

An Herrn  
Bundesminister für EU, Kunst, Kultur und Medien  
Mag. Alexander Schallenberg  
Ballhausplatz 2  
1010 Wien

Auf Grundlage des von der Provenienzforschung hinsichtlich des Gemäldes von **Oskar Kokoschka Tre Croci – Dolomitenlandschaft**, 1913 LM Inv.Nr. 624, vorgelegten Dossiers vom 4. Jänner 2016 hat das beratende Gremium einstimmig nachstehenden

## **B E S C H L U S S**

gefasst:

*Stünde dieses Werk im Bundeseigentum und wäre das Kunstrückgabegesetz BGBl. I 1998/181 idF BGBl. I 2009/117 anwendbar, läge kein Tatbestand des § 1 Abs. 1 Kunstrückgabegesetz vor.*

### Begründung:

Dem Gremium liegt das oben genannte Dossier vor. Aus diesem Dossier und aus den von der Provenienzforschung zusätzlich erhobenen Informationen ergibt sich der nachstehende Sachverhalt:

Die Provenienz des 1913 entstandenen Werkes ist durch mehrere Werkverzeichnisse belegt. Der erste Eigentümer, der Münchner Kunstsammler Ludwig Prager, schenkte es am 23. November 1918 neben zwei anderen Werken der Neuen Staatsgalerie München. In deren Bestandskatalog aus dem Jahre 1925 wird das Gemälde mit der Inventarnummer 8985 als „Geschenk des Herrn L. Prager“ ausgewiesen. Als Eigentümer des Gemäldes war somit der Freistaat Bayern anzusehen, dessen Kunstbesitz von den Bayrischen Staatsgemäldesammlungen, darunter die Neue Staatsgalerie München, verwaltet wurde.

Nach der NS-Machtübernahme wurde der innerstaatliche Aufbau des Deutschen Reiches u.a. durch das Vorläufige und das Zweite Gleichschaltungsgesetz vom 31.3.1933, dRGGBl 1933 I, S 153, bzw vom 7.4.1933, dRGGBl 1933 I, S 171, das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30.1.1934, dRGGBl 1934 I, S 75, das Gesetz über die Aufhebung des Reichsrates vom 14.2.1934, dRGGBl 1934 I, S 89 und das Reichsstatthaltergesetz vom 30.1.1935, dRGGBl 1935 I, S 65, grundlegend neu gestaltet. Das Deutsche Reich wurde durch diese Regelungen von einem föderalen Staat zu einem Zentralstaat, die Länder verloren ihre Eigenstaatlichkeit. Im

März 1933 wurden auch in Bayern ein Reichsstatthalter und eine der NSDAP zugehörige Landesregierung eingesetzt.

Unter Berufung auf eine „ausdrückliche Vollmacht des Führers“ ermächtigte der Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda, Josef Goebbels, mit Erlass vom 30. Juni 1937 den Präsidenten der Reichskammer für Bildende Künste, Adolf Ziegler, die „in deutschem Reichs-, Länder- und Kommunalbesitz befindlichen Werke deutscher Verfallskunst seit 1910 auf dem Gebiete der Malerei und Bildhauerei zum Zwecke einer Ausstellung auszuwählen und sicherzustellen“ (Kunze, Restitution „Entarteter Kunst“, 2000, 39; Spanke, Moderne Meister, „Entartete“ Kunst im Kunstmuseum Bern, 2016, 49).

