

MATTHIAS WELLER\*

## Antinomien und andere Auffälligkeiten in der Spruchpraxis der Beratenden Kommission zur Restitution nationalsozialistischer Raubkunst

### I. Einleitung

Die „Beratende Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz“ wurde 2003 aufgrund einer „Absprache zwischen der Bundesregierung, den Bundesländern und den kommunalen Spitzenverbänden“ eingerichtet.<sup>1</sup> Die Altpäsidentin des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Jutta Limbach übernahm den Vorsitz. 2017 folgte Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier nach.

Die von 44 Staaten, darunter die Bundesrepublik Deutschland, unterzeichneten „Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art“ vom 3.12.1998<sup>2</sup> rufen als „soft law-Instrument“<sup>3</sup> zu folgendem auf: „Wenn die Vorkriegeigentümer von Kunstwerken, die durch die Nationalsozialisten beschlagnahmt und in der Folge nicht zurückgegeben wurden, oder ihre Erben ausfindig gemacht werden können, sollten rasch die nötigen Schritte unternommen werden, um eine gerechte und faire Lösung zu finden, wobei diese je nach den Gegebenheiten und Umständen des spezifischen Falls unterschiedlich ausfallen kann“.<sup>4</sup> Washington Principle Nr. 10 sieht „Kommissionen oder andere Gremien“ vor, „welche ... zur Klärung strittiger Eigentumsfragen beitragen“ und empfiehlt für diese „eine ausgeglichene Zusammensetzung“.<sup>5</sup> Aus diesen Appellen sind in den 44 teilnehmenden Staaten

---

\* Prof. Dr. Matthias Weller, Mag.rer.publ., Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Professor für Bürgerliches Recht, Kunst- und Kulturgutschutzrecht sowie Direktor des Instituts für deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

<sup>1</sup> [https://www.beratende-kommission.de/Webs\\_BK/DE/Start/Index.html](https://www.beratende-kommission.de/Webs_BK/DE/Start/Index.html) (14.7.2021).

<sup>2</sup> <https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art> (14.7.2021).

<sup>3</sup> Vgl. Präambel: „Im Bestreben, eine Einigung über nicht bindende Grundsätze herbeizuführen, die zur Lösung offener Fragen und Probleme im Zusammenhang mit den durch die Nationalsozialisten beschlagnahmten Kunstwerken beitragen sollen, anerkennt die Konferenz die Tatsache, dass die Teilnehmerstaaten unterschiedliche Rechtssysteme haben und dass die Länder im Rahmen ihrer eigenen Rechtsvorschriften handeln“ (Übersetzung durch das Deutsche Zentrum Kulturgutverluste, [www.kulturgutverluste.de](http://www.kulturgutverluste.de), sub „Grundlagen“).

<sup>4</sup> Washington Principle Nr. 8.

<sup>5</sup> Vgl. auch Washington Principle Nr. 11: „Die Staaten werden dazu aufgerufen, innerstaatliche Verfahren zur Umsetzung dieser Richtlinien zu entwickeln. Dies betrifft insbesondere die Einrichtung alternativer Mechanismen zur Klärung strittiger Eigentumsfragen“.

(lediglich) fünf Kommissionen entstanden,<sup>6</sup> die sich zum 1.1.2019 zum „Netzwerk der europäischen Restitutionskommissionen“ zusammengeschlossen haben.<sup>7</sup> In Deutschland wurden die Washingtoner Prinzipien im Übrigen durch die „Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz (Gemeinsame Erklärung)“ vom Dezember 1999 umgesetzt.<sup>8</sup> Seit 2001 gibt die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien eine „Handreichung“ zur Erarbeitung gerechter und fairer Lösungen heraus,<sup>9</sup> die in einigen Punkten, insbesondere zu verfolgungsbedingten Verlusten durch Verkauf, eine „Orientierungshilfe“ anbietet. Diese wurde zuletzt im Dezember 2019 aktualisiert.<sup>10</sup>

