der Phantasie. Wer **nur ein Bild** schenkt, erklärt damit zweifellos nicht, daß er andere (alle) Bilder schon geschenkt habe und dabei bleiben wolle.

Mit der „Besitzkonstituts- und Bestätigungstheorie“ des Gutachtens wird der gesicherte Boden juristischer Argumentation verlassen. Hier ist nur „der Wunsch der Vater des Gedankens“.

IV. Zusammenfassung

1. Mit den Worten „Ich verspreche die getreuliche Erfüllung“ übernimmt man gewöhnlich keine rechtliche Verpflichtung, sondern stellt die *Erfüllung einer moralischen Pflicht in Aussicht*. Ferdinand Bloch-Bauer hatte auch keinen Anlaß, sich selbst eine Rechtspflicht aufzuerlegen. Wollte er dem Willen seiner Frau entsprechen, so konnte er dies auch, ohne sich zu binden. Die Übernahme einer *Verpflichtung wäre sinnlos gewesen*, weil sie nur seinen Dispositionen im Wege gestanden wäre. Davon abgesehen hat

Ferdinand Bloch-Bauer in seiner Erklärung die Unverbindlichkeit der Bitte Adele Bloch-Bauers noch *besonders hervorgehoben*.

Aus der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers läßt sich daher bei verständiger Auslegung *kein Verpflichtungswille* ableiten. Wollte man daran noch zweifeln, käme die *Unklarheitenregel* des § 915 ABGB zur Anwendung: Weil Ferdinand Bloch-Bauer für seine Erklärung keine Gegenleistung erhielt, führte auch die gesetzliche Zweifelsregel zur Annahme der Unverbindlichkeit als „geringere Last“.

2. Hinzu kommt, daß die Erklärung gar nicht an die Österreichische Galerie gerichtet war. Sie erfolgte im Rahmen des Testamentserfüllungsausweises. Dieser ist eine Erklärung, die sich *nur an das Gericht richtet* und diesem mitteilt, daß die Voraussetzungen der Einantwortung erfüllt sind. Im konkreten Testamentserfüllungsausweis ist von einer Verständigung der Österreichischen Galerie im Gegensatz zu den aus dem Testament begünstigten Legataren keine Rede.

3. Folgte man demgegenüber der Auffassung der Finanzprokurator, daß sich Ferdinand Bloch-Bauer durch seine Erklärung verpflichten wollte und die Österreichische Galerie diese Offerte angenommen hätte, so hätte der Inhalt eines solchen Anerkennungsvertrages *nur der Inhalt der Verfügung Adele Bloch-Bauers sein können*, dh die Verpflichtung Ferdinand Bloch-Bauers, der Österreichischen Galerie die Bilder von Todes wegen zu hinterlassen. Eine solche vertragliche Eigenbindung Ferdinand Bloch-Bauers (als Erblasser) wäre aber nach unserer Rechtsordnung *rechtlich unmöglich*. Sie wäre höchstens als „Vermächtnisvertrag“ denkbar, der aber nur zwischen Ehegatten und unter Einhaltung entsprechender Formen zulässig ist.

4. Gegen die von der Finanzprokurator alternativ vertretene Annahme eines *Schenkungsvertrages unter Lebenden* sprechen nicht nur die bisherigen Ausführungen, sondern auch der Inhalt der Erklärung. Aus der Erklärung, die Bitte Adele Bloch-Bauers, die Bilder der Galerie *nach seinem Tod zu hinterlassen*, getreulich zu erfüllen, kann keinesfalls der Schluß gezogen werden, daß die Bilder „sofort“, dh noch *zu Lebzeiten* Ferdinand Bloch-Bauers schenkungsweise der Österreichischen Galerie überlassen werden. Bei Unterstellung des Schenkungswillens käme inhaltlich nur das Versprechen in Frage, die Bilder der Galerie nach seinem Tod zu schenken. Damit wären aber die *Formvorschriften der Schenkung auf den Todesfall* einzuhalten gewesen (§ 956 Satz 2 ABGB, § 1 Abs 1 lit d NotAkteG), von denen im konkreten Fall keine erfüllt wäre.

5. Selbst wenn man unterstellte, daß Ferdinand Bloch-Bauer die Bilder mit seiner Erklärung der Galerie sofort, also zu seinen Lebzeiten schenken wollte, wäre diese Verpflichtungserklärung gemäß § 943 ABGB nichtig, weil die *Form des Notariatsaktes nicht eingehalten* wurde. Dieser hätte nur dann entfallen können, wenn auf das Schenkungsversprechen eine *wirkliche Übergabe* gefolgt wäre. Auch eine solche hat Ferdinand Bloch-Bauer *nicht vorgenommen*. Das von der Finanzprokurator behauptete Besitzkonstitut erfüllt die Voraussetzungen einer wirklichen Übergabe im Sinne des § 943 ABGB nicht. Die beiden Entscheidungen des OGH, die ausnahmsweise das Besitzkonstitut als wirkliche Übergabe genügen lassen, wenn der Geschenkgeber in der Folge an seinem Schenkungswillen festhält und damit zum Ausdruck bringt, des Übereilungsschutzes nicht zu bedürfen, sind abzulehnen. Sie sind außerdem auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

6. Die Finanzprokurator verweist darauf, daß Ferdinand Bloch-Bauer die Galerie gebeten habe, die Bilder weiterbehalten zu dürfen, und erkennt darin die Vereinbarung eines Besitzkonstituts. Dabei ist bereits zweifelhaft,

ob Ferdinand Bloch-Bauer jemals eine solche Erklärung abgegeben hat. In den vorliegenden Dokumenten aus der Zeit *bis zum Tod* Ferdinand Bloch-Bauers im Jahre 1945 findet sich dazu *kein Hinweis*. Die Finanzprokurator stützt sich demgegenüber auf zwei Dokumente aus der Zeit danach, von denen eines (Schreiben von RA Dr. Rinesch an Robert Bentley vom 6. 12. 1947) ihre Auffassung keinesfalls deckt. Als einzige Quelle bleibt die Darstellung von Dr. Grimschitz, dessen Glaubwürdigkeit aus verschiedenen Gründen eher zweifelhaft ist. Selbst wenn man aber annähme, daß Ferdinand Bloch-Bauer eine derartige Erklärung abgegeben habe, hätte diese Bitte *nicht* den nach § 863 ABGB nötigen *Erklärungswert*, die Bilder der Galerie zu übereignen.

7. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Finanzprokurator, wonach es für die wirkliche Übergabe ausreiche, daß Ferdinand Bloch-Bauer seinen Schenkungswillen nie bestritten habe und aus der Übergabe des Bildes „Schloß Kammer am Attersee III“ im Jahre 1936 zweifelsfrei folge, daß er an der Schenkung festhalten wollte. In Wirklichkeit hat Ferdinand Bloch-Bauer *niemals eine frühere Schenkung bestätigt*. Aus dem Still-schweigen Rechtsfolgen abzuleiten, widerspricht den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre. Nicht nachvollziehbar ist es, daß in der wirklichen und vollzogenen Schenkung des Bildes „Schloß Kammer am Attersee III“ ein Festhalten an einer imaginären früheren „Gesamtschenkung“ liegt. *Wer nur ein Bild schenkt, erklärt nicht, daß er andere Bilder schon geschenkt habe und dabei bleiben wolle*. So nimmt denn auch das Dankeschreiben der Galerie aus dem Jahre 1936 auf die anderen Bilder überhaupt nicht Bezug.

Somit ergibt sich, daß **bis** zum Jahre **1938 kein gültiger Titel** entstanden ist, aus dem die Österreichische Galerie Rechte an oder auf die fraglichen Bilder ableiten hätte können. Die Österreichische Galerie erlangte

weder einen erbrechtlichen noch einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung. Umso weniger wurde sie Eigentümer dieser Bilder. Eine Ausnahme galt nur für das Bild „Schloß Kammer am Attersee III“, das Ferdinand Bloch-Bauer im Jahre 1936 der Österreichischen Galerie **aus freien Stücken geschenkt** hat. Sie hat – nicht auf Grund des Testaments der Adele Bloch-Bauer, sondern auf Grund der Schenkung – daran Eigentum erworben.

D. Die Transaktionen Dr. Führers in den Jahren 1938 bis 1945

I. Das Vorgehen Dr. Führers

Die Bilder „**Adele Bloch-Bauer I und II**“, „**Apfelbaum I**“ und „**Buchenwald (Birkenwald)**“ waren Gegenstand verschiedener Transaktionen von RA Dr. Führer in den Jahren 1938 bis 1945. Den formalen Hintergrund dieser Vorgänge bildete eine in der nationalsozialistischen Zeit über Ferdinand Bloch-Bauer verhängte **Steuerstrafe**, die Dr. Führer als staatlich eingesetzter Vermögensverwalter durch „Liquidierung“ der Kunstsammlung Bloch-Bauers zu „tilgen“ hatte.

„**Adele Bloch-Bauer I**“ und „**Apfelbaum I**“ übergab Dr. Führer 1941 der Österreichischen Galerie. Dabei berief er sich auf die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers, die hiemit erfüllt werde, doch können hierfür selbstverständlich **auch andere Motive** maßgebend gewesen sein. Die Galerie übergab ihm dafür das Bild „**Schloß Kammer am Attersee III**“, das ihr Ferdinand Bloch-Bauer im Jahre 1936 geschenkt hatte. Dr. Führer verkaufte „Schloß Kammer am Attersee III“ an Gustav Ucicky. Da dieses Bild nicht streitig ist, wird sein rechtliches Schicksal nicht weiterverfolgt.

Das Bild „**Buchenwald (Birkenwald)**“ verkaufte Dr. Führer 1942 an die Städtische Sammlung in Wien, das Bild „**Adele Bloch-Bauer II**“ verkaufte er 1943 der Österreichischen Galerie.

Das Bild „**Häuser in Unterach am Attersee**“ blieb bis 1945 bei Dr. Führer. Es ist davon auszugehen, daß ihm das Bild von den nationalsozialistischen Behörden als „Anerkennung“ für seine Tätigkeit überlassen wurde.

II. Argumentation der Finanzprokurator

Die Finanzprokurator sieht in allen Fällen, in denen Dr. Führer Bilder „übergeben“ und veräußert hat (mit Ausnahme des Bildes „Buchenwald/Birkenwald“), die **Erfüllung** der von ihr angenommenen **privatrechtlichen Pflicht** Ferdinand Bloch-Bauers, die Bilder an die Österreichische Galerie herauszugeben. Selbst wenn Dr. Führer von Ferdinand Bloch-Bauer dazu nicht bevollmächtigt gewesen sei, müsse die Übergabe Dr. Führers unter ausdrücklichem Hinweis auf das Testament „jedenfalls faktisch als körperliche Übergabe und damit als Erfüllung der seinerzeitigen letztwilligen Anordnung oder des Schenkungsversprechens“ angesehen werden (Gutachten, Seite 10). Darüber hinaus erblickt die Finanzprokurator in dem Umstand, daß die Erben Ferdinand Bloch-Bauers nach dem Krieg ein fristgerechtes Rückstellungsbegehren hinsichtlich der Bilder unterließen, eine konkludente Genehmigung der Rechtsgeschäfte Dr. Führers (Gutachten 13).

III. Stellungnahme

Die Argumentation der Finanzprokurator **entbehrt jeder rechtlichen Grundlage**, sie grenzt teilweise sogar an Zynismus. Ohne Ermächtigung Dr. Führers durch Ferdinand Bloch-Bauer können diesem die Verfügungen Dr. Führers nicht zugerechnet werden. **Ohne Ermächtigung** konnte also **keinerlei** Ferdinand Bloch-Bauer zurechenbare **rechtliche Veränderung** stattfinden. Daß aber Ferdinand Bloch-Bauer keine solche Ermächtigung erteilt hat, liegt auf der Hand. Die Handlungen Dr. Führers hatten somit keine andere Konsequenz, als daß sich die Bilder „**Adele Bloch-Bauer I**“, „**Apfelbaum I**“ und „**Adele Bloch-Bauer II**“ rein faktisch in der Innehabung der Österreichischen Galerie, das Bild „**Buchenwald (Birkenwald)**“ in der Innehabung der Städtischen Sammlungen Wien, und das Bild

„**Häuser in Unterach am Attersee**“ in der Innehabung Dr. Führers befanden.

Daß sich Dr. Führer bei der Übergabe von „Adele Bloch-Bauer I“ und „Apfelbaum I“ an die Österreichische Galerie auf die Erfüllung der letztwilligen Verfügung Adele Bloch-Bauers berief, ist unerheblich, weil erstens eine solche **Verpflichtung gar nicht bestand** (oben unter A. und B.) und weil er zweitens bei Unterstellung einer bindenden Testamentsverpflichtung zu deren Erfüllung **nicht autorisiert** und daher zur Setzung eines rechtswirksamen Übergabeaktes (Modus) nicht in der Lage war. Der Hinweis auf das Testament diene aber ohnedies ganz augenscheinlich nur der „Bemäntelung“ einer Veruntreuung des Eigentums Ferdinand Bloch-Bauers, zumal Dr. Führer nach der Aktenlage das Testament gar nicht genau kannte, sondern nur vom Direktor der Österreichischen Galerie auf eine solche „Verpflichtung“ hingewiesen worden war. Hinzu kommt, daß auch alle übrigen von Dr. Führer bezüglich der Bilder gesetzten Akte mit der Vermächtnis-Erfüllungs-Theorie im Widerspruch stehen: die „Gegenleistung“ von „Schloß Kammer am Attersee III“ und dessen Weiterverkauf, der Verkauf von „Buchenwald“ und „Adele Bloch-Bauer II“, das Behalten von „Häuser in Unterach am Attersee“ die er, wollte er das vermeintliche Vermächtnis erfüllen, alle der Österreichischen Galerie hätte überlassen müssen. Demgegenüber fällt schon gar nicht mehr ins Gewicht, daß das unterstellte Vermächtnis erst **beim Tod Ferdinand Bloch-Bauers fällig** gewesen wäre, so daß es Dr. Führer vorher nicht einmal zum Schein erfüllen hätte können.