Unter Berufung auf diese Ermächtigung wählte eine Kommission unter Leitung Adolf Zieglers am 9. Juli 1937 Werke aus den Beständen der Bayrischen Staatsgemäldesammlungen, darunter auch das gegenständliche Gemälde, für die geplante Ausstellung aus. Am 12. Juli 1937 wurde das Gemälde zusammen mit 14 weiteren Werken an die Leitung der Ausstellung „Entartete Kunst“, die vom 19. Juli bis zum 30. November 1937 in München gezeigt wurde und dann durch zwölf andere deutsche Städte tourte, übergeben. Zuvor waren die Werke noch durch die Landesleitung der Reichskammer versichert worden. Ein von der Kommission ebenfalls ausgewähltes Bild von August Macke, das sich als Leihgabe einer Privatperson in der Schausammlung im Bibliotheksbau des Deutschen Museums befand, wurde nicht für die Ausstellung übergeben. Dies war kein Einzelfall, insgesamt sind „244 Werke, die von Ausländern stammten, Ausländern gehörten, Leihgaben aus Privatbesitz waren oder als Grenzfälle eingestuft wurden, [...] von den Nationalsozialisten den Besitzern oder den Künstlern zurückgegeben worden“ (Die Folgen des Zweiten Weltkrieges für Kunst- und Kulturgüter: Kunstraub, Beutekunst und „entartete Kunst“, Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, WD 10 – 3000 – 055/12 vom 8. Juni 2012).

Das Gemälde „Tre Croci“ befand sich mit zwei anderen Werken Oskar Kokoschkas in der Ausstellung „Entartete Kunst“ und erhielt eine eigene Inventarnummer. Nach dem Ende der Ausstellung gelangte das Bild nach Berlin, wo es zwei Jahre in einem Depot, in dem „international verwertbare“ Kunstwerke gelagert wurden, verblieb.

Am 31. Mai 1938 erging das Gesetz über Einziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst, dRGBI 1938 I, S 612, mit dessen § 1 die entschädigungslose Einziehung von vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes in Museen oder der Öffentlichkeit zugänglichen Sammlungen sichergestellten Erzeugnissen „entarteter Kunst“ aus dem Eigentum von Reichsangehörigen oder inländischen juristischen Personen zugunsten des Reiches ermöglicht wurde. § 2 dieses Gesetzes sah für die Einziehung eine Anordnung „des Führers und Reichskanzlers“ oder eines

von ihm Beauftragten vor. Eine solche, konkret das gegenständliche Gemälde betreffende, Anordnung ist nicht ergangen, nach Angaben der Provenienzforschung sind derartige Einziehungsanordnungen überhaupt nicht bekannt.

Im September 1940 wurde das gegenständliche Gemälde durch das Deutsche Reich als eines von insgesamt 17 Werken gegen ein durch den Kunsthändler Bernhard Böhmer eingebrachtes Werk eingetauscht. Bewertet wurde es durch Bernhard Böhmer selbst mit RM 500,-.

Nach dem Tod Bernhard Böhmers ging das Werk als Teil des Geschäftsvermögens auf dessen minderjährigen Sohn über. Dessen Vertreterin verkaufte es höchstwahrscheinlich im Jahr 1950 an den Hamburger Sammler Edgar Horstmann. In Werkverzeichnissen zu Oskar Kokoschka aus den Jahren 1956 und 1960 ist „Hamburg, Privatbesitz“ als aktuelle Provenienz verzeichnet, in einer Publikation aus dem Jahr 1963 wird Edgar Horstmann explizit genannt. Prof. Dr. Rudolf Leopold hat das gegenständliche Gemälde schließlich von Edgar Horstmann erworben, über die genauen Umstände der Erwerbung, die möglicherweise um das Jahr 1980 datiert werden könnte, existieren keine Hinweise.

#### Das Gremium hat erwogen:

1.