Auf dieser Basis legte die Beratende Kommission in ihren ersten 15 Jahren 15 Empfehlungen vor, von denen fünf die Restitution empfahlen, fünf diese ablehnten und weitere fünf Zwischenlösungen fanden. 2016 wurde die Zusammensetzung der Beratenden Kommission – vor allem nach Kritik der Rechtsvertreter der Anspruchsteller an der ablehnenden Empfehlung vom 21.3.2016 im Fall Alfred Flechtheim ./ Kunstsammlung Nordrhein-Westfalen<sup>11</sup> – um zwei jüdische Mitglieder erweitert,<sup>12</sup> und es wurde erstmals eine Verfahrensordnung öffentlich gestellt.<sup>13</sup> Später wurden weitere Mitglieder berufen, so dass nun mit einer Größe von bis zu zehn Mitgliedern verfahren wird.<sup>14</sup> Die seither ergangenen Empfehlungen gelangten ganz überwiegend zur Restitution, zuweilen verknüpft mit ergänzenden Bedingungen, oder jedenfalls vollständiger Kompensation des streitgegenständlichen Objekts, dies freilich unter zunehmender Kritik der Öffentlichkeit,<sup>15</sup>

---

<sup>6</sup> Neben der deutschen „Beratenden Kommission“ sind dies die „Commission pour l’indemnisation des victimes de spoliations“, CIVS (Frankreich), das Spoliation Advisory Panel, SAP (Großbritannien), die Restitutiecommissie (Niederlande) und die Kommission für Provenienzforschung bzw. der Kunstrückgabebeirat (Österreich). Die Schweiz unterhält durch ihr Bundesamt für Kultur die „Anlaufstelle Raubkunst“, die allerdings im Gegensatz zu den vorgenannten fünf Stellen keine Empfehlungen in konkreten Fällen erarbeitet.

<sup>7</sup> [www.beratende-kommission.de](http://www.beratende-kommission.de), sub „Netzwerk der europäischen Restitutionskommissionen“.

<sup>8</sup> [www.kulturgutverluste.de](http://www.kulturgutverluste.de), sub „Grundlagen“, dort allerdings ohne Datumsangabe.

<sup>9</sup> Handreichung zur Umsetzung der „Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz“ vom Dezember 1999, Neufassung 2019. Leider sind die Altfassungen, soweit ersichtlich, nicht öffentlich gestellt.

<sup>10</sup> Hierzu zB *Weller* FS Schack, 2022, im Erscheinen.

<sup>11</sup> Hierzu zB *Weller* KUR 2017, 136 (138).

<sup>12</sup> Antrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD, 20 Jahre Washingtoner Prinzipien – Restitution von NS-Raubkunst fortsetzen und „Beratende Kommission“ weiterentwickeln, BT-Drs. 19/13511, S. 2.

<sup>13</sup> Verfahrensordnung der Beratenden Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz, vom 2.11.2016.

<sup>14</sup> ■ Verfahrensordnung der Beratenden Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz, vom 2.11.2016, § 2.

<sup>15</sup> Zuletzt zB *Hellwig* Wo bleibt der Gesetzgeber, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13.7.2021; *Reitzenstein* Es darf keine Vorbehalte geben, *Die Welt*, 12.6.2021; *Bahners* So wird jetzt fast alles zu Raubkunst, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15.4.2021.

die wiederum der Vorsitzende der Kommission durchaus zum Anlass für Kritik an dieser Kritik und ergänzende Erläuterungen nimmt.<sup>16</sup> Die insgesamt geringe Fallzahl – bis heute nicht mehr als 21<sup>17</sup> – verweist auf ein zentrales Strukturmerkmal des deutschen Modells im Umgang mit NS-Raubkunst unter den Washingtoner Prinzipien, nämlich auf ein „Subsidiaritätsprinzip“:<sup>18</sup> Nur wenn sich der Anspruchsteller und das Kulturgut haltende Museum bzw. sein Träger nicht bereits in ihren bilateralen Verhandlungen über eine „gerechte und faire Lösung“ verständigen können, kann die Beratende Kommission überhaupt – gemeinsam von beiden Parteien – angerufen werden.<sup>19</sup> Die Masse der Entscheidungen ergeht also dezentral.<sup>20</sup> Gerade deswegen müssen die wenigen Empfehlungen der Beratenden Kommission als Leitentscheidungen empfunden werden. Dieser Funktion werden sie freilich nur eingeschränkt gerecht. Ein Grund dafür liegt in verschiedentlich zu beobachtenden Antinomien und anderen Auffälligkeiten in den Begründungen.

Der folgende Beitrag wird solchen exemplarisch in einer besonders intensiv Fragen aufwerfenden, zugleich bisher kaum Stellungnahmen und Kritik hervorrufenden Empfehlung nachgehen und hofft damit, das Interesse des verehrten Jubilars zu wecken, der seit Jahrzehnten wie kaum ein anderer in brillanter analytischer Schärfe und mit großem persönlichem Engagement das Verhältnis von Bild und Recht erschließt.<sup>21</sup>

## II. „Das Zitronenscheibchen“

Die hier zur Diskussion gestellte Empfehlung betrifft das Gemälde „Das Zitronenscheibchen“ von Jacob Ochtervelt (1634–1682), ein Ölgemälde auf Holz, ca.