Unhaltbar erscheint darüber hinaus die Ansicht der Finanzprokurator, daß in der Unterlassung eines fristgerechten Rückstellungsbegehrens auf Basis des NichtigkeitsG 1946 im Zusammenhang mit den Rückstellungsgesetzen (zu diesen unten E III 1) eine **konkludente Genehmigung** der Transaktionen Dr. Führers durch die Erben Ferdinand Bloch-Bauers zu er-

blicken wäre (Gutachten, Seite 13). Abgesehen davon, daß sich die Finanzprokurator nicht einmal die Mühe macht, eine solche Genehmigung erklärungstheoretisch zu begründen (ein solcher Versuch würde an § 863 ABGB scheitern), ist die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung schon auf Grund des konkreten Sachverhalts absurd. Dr. Rinesch als Vertreter der Erben Ferdinand Bloch-Bauers unterließ ein fristgerechtes Rückstellungsbegehren nicht deshalb, weil die Transaktionen Dr. Führers genehmigt werden sollten, sondern weil er sich mit der Österreichischen Galerie ausdrücklich auf eine Überlassung der Bilder geeinigt hatte (darauf weist schließlich sogar die Finanzprokurator, Gutachten Seite 13, hin).

IV. Zusammenfassung

1. Die Behauptung der Finanzprokurator, Dr. Führer habe durch die Übergabe der Bilder „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“ und „Apfelbaum II“ die letztwillige Anordnung Adele Bloch-Bauers oder das Schenkungsversprechen Ferdinand Bloch-Bauers wirksam erfüllt, entbehrt jeder rechtlichen Grundlage.

2. Ohne Ermächtigung Ferdinand Bloch-Bauers konnte Dr. Führer eine derartige Verpflichtung nicht erfüllen. Daß eine solche Ermächtigung durch Ferdinand Bloch-Bauer nicht bestand, liegt auf der Hand.

3. Daß sich Dr. Führer bei der Übergabe von „Adele Bloch-Bauer I“ und „Apfelbaum II“ auf die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers berief, ist irrelevant, weil durch diese erstens keine Verpflichtung Ferdinand Bloch-Bauers erzeugt wurde, und dieser Dr. Führer zu ihrer Erfüllung auch nicht autorisiert hat. Diese Berufung diene offensichtlich der „Bemäntelung“ der Transaktionen Führers, die der Vermächtnis-Erfüllungstheorie auch inhaltlich widersprechen, weil Dr. Führer kein einziges Bild der Öster-

reichischen Galerie ohne Gegenleistung überlassen hat. Dabei fällt gar nicht mehr ins Gewicht, daß die behauptete Verpflichtung Ferdinand Bloch-Bauers zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht fällig war.

4. Darin, daß die Erben Ferdinand Bloch-Bauers (vertreten durch Dr. Rinesch) nach 1945 kein Rückstellungsbegehren stellten, kann entgegen der Auffassung der Finanzprokurator keinesfalls eine konkludente Genehmigung der Handlungen Dr. Führers erblickt werden. Ein Rückstellungsbegehren wurde deshalb nicht gestellt, weil man sich mit der Österreichischen Galerie ausdrücklich auf eine Überlassung der Bilder einigte.

Im Ergebnis wurde somit in der Zeit zwischen 1938 und 1945 weder ein Anspruch der Republik Österreich gegen Ferdinand Bloch-Bauer auf die Übereignung der Bilder begründet, noch wurde ein bestehender Titel wirksam erfüllt.

E. Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 4. 12. 1998, BGBl I 1998/181

I. Das Bundesgesetz vom 4. 12. 1998, BGBl I 1998/181

1. Grundzüge

Das Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 4. 12. 1998 (BGBl I 1998/181, im folgenden „**RestitutionsG 1998**“) **ermächtigt** den Bundesminister für Finanzen, den Bundesminister für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten, den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten und den Bundesminister für Landesverteidigung, **Kunstgegenstände** aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen, wozu auch die Sammlungen der Bundesmobilienvverwaltung zählen, **unentgeltlich** an die **ursprünglichen Eigentümer** oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zu übereignen.

Die genannten Bundesminister haben gemäß § 2 Abs 2 RestitutionsG 1998 vor der Übereignung den nach § 3 eingerichteten, beratenden Beirat anzuhören. Ein **Anspruch** auf Übereignung wird durch das Bundesgesetz **nicht begründet**.

§ 1 RestitutionsG 1998 knüpft die Ermächtigung an die Erfüllung eines von drei in § 1 Z 1 bis 3 geregelten Tatbeständen.

§ 1 Z 1 erfaßt Kunstgegenstände, „welche Gegenstand von Rückstellungen an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen waren und nach dem 8. Mai 1945 im Zuge eines daraus folgenden Verfahrens nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verbot der Ausfuhr von Gegenständen von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung, StGBI Nr 90/1918, unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen sind und sich noch im Eigentum des Bundes befinden.“

§ 1 Z 2 setzt voraus, daß die Kunstgegenstände zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, vorher aber Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemäß § 1 des BG vom 15. 5. 1946 über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind (im folgenden „NichtigkeitsG 1946“), waren.

§ 1 Z 3 betrifft Kunstgegenstände, die nach Abschluß von Rückstellungsverfahren nicht an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zurückgegeben werden konnten, als herrenloses Gut unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen sind und sich noch im Eigentum des Bundes befinden.

2. Die Absicht des Gesetzgebers

Das RestitutionsG 1998 geht auf eine Regierungsvorlage vom 25. 9. 1998 (1390 der Beil St Prot XX. GP) zurück. Nach den Erläuterungen zur RV bestehe das „Problem“, daß sich in den Österreichischen Museen Kunstgegenstände befinden, welche im Zuge oder als Folge der NS-Gewaltherrschaft in das Eigentum des Bundes gelangt sind. Dieses Problem solle dadurch gelöst werden, daß die Kunstgegenstände den ursprünglichen Eigentümern oder deren Rechtsnachfolgern von Todes wegen zurückgege-

ben werden (1390 der Beil St Prot XX. GP, Seite 3). Damit wird das programmatische Ziel ausgedrückt: **Kunstgegenstände, die im Zuge oder als Folge der NS-Gewaltherrschaft in das Eigentum des Bundes gelangt sind und sich noch in seinem Eigentum befinden, sollen zurückgestellt werden.**

Die Erläuterungen erklären das gesetzgeberische Vorgehen genauer (1390 der Beil St Prot XX. GP, Seite 4): Im Rahmen der Rückstellungsgesetzgebung nach dem 2. Weltkrieg habe die Republik auch Kunstgegenstände, die den damaligen Eigentümern unrechtmäßig entzogen wurden, zurückgestellt, wobei sich in eindeutigen Fällen **oft ein formelles Rückstellungsverfahren erübrigt** habe. In den 90er Jahren sei das Schicksal der Kunstgegenstände in den österreichischen Sammlungen historisch aufgearbeitet worden. Die „**Kommission für Provenienzforschung**“ sei eingesetzt worden, um die Besitzverhältnisse während der NS-Herrschaft und der unmittelbaren Nachkriegszeit aufzuklären. Nun lägen die **ersten Ergebnisse** der Tätigkeit dieser Kommission vor und betrafen die folgenden drei **Kategorien** von Kunstgegenständen:

1. Kunst- und Kulturgegenstände, die **im Zuge von Verfahren nach dem Ausfuhrverbotsgesetz zurückbehalten** wurden und als „Schenkungen“ oder „Widmungen“ in den Besitz der Österreichischen Museen und Sammlungen eingegangen sind. Sämtliche, die in diese Kategorie einzureichenden Kunstgegenstände seien bereits Gegenstand von Rückstellungen gewesen, wurden auch tatsächlich an die Eigentümer zurückgestellt und seien entsprechend gut dokumentiert. Im Gegenzug für die Erteilung einer Ausfuhrbewilligung nach dem Ausfuhrverbotsgesetz sei mit den Ausfuhrwerbern vereinbart worden, daß einzelne dieser Werke an österreichische Museen gehen sollten. Aus heutiger Sicht und auf Grund der Tatsache, daß bei den beiden Kunst- und Kulturgutbereinigungsgesetzen die Anwendung

der Bestimmungen des Ausfuhrverbotsgesetzes ausdrücklich ausgenommen wurde, sei die damals gewählte Vorgangsweise **nicht zu rechtfertigen**.

2. Kunst- und Kulturgegenstände, welche zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes gelangt sind, jedoch vorher Gegenstand eines **Rechtsgeschäftes** gewesen seien, das nach den Bestimmungen des sogenannten **Nichtigkeitsgesetzes** nichtig ist. Einige Museumsdirektoren hätten in der Nachkriegszeit im guten Glauben Kunstgegenstände am Kunstmarkt bei befugten Händlern erworben, wobei sich erst zu einem späteren Zeitpunkt Zweifel an der Unbedenklichkeit der Herkunft ergeben hätten. Im Zuge der Provenienzforschung seien solche Fälle bekannt geworden.

3. Kunst- und Kulturgegenstände, die trotz Durchführung von Rückstellungen nicht an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zurückgegeben werden konnten und als **herrenloses Gut** in das Eigentum des Bundes übergegangen seien.

Vergleicht man die Erläuterungen zur RV mit dem Wortlaut der drei Tatbestände des § 1, zeigt sich, daß sich der Gesetzgeber an der **Kategorisierung durch die Kommission** für Provenienzforschung orientiert hat. Nach den Erläuterungen (1390 der Beil St Prot XX. GP, Seite 5) sei durch § 1 einer generellen Gesetzesbestimmung der Vorzug gegeben worden, weil die Erhebungen noch nicht abgeschlossen seien und die einzelnen Kunstgegenstände, die von der Ermächtigung erfaßt sein sollen, noch nicht feststünden.

Im folgenden ist zu prüfen, ob die in Frage stehenden Klimt-Bilder einen dieser Tatbestände erfüllen. Das Gutachten der Finanzprokuratur hat dies verneint. Auf seine Argumentation wird im folgenden Bedacht genommen. Aus Gründen der Darstellung werden die Tatbestände des § 1 Z 1 bis 3 RestitutionsG 1998 in umgekehrter Reihenfolge geprüft.

II. Anwendbarkeit des § 1 Z 3 RestitutionsG 1998

Die Anwendung des § 1 Z 3 RestitutionsG 1998 **scheidet** vorweg **aus**. Er verlangt, daß der Kunstgegenstand als herrenloses Gut unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen ist, was hinsichtlich der Klimt-Bilder offenkundig nicht der Fall war (so auch die Finanzprokuratur, Gutachten 13).

III. Anwendbarkeit des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998

1. Analyse des Tatbestandes

Die Anwendung des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998 setzt voraus, daß die Kunstgegenstände zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, **vorher** aber Gegenstand eines **Rechtsgeschäfts gemäß § 1 NichtigkeitsG 1946** waren. Der zusätzliche Gliedsatz, „in das Eigentum der Republik Österreich gelangt sind“, ist offensichtlich unsinnig (vgl auch das Gutachten der Finanzprokuratur, Seite 12) und muß bei der Auslegung als Redaktionsversehen ignoriert werden.

Gemäß § 1 NichtigkeitsG 1946 sind entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte und sonstige, während der deutschen Besetzung Österreichs gesetzte Rechtshandlungen null und nichtig, wenn sie im Zuge einer durch das Deutsche Reich erfolgten **politischen oder wirtschaftlichen Durchdringung** vorgenommen worden sind, um natürlichen oder juristischen Personen Vermögensschaften oder Vermögensrechte zu entziehen, die ihnen am 13. März 1938 zugestanden sind.

Die **Nichtigkeit war allerdings nicht absolut**, vielmehr behielt § 2 NichtigkeitsG 1946 ihre Geltendmachung besonderen Ausführungsgesetzen vor. Auf dieser Basis wurden insgesamt sieben **Rückstellungsgesetze** erlassen, die die Rückstellungsansprüche zeitlich befristeten. Diese Fristen wurden immer wieder verlängert, die letzte Frist für Rückstellungsansprüche lief 1956 aus (siehe dazu *Oberhammer*, Zur rechtlichen Behandlung von erb- oder nachrichtenlosem Vermögen jüdischer Opfer des Nationalsozialismus, NZ 2001, 40 FN 6).