Ob „Einziehungen“ von Kunstwerken, die von den Nationalsozialisten als „entartete Kunst“ qualifiziert wurden, im Zuge von Restitutionsmaßnahmen an Opfer nationalsozialistischer Verfolgung zurückzugeben sind und unter die Washington Principles zu subsumieren sein sollen, ist eine in der internationalen Debatte zu NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kunstwerken (noch) nicht vollständig geklärtes Thema. Soweit durch die Kampagne gegen „entartete Kunst“ das Eigentum öffentlicher Museen in Deutschland betroffen war, stellt sich die Frage, ob hier überhaupt von Entziehungen gesprochen werden kann, da sich die öffentliche Hand ja gleichsam selbst geschädigt hat. Inwieweit Länder und Kommunen im NS-Staat angesichts der zentralistischen Tendenzen, durch welche die Länder ihre Eigenstaatlichkeit einbüßten, überhaupt noch als selbständige Rechtssubjekte anzusehen waren, ist dabei problematisch. Würde man annehmen, dass die Länder, hier das Land Bayern, durch die angeführte verfassungsrechtliche Umwandlung des Deutschen Reiches zum Einheitsstaat ihre Rechtspersönlichkeit (Privatrechtsfähigkeit) verloren hätten, läge eine Entziehung im Sinne des Nichtigkeitsgesetzes 1946 nicht vor, da in diesem Fall zwei unterschiedliche Rechtspersonen nicht gegeben sind.

Zu dieser Problematik besteht in der deutschen Literatur aber Einhelligkeit nur dahingehend, dass mit dem „Neuaufbau des Reiches“ jedenfalls alle Hoheitsrechte der Länder auf das Reich

übergangen, damit verbunden auch die Befugnis, in kulturellen Angelegenheiten tätig zu werden (Grell, Entartete Kunst, Rechtsprobleme der Erfassung und des späteren Schicksals der sogenannten Entarteten Kunst, 1999, 29). Auch hinsichtlich des Verwaltungsvermögens der Länder als Rechtspersonen des Privatrechtes wird weitgehend die Meinung vertreten, dieses sei mit dem Untergang der Länder Reichsvermögen geworden (Schwarzmeier, Der NS-verfolgungsbedingte Entzug von Kunstwerken und deren Restitution, 2014, 376 f; Heuer, Die Kunstraubzüge der Nationalsozialisten und deren Rückabwicklung, NJW 1999, 2558; ders., Die eigentumsrechtliche Problematik der „entarteten“ Kunst in Informationsbroschüre der Forschungsstelle „Entartete Kunst“, Berlin und Hamburg; Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, WD 10 – 3000 – 055/12 vom 8. Juni 2012). Wäre dem so, so war der NS-Staat wohl berechtigt, durch interne Verwaltungsakte über den Besitz der sich früher im Eigentum der Länder oder Kommunen befindlichen Werke zu verfügen (Grell, a.a.O., 33). „Das Reich selbst war letztlich Eigentümer der Kunstschatze deutscher Museen, zumal die einzelnen deutschen Länder im Zuge der Gleichschaltung ihre eigene Staatlichkeit und damit auch eigenständige Eigentumsrechte an Vermögenswerten verloren hatten, sodass das Reich als Eigentümer frei darüber entscheiden konnte, was mit diesen Werken geschehen sollte“ (Heuer in Informationsbroschüre der Forschungsstelle „Entartete Kunst“). „Wie bei den Einziehungen des öffentlichen Eigentums in Landes- und Kommunalbesitz kann auch bei den Wegnahmen entarteter Kunst im Reichseigentum nicht von einer Enteignung gesprochen werden. Denn in letzterem Fall kann sich rein begrifflich kein Eigentümer selbst enteignen.“ (Grell, a.a.O., 31).

2.

Es wird aber auch die Meinung vertreten, die Privatrechtsfähigkeit der Länder habe die Gleichschaltung überdauert und die Länder seien privatrechtlich Eigentümer ihrer Kunstsammlungen geblieben (Darstellung bei Kunze, a.a.O., 58 f). Auch dann war aber jedenfalls die Kulturpolitik des NS-Staates und damit auch die Museumspolitik als Teil der hoheitlichen Verwaltung anzusehen und damit der eigenständigen Zuständigkeit der Länder entzogen. Bezüglich der Gemeinden ordnet § 7 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935, dRGBI I Nr. 6 an, dass diese ihr Vermögen „als Treuhänder der Volksgemeinschaft“ zu verwalten haben, gemäß § 62 Abs 1 hatten sie bei Veräußerungen Genehmigungen einzuholen. Dies spricht dafür, dass sie zwar Eigentümer blieben, die Ausübung des Eigentums aber an die ideologischen Vorgaben des NS-Staates („Volksgemeinschaft“) gebunden und in die nationalsozialistische Staatsorganisation eingegliedert war.