<sup>16</sup> *Papier* Ein Verkauf unter dem Druck der Verfolgung, Warum die Beratende Kommission die Rückgabe von Franz Marcs „Füchsen“ empfahl: Erläuterungen zum Fall Grawi, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 6.5.2021.

<sup>17</sup> Der österreichische Kunstrückgabebeirat hat seit seiner Einrichtung mehr als 360 Empfehlungen zu den Beständen der österreichischen Bundesmuseen vorgelegt, die niederländische Restitutiecommissie mehr als 160, die französische CIVS (mit Mandat zur allgemeinen, nicht nur Kunst und Kulturgüter betreffenden Wiedergutmachung durch Restitution und Kompensation) viele tausende, und der britische Spoliation Advisory Panel (der für einen niemals durch deutsche Truppen besetzten oder kontrollierten Staat entscheidet) 20.

<sup>18</sup> Vgl. *Papier*, 15 Jahre Beratende Kommission: Zwischenbilanz und Ausblick, Vortrag zur Eröffnung der Veranstaltungsreihe „Bonner Gesprächskreis Kunst- und Kulturgutschutzrecht“ am 4.7.2018, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, hierzu *AbS Bonner Rechtsjournal (BJR)* 2/2018, 170.

<sup>19</sup> § 3 Abs. 1 der Verfahrensordnung der Beratenden Kommission.

<sup>20</sup> Nach Angaben der Bundesregierung sind unter den Washingtoner Prinzipien bzw. ihrer Umsetzung in Deutschland bis 2018 „mehr als 20.000 Kulturgüter restituiert [worden, M.W.], davon mehr als 14.000 Bücher, anderes Bibliotheksgut sowie Archivalien“, vgl. BT-Drs. 19/13511, 1. Genauere Angaben, auch zur Anzahl bereits überprüfter Objekte insgesamt, sind, soweit ersichtlich, nicht zentral verfügbar. Dies ist bedauerlich. Die Bundesrepublik Deutschland sollte, auch als föderal strukturierter Bundesstaat mit starken, die Kompetenz für Kultur haltenden Ländern, in der Lage sein, über den Stand ihrer Anstrengungen für internationale Beobachter leicht greifbar Rechenschaft abzulegen, nicht zuletzt um abstrakten Vorhaltungen, „nichts“ oder „zu wenig“ sei geschehen, sachlich substantiiert begegnen zu können.

<sup>21</sup> Vgl. insbes. Dreier, *Bild und Recht, Studien zur Regulierung des Visuellen* Bd. 1, 2019.

48,6 × 37,2 cm, das um 1667 entstanden ist.<sup>22</sup> In Anspruch genommen auf Herausgabe war der „Halter“<sup>23</sup> des Gemäldes, die Bayerischen Staatsgemäldesammlungen und damit der Freistaat Bayern, Antragsteller war die Erbgemeinschaft nach A. B. Gemeint ist damit Carl Hagen, Mitinhaber des jüdischen Bankhauses Hagen & Co, Berlin.<sup>24</sup> 1927 reichte dieses Bankhaus ein Darlehen in Höhe von 217.616 RM an den in Amsterdam tätigen Rechtsanwalt „Dr. T. U.“<sup>25</sup> aus. Gemeint ist damit nach den Provenienzrecherchen der Bayerischen Staatsgemäldesammlungen Carl Thürling,<sup>26</sup> nach anderen Darstellungen damals Regierungsrat und NSDAP-Mitglied.<sup>27</sup>