Dieser rechtspolitisch problematische Aspekt der österreichischen Restitutionsgesetzgebung (vgl. *Wilhelm*, Die Gratwanderung der Gerechtigkeit, *ecolex* 1998, 898) spielt im konkreten Fall keine Rolle. Der Tatbestand der § 1 Z 2 RestitutionsG 1998 setzt nämlich in seinem zweiten Element voraus, daß die Republik **nach 1945 rechtmäßiger Eigentümer** des Kunstgegenstandes wurde. Das RestitutionsG 1998 „reaktiviert“ daher nicht die Nichtigkeitssanktion des NichtigkeitsG 1946, deren unmittelbare Anwendung durch den Ablauf der Fristen der auf seiner Basis erlassenen Rückstellungsgesetze beendet wurde. Der Tatbestand des § 1 NichtigkeitsG 1946 bildet vielmehr eine **eigenständige Voraussetzung** für die Anwendbarkeit des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998. Auf die Anwendbarkeit eines der seinerzeitigen Rückstellungsgesetze kommt es nicht an.

2. Anwendung auf den Sachverhalt

Zunächst ist somit zu fragen, ob die Klimt-Bilder Gegenstand von Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäften im Sinne des § 1 NichtigkeitsG 1946 waren.

Die Bilder „**Adele Bloch-Bauer I und II**“, „**Apfelbaum I**“ und „**Buchenwald (Birkenwald)**“ waren Gegenstand verschiedener Transaktionen von RA Dr. Führer (siehe bereits oben unter D). Den formalen Hinter-

grund dieser Vorgänge bildete eine in der nationalsozialistischen Zeit über Ferdinand Bloch-Bauer verhängte **Steuerstrafe**, die Dr. Führer als staatlich eingesetzter Vermögensverwalter durch „Liquidierung“ der Kunstsammlung Bloch-Bauers zu „tilgen“ hatte.

„**Adele Bloch-Bauer I**“ und „**Apfelbaum I**“ wurden von Dr. Führer 1941 der Österreichischen Galerie übergeben. Dabei berief er sich auf die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers. Wie oben unter D. ausgeführt wurde, diente dieser Hinweis offensichtlich nur einer Verschleierung der wahren Absicht, weil ihm die Galerie dafür das Bild „Schloß Kammer am Attersee III“ übergab. Auch wenn Dr. Führer wirklich erfüllen hätte wollen, wäre dies zweifellos ein **nationalsozialistisch durchdrungener „Erfüllungsakt“** gewesen, zu welchem Dr. Führer aus der Sicht des § 1 NichtigkeitsG 1946 von Ferdinand Bloch-Bauer weder rechtmäßig beauftragt noch ermächtigt war.

Das Bild „**Buchenwald** (Birkenwald)“ verkaufte Dr. Führer 1942 an die Städtische Sammlung in Wien, das Bild „**Adele Bloch-Bauer II**“ verkaufte er 1943 der Österreichischen Galerie. Dr. Führers Verhalten bezüglich des Bildes „**Häuser in Unterach am Attersee**“ ist nicht völlig geklärt. Die Gutachter haben davon auszugehen, daß er es mit Zustimmung der Behörden als „Anerkennung“ für die Liquidation der Kunstsammlung Ferdinand Bloch-Bauers behielt.

Nach dem Sachverhalt kann kaum daran gezweifelt werden, daß **alle** von **Dr. Führer** getätigten „**Transaktionen**“ unter die **Nichtigkeitssanktion** des § 1 NichtigkeitsG 1946 fallen, weil alle von ihm geschlossenen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im Zuge einer durch das deutsche Reich erfolgten politischen oder wirtschaftlichen Durchdringung vorgenommen worden sind, um Ferdinand Bloch-Bauer sein Vermögen zu ent-

ziehen. Damit wäre die erste Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998 für alle Bilder erfüllt.

Die zweite Voraussetzung der Z 2 besteht darin, daß der Bund nach 1945 **rechtmäßig Eigentümer** der Bilder geworden ist. Diese Voraussetzung ist durch die **Vereinbarung**, die RA Dr. Rinesch namens der Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer mit der Österreichischen Galerie abgeschlossen hat, gegeben. Darin anerkennen die Erben den letzten Willen Adele Bloch-Bauers und daß sich Ferdinand Bloch-Bauer durch seine Erklärung vor dem Verlassenschaftsgericht gegenüber der Österreichischen Galerie zur Übereignung der Bilder nach seinem Tod verpflichtet habe. Daß eine solche Verpflichtung nach der tatsächlichen Rechtslage gar nicht bestand, ändert nichts daran, daß die Erben durch dieses Anerkenntnis die Rechtslage bewirken wollten, daß die Galerie Eigentümerin der Bilder wird. Dieses Anerkenntnis der Erben stand freilich in einem **unmittelbaren Zusammenhang** mit ihrem Wunsch, die Genehmigung der **Ausfuhr** anderer Bilder zu erlangen, was bei der Frage der Anwendbarkeit des § 1 **Z 1** RestitutionsG 1998 eine bedeutsame Rolle spielen wird (siehe unten IV.). Bei der Z 2 stellt sich demgegenüber nur die Frage, ob der Zusammenhang des Anerkenntnisses mit der in Aussicht gestellten Unterstützung zur Erlangung der Ausfuhrgenehmigung seine Gültigkeit nach der damaligen Rechtslage gefährdet, so daß die Republik nicht „rechtmäßig“ Eigentümer der Kunstgegenstände im Sinne des § 1 Z 2 RestitutionsG geworden wäre. Dies ist wohl zu verneinen.

Nach dem **Wortlaut** des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998 wäre dessen Tatbestand somit jedenfalls für die Bilder „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“, „Apfelbaum I“, „Buchenwald (Birkenwald)“ und „Häuser in Unterach am Attersee“ **erfüllt**.

Der Anwendbarkeit des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998 steht allerdings ein anderes **Hindernis** entgegen: Der Gesetzgeber verfolgte mit der Z 2 des § 1 RestitutionsG 1998 einen **speziellen Zweck** (siehe dazu oben unter I. 2). Er dachte an die Fälle, daß für die Österreichischen Museen nach dem Krieg Bilder auf Auktionen oder von befugten Händlern im guten Glauben erworben wurden, die ihren früheren Eigentümern im Zuge der politischen Verfolgen während des Dritten Reichs im Sinne des NichtigkeitsG 1946 entzogen worden waren. Erfasst werden sollte daher der **Erwerb von einem Dritten**, und **nicht** – wie im vorliegenden Fall – **vom wirklich Berechtigten**.

Dies bestätigt auch die **systematische Interpretation** der Z 2 mit der Z 1 des § 1 RestitutionsG 1998. Kunstgegenstände, die Gegenstand von Rückstellungen nach dem Krieg waren (erste Voraussetzung der Z 1), befanden sich gewöhnlich deshalb in Österreichischen Museen, weil sie ihren Eigentümern durch Rechtshandlungen im Sinne des § 1 NichtigkeitsG 1946 entzogen worden waren; sonst wären sie ja nicht zurückgestellt oder zurückgefordert worden. Die unentgeltliche Überlassung im Sinne der Z 1 an den Bund (zweite Voraussetzung der Z 1) stellt aus damaliger Sicht wohl auch einen rechtmäßigen Erwerb dar. Würde sich Z 2 nun auch auf den rechtmäßigen Erwerb vom wirklich Berechtigten beziehen, bliebe für die Z 1 und die zusätzliche Voraussetzung eines Zusammenhangs zwischen dem Erwerb der Republik und der Ausfuhrgenehmigung für andere Kunstgegenstände, kein Anwendungsbereich. Z 2 würde Z 1 überflüssig machen, was sich verbietet und durch **einschränkende Auslegung** vermieden werden muß. Der, gemessen an der Absicht des historischen Gesetzgebers, zu weite Wortlaut der Z 2 ist daher dahin einzuschränken, daß sich der rechtmäßige Erwerb durch die Republik nicht auf den derivativen Erwerb vom tatsächlich Berechtigten, dem die Bilder vorher entzogen worden waren, bezieht.

Die Voraussetzungen für eine Ermächtigung nach § 1 Z 2 RestitutionsG 1998 sind deshalb nicht erfüllt.

IV. Anwendbarkeit des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998

1. Tatbestandsmerkmale

§ 1 Z 1 RestitutionsG 1998 erfaßt Kunstgegenstände, „welche Gegenstand von Rückstellungen an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen waren und nach dem 8. Mai 1945 im Zuge eines daraus folgenden Verfahrens nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verbot der Ausfuhr von Gegenständen von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung, StGBI Nr 90/1918, unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen sind und sich noch im Eigentum des Bundes befinden.“

Der Gesetzgeber distanziert sich mit § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 von einem bestimmten **Behördenverhalten** in der Vergangenheit, das an sich der damaligen Rechtslage entsprochen hat. Daher sollen die Auswirkungen dieses Verhaltens, nämlich das Eigentum des Bundes an den betroffenen Kunstgegenständen, rückgängig gemacht werden. Verpönt erscheinen in diesem Sinne „**Tauschhandel**“, mit denen eine Ausfuhrgenehmigung für Kunstgegenstände gegen Überlassung von anderen Kunstgegenständen erteilt wurde. Die Distanzierung des Gesetzgebers gegenüber solchen Vorgängen ist allerdings mit einer bestimmten **historischen Komponente** verknüpft. Es muß sich um Kunstgegenstände handeln, die **zunächst** durch oder als Auswirkung der **NS-Gewaltherrschaft** ihren Eigentümern entzogen wurden. Betroffen sind damit meist Personen, die unter dem NS-Regime persönlicher und materieller Verfolgung ausgesetzt waren, deshalb

emigriert sind und nach der Befreiung Österreichs die Rückstellung ihres Vermögens betrieben, um dieses, darunter auch Kunstgegenstände, an ihren neuen ausländischen Wohnsitz zu bringen. Zum Ausdruck kommt dies im Gesetz nur mittelbar, nämlich dadurch, daß auf die **Rückstellung** und ein „**daraus folgendes**“ **Ausfuhrverfahren** abgestellt wird. Dadurch wird klar, daß es sich nicht um irgendein späteres Ausfuhrverfahren handeln darf.

Der Wortlaut des Gesetzes knüpft die Rückgabe somit an folgende Voraussetzungen:

1. Der Kunstgegenstand muß **Gegenstand einer Rückstellung** an den **ursprünglichen Eigentümer** oder dessen Rechtsnachfolger von Todes wegen gewesen sein;

2. nach dem 8. Mai 1945 **im Zuge eines daraus folgenden Verfahrens** nach den Bestimmungen des **BG über das Verbot der Ausfuhr von Gegenständen** von ua **künstlerischer** Bedeutung **unentgeltlich** in das **Eigentum des Bundes** übergegangen sein;

3. sich **noch im Eigentum des Bundes** befinden.

2. Argumentation der Finanzprokuratur

Zunächst ist auf die Argumentation der Finanzprokuratur einzugehen (Gutachten, Seite 12), die die Anwendbarkeit des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 verneint, weil hierfür bereits die Voraussetzung der **ursprünglichen Eigentümerschaft** Ferdinand Bloch-Bauers (und damit seiner Erben) im Sinne des RestitutionsG 1998 **fehle**. Das Eigentum des Bundes gehe nämlich bereits auf Rechtsvorgänge vor 1938 zurück. Diese Auffassung ist **verfehlt** und wurde schon unter A. bis C. widerlegt. Ferdinand Bloch-Bauer und seine Erben sind als ursprüngliche Eigentümer im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 anzusehen.

Die Finanzprokurator meint weiter, daß nur die Bilder „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“ **nach dem 8. 5. 1945** in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, davon nur das Bild „Häuser in Unterach am Attersee“ **unentgeltlich** im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 (das ebenfalls erwähnte Gemälde „Schloß Kammer am Attersee III“ bleibt hier als nicht streitgegenständlich außer Betracht). Richtiger Ansicht nach kann aber zwischen den Bildern „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“ nicht differenziert werden. Dr. Rinesch traf als Vertreter der Erben mit der Österreichischen Galerie die Vereinbarung, daß der Galerie das Bild „Häuser in Unterach am Attersee“ übergeben wird, und daß die Erben auf die Rückforderung des Bildes „Buchenwald/Birkenwald“ vom zwischenzeitigen (unrechtmäßigen) Erwerber in Gestalt der Städtischen Sammlung Wien zugunsten der Österreichischen Galerie verzichten. **In beiden Fällen** haben die Erben damit ihr Recht an den Bildern (einmal das Eigentum selbst, zum anderen den Rückforderungsanspruch gegen die Städtische Sammlung) der Österreichischen Galerien übertragen. Dieser Vorgang war entweder in beiden Fällen unentgeltlich im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 oder in keinem der beiden Fälle. Ob § 1 Z 1 auf die genannten Bilder anzuwenden ist, wird unter geprüft.

Schließlich verweist die Finanzprokurator noch darauf, daß keines der Bilder **Gegenstand eines Ausfuhrverfahrens** war. Diese Beobachtung trifft zu, doch verlangt § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 bei genauerer Betrachtung dieses Erfordernis gar nicht. Darin heißt es nur, daß der „Rückstellung“ ein Ausfuhrverfahren gefolgt sein muß, in dessen Zuge der Kunstgegenstand der Republik überlassen wurde. Angesichts der ratio der Bestimmung muß es genügen, daß der zurückgestellte Kunstgegenstand der Republik zur Erreichung einer Ausfuhrgenehmigung für andere Kunstgegenstände überlassen wurde. Daß der Überlassung unbedingt ein formeller Ausfuhrantrag

(auch) für die später überlassenen Kunstgegenstände vorangegangen sein müßte, wäre nicht einsichtig.