3.

Dieser doch weitgehenden Einschränkung der Privatrechtsfähigkeit der Länder im NS-Einheitsstaat Rechnung tragend, wurde und wird im deutschen Schrifttum die Sicherstellung und Einziehung sowie die folgende Veräußerung oder Vernichtung der von den Machthabern als „entartet“ bezeichneten Kunstwerke aus dem Bestand öffentlicher Museen und Sammlungen überwiegend nicht als Enteignung qualifiziert. Auch die deutschen Gerichte haben Rückerstattungsansprüche von Eigentümern als „entartet“ eingezogener Kunstwerke soweit ersichtlich bisher stets abgelehnt, weil (zusammenfassend zitiert nach Spanke, a.a.O., 54 und Grell, a.a.O., 112 f) es sich beim Einziehungsgesetz zwar um Willkür, nicht aber um „politische Verfolgung“ im Sinne des Rückerstattungsgesetzes gehandelt habe. Die Einziehung „habe sich unterschiedslos gegen alle Eigentümer derartiger Werke gerichtet. Wer genau ihr Eigentümer gewesen sei, habe bei der Beschlagnahme keine Rolle gespielt, so dass es auf die Kriterien der Rasse, Staatsangehörigkeit, Religion und politische Anschauung letztlich gar nicht angekommen sei“ (Heuer in Informationsbroschüre der Forschungsstelle „Entartete Kunst“). Auch der Alliierte Kontrollrat hat das Einziehungsgesetz nicht in die Liste der aufzuhebenden nationalsozialistischen Gesetze aufgenommen, da es sich dabei nicht um Diskriminierung aus Gründen der Rasse, Religion oder politischen Überzeugung gehandelt habe (Grell, a.a.O., 101; Heuer in Informationsbroschüre der Forschungsstelle „Entartete Kunst“). Ebenso hat der bundesdeutsche Gesetzgeber das Einziehungsgesetz nicht aufgehoben, „da durch das Gesetz keine Personen verfolgt wurden, seine Stoßrichtung sich vielmehr gegen bestimmte Werke gerichtet habe“ (Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, WD 10 – 3000 – 055/12 vom 8. Juni 2012). Erst am 31. Dezember 1968 trat das Gesetz im Zuge der Rechtsbereinigung außer Kraft.

#### 4.

Für die Anwendung des österreichischen Kunstrückgabegesetzes ist zu prüfen, ob der dargestellte Sachverhalt als Entziehung im Sinne des österreichischen Nichtigkeitsgesetzes 1946 zu qualifizieren wäre.

Soweit bekannt, haben die österreichischen Rückstellungskommissionen keine Fälle verhandelt, die Einziehungen sogenannter „entarteter Kunst“ zum Gegenstand hatten. Dies findet seine Erklärung darin, dass die Beschlagnahmen von als „entartet“ angesehenen Kunstwerken im Deutschen Reich zum Zeitpunkt des „Anschlusses“ Österreichs am 13. März 1938 bereits stattgefunden hatten (Aktionen Juli und August 1937). Das Einziehungsgesetz betraf ausdrücklich nur Kunstwerke, die „vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes sichergestellt und als Erzeugnisse entarteter Kunst festgestellt“ waren, es betraf ausdrücklich nicht das Land Österreich. Kunstwerke in österreichischen Museen und Sammlungen waren somit vom Einziehungsgesetz nicht betroffen, weshalb ausgeschlossen werden kann, dass der

Gesetzgeber des österreichischen Nichtigkeitsgesetzes 1946 die Absicht hatte, Fälle der Beschlagnahme von als „entartet“ angesehenen Kunstwerken zu regeln.