Als Sicherheit für das Darlehen übertrug er der Bank seine 21 Werke umfassende Gemäldesammlung, darunter auch „Das Zitronenscheibchen“. Die Sammlung wurde für diesen Zweck übereinstimmend mit 200.000 RM bewertet. Die Gemälde blieben, wie für Sicherungseigentum im Gegensatz zu verpfändeten Sachen typisch, zunächst im Besitz des Darlehensnehmers und Sicherungsgebers. Carl Hagen verstarb 1938. Daraufhin wurde das Bankhaus auf Druck des NS-Regimes liquidiert. „Dazu und zur Vorbereitung der Emigration sollten auch die sicherungsübereigneten Gemälde von U. verwertet werden. Im Zuge dessen wurden die Gemälde von Amsterdam in den Tresor des Bankhauses in Berlin überführt. Zu diesem Zeitpunkt hatte U. das Darlehen lediglich teilweise getilgt“.<sup>28</sup> Säumig mit fälligen Tilgungsraten wurde U. aber offenbar nicht, jedenfalls fehlen entsprechende Feststellungen. Damit waren die Sicherheiten nicht verwertungsreif. Man kann sich allenfalls vorstellen, dass mit Liquidation der Bank der von ihr ausgereichte Kredit außerordentlich fällig gestellt werden durfte und dann von U. nicht sofort vollständig zurückgezahlt werden konnte, aber auch dazu fehlen entsprechende Feststellungen oder auch nur Vermutungen.

Die Antragsteller trugen nun allerdings vor, dass das Darlehen „zwischenzeitlich persönlich von A. B. und dem Kommanditisten der Bank O.P. übernommen worden“ sei.<sup>29</sup> Dies ist nur unter der Prämisse schlüssig, dass die Liquidation Vermögenswerte erbracht hat, die an die Gesellschafter ausgekehrt werden konnten, unter anderem dann eben die hier in Rede stehende Darlehensrückzahlungsforderung, besichert durch das Sicherungseigentum an der Gemäldesammlung von T. U. Selbst

<sup>22</sup> Empfehlung vom 23.6.2020 der Beratenden Kommission in der Sache Erben nach A. B. ./ Bayerische Staatsgemäldesammlungen.

<sup>23</sup> Zuweilen ist im englischsprachigen Diskurs vom „current holder“ die Rede. Dies impliziert das Bestehen eines alsbald zu erfüllenden Restitutionsanspruchs, so dass sich dieser Begriff mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verfahrensneutralität als Parteibezeichnung nicht empfiehlt. Deswegen ist hier vom Antragsgegner ergebnisneutral als „Halter“ des streitgegenständlichen Kunstwerkes die Rede.

<sup>24</sup> Forschungsverbund Provenienzforschung Bayern, Tätigkeitsbericht 2015/2016, 48f.

<sup>25</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 1.

<sup>26</sup> ■ bitte aaO auflösen ■ AaO.

<sup>27</sup> Nehler Keine Grundlage für eine Restitution des Gemäldes „Das Zitronenscheibchen“ von Jacob Ochtervelt an die Erben des Bankiers Carl Hagen, 31.7.2014, <https://www.tabularasamagazin.de/keine-grundlage-fuer-eine-restitution-des-gemaeldes-das-zitronenscheibchen-von-jacob-ochtervelt-an-die-erben-des-bankiers-carl-hagen> (15.7.2021).

<sup>28</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 1.

<sup>29</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 2.

wenn man nun davon ausgeht, dass das Sicherungseigentum von A. B. und O. P. mit „übernommen“ worden sei, fehlte es erneut an der Verwertungsreife dieser Sicherheiten, da bei diesem Szenario die Sicherungsabrede als mitübertragen zu unterstellen ist und dann wiederum nicht recht erklärt werden kann, warum das Darlehen nunmehr durch die neuen Darlehensgeber, vollständig fällig gestellt werden konnte. „Weder Darlehensvertrag noch Sicherungsvereinbarung liegen vor“<sup>30</sup> – diese (und andere) Provenienzlücken entheben freilich nicht von der Last, ein zumindest schlüssiges Szenario anzubieten, und sei es auch in Varianten mit Einschätzungen zur jeweiligen Wahrscheinlichkeit.<sup>31</sup> Dies gelingt hier nur unzureichend und beeinträchtigt die Legitimationskraft einer jeden darauf basierenden Empfehlung.