Die Argumente der Finanzprokuratur erscheinen somit nicht stichhältig.

3. Anwendung des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 auf den Sachverhalt

Wie bereits erwähnt, müssen für die Ermächtigung nach § 1 Z 1 folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die Bilder müssen Gegenstand einer Rückstellung an den ursprünglichen Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger von Todes wegen gewesen sein (vgl unten *a*). Sie müssen nach dem 8. Mai 1945 im Zuge eines daraus folgenden Verfahrens nach den Bestimmungen des Ausfuhrverbotsgesetzes unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen sein (unten *b*) und sich noch im Eigentum des Bundes befinden (unten *c*).

Der Gesetzgeber hatte bei der Formulierung des Gesetzes einen bestimmten **typischen Fall** vor Augen: Entzogene Kunstwerke werden dem Berechtigten (oder seinen Erben) nach 1945 zurückgegeben – der Eigentümer will sie ausführen – um die Ausfuhrgenehmigung zu erreichen, überläßt er der Republik eines oder mehrere Kunstwerke.

a) Gegenstand einer Rückstellung

Ob die **Rückstellung** auf Grund eines **formellen** Verfahrens nach einem der Rückstellungsgesetze (vgl zu diesen oben unter III. 1.) erfolgt sein muß, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht klar. Er gibt für eine genauere Bestimmung der „Rückstellung“ keine Anhaltspunkte. Die Materialien zum RestitutionsG 1998 helfen allerdings weiter. So findet sich in

den Allgemeinen Erläuterungen zur Regierungsvorlage (Beil St Prot XX. GP, Seite 4) der Hinweis, daß Kunstgegenstände nach dem Krieg häufig informell zurückgestellt worden seien, also ein formelles Rückstellungsverfahren unterblieb. In keiner Weise wird zum Ausdruck gebracht, daß in diesen Fällen die Anwendung des Gesetzes ausgeschlossen sein soll. Es ist daher gerechtfertigt, unter „Rückstellung“ auch die **informelle Rückgabe** von Kunstgegenständen zu verstehen, die dem Betroffenen während der NS-Zeit entzogen worden sind.

Für die Anwendung auf den Sachverhalt sind zunächst die Bilder „Adele Bloch Bauer I“, „Adele Bloch Bauer II“ und „Apfelbaum I“ zu prüfen. Ihre Geschichte verwirklicht jedenfalls nicht den vom Gesetz zugrunde gelegten „typischen Verlauf“: Es wurde nämlich keines der Bilder von der Republik Österreich den Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer zurückgestellt, um von diesen der Republik wieder überlassen zu werden. Vielmehr einigte sich RA Dr. Rinesch als Vertreter der Erben mit der Österreichischen Galerie darauf, daß die Bilder, die sich **bereits im Besitz** der Österreichischen Galerie befanden, in ihr Eigentum **übergehen** sollten („Adele Bloch Bauer I“, „Adele Bloch Bauer II“ und „Apfelbaum I“).

Formal stützten die Parteien diese Zuwendungen zwar auf die Anerkennung eines Rechts der Österreichischen Galerie auf die Bilder aus dem letzten Willen Adele Bloch-Bauers und der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers, doch war diese Vereinbarung tatsächlich (auch) Voraussetzung der Erlangung einer **Ausfuhrgenehmigung** für die restlichen Bilder aus der Sammlung Ferdinand Bloch-Bauers. Läßt man den Bezug auf die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers und die Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers außer Betracht (auf ihre Relevanz wird noch eingegangen), so unterblieb eine Rückstellung nur deshalb, weil sich die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer mit der Österreichischen Galerie bereits **„im kurzen Weg“**

einigten: man forderte die Bilder nicht erst zurück, um sie wieder der Republik zu überlassen, sondern beließ sie ihr gleich durch **Verzicht auf die Rückforderung**.

Es stellt sich die Frage, ob allein deshalb, weil eine tatsächliche Rückstellung zugunsten einer Überlassung **auf kurzem Weg** unterblieb, die Ermächtigung nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 nicht gilt.

Eine Interpretation, welche die Ermächtigung nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 bei einer Abwicklung auf kurzem Weg ausschliesse, wäre jedoch widersinnig. Sind die übrigen Voraussetzungen des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 gegeben, darf seine Anwendung nicht an der „Verkürzung“ des Rückstellungs- und Überlassungsweges scheitern. Es wäre nicht einzusehen, warum die Ermächtigung nach § 1 Z 1 für Kunstgegenstände bestehen soll, die von der Republik zunächst zurückgegeben wurden, vom Eigentümer ihr aber wieder überlassen werden mußten, damit er andere Kunstgegenstände ausführen konnte, aber nicht bestehen soll, wenn sich der Berechtigte vorweg mit der Republik darauf geeinigt hat, daß er auf ein Rückstellungsbegehren verzichtet, um dafür andere Kunstgegenstände ausführen zu können. Das Unterbleiben des „Hin- und Herschiebens“ („Rück- und Hingabe“) des Kunstgegenstandes zugunsten einer Abwicklung im kurzen Wege kann **keine Rolle** spielen: das vom Gesetzgeber mit dem Tatbestand der Z 1 als verpönt erachtete Behördenverhalten ist in beiden Fällen gleich verwirklicht. Unterschiede bestehen nur in der formalen Abwicklung.

Einer solchen Auslegung oder allenfalls analogen Anwendung des § 1 Z 1 (zur Analogie im Verwaltungsrecht s *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 103 f; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht Rz 570 f) stünden nur dann Bedenken entgegen, wenn der Gesetzgeber in § 1 Z 1 die Voraussetzungen einer Ermächtigung zur Rückgabe restriktiv definieren wollte. Dies ist angesichts der Erläuterungen zur Regierungsvorlage des

RestitutionsG 1998 nicht anzunehmen (siehe zum folgenden Beil St Prot XX. GP, Seite 4). Sie zeigen, daß der Gesetzgeber bei der Abfassung der Z 1 an die **bis dahin erzielten Ergebnisse** der „Kommission für Provenienzforschung“ anknüpfte. Diese führten zur Schaffung der Z 1. Die Materialien heben an anderer Stelle hervor, daß es sich bei den erwähnten Resultaten der Kommission **nur um Zwischenergebnisse** handelt. Die Erhebungen seien noch nicht vollständig abgeschlossen (in seiner Parlamentsrede vom 5. 11 1998 sprach der Abgeordnete Kohl von 30 % der Kunstbestände, die bisher gesichtet wurden). Deshalb wurde, wie die Erläuterungen mitteilen, die gesetzliche Ermächtigung generell gefaßt und die einzelnen Kunstgegenstände nicht gesondert ausgewiesen. Ein weiteres Gesetz, das auf allfällige neue Erkenntnisse der Kommission für Provenienzforschung aufbaut, war und ist offensichtlich nicht geplant. Vergleicht man die Formulierung des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 mit der Absicht des Gesetzgebers, so erscheint die buchstäbliche Umschreibung des § 1 Z 1 im Verhältnis zu seinem Sinn und Zweck etwas zu eng. Maßgebend ist, daß ein „anrühiger Tausch“ im Sinne der bisherigen Ausführungen stattgefunden hat.

Es erscheint daher richtig, § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 auf die Belassung der Kunstwerke bei der Republik **auf kurzem Wege** entsprechend anzuwenden. Daß im vorliegenden Fall statt einer Hin- und Rückgabe eine „Belassung“ stattgefunden hat, hindert daher nicht die Anwendung des § 1 Z 1 auf „Adele Bloch Bauer I“, „Adele Bloch Bauer II“ und „Apfelbaum I“.

Andere Fragen stellen sich bei der Anwendbarkeit des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 auf die Bilder „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“. „Häuser in Unterach am Attersee“ befand sich während des Krieges bei RA Dr. Führer, der die Aufgabe hatte, die Kunstsammlung Ferdinand Bloch-Bauers zur Tilgung der ihm auferlegten „Steuerstrafe“ zu liquidieren. Die Gutachter haben davon auszugehen, daß Dr. Führer

das Bild mit Zustimmung der NS-Behörden als „Belohnung“ für seine Tätigkeit behalten sollte. Nach dem Krieg gelangte das Bild jedenfalls zu Karl Bloch-Bauer, der es für die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer verwahrte. Wahrscheinlich wurde es ihm im Zuge der Verhaftung Dr. Führers durch die Alliierten überlassen. Der Österreichischen Galerie wurde das Bild auf Grund der Vereinbarung übergeben, die Dr. Rinesch mit der Galerie im Namen der Erben geschlossen hat. Darin stimmten die Erben Ferdinand Bloch-Bauers auch zu, daß die Österreichische Galerie „Buchenwald/Birkenwald“ vom zwischenzeitigen (unrechtmäßigen) Erwerber in Gestalt der Städtischen Sammlung Wien zurückfordern sollte. Unterstellt man, daß diese Vereinbarungen zur Erreichung einer Ausfuhrgenehmigung für die anderen Bilder erfolgte (diese Voraussetzung wird gleich geprüft), fällt es schwer, die Ermächtigung zur Rückstellung nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 für die beiden Bilder zu verneinen.

Die Lösung des Problems hängt davon ab, ob die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Gegenstand von Rückstellungen“ in § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 voraussetzt, daß die Kunstgegenstände zunächst **durch die Republik** zurückgestellt wurden. „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“ befanden sich nach 1945 nicht im Besitz der Republik, sondern bei Dr. Führer und der Gemeinde Wien (Städtischen Sammlungen). Ist es irrelevant, von *wem* die Berechtigten die Kunstgegenstände zurückerhielten, so wäre das Tatbestandsmerkmal „Gegenstand von Rückstellungen“ bei „Häuser in Unterach“ erfüllt: Das Bild war durch Dr. Führer entzogen, die Erben haben es auf informellen Wege tatsächlich zurückerhalten (Aushändigung an Karl Bloch-Bauer als Vertreter der Erben). Für „Birkenwald/Buchenwald“ würde ähnliches gelten wie für „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“ und „Apfelbaum“: Die Erben haben nur deshalb auf ein Rückstellungsbegehren verzichtet, weil sie sich auf kurzem Wege mit der Österreichischen Galerie darauf geeinigt hatten, daß diese das Bild

von der Städtischen Sammlung zurückfordert. Statt einer Besitzauflassung („Hin- und Herschiebens“ des Bildes) kürzte man die Abwicklung durch eine Art Besitzanweisung ab.

Entscheidend ist somit, ob § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 voraussetzt, daß sich die Kunstgegenstände bei der Republik befanden oder es ausreicht, daß sie den tatsächlichen Berechtigten während der NS-Zeit von wem auch immer entzogen waren. In den Materialien zum RestitutionsG 1998 wird an einer Stelle (1390 Beil XX. Seite 4) vom Besitz der Republik ausgegangen: „Im Rahmen der Rückstellungsgesetzgebung nach Ende des Zweiten Weltkrieges **hat die Republik Österreich** unter anderem auch Kunstgegenstände, welche ihren damaligen Eigentümern unrechtmäßig entzogen worden sind, an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zurückgestellt, wobei sich in eindeutigen Fällen oftmals ein formelles Rückstellungsverfahren erübrigt hat.“ Ob aus diesem Text eindeutige Schlüsse gezogen werden dürfen, ist freilich zweifelhaft. Dafür könnte der Gesetzeswortlaut sprechen, der eine enge Verknüpfung von Rückstellung und „Tauschhandel“ andeutet („Gegenstand von Rückstellungen ... im Zuge eines daraus folgenden Verfahrens ..“), die wohl nur im Falle einer Rückstellung durch die Republik bestehen kann. Auf der anderen Seite gibt es aber auch Argumente dafür, daß es nicht darauf ankommt, ob die Rückstellung gerade durch die Republik selbst vorgenommen wurde. Orientiert man sich bei der Auslegung des Begriffes „Rückstellung“ wenigstens sinngemäß an den Rückstellungsgesetzen, wäre auch die Rückstellung von **Privaten** erfaßt, die durch das 3. Rückstellungsgesetz (Bundesgesetz vom 6. 2. 1947, BGBl 54/1947) geregelt ist. Hinzu kommt, daß die wichtigste ratio der Rückgabe nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 in der Ablehnung der früheren Behördenpraxis besteht, eine Ausfuhrgenehmigung von der Überlassung einzelner – ehemals während der NS-Zeit „geraubter“ – Stücke abhängig zu

machen. Für diesen Gesetzeszweck müßte es aber gleichgültig sein, von wem die Kunstgegenstände dem Berechtigten entzogen worden sind.

Zu beachten ist auch die Praxis des gemäß § 3 RestitutionsG 1998 eingerichteten Beirates, die nicht darauf abzustellen scheint, daß die Kunstgegenstände zunächst von der Republik zurückgegeben wurden. So wurden 16 Klimt-Zeichnungen auf Basis des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 an die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer zurückgestellt, die nach 1945 zunächst nicht im Besitz der Republik gewesen sind. Diese Zeichnungen seien vielmehr ebenfalls von Karl Bloch-Bauer „geborgen“ worden, bevor sie der Albertina gegen Überlassung von Ausfuhrgenehmigungen „unentgeltlich“ im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 überlassen wurden.