§ 1 Nichtigkeitsgesetz 1946 bestimmt, dass entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen während der deutschen Besetzung Österreichs null und nichtig sind, wenn sie im Zuge der durch das Deutsche Reich erfolgten politischen oder wirtschaftlichen Durchdringung vorgenommen wurden, um natürlichen oder juristischen Personen Vermögensschaften oder Vermögensrechte zu entziehen. Die zeitliche und örtliche Bezugnahme auf das vom Deutschen Reich besetzte Österreich schließt hier die Erfassung der zeitlich zuvor und räumlich außerhalb des angesprochenen Territoriums verwirklichter Sachverhalte aus.

Erst der durch die Novelle BGBl. I Nr. 117/2009 eingeführte § 1 Abs. 1 Z 2a Kunstrückgabegesetz erweitert die Anwendbarkeit des Tatbestandes über das Gebiet der Republik Österreich und den Zeitraum ihrer deutschen Besetzung auf vergleichbare Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die im (übrigen) Herrschaftsgebiet des Deutschen Reichs zwischen dem 30. Jänner 1933 und dem 8. Mai 1945 stattgefunden haben. Durch die Erläuterungen (238 BeilStenProtNR, XXIV. GP) ist klargestellt, dass auch Entziehungen „im nationalsozialistischen Deutschen Reich“ selbst umfasst sein sollen.

Aus dem Wortlaut der durch BGBl. I Nr. 117/2009 eingefügten Bestimmung der Z 2a, verdeutlicht durch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, ergibt sich aber unzweifelhaft, dass der österreichische Gesetzgeber ausschließlich eine Erweiterung des zeitlichen und örtlichen Anwendungsbereiches des § 1 Nichtigkeitsgesetz für solche Sachverhalte beabsichtigte, wie sie schon bislang vom Kunstrückgabegesetz erfasst waren, ihm aber eine inhaltliche Änderung oder Erweiterung auf Fälle, die bislang ihrer Art nach nicht Gegenstand von Rückgabeempfehlungen waren, nicht zugestanden werden kann. Es sollten bloß Härtefälle infolge des bis dahin eingeschränkten zeitlichen und örtlichen Anwendungsbereiches des § 1 Nichtigkeitsgesetz – wie sie der Kunstrückgabebeirat im Fall Smoschewer gesehen hatte – vermieden werden. Das Gremium geht daher davon aus, dass der Gesetzgeber bei der Erlassung der Novelle BGBl. I Nr. 117/2009 inhaltlich weiterhin nur solche Entziehungsfälle erfassen wollte, die nach den österreichischen Rückstellungsgesetzen in Konkretisierung des Nichtigkeitsgesetzes 1946 zu Rückstellungen führten bzw führen hätten sollen. Da die Restitution von als „entartet“ geltenden Kunstwerken im ursprünglichen Geltungsbereich des Kunstrückgabegesetzes nie zur Diskussion stand und auch die österreichischen Behörden in der Vollziehung der das Nichtigkeitsgesetz konkretisierenden Rückstellungsgesetze nie über die Rückgabe von „entarteter Kunst“ zu befinden hatten, geht das Gremium davon aus, dass solche Sachverhalte trotz der Novelle BGBl. I Nr. 117/2009 nicht zum Anwendungsbereich des Kunstrückgabegesetzes zählen.

5.

Das Gremium kommt deshalb zum Ergebnis, dass die Einziehung des Gemäldes durch das Deutsche Reich zu Lasten des (ehemaligen) Freistaates Bayern keinen der Tatbestände des § 1 Abs. 1 Kunstrückgabegesetz erfüllt.

Wien, am 23. September 2019

Unterschriften gemäß § 5 (3) der Geschäftsordnung

Botschafterin i.R. Dr. Eva Nowotny  
(Vorsitz)

Parlamentsdirektor Dr. Harald Dossi

Präsident i.R. Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Jabloner

Vizepräsident i.R. Dr. Manfred Kremser

Univ.-Prof. Dr. Franz Stefan Meissel

Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner

em. o. Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger

Botschafter i.R. Dr. Ferdinand Trauttmansdorff