Der weitere Vortrag der Antragsteller, A. B. habe später „unbedingtes Eigentum“ erworben, indem A. B. auch der Besitz am Sicherungseigentum eingeräumt worden sei, widerspricht überdies direkt sachenrechtlichen Grundstrukturen:<sup>32</sup> Erstens ist der Regelfall unbedingtes Sicherungseigentum,<sup>33</sup> nicht bedingtes, und die Sicherungsabrede, der man ggf. eine auflösend bedingte Übereignung zu Sicherungszwecken hätte entnehmen können und müssen, liegt nicht vor. Insofern erschließt sich nicht, warum die Antragsteller (und die Kommission) von bedingtem Eigentum ausgehen. Zweitens führt die Besitzübertragung durch den Sicherungsgeber auf den Sicherungsnehmer als solche nicht zur Aufhebung der Sicherungsabrede – was auch die Kommission anerkennt.<sup>34</sup> Natürlich ist es möglich, dass die Parteien sich privatautonom über typische Interessen hinwegsetzen und abweichende Vereinbarungen treffen, und man wird auch hier mit Wahrscheinlichkeitsszenarien arbeiten müssen, aber wieso sollte ein nicht verfolgter Sicherungsgeber gegenüber einem verfolgten Sicherungsnehmer die Sicherungsabrede aufheben und damit dem verfolgten Sicherungsnehmer ungebundenes Volleigentum am Sicherungsgut einräumen, so dass es dann der Verfolgte ist, der das vormalige Sicherungseigentum am Markt verwertet und den Erlös auf das Darlehen anrechnet?<sup>35</sup>

Wenn man diesem Vortrag also zu Recht nicht folgt, bleibt es dabei, dass die gleichwohl vollzogene Verwertung durch Verkauf der Sammlung über den Kunsthandel die Sicherungsabrede verletzt, und zwar nicht etwa zulasten des verfolgten Gesellschafters der Bank A. B. (Carl Hagen), sondern vielmehr zulasten des Darlehensnehmers und Sicherungsgebers T. U. Der Erlös aus dem Verkauf wurde im-

<sup>30</sup> Empfehlung ■ (Fn. 18) S. 2.

<sup>31</sup> So vielfach das britische Spoliation Advisory Panel in seinen Begründungen, insoweit mustergültig, vgl. zB Report of the Spoliation Advisory Panel in respect of fourteen clocks and watches now in the possession of the British Museum, London, 7.3.2012, para. 20: „We conclude, on the balance of probabilities, that Mrs Netter would not have sold this collection when she did, had she remained in Germany and had the Nazis not come to power“.

<sup>32</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 3.

<sup>33</sup> (Zumindest) nach heute hM ist im Zweifel von unbedingtem Sicherungseigentum auszugehen, BGH NJW 1984, 1185f. Rn. 24.

<sup>34</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 3 unten: „Für eine einverständliche Aufhebung der Sicherungsabrede und eine damit verbundene Übertragung des Volleigentums an der Gemäldesammlung auf die Erben nach A. B. fehlt also jeglicher Anhaltspunkt“.

<sup>35</sup> Zu Recht wies die Antragsgegnerin (in anderem Zusammenhang) darauf hin, dass ein anderes Gemälde von Ochtervelt auf einer „Judenauktion“ nur geringen Erlös erzielte, Empfehlung (Fn. 18) S. 3 unten.

merhin für die weitere Tilgung des Darlehens verwendet. „Die danach noch verbleibenden Restschulden U.'s gegenüber den Erben nach A. B. beglich dieser bis 1950 vollständig“.<sup>36</sup> In Ansehung des streitgegenständlichen Werkes „Das Zitronenscheibchen“ ist damit allein der ursprüngliche Eigentümer, Darlehensnehmer und Sicherungsgeber T. U. geschädigt, nicht aber A. B., selbst wenn A. B. das Sicherungsgut als Verfolgter im freihändigen Verkauf verwertet hat. Auf die Frage, die sonst bei einem Verkauf durch den Verfolgten relevant wird, ob nämlich ein angemessener Kaufpreis erzielt wurde und über diesen der Verfolgte frei verfügen konnte, kommt es demnach hier nicht an. Gleichwohl setzt sich die Kommission damit auseinander.<sup>37</sup>

Im späteren Verlauf wurde das Gemälde an Fritz Thyssen verkauft. Dessen Tochter übereignete es in einem Konvolut mit anderen Kunstwerken den Bayerischen Staatsgemäldesammlungen. Damit stehen mehrere Zwischenerwerbsvorgänge, teilweise noch in der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft, teilweise in der Nachkriegszeit in Rede, die jeweils von einem gutgläubigen Erwerb getragen sein könnten. Mit diesem Gesichtspunkt setzt sich die Kommission, anders als in einer ihrer früheren Empfehlungen,<sup>38</sup> nicht auseinander, ebenso wenig werden Begründungen dafür angeboten, warum dies hier (zB in Bezug auf die Person Fritz Thyssen), anders als dort, in wertender („moralischer“) Betrachtung irrelevant sei. Ungeachtet dieser Begründungsschwäche gelangt die Kommission zunächst zum richtigen Ergebnis: keine Restitution, da dem Verfolgten das Eigentum an dem „Zitronenscheibchen“ nicht entzogen wurde: „Die Antragsteller konnten das Eigentum an dem streitgegenständlichen Gemälde nicht verlieren, weil sie es in unbedingter Form nie hatten“.<sup>39</sup> In Wahrheit hatten sie es wohl schon, freilich in treuhänderischer Bindung durch die Sicherungsabrede, versehen mit einem schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch. Nur haben die Antragsteller das Sicherungsgut pflichtverletzend verwertet und den Erlös zu ihren Gunsten auf ihren Darlehensrückzahlungsanspruch verrechnet. Unabhängig von der konstruktiv nicht schlüssigen Begründung bleibt das Ergebnis richtig: keine Restitution.