Zusammenfassend kann über die Frage, ob unter der Rückstellung im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 nur die Rückgabe von der Republik zu verstehen ist, nicht abschließend entschieden werden. Wird sie vom Gesetz verlangt, fallen „Häuser in Unterach“ und „Birkenwald/Buchenwald“ nicht unter die Rückgabeermächtigung. Reicht es aus, daß die Bilder nur von irgend jemandem im Zuge der NS-Zeit entzogen worden waren, ist die Voraussetzung „Gegenstand von Rückstellungen“ auch für diese beiden Gemälde erfüllt.

b) Unentgeltliche Übereignung an den Bund nach dem 8. Mai 1945 im Zuge eines aus der Rückstellung folgenden Ausfuhrverbotsverfahrens

Zu prüfen ist weiter, ob die Bilder „im Zuge eines“ aus der Rückstellung folgenden Ausfuhrverfahrens der Republik nach dem 8. Mai 1945 „unentgeltlich“ überlassen wurden. Es geht also zum einen um den notwendigen **Zusammenhang** zwischen der **Genehmigung der Ausfuhr** und der **Überlassung** der Kunstwerke und zum anderen darum, ob im vorliegenden Fall eine „**unentgeltliche**“ Übereignung im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG

1998 stattgefunden hat. Sicher ist, daß die Republik das Eigentum an allen Bildern **nach dem 8. Mai 1945** erworben hat. Die gegenteilige Auffassung der Finanzprokurator (vgl dazu oben unter 2.) beruht auf einer rechtlichen Deutung der Vorgänge bis 1945, die bereits unter A. bis C. widerlegt wurde.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Überlassung der Bilder in einem **ausreichenden Zusammenhang** mit der Erteilung der Ausfuhrgenehmigung für andere Kunstwerke stand.

Aus den Unterlagen geht hervor, daß Dr. Rinesch als Vertreter der Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer **ursprünglich auch die Rückstellung** der Klimt-Bilder betrieben hat, indem er die diesbezügliche Absicht der Erben den zuständigen Vertretern der Österreichischen Galerie zum Ausdruck brachte (vgl Schreiben Dr. Rinesch an Dr. Garzarolli vom 19. Jänner 1948: *„Ich wäre Ihnen für die Mitteilung dankbar, wie Sie sich zu den Rückstellungsansprüchen meiner Klienten in diesem Fall stellen würden“*). Es folgten Verhandlungen, während derer Dr. Rinesch den Verbleib der übrigen Bilder aus der Sammlung Ferdinand Bloch-Bauers erkundete. Bald stand bei den Gesprächen um die Klimt-Bilder ein möglicher erbrechtlicher Anspruch der Galerie auf die Klimt-Bilder im Raum. Nach den vorhandenen Unterlagen gingen aber weder die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer und Dr. Rinesch auf der einen noch Dr. Garzarolli als Vertreter der Österreichischen Galerie auf der anderen Seite (trotz der ihm übermittelten – inhaltlich unrichtigen – Stellungnahme der Finanzprokurator vom 6. März 1948) von einem eindeutigen Anspruch der Österreichischen Galerie aus. Dr. Rinesch scheint als Vertreter der Erben keineswegs daran gedacht zu haben, ein Recht der Österreichischen Galerie auf die Bilder vorbehaltlos anzuerkennen. In seinem **Antrag auf Ausfuhr** verschiedener Bilder aus der Sammlung Bloch-Bauer vom 13. April 1948 deutet er an, daß die Gültigkeit des Legats und der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers durchaus bestritten hätte

werden können, man davon aber zugunsten der Ausfuhr der übrigen Bilder Abstand genommen habe: „... *Sie* (Anm: die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer) *haben jedoch den begreiflichen Wunsch, die Reste des Vermögens des Erblassers an ihren Wohnsitz zu schaffen, wobei berücksichtigt werden wolle, daß ein Großteil der Kunstsammlungen und des früher bedeutenden Vermögens durch die nationalsozialistischen Enteignungsmethoden unwiderbringlich verloren ist.*

*Nichtsdestoweniger haben die von mir vertretenen Erben spontan erklärt, daß die 6 in der Sammlung Bloch-Bauer befindlichen Klimt-Gemälde, darunter Werke höchster Qualität, dem Letzten Willen Ferdinand und Adele Bloch-Bauer's gemäß, der Oesterreichischen Galerie als Legat zufallen sollen. Diese Erklärung ist in Anbetracht der völlig geänderten Vermögensverhältnisse der Familie Bloch-Bauer gewiss dazu angetan, das Interesse unter Beweis zu stellen, welches die Erben Bloch-Bauer an der österreichischen Kunst und an dem österreichischen Musealbesitz nehmen. Ich darf **dagegen** erwarten, daß das Bundesdenkmalamt und die beteiligten öffentlichen Sammlungen die **Bestimmungen des Denkmalschutzgesetzes** in einer **entgegenkommenden** und die Besonderheiten des Falles (gemeint ist der Ausfuhrantrag) **berücksichtigenden Weise** anwenden werden“ (Hervorhebungen von den Verfassern dieses Gutachtens).*

Dr. Garzarolli stellte als Direktor der Österreichischen Galerie offenbar seine persönliche Verwendung für die Erteilung einer Ausfuhrge-
nehmigung in Aussicht und löste dieses Versprechen in seiner **Stellungnahme zum Ausfuhrersuchen** der restlichen Bilder ein (Schreiben von Dr. Garzarolli an das Bundesdenkmalamt vom 21. Juli 1949). Darin hebt er ausdrücklich die Bereitschaft der Erben hervor, das Legat anzuerkennen, und weist auf die dadurch bewirkte Bereinigung einer schwierigen Situation hin. Aus diesem Grunde sei das Ausfuhransuchen „**ganz ausnahmsweise**“ zu

unterstützen: „..... Die Österreichische Galerie hat nun den Fragenkomplex neuerdings studiert und glaubt unter Anführung nachfolgender Gründe dem BDA. dI ganz ausnahmsweise Bewilligung zur Ausfuhr der beiden Gemälde empfehlen zu können.

Es haben nämlich die Erben des Präsidenten Ferdinand Bloch-Bauer, die von diesem für seinen Todesfall ausgesprochene Erklärung beim Bezirksgerichte Wien I, den Schenkungswillen seiner verstorbenen Gattin von fünf Gemälden Gustav Klimts an die Österreichische Galerie, achten zu wollen, trotz verschiedener während der NS.-Zeit durch den Rechtsvertreter des Präsidenten Bloch Bauer erfolgter Transaktionen, welche die Situation der österr. Galerie überaus verschlechterten, sofort anerkannt und dadurch eine Lage geschaffen, die die Österreichische Galerie in die Lage versetzte dieses Legat auch tatsächlich zu erhalten....“

An einem **Zusammenhang zwischen der Anerkennung des Legats** und der **Genehmigung der Ausfuhr** anderer Kunstgegenstände Ferdinand Bloch-Bauers kann somit **nicht gezweifelt** werden. Dies entspricht auch der Auffassung der derzeitigen Bundesministerin für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten. In ihrer Antwort auf die schriftlichen parlamentarischen Anfragen der Abgeordneten Mag. Terezija Stoisits und Freundinnen vom 15. März 1998 betreffend Kunstwerke im Besitz der Republik Österreich (Nr 4024-4263/J – NR/1998) führte sie zu den Bildern „Buchenwald/Birkenwald“, „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“, „Schloß Kammer am Attersee III“ und „Apfelbaum I“ folgendes aus (5184/AB XX. GP):

„Der Konnex der Überlassung der Klimt-Bilder an die Österreichische Galerie mit der Erteilung von Ausfuhrbewilligungen ist evident: Sowohl Dr. Rinesch als auch Direktor Garzarolli beziehen sich in ihren Argumentationen eindeutig auf die Ausfuhransuchen der Erben;

so befürwortet Garzaroli im Juli 1949 die Ausfuhr zweier zuvor gesperrter Bilder mit dem Hinweis auf das Klimt-Legat.“

Daß das Anerkenntnis abgegeben wurde, bevor das formelle Ausfuhrersuchen gestellt wurde, schadet nicht. „**Im Zuge ... eines Verfahrens**“ nach dem Ausfuhrverbotsgesetz im Sinne des § 1 Z 1 ist nicht „temporär“ zu verstehen, sondern drückt nur die Notwendigkeit eines **Zusammenhangs** zwischen der Überlassung der Kunstwerke und der Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung für andere Kunstwerke aus. Es kann keinen Unterschied machen, ob Kunstwerke überlassen werden, weil eine Ausfuhrgenehmigung versprochen oder gleichzeitig oder später erteilt wurde.

Zu prüfen ist nun, ob die Bilder der Österreichischen Galerie auch „**unentgeltlich**“ im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 überlassen wurden.

Die Unentgeltlichkeit im Sinne des § 1 Z 1 ist nicht im zivilrechtlichen Sinn zu verstehen. Unentgeltlich wäre danach eine Leistung, die ohne Gegenleistung, das heißt aus Freigebigkeit erbracht wird (vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I 104). An eine **freigebige Zuwendung** hat der Gesetzgeber des RestitutionsG 1998 aber **keinesfalls** gedacht. Vielmehr geht es um formelle „Schenkungen“ oder „Widmungen“ im untechnischen Sinn, die an die Republik zur Erreichung einer Ausfuhrgenehmigung erfolgten. Bei ausschließlich zivilrechtlicher Betrachtung läge in einem solchen Fall keine Unentgeltlichkeit vor: Der Kunstgegenstand wird ja nicht freigebig und ohne Gegenleistung übereignet, sondern nur zur Erlangung einer Ausfuhrgenehmigung. Sieht man davon ab, daß die Ausfuhrgenehmigung ein behördlicher Akt ist, läge zivilrechtlich ein Tauschvertrag (oder wenn das Ausfuhrverbot zweifelhaft war, ein Vergleich) vor.

Die Bedeutung der „Unentgeltlichkeit“ ist jedoch im RestitutionsG 1998 eine spezifische: Es muß sich um **Kunstgegenstände** handeln, die der Eigentümer der Republik übereignet hat und **übereignen** mußte, um die **Genehmigung** für die **Ausfuhr anderer Kunstgegenstände** zu erlangen, ohne daß die Republik eine dem Wert der Gegenstände entsprechende, auf dem freien Markt übliche Gegenleistung erbracht hat. Der **Zusammenhang** der Übereignung mit der **Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung** für andere Kunstwerke ist somit im Gesetz nicht nur gesondert erwähnt (siehe oben), sondern spielt **auch beim Verständnis der „unentgeltlichen“ Übereignung** im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG eine entscheidende Rolle. Diese beiden Elemente lassen sich wohl gar nicht trennen, sondern bilden zusammen den Tatbestand der „unentgeltlichen Übereignung im Zuge eines aus der Rückstellung folgenden Ausfuhrverbotsverfahrens“.

Die gesonderte Prüfung der Unentgeltlichkeit ist allerdings notwendig, weil der konkrete Fall nicht dem typischen entspricht. Die Besonderheit besteht darin, daß die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer die Bilder der Österreichischen Galerie nicht im formalen Kleid einer „Schenkung“ übereigneten, sondern dadurch, daß sie das Recht der Republik auf die Bilder unter Verweis auf das Testament Adele Bloch-Bauers und der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht **„unentgeltlich“ anerkannten**. Daran scheitert aber aus den folgenden Gründen die Anwendbarkeit des § 1 Z 1 RestitutionsG nicht:

Wie unter A. bis C. dargelegt, hatte die Österreichische Galerie in Wirklichkeit aus einem solchen Titel nach der Rechtslage **keinen Anspruch**. Die Klimt-Bilder standen materiell-rechtlich **den Erben Ferdinand Bloch-Bauers zu**. Die Erben hätten selbstverständlich die Bilder von der Österreichischen Galerie und der Städtischen Sammlung herausverlangen und die Rückgabe des bei Karl Bloch-Bauer befindlichen Bildes ver-

weigern können. Die Folge wäre aber ein vielleicht Jahre dauernder Rechtsstreit und als Konsequenz eine kaum gesteigerte Kooperationsbereitschaft der Galerie bei der Aufspürung der anderen Bilder und des Bundesdenkmalamts bei der Erteilung der Ausfuhrbewilligung gewesen, weshalb die Berechtigten es vorzogen, gewisse Bilder der Republik zu überlassen.

Die **Überlassung** oder Hingabe der Bilder an die Österreichische Galerie sollte **die Ausfuhr** der übrigen Kunstwerke **erleichtern** und hat diese tatsächlich ermöglicht. Allen Beteiligten muß klar gewesen sein, daß das „**Anerkenntnis**“ ohne den mittelbaren **Druck der Verweigerung** der **Ausfuhrgenehmigung** für die restlichen Bilder **nicht abgegeben** worden wäre. Selbst wenn man die hier (oben unter A. bis C.) vorgenommene rechtliche Beurteilung beiseite läßt, stand die Österreichische Galerie rechtlich vor keiner günstigen Situation. Ferdinand Bloch-Bauer hatte die Erfüllung der Bitte seiner Gattin in Aussicht gestellt, ihr aber nicht entsprochen (er hat die Bilder der Österreichischen Galerie nicht letztwillig hinterlassen). Die Bilder befanden sich zwar teilweise im Besitz der Österreichischen Galerie, wurden aber von ihr **auf eine Weise erworben** (Tauschgeschäft zwischen Dr. Führer und der Österreichischen Galerie, Verkauf eines Bildes durch Dr. Führer), die sicher nicht den **Vorstellungen Adele Bloch-Bauers**, geschweige denn jenen Ferdinand Bloch-Bauers entsprach. Dr. Garzarolli erkannte nicht umsonst in verschiedenen Schreiben in der Weise des Erwerbs der Bilder bis 1945 eine „nicht gerade ungefährliche Situation“ für die Galerie. Ihm ging es ferner um den Erwerb der Klimt-Bilder, die sich noch nicht im Besitz der Österreichischen Galerie befanden. Hiefür und für die Bereinigung der Vorgänge um die von Dr. Führer erworbenen Bilder benötigte er das Anerkenntnis eines Rechtsanspruch der Österreichischen Galerie durch die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer. Um diese zu erreichen, verknüpfte er (wahrscheinlich mit Billigung von Dr. Demus vom Bundesdenkmalamt) die Frage der Ausfuhrgenehmigung für die restlichen Kunstgegenstände mit

der Überlassung der Klimt-Bilder. Angesichts dieser Sachlage verwundert es nicht, daß – wie oben dargelegt wurde – selbst die zuständige **Bundesministerin** einen „evidenten“ **Zusammenhang** zwischen der Überlassung der Klimt-Bilder an die Österreichische Galerie mit der Erteilung von Ausfuhrbewilligungen erkannt hat.