Dieses Ergebnis revidiert nun die Kommission allerdings und verkehrt es in sein Gegenteil: „Indes ist die Beratende Kommission in ihrer Suche nach einer ‚gerechten und fairen Lösung‘ gemäß den Washingtoner Prinzipien nicht auf eine juristische Prüfung beschränkt: Vielmehr ist sie ausdrücklich dazu berufen, darüber hinaus ethisch-moralische Gesichtspunkte heranzuziehen, die auch den Besonderheiten

<sup>36</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 2.

<sup>37</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 3.

<sup>38</sup> Empfehlung der Beratenden Kommission vom 7.12.2016 in der Sache Erben Felix Hildesheimer ./ Franz Hofmann und Sophie Hagemann-Stiftung: „Auf der anderen Seite ist im vorliegenden Fall anzuerkennen, dass [...] der Erwerb der Geige in gutem Glauben erfolgt ist [...]“ aaO., S. 4. Zugleich besitze allerdings „die Vermutung, dass es sich um einen durch Zwangsverkauf oder Beschlagnahme erlittenen Vermögensverlust handelt, eine hohe Plausibilität“, aaO. S. 4. Vor diesem Hintergrund wären freilich Erläuterungen dazu geboten gewesen, unter welchen Voraussetzungen dann überhaupt gutgläubig erworben werden kann. Insofern leidet auch diese Empfehlung unter Begründungsmängeln.

<sup>39</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 4 Mitte.

des Einzelfalles Rechnung tragen“.<sup>40</sup> Diese wahrhaft antinomische Kehrtwende ist in mehreren Punkten problematisch:

Erstens etablieren „juristische Prüfungen“ gewichtige „ethisch-moralische Gesichtspunkte“: Wenn jemand „juristisch“ nicht Eigentümer einer Sache war, dann ist dies auch ethisch-moralisch unmittelbar relevant. Denn das fehlende Eigentum lässt nicht nur (eigentums-) rechtliche Ansprüche auf die betreffende Sache entfallen, sondern eben auch moralische. Auf der Ebene der ethischen Begründung einer Norm gibt es keinen Unterschied zwischen „juristischen“ und „moralischen“ Normsystemen. Derselbe Grund – kein Eigentum – rechtfertigt in beiden Systemen gleichermaßen und gleichzeitig, dass keine Ansprüche gewährt werden. Insofern ist allerdings auch die Verfahrensordnung selbst irreführend, wenn sie in § 1 Abs. 2 S. 2 zum Mandat der Kommission feststellt: „Sie kann zur Beilegung des Streits Empfehlungen abgeben, die auch moralisch-ethisch begründet werden können“. Genau genommen kann die Kommission *nur* solchermaßen begründete Empfehlungen abgeben – und muss dabei natürlich eine festgestellte Rechtslage (kein Eigentum) als moralisches Datum zugrunde legen. Die Unsicherheit über das Verhältnis von Recht, Moral und Ethik zueinander zeigt sich nicht zuletzt darin, dass die Verfahrensordnung von „moralisch-ethischen“ Begründungen spricht, die Kommission hingegen von „ethisch-moralischen“,<sup>41</sup> und jeweils unklar bleibt, ob bzw. ggf. was mit der je unterschiedlich gereihten Doppelung der Attribute eigentlich akzentuiert werden soll.

Zweitens müssten die Washingtoner Prinzipien die Überspielung „juristisch“ getragener Gesichtspunkte durch (sonstige) „ethisch-moralische“ überhaupt nahelegen. Die Washingtoner Prinzipien konstituieren aber den adressierten Gerechtigkeitskonflikt schon ausweislich ihres Wortlautes als „Eigentumsfrage“.<sup>42</sup> Dies harmoniert mit zentralen Erläuterungen in den Materialien zur Washingtoner Konferenz,<sup>43</sup> die sich überdies um „Holocaust-Era Assets“, also Vermögenswerte bemühte.<sup>44</sup> Damit berufen sich die Washingtoner Prinzipien selbst auf die Logik einer punktuell-korrektiven Gerechtigkeit zur Glättstellung verbliebener ungerechtfertigter Bereicherungen durch Restitution<sup>45</sup> – nicht mehr und nicht weniger. Damit

<sup>40</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 4 Mitte.

<sup>41</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 4 Mitte.

<sup>42</sup> So wörtlich Prinzip Nr. 10 (oben Fn. 5); im Übrigen sprechen Prinzipien Nr. 7, 8 und 9 dem „Vorkriegseigentümer“ (kursive Hervorhebung hinzugefügt) moralische Positionen zu, vor allem eben den Anspruch auf „gerechte und faire Lösungen“, vgl. oben bei Fn. 4.

<sup>43</sup> *Eitzenstat* Under Secretary for Economic and Business Affairs, In Support of Principles on Nazi-Confiscated Art, Presentation at the Washington Conference on Holocaust-Era Assets, Washington, DC, 3.12.1998, [https://1997-2001.state.gov/policy\\_remarks/1998/981203\\_eitzenstat\\_heac\\_art.html](https://1997-2001.state.gov/policy_remarks/1998/981203_eitzenstat_heac_art.html) (15.7.2021): „After existing art works have been matched with documented losses comes the delicate process of reconciling competing equities of *ownership* to produce a just and fair solution – the subject of the eighth and ninth principle“ (kursive Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>44</sup> Vgl. vorige Note.

<sup>45</sup> Vgl. nur etwa *Weinrib*, Unjust Enrichment, in *Weinrib*, *Corrective Justice*, Oxford 2021, S. 185, mit Verweis auf das (erste) Restatement of Restitution (1937), S. 1: „A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other“.

stehen aber etwa Entschädigungsleistungen in Ansehung des allgemeinen Verfolgungsschicksals des Entreicherten außerhalb dieser Logik.<sup>46</sup>

Drittens schließlich enthebt der prominente Verweis auf „Besonderheiten des Einzelfalles“<sup>47</sup> nicht von der Last konsistenter und plausibler Begründungen, gerade auch im Verhältnis zu wiederkehrenden Fundamentelementen in Restitutionsfällen (hier: fehlende Eigentümerstellung). Als erste „Besonderheit“ führt die Kommission an: „Die Antragsteller haben in der Anhörung vor der Kommission eindrücklich geschildert, welche überragende symbolische Bedeutung die Familie dem Gemälde zumisst ... Das Gemälde bündelt die familiären Erinnerungen an diese furchtbare Leidensgeschichte“.<sup>48</sup> Dies leuchtet in Bezug auf ein im Rahmen eines Bankgeschäfts als Sicherungseigentum bestimmungsgemäß nur vorübergehend erworbenes Werk aus einem Konvolut von 21 Werken kaum ein. Ferner drängt sich die Frage auf, wie nun in anderen Fällen eine weniger furchtbare oder aber auch eine noch furchtbarere Leidensgeschichte zu gewichten sein soll. Kann es wirklich ratsam sein, das jeweilige allgemeine, vielleicht sogar (wie hier überwiegend) zeitlich dem (hier fehlenden) Eigentumsverlust nachfolgende Verfolgungsschicksal „moralisch“ gewichten zu wollen und für die Entscheidung über eine Eigentumsfrage ohne Kausalverbindung zu mobilisieren? Die Kommission will dies hier tun – erstmals und ohne grundlegende Begründung für diesen weder in den Washingtoner Prinzipien noch in den deutschen Umsetzungsinstrumenten vorgesehenen Schritt: „Der Vermögensschaden, der juristisch im Vordergrund steht, wird also überlagert von einem ideellen Schaden, um dessen Wiedergutmachung es den Antragstellern ganz wesentlich geht“. Und weiter: „Dieser ideelle Schaden aber ist untrennbar mit dem streitbefangenen Gemälde verknüpft“.<sup>49</sup> Das Gegenteil ist der Fall. Ansonsten müsste man Gemälde in Dritteigentum restituieren, für die ein Verfolgter in der und durch die Verfolgung eine für ihn „überragende symbolische Bedeutung“ etablierte, etwa durch wiederholte Betrachtung und Reflexion des Werkes – eine ersichtlich absurde Konsequenz.