Insgesamt liegen Umstände vor, die die Annahme einer unentgeltlichen Übereignung im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 rechtfertigen: Dem Direktor der Österreichischen Galerie, Dr. Garzarolli, war erkennbar, daß die Erben Ferdinand Bloch-Bauers die Bilder nur deshalb der Galerie übereigneten, um die Ausfuhrgenehmigung für die restlichen Kunstwerke zu erreichen. Statt einer formellen Schenkung der Bilder stützte man den Eigentumsübergang auf das Anerkenntnis der Ansprüche der Österreichischen Galerie aus der letztwilligen Verfügung Adele Bloch-Bauers und der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht. In das Eigentum des Bundes waren damit durch die Zustimmung der Eigentümer Bilder übergegangen, auf die die Republik nach der tatsächlichen Rechtslage keinen Anspruch hatte. Die Übereignung durch das Anerkenntnis erfolgte „unentgeltlich“ im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998, weil die einzige Gegenleistung in der Zustimmung zur Ausfuhr anderer geraubter Kunstgegenstände bestand.

c) Eigentum der Republik

Die letzte Voraussetzung der Ermächtigung nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 ist im vorliegenden Fall unproblematisch: Die Bilder stehen im gegenwärtigen Zeitpunkt im **Eigentum der Republik**.

d) Ergebnis

Im Ergebnis ist daher zumindest eine **entsprechende Anwendung** des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 auf „Adele Bloch Bauer I“, „Adele Bloch Bauer II“ und „Apfelbaum I“ zu bejahen. Ob dasselbe für „Häuser in Unterrach“ und „Buchenwald/Birkenwald“ gilt, hängt davon ab, ob es für die Anwendbarkeit des § 1 Z 1 darauf ankommt, daß sich die Bilder nach 1945 bei der Republik befanden. Nach der Praxis des nach § 3 RestitutionsG 1998 eingerichteten beratenden Beirats, der darauf nicht abzustellen scheint, wäre die Anwendbarkeit eher zu bejahen.

V. Zusammenfassung

1. Das RestitutionsG 1998 ermächtigt den Bundesminister für Finanzen, den Bundesminister für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten, den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten und den Bundesminister für Landesverteidigung, Kunstgegenstände aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen, wozu auch die Sammlungen der Bundesmobilienvverwaltung zählen, **unentgeltlich** an die **ursprünglichen Eigentümer** oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zu übereignen, wenn einer von drei in § 1 Z 1 bis 3 geregelten Tatbeständen vorliegt.

2. Der **Tatbestand der Z 3** setzt voraus, daß der Kunstgegenstand nach Abschluß von Rückstellungsverfahren nicht an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zurückgegeben werden konnte, als herrenloses Gut unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen ist und sich noch im Eigentum des Bundes befindet. Dieser Tatbestand ist im vorliegenden Fall offenkundig nicht verwirklicht.

3. Die Ermächtigung **nach § 1 Z 2** setzt voraus, daß die Kunstgegenstände zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, vorher aber Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemäß § 1 des NichtigkeitsG 1946“ waren. Die Bilder sind nach 1945 durch die Einigung zwischen den Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer und der Österreichischen Galerie rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen. Alle Bilder waren zwischen 1938 und 1945 Gegenstand von Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen, die von § 1 NichtigkeitsG 1946 erfaßt sind. Nach dem Wortlaut des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998 wäre eine Ermächtigung zur Rückgabe der Bilder somit zu bejahen. § 1 Z 2 muß aber auf Grund der Absicht des Gesetzgebers einschränkend ausgelegt werden. Mit der Voraussetzung des rechtmäßigen Eigentumserwerbs durch die Republik sollte nur der Erwerb von Dritten – insbesondere vom befugten Gewerbsmann oder bei Versteigerungen –, **nicht aber der Erwerb vom wirklich Berechtigten** erfaßt sein. Würde man auch diesen unter § 1 Z 2 subsumieren, verlöre Z 1 weitestgehend ihren Anwendungsbereich, weil auch der unentgeltliche Erwerb im Sinne der Z 1 rechtmäßig war und die betroffenen Bilder gewöhnlich auch Gegenstand eines Rechtsgeschäftes im Sinne des NichtigkeitsG 1946 waren. § 1 Z 2 ist somit auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

4. § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 setzt voraus, daß die Kunstgegenstände **Gegenstand von Rückstellungen** an den ursprünglichen Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger von Todes wegen waren und nach dem 8. Mai 1945 im **Zuge** eines daraus folgenden **Verfahrens** nach den Bestimmungen des Ausfuhrverbotsgesetzes unentgeltlich in das **Eigentum des Bundes** übergegangen sind. Der Gesetzgeber wollte dadurch ein in der Vergangenheit rechtmäßiges Behördenverhalten rückgängig machen, nämlich den Eintausch von ehemals durch das NS-Regime entzogenen Kunstgegenständen gegen Erteilung der Ausfuhrgenehmigung für andere Kunstgegenstände. Ausgehend von den Ergebnissen einer „Kommission für Provenienzfor-

schung“ ging der Gesetzgeber bei § 1 Z 1 von einem bestimmten Ablauf aus: Entzogene Kunstwerke wurden nach dem Krieg zurückgestellt, der Eigentümer wollte sie ausführen und bekam die Genehmigung nur gegen Überlassung einzelner Stücke an die Republik.

5. Im vorliegenden Fall wurden die Bilder „Adele Bloch Bauer I“, „Adele Bloch Bauer II“, „Apfelbaum I“ **nicht zurückgestellt**, sondern es einigten sich die Erben Ferdinand Bloch-Bauers mit der Österreichischen Galerie darauf, daß die Bilder endgültig bei der Galerie **verbleiben**, also nicht zurückgefordert werden. Daß es somit zu keiner Rückstellung im buchstäblichen Sinne des § 1 Z 1 kam, hindert aber dessen Anwendung nicht. Es kann nämlich **keinen Unterschied** machen, ob die Bilder von der Republik zurückgegeben und ihr anschließend im Zusammenhang mit einem Ausfuhrverfahren übereignet wurden, oder ob der Rückgabeberechtigte mit einer Abwicklung im **kurzem Weg** einverstanden war und auf eine Rückforderung verzichtete, um eine Ausfuhrgenehmigung für andere Bilder zu erlangen. Eine entsprechende Anwendung des § 1 Z 1 ist deshalb zu bejahen, zumal der Gesetzgeber bei seiner Abfassung auf die Ergebnisse der Nachforschungen der Kommission für Provenienzforschung aufbaute, die damals nur einen Bruchteil der Bestände untersucht hatte und so eine Abwicklung im kurzem Wege im Gesetz nicht erwähnt ist.

6. Die Bilder „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“ befanden sich nach dem Krieg zunächst nicht im Besitz der Republik Österreich, sondern bei Dr. Führer bzw der Städtischen Sammlung Wien. Ob sie das Tatbestandsmerkmal „Gegenstand von Rückstellungen“ erfüllen, hängt davon ab, ob es nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 darauf ankommt, daß die Kunstgegenstände zunächst **durch die Republik** zurückgestellt wurden. Verneint man dies, würde „Häuser in Unterach am Attersee“ das Tatbestandsmerkmal erfüllen, weil die Erben Ferdinand Bloch-

Bauers das Bild (informell) tatsächlich zurückerhielten (Aushändigung an ihren Vertreter Karl Bloch-Bauer). Für „Birkenwald/Buchenwald“ würde ähnliches gelten wie für „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“ und „Apfelbaum“: Die Erben haben nur deshalb auf ein Rückstellungsbegehren verzichtet, weil sie sich auf kurzem Wege mit der Österreichischen Galerie geeinigt hatten, daß diese das Bild von der Städtischen Sammlung zurückfordert. Statt einer Besitzauflassung („Hin- und Herschiebens“ des Bildes) kürzte man die Abwicklung durch eine Art Besitzanweisung ab.

Der gemäß § 3 RestitutionsG 1998 eingerichtete Beirat scheint in seiner Praxis nicht darauf abzustellen, ob die Kunstgegenstände zunächst von der Republik zurückgegeben wurden. Sollte es tatsächlich ausreichen, daß die Bilder nur von irgend jemandem im Zuge der NS-Zeit entzogen worden waren, ist die Voraussetzung „Gegenstand von Rückstellungen“ auch für „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“ erfüllt.

7. Die Anwendung des § 1 Z 1 setzt weiter voraus, daß die Bilder der Republik unentgeltlich und im Zuge eines Ausfuhrgenehmigungsverfahrens übereignet wurden. Weil die Übereignung an die Republik nicht im Sinne des Schenkungsrechts „freigebig“, sondern zur Erlangung einer Ausfuhrgenehmigung stattgefunden hat, ist die von § 1 Z 1 verlangte „unentgeltliche“ Überlassung nicht technisch zu verstehen. Wesentlich ist, daß der Bund für die Kunstwerke den Berechtigten keine materielle Gegenleistung geleistet, sondern dafür nur die Ausfuhr anderer Kunstwerke genehmigt hat. Die **Unentgeltlichkeit** könnte daran scheitern, daß die Überlassung der Kunstwerke durch das Anerkenntnis der Ansprüche der Galerie auf die Bilder durch die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers in Verbindung mit der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht erfolgt ist. Ein solcher **Anspruch bestand** jedoch nach der tatsächlichen

Rechtslage **nicht** und erschien sowohl den Erben Ferdinand Bloch-Bauers als auch den Behörden zweifelhaft. Das Anerkenntnis wurde vielmehr im Hinblick auf die **Erleichterung der Ausfuhrgenehmigung** für die restlichen Kunstwerke abgegeben. Die „Gegenleistung“ von Seiten der Österreichischen Galerie bestand denn auch in der Zusage Dr. Garzarollis, sich für eine Genehmigung der Ausfuhr zu verwenden, was er auch getan hat. Wegen des unmittelbaren Zusammenhanges zwischen dem Anerkenntnis der Ansprüche der Galerie und der Zustimmung zur Ausfuhr der übrigen Kunstwerke ist die **Unentgeltlichkeit** im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 zu **bejahen**.

8. Die Anwendbarkeit der Ermächtigung nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 scheidet auch nicht daran, daß die unentgeltliche Übereignung im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 der Bewilligung der Ausfuhr voranging. Sie war notwendige **Voraussetzung dafür, daß diese Bewilligung** erteilt wurde. Von einem evidenten Zusammenhang zwischen der Überlassung der Bilder und der Genehmigung der Ausfuhr geht denn auch die **Bundesministerin für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten** in ihrer Antwort auf eine schriftliche parlamentarische Anfrage betreffend Kunstwerke im Besitz der Republik Österreich aus.

Im Ergebnis ist somit eine Anwendung des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 zumindest auf die Bilder „Adele Bloch Bauer I“, „Adele Bloch Bauer II“ und „Apfelbaum I“ zu bejahen. Ob dasselbe für „Häuser in Unterach“ und „Buchenwald/Birkenwald“ gilt, hängt davon ab, ob es für die Anwendbarkeit des § 1 Z 1 irrelevant ist, daß sich die Bilder nach 1945 nicht bei der Republik, sondern bei Dr. Führer bzw der Gemeinde Wien befunden haben. Nach der Praxis des nach § 3 RestitutionsG 1998 eingerichteten beratenden Beirats wäre die Anwendbarkeit eher zu bejahen.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Anordnung Adele Bloch-Bauers

1. Das Wort „*Bitte*“ bedeutet nach dem allgemeinen *Sprachgebrauch ein unverbindliches Ersuchen*. An dieser Bedeutung ist festzuhalten, wenn sich nicht eindeutig erweisen läßt, daß der Wille des Erblassers auf eine verpflichtende Anordnung gerichtet war. Ein solcher eindeutiger Nachweis fehlt im vorliegenden Fall.

2. Eine Reihe von Indizien sprechen dafür, daß der Erblasserin die Bedeutung der verwendeten Begriffe für den Inhalt der Verfügung klar war. Es trifft zu, daß sie mit ihrer Bitte nicht nur die Klimt-Bilder, sondern auch ihre Bibliothek erfassen wollte und daß sie es der begünstigten Wiener Volks- und Arbeiter-Bibliothek anheimstellte, die Bücher zu behalten oder sie zu verkaufen und den Erlös „als Legat“ anzunehmen. Daraus ist aber keineswegs ein verpflichtender Charakter der „Bitte“ abzuleiten, weil die Gestattung der Veräußerung und die Widmung des Erlöses als „Legat“ ohne weiteres auch *nur für den Fall gelten kann, daß Ferdinand Bloch-Bauer der unverbindlichen Bitte nachkommen* und das Legat anordnen oder daß die Ersatzerbschaft zum Tragen kommen würde.

3. Meint man, daß die Unverbindlichkeit der „Bitte“ dennoch zweifelhaft bleibe, so liegt eine entsprechende Anwendung des § 614 ABGB nahe. Wenn nach dieser Bestimmung im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser den Erben zur Weitergabe des vererbten Vermögens verpflichten wollte, so darf *im Zweifel noch weniger* angenommen werden, daß der Erblasser *den Erben verbindlich verpflichten* wollte, seine *eigenen Sachen* (bei seinem Tod) an Dritte weiterzugeben. Daher ist unabhängig davon, wem die strittigen Sachen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung

wem die strittigen Sachen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gehörten, im Zweifel ein bloßer Wunsch der Erblasserin anzunehmen.

Die „Bitte“ Adele Bloch-Bauers ist daher unverbindlich.

4. Hält man die Bitte Adele Bloch-Bauers für eine verbindliche Anordnung, so ist sie keine Legatsverfügung der Erblasserin selbst, sondern ein *Testiergebot* an ihren Universalerben Ferdinand Bloch-Bauer. Im Gegensatz zu Abs 1 des Pkt III ihres Testaments sagt ja die Erblasserin nicht, daß sie die Bilder hinterläßt, sondern daß sie ihren Ehegatten bittet, die Bilder zu hinterlassen, also darüber in bestimmter Weise letztwillig zu verfügen.

5. Testierverbote und Testiergebote sind wegen Eingriffs in die Testierfreiheit *ungültig*. Ausnahmen sind nur insofern zulässig, als die Anordnung in eine *fideikommissarische Substitution umgedeutet* werden kann. Eine fideikommissarische Substitution und damit auch die Umdeutung in eine solche setzt aber voraus, daß sich die Anordnung auf eigenes Vermögen oder *eigene Sachen des (ersten) Erblassers* bezieht. Könnte erwiesen werden, daß die Bilder im Eigentum der Erblasserin Adele Bloch-Bauer standen, wäre daher die Umdeutung (Konversion) ihrer Anordnung in eine fideikommissarische Substitution (ein fideikommissarisches Vermächtnis) möglich.

6. Viel schwieriger ist die Rechtslage, wenn die Bilder (als Bestandteil seiner Sammlung) dem Erben Ferdinand Bloch-Bauer selbst gehörten. Nach § 662 ABGB ist zwar das Vermächtnis einer Sache, die dem Erblasser gehört, grundsätzlich möglich. Das Gesetz meint damit aber *nicht die Zulässigkeit eines Testiergebotes* an den Erben, sondern eine *Legatsanordnung*, die der *Erblasser selbst* trifft und die sich auf eine Sache des Erben bezieht. Nach herrschender, wenngleich sehr fragwürdiger, Auffassung soll das Legat auch gültig sein, wenn der Erblasser irrtümlich meinte, die Sache gehöre

ihm selbst. Irrtumsanfechtung ist möglich, im vorliegenden Fall aber ausgeschlossen, wenn der Verjährungseinwand erhoben wird.

7. Die Finanzprokurator möchte das Testiergebot an Ferdinand Bloch-Bauer im Ergebnis in eine nach § 662 ABGB gültige Legatsanordnung der Erblasserin Adele Bloch-Bauer *umdeuten*. Dies könnte jedoch nur dann erwogen werden, wenn das Legat *beim Tod der Erblasserin* zu entrichten wäre, *nicht* aber, wenn es (wie im vorliegenden Fall) erst beim *Tod des Erben* zu entrichten ist, weil dies schon bei ausdrücklicher Festsetzung der Fälligkeit mit dem Tod des Erben ein unzulässiger Eingriff in dessen Testierfreiheit wäre. Umso mehr muß die „Umdeutung“ eines Testiergebotes in eine solche Fälligkeitsbestimmung unzulässig sein. Dementsprechend wird in der Literatur diese Konversion meist abgelehnt. Die Judikatur ist nicht ganz klar, sie äußert sich zum Teil vorsichtig. Vermutlich hat der OGH in dieser Sache das letzte Wort noch nicht gesprochen.

Richtigere Ansicht nach konnte daher die „Bitte“ der Adele Bloch-Bauer, wenn man überhaupt annimmt, sie sei verbindlich gemeint gewesen, kein Recht der Österreichischen Galerie (der Republik Österreich) auf die Bilder begründen, wenn diese im Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers standen.

8. Das Testament läßt keine sicheren Schlüsse auf die Eigentumsverhältnisse zu. Die Worte „Meine Porträts“ sind nicht beweiskräftig, weil es sich um Abbildungen der Erblasserin handelte. Ebenso wenig überzeugt der Verweis auf den bindenden Auftrag der Erblasserin zur sofortigen Herausgabe der Bilder an die Ersatzerben, weil die Ersatzerbschaft nur zum Tragen kommen konnte, wenn Ferdinand Bloch-Bauer *vor der Erblasserin Adele Bloch-Bauer gestorben* wäre. Für diesen Fall konnte aber Adele Bloch-Bauer zweifellos annehmen, daß sie *bei ihrem eigenen Tod Eigentümerin* der Bilder sein würde. Auf das Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers

könnte hindeuten, daß die Erblasserin zweimal von der „mir gehörenden“ oder „meiner“ Bibliothek spricht, während sie bei den Bildern (abgesehen von ihren Abbildungen) das Possessivpronomen vermeidet.

9. Für das Eigentum Ferdinand Bloch-Bauers spricht die Vermutung des § 1237 ABGB in seiner alten Fassung, die bis 1978 in Geltung stand. Danach galten Sachen, die während aufrechter Ehe erworben wurden und sich im ehelichen Haushalt befanden, *im Zweifel* als *Eigentum des Mannes*. Die Vermutung wirkte gegenüber jedermann. Um sie zu entkräften, müßte bewiesen werden, daß Adele Bloch-Bauer die Bilder selbst erworben hat, oder daß Ferdinand Bloch-Bauer sie ihr geschenkt hat. Ein solcher Beweis erübrigte sich nach § 1247 Satz 1 ABGB, wonach Kostbarkeiten, die der Ehemann seiner Gattin zum Putze gegeben hat, im Zweifel für geschenkt angesehen werden. Die Bilder erfüllen allerdings *nicht* die Voraussetzung von *Kostbarkeiten*, die der Frau *zum Putze* gegeben wurden. All dies kann nur die Behauptung Ferdinand Bloch-Bauers bekräftigen, daß die fraglichen Bilder in seinem Eigentum gestanden seien.

II. Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht

1. Mit den Worten „Ich verspreche die getreuliche Erfüllung“ übernimmt man gewöhnlich keine rechtliche Verpflichtung, sondern stellt die *Erfüllung einer moralischen Pflicht in Aussicht*. Ferdinand Bloch-Bauer hatte auch keinen Anlaß, sich selbst eine Rechtspflicht aufzuerlegen. Wollte er dem Willen seiner Frau entsprechen, so konnte er dies auch, ohne sich zu binden. Die Übernahme einer *Verpflichtung wäre sinnlos gewesen*, weil sie nur seinen Dispositionen im Wege gestanden wäre. Davon abgesehen hat

Ferdinand Bloch-Bauer in seiner Erklärung die Unverbindlichkeit der Bitte Adele Bloch-Bauers noch *besonders hervorgehoben*.

Aus der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers läßt sich daher bei verständiger Auslegung *kein Verpflichtungswille* ableiten. Wollte man daran noch zweifeln, käme die *Unklarheitenregel* des § 915 ABGB zur Anwendung: Weil Ferdinand Bloch-Bauer für seine Erklärung keine Gegenleistung erhielt, führte auch die gesetzliche Zweifelsregel zur Annahme der Unverbindlichkeit als „geringere Last“.

2. Hinzu kommt, daß die Erklärung gar nicht an die Österreichische Galerie gerichtet war. Sie erfolgte im Rahmen des Testamentserfüllungsausweises. Dieser ist eine Erklärung, die sich *nur an das Gericht richtet* und diesem mitteilt, daß die Voraussetzungen der Einantwortung erfüllt sind. Im konkreten Testamentserfüllungsausweis ist von einer Verständigung der Österreichischen Galerie im Gegensatz zu den aus dem Testament begünstigten Legataren keine Rede.

3. Folgte man demgegenüber der Auffassung der Finanzprokurator, daß sich Ferdinand Bloch-Bauer durch seine Erklärung verpflichten wollte und die Österreichische Galerie diese Offerte angenommen hätte, so hätte der Inhalt eines solchen Anerkennungsvertrages *nur der Inhalt der Verfügung Adele Bloch-Bauers sein können*, dh die Verpflichtung Ferdinand Bloch-Bauers, der Österreichischen Galerie die Bilder von Todes wegen zu hinterlassen. Eine solche vertragliche Eigenbindung Ferdinand Bloch-Bauers (als Erblasser) wäre aber nach unserer Rechtsordnung *rechtlich unmöglich*. Sie wäre höchstens als „Vermächtnisvertrag“ denkbar, der aber nur zwischen Ehegatten und unter Einhaltung entsprechender Formen zulässig ist.

4. Gegen die von der Finanzprokurator alternativ vertretene Annahme eines *Schenkungsvertrages unter Lebenden* sprechen nicht nur die bisherigen Ausführungen, sondern auch der Inhalt der Erklärung. Aus der Erklärung, die Bitte Adele Bloch-Bauers, die Bilder der Galerie *nach seinem Tod zu hinterlassen*, getreulich zu erfüllen, kann keinesfalls der Schluß gezogen werden, daß die Bilder „sofort“, dh noch *zu Lebzeiten* Ferdinand Bloch-Bauers schenkungsweise der Österreichischen Galerie überlassen werden. Bei Unterstellung des Schenkungswillens käme inhaltlich nur das Versprechen in Frage, die Bilder der Galerie nach seinem Tod zu schenken. Damit wären aber die *Formvorschriften der Schenkung auf den Todesfall* einzuhalten gewesen (§ 956 Satz 2 ABGB, § 1 Abs 1 lit d NotAkteG), von denen im konkreten Fall keine erfüllt wäre.

5. Selbst wenn man unterstellte, daß Ferdinand Bloch-Bauer die Bilder mit seiner Erklärung der Galerie sofort, also zu seinen Lebzeiten schenken wollte, wäre diese Verpflichtungserklärung gemäß § 943 ABGB nichtig, weil die *Form des Notariatsaktes nicht eingehalten* wurde. Dieser hätte nur dann entfallen können, wenn auf das Schenkungsversprechen eine *wirkliche Übergabe* gefolgt wäre. Auch eine solche hat Ferdinand Bloch-Bauer *nicht vorgenommen*. Das von der Finanzprokurator behauptete Besitzkonstitut erfüllt die Voraussetzungen einer wirklichen Übergabe im Sinne des § 943 ABGB nicht. Die beiden Entscheidungen des OGH, die ausnahmsweise das Besitzkonstitut als wirkliche Übergabe genügen lassen, wenn der Geschenkgeber in der Folge an seinem Schenkungswillen festhält und damit zum Ausdruck bringt, des Übereilungsschutzes nicht zu bedürfen, sind abzulehnen. Sie sind außerdem auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

6. Die Finanzprokurator verweist darauf, daß Ferdinand Bloch-Bauer die Galerie gebeten habe, die Bilder weiterbehalten zu dürfen, und erkennt darin die Vereinbarung eines Besitzkonstituts. Dabei ist bereits zweifelhaft,

ob Ferdinand Bloch-Bauer jemals eine solche Erklärung abgegeben hat. In den vorliegenden Dokumenten aus der Zeit *bis zum Tod* Ferdinand Bloch-Bauers im Jahre 1945 findet sich dazu *kein Hinweis*. Die Finanzprokurator stützt sich demgegenüber auf zwei Dokumente aus der Zeit danach, von denen eines (Schreiben von RA Dr. Rinesch an Robert Bentley vom 6. 12. 1947) ihre Auffassung keinesfalls deckt. Als einzige Quelle bleibt die Darstellung von Dr. Grimschitz, dessen Glaubwürdigkeit aus verschiedenen Gründen eher zweifelhaft ist. Selbst wenn man aber annähme, daß Ferdinand Bloch-Bauer eine derartige Erklärung abgegeben habe, hätte diese Bitte *nicht* den nach § 863 ABGB nötigen *Erklärungswert*, die Bilder der Galerie zu übereignen.

7. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Finanzprokurator, wonach es für die wirkliche Übergabe ausreiche, daß Ferdinand Bloch-Bauer seinen Schenkungswillen nie bestritten habe und aus der Übergabe des Bildes „Schloß Kammer am Attersee III“ im Jahre 1936 zweifelsfrei folge, daß er an der Schenkung festhalten wollte. In Wirklichkeit hat Ferdinand Bloch-Bauer *niemals eine frühere Schenkung bestätigt*. Aus dem Still-schweigen Rechtsfolgen abzuleiten, widerspricht den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre. Nicht nachvollziehbar ist es, daß in der wirklichen und vollzogenen Schenkung des Bildes „Schloß Kammer am Attersee III“ ein Festhalten an einer imaginären früheren „Gesamtschenkung“ liegt. *Wer nur ein Bild schenkt, erklärt nicht, daß er andere Bilder schon geschenkt habe und dabei bleiben wolle*. So nimmt denn auch das Dankeschreiben der Galerie aus dem Jahre 1936 auf die anderen Bilder überhaupt nicht Bezug.

Somit ergibt sich, daß *bis* zum Jahre 1938 *kein gültiger Titel* entstanden ist, aus dem die Österreichische Galerie Rechte an oder auf die fraglichen Bilder ableiten hätte können. Die Österreichische Galerie erlangte

weder einen erbrechtlichen noch einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übergabe. Umso weniger wurde sie Eigentümer dieser Bilder. Eine Ausnahme galt nur für das Bild „Schloß Kammer am Attersee III“, das Ferdinand Bloch-Bauer im Jahre 1936 der Österreichischen Galerie *aus freien Stücken geschenkt* hat. Sie hat – nicht auf Grund des Testaments der Adele Bloch-Bauer, sondern auf Grund der Schenkung – daran Eigentum erworben.

8. Die Behauptung der Finanzprokurator, Dr. Führer habe in den Jahren 1938 bis 1945 durch die Übergabe der Bilder „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“ und „Apfelbaum II“ die letztwillige Anordnung Adele Bloch-Bauers oder das Schenkungsversprechen Ferdinand Bloch-Bauers wirksam erfüllt, entbehrt jeder rechtlichen Grundlage. Ohne Ermächtigung Ferdinand Bloch-Bauers konnte Dr. Führer eine derartige Verpflichtung nicht erfüllen. Daß eine solche Ermächtigung durch Ferdinand Bloch-Bauer nicht bestand, liegt auf der Hand. Daß sich Dr. Führer bei der Übergabe von „Adele Bloch-Bauer I“ und „Apfelbaum II“ auf die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers berief, ist irrelevant, weil durch diese erstens keine Verpflichtung Ferdinand Bloch-Bauers erzeugt wurde, und er Dr. Führer zu ihrer Erfüllung auch nicht autorisiert hat. Diese Berufung diene offensichtlich der „Bemäntelung“ der Transaktionen Führers, die der Vermächtnis-Erfüllungstheorie auch inhaltlich widersprechen, weil Dr. Führer kein einziges Bild der Österreichischen Galerie ohne Gegenleistung überlassen hat. Dabei fällt gar nicht mehr ins Gewicht, daß die behauptete Verpflichtung Ferdinand Bloch-Bauers zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht fällig war.

9. Darin, daß die Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer (vertreten durch Dr. Rinesch) nach 1945 kein Rückstellungsbegehren stellten, kann entgegen der Auffassung der Finanzprokurator keinesfalls eine konkludente Genehmigung der Handlungen Dr. Führers erblickt werden.

Im Ergebnis wurde somit in der Zeit zwischen 1938 und 1945 weder ein Anspruch der Republik Österreich gegen Ferdinand Bloch-Bauer auf die Übereignung der Bilder begründet, noch wurde ein bestehender Titel wirksam erfüllt.

III. Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den Österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 4. 12. 1998, BGBl I 1998/181

1. Das RestitutionsG 1998 ermächtigt den Bundesminister für Finanzen, den Bundesminister für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten, den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten und den Bundesminister für Landesverteidigung, Kunstgegenstände aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen, wozu auch die Sammlungen der Bundesmobilienvverwaltung zählen, *unentgeltlich* an die *ursprünglichen Eigentümer* oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zu übereignen, wenn einer von drei in § 1 Z 1 bis 3 geregelten Tatbeständen vorliegt.

2. Der *Tatbestand der Z 3* setzt voraus, daß der Kunstgegenstand nach Abschluß von Rückstellungsverfahren nicht an die ursprünglichen Eigentümer oder deren Rechtsnachfolger von Todes wegen zurückgegeben werden konnte, als herrenloses Gut unentgeltlich in das Eigentum des Bundes übergegangen ist und sich noch im Eigentum des Bundes befindet. Dieser Tatbestand ist im vorliegenden Fall offenkundig nicht verwirklicht.

3. Die Ermächtigung *nach § 1 Z 2* setzt voraus, daß die Kunstgegenstände zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, vorher aber Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemäß § 1 des NichtigkeitsG 1946“ waren. Die Bilder sind nach 1945 durch die Einigung zwischen den Erben nach Ferdinand Bloch-Bauer und der Österreichischen Galerie rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen. Alle Bilder waren zwischen 1938 und 1945 Gegenstand von Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen, die von § 1 NichtigkeitsG 1946 erfaßt sind. Nach dem Wortlaut des § 1 Z 2 RestitutionsG 1998 wäre eine Ermächtigung zur Rückgabe der Bilder somit zu bejahen. § 1 Z 2 muß aber auf Grund der Absicht des Gesetzgebers einschränkend ausgelegt werden. Mit der Voraussetzung des rechtmäßigen Eigentumserwerbs durch die Republik sollte nur der Erwerb von Dritten – insbesondere vom befugten Gewerbsmann oder bei Versteigerungen –, *nicht aber der Erwerb vom wirklich Berechtigten* erfaßt sein. Würde man auch diesen unter § 1 Z 2 subsumieren, verlöre Z 1 weitestgehend ihren Anwendungsbereich, weil auch der unentgeltliche Erwerb im Sinne der Z 1 rechtmäßig war und die betroffenen Bilder gewöhnlich auch Gegenstand eines Rechtsgeschäftes im Sinne des NichtigkeitsG 1946 waren. § 1 Z 2 ist somit auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

4. § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 setzt voraus, daß die Kunstgegenstände *Gegenstand von Rückstellungen* an den ursprünglichen Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger von Todes wegen waren und nach dem 8. Mai 1945 im *Zuge* eines daraus folgenden *Verfahrens* nach den Bestimmungen des Ausfuhrverbotsgesetzes unentgeltlich in das *Eigentum des Bundes* übergegangen sind. Der Gesetzgeber wollte dadurch ein in der Vergangenheit rechtmäßiges Behördenverhalten rückgängig machen, nämlich den Austausch von ehemals durch das NS-Regime entzogenen Kunstgegenständen gegen Erteilung der Ausfuhrgenehmigung für andere Kunstgegenstände. Ausgehend von den Ergebnissen einer „Kommission für Provenienzfor-

schung“ ging der Gesetzgeber bei § 1 Z 1 von einem bestimmten Ablauf aus: Entzogene Kunstwerke wurden nach dem Krieg zurückgestellt, der Eigentümer wollte sie ausführen und bekam die Genehmigung nur gegen Überlassung einzelner Stücke an die Republik.

5. Im vorliegenden Fall wurden die Bilder „Adele Bloch Bauer I“, „Adele Bloch Bauer II“, „Apfelbaum I“ *nicht zurückgestellt*, sondern es einigten sich die Erben Ferdinand Bloch-Bauers mit der Österreichischen Galerie darauf, daß die Bilder endgültig bei der Galerie *verbleiben*, also nicht zurückgefordert werden. Daß es somit zu keiner Rückstellung im buchstäblichen Sinne des § 1 Z 1 kam, hindert aber dessen Anwendung nicht. Es kann nämlich *keinen Unterschied* machen, ob die Bilder von der Republik zurückgegeben und ihr anschließend im Zusammenhang mit einem Ausfuhrverfahren übereignet wurden, oder ob der Rückgabeberechtigte mit einer Abwicklung im *kurzem Weg* einverstanden war und auf eine Rückforderung verzichtete, um eine Ausfuhrgenehmigung für andere Bilder zu erlangen. Eine entsprechende Anwendung des § 1 Z 1 ist deshalb zu bejahen, zumal der Gesetzgeber bei seiner Abfassung auf die Ergebnisse der Nachforschungen der Kommission für Provenienzforschung aufbaute, die damals nur einen Bruchteil der Bestände untersucht hatte und so eine Abwicklung im kurzem Wege im Gesetz nicht erwähnt ist.

6. Die Bilder „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“ befanden sich nach dem Krieg zunächst nicht im Besitz der Republik Österreich, sondern bei Dr. Führer („Häuser in Unterach am Attersee“) und der Städtischen Sammlung Wien („Buchenwald/Birkenwald“). Ob sie das Tatbestandsmerkmal „Gegenstand von Rückstellungen“ erfüllen, hängt davon ab, ob es nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 darauf ankommt, daß die Kunstgegenstände zunächst *durch die Republik* zurückgestellt wurden. Verneint man dies, würde „Häuser in Unterach am Attersee“ das Tatbestandsmerkmal erfüllen, weil die Erben nach Ferdi-

nand Bloch-Bauer das Bild (informell) tatsächlich zurückerhielten (Aushändigung an Karl Bloch-Bauer als Vertreter der Erben). Für „Birkenwald/Buchenwald“ würde ähnliches gelten wie für „Adele Bloch-Bauer I“, „Adele Bloch-Bauer II“ und „Apfelbaum“: Die Erben haben nur deshalb auf ein Rückstellungsbegehren verzichtet, weil sie sich auf kurzem Wege mit der Österreichischen Galerie geeinigt hatten, daß diese das Bild von der Städtischen Sammlung zurückfordert. Statt einer Besitzauflassung („Hin- und Herschiebens“ des Bildes) kürzte man die Abwicklung durch eine Art Besitzanweisung ab. Der gemäß § 3 RestitutionsG 1998 eingerichtete Beirat scheint in seiner Praxis nicht darauf abzustellen, ob die Kunstgegenstände zunächst von der Republik zurückgegeben wurden. Sollte es ausreichen, daß die Bilder nur von irgend jemandem im Zuge der NS-Zeit entzogen worden waren, ist die Voraussetzung „Gegenstand von Rückstellungen“ auch für „Häuser in Unterach am Attersee“ und „Buchenwald/Birkenwald“ erfüllt.

7. Die Anwendung des § 1 Z 1 setzt weiter voraus, daß die Bilder der Republik unentgeltlich und im Zuge eines Ausfuhrgenehmigungsverfahrens übereignet wurden. Weil die Übereignung an die Republik nicht im Sinne des Schenkungsrechts „freigebig“, sondern zur Erlangung einer Ausfuhrgenehmigung stattgefunden hat, ist die von § 1 Z 1 verlangte „unentgeltliche“ Überlassung nicht technisch zu verstehen. Wesentlich ist, daß der Bund für die Kunstwerke keine materielle Gegenleistung geleistet, sondern dafür nur die Ausfuhr anderer Kunstwerke genehmigt hat. Die *Unentgeltlichkeit* könnte daran scheitern, daß die Überlassung der Kunstwerke durch das Anerkenntnis der Ansprüche der Galerie auf die Bilder durch die letztwillige Verfügung Adele Bloch-Bauers in Verbindung mit der Erklärung Ferdinand Bloch-Bauers vor dem Verlassenschaftsgericht erfolgt ist. Ein solcher *Anspruch bestand* jedoch nach der tatsächlichen Rechtslage *nicht* und erschien sowohl den Erben Ferdinand Bloch-Bauers als auch den Behörden zweifelhaft. Das Anerkenntnis wurde vielmehr im Hinblick auf die

Erleichterung der Ausfuhrgenehmigung für die restlichen Kunstwerke abgegeben. Die „Gegenleistung“ von Seiten der Österreichischen Galerie bestand denn auch in der Zusage Dr. Garzarollis, sich für eine Genehmigung der Ausfuhr zu verwenden, was er auch getan hat. Wegen des unmittelbaren Zusammenhanges zwischen dem Anerkenntnis der Ansprüche der Galerie und der Zustimmung zur Ausfuhr der übrigen Kunstwerke ist die *Unentgeltlichkeit* im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 zu *bejahen*.

8. Die Anwendbarkeit der Ermächtigung nach § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 scheidet auch nicht daran, daß die unentgeltliche Übereignung im Sinne des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 der Bewilligung der Ausfuhr voranging. Sie war notwendige *Voraussetzung dafür, daß diese Bewilligung* erteilt wurde. Von einem evidenten Zusammenhang zwischen der Überlassung der Bilder und der Genehmigung der Ausfuhr geht denn auch die *Bundesministerin für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten* in ihrer Antwort auf eine schriftliche parlamentarische Anfrage betreffend Kunstwerke im Besitz der Republik Österreich aus.

Im Ergebnis ist somit eine Anwendung des § 1 Z 1 RestitutionsG 1998 zumindest auf die Bilder „Adele Bloch Bauer I“, „Adele Bloch Bauer II“ und „Apfelbaum I“ zu bejahen. Ob dasselbe für „Häuser in Unterach“ und „Buchenwald/Birkenwald“ gilt, hängt davon ab, ob es für die Anwendbarkeit des § 1 Z 1 irrelevant ist, daß sich die Bilder nach 1945 nicht bei der Republik, sondern bei Dr. Führer bzw der Gemeinde Wien befunden haben. Nach der Praxis des nach § 3 RestitutionsG 1998 eingerichteten beratenden Beirats wäre die Anwendbarkeit eher zu bejahen.

Wien, den 24. Jänner 2002

(o. Univ.-Prof. Dr. Rudolf Welser)

(Ass.-Prof. Dr. Christian Rabl)