Gleichwohl: „Deshalb – und nur deshalb – empfiehlt die Kommission die Herausgabe des Bildes, um auf diese Weise einen Beitrag dazu zu leisten, ein Stück historisches Unrecht anzuerkennen und wiedergutzumachen“.<sup>50</sup> Das Bild ist freilich gerade nicht Gegenstand dieses historischen Unrechts. Damit beschreitet die Kommission das Feld der Nach-Kompensation allgemeiner immaterieller Schäden aus einer Verfolgung, dies, anders als in den Entschädigungssystemen der Nachkriegszeit, durch eine Sachleistung. Was aber will die Kommission dann denjenigen zahlreichen Opfern anbieten, die in ihren vielfach furchtbaren Leidensgeschichten keine Berührungspunkte mit Gemälden hatten?

Kaum Rechtfertigung kann die Kommission schließlich durch die ergänzende Erwägung erzeugen, dass „den Interessen der Antragsteller keine vergleichbar gewichtigen Belange der Antragsgegnerin gegenüberstehen. Die Antragsgegnerin hat

<sup>46</sup> Hierzu sogleich noch genauer unten.

<sup>47</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 5 Mitte.

<sup>48</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 4 unten.

<sup>49</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 5 oben.

<sup>50</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 5 oben.



das Bild im Rahmen eines größeren Ankaufs erhalten. Im Hinblick auf das ‚Zitronenscheibchen‘ lag dem keine kuratorische Entscheidung zugrunde; das Gemälde ist nicht Teil des Sammlungskonzepts und war bislang bei ihr auch nicht ausgestellt“.<sup>51</sup> Soll dies heißen, dass im umgekehrten Fall, also bei hohem kuratorischem Interesse die Interessenabwägung, etwa bei zusätzlich geringfügigem allgemeinem Verfolgungsschicksal, zugunsten des Halters ausgeht? Der abschließende Hinweis, dass „in diesem besonderen Einzelfall ... es nur eine umfassende Güterabwägung aller relevanten Belange [war, M.W.], die letztlich den Ausschlag für die Restitutionsempfehlung gegeben hat“,<sup>52</sup> vermag sicher nicht vor den hier gestellten Fragen zu schützen.

### III. Schluss

Die hier exemplarisch zur Diskussion gestellte Begründung offenbart fundamentale Antinomien und nicht wenige Auffälligkeiten. Kann man es dem Träger der Bayerischen Staatsgemäldesammlungen, also dem Freistaat Bayern, verdenken, wenn er sich nach dieser Erfahrung eher weniger motiviert zeigt, an weiteren Verfahren vor der Kommission teilzunehmen?<sup>53</sup> Ob es der richtige Weg des Vorsitzenden der Kommission ist, in internationalen Medien die Träger zur Teilnahme an dem von ihr angebotenen Verfahren anzuhalten,<sup>54</sup> darf bezweifelt werden. Moralische Autorität muss verdient werden. Hinzu tritt, dass andernorts, nämlich in den Niederlanden, gerade die hier zugunsten der Anspruchsteller ad hoc entwickelten Methoden – „umfassende Güterabwägung“ – sowie die in diese Güterabwägung eingestellten Erwägungen – emotionale Bedeutung des Werkes für den Anspruchsteller, kuratorisches Interesse des Halters – seitens der Anspruchsteller auf das schärfste bekämpft und schließlich durch die niederländische Regierung beseitigt oder stark zurückgenommen wurden.<sup>55</sup> Gerade in diesem Moment stützt sich nun die deutsche Kommission auf alle diese Begründungselemente, im konkreten Fall allerdings zugunsten der Anspruchsteller. Jedoch dürften die hierzulande neu eingeführten Elemente angesichts dieser internationalen Entwicklung kaum universalisierbar sein. Dann aber sind sie insgesamt normativ untauglich.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 5 oben.

<sup>52</sup> Empfehlung (Fn. 18) S. 5 oben.

<sup>53</sup> Picassos „Porträt der Madame Soler“ sei nicht Raubkunst, damit sei der Weg vor die Kommission nicht angezeigt, vgl. hierzu kritisch *Häntzschel* Der Fehler liegt im System, Süddeutsche Zeitung vom 6. 6. 2021.

<sup>54</sup> *Hickley* Was This Picasso Lost Because of the Nazis? Heirs and Bavaria Disagree, New York Times, 8. 6. 2021: „It is simply inexplicable that the state should refuse to use a mediation mechanism it established itself,“ said Hans-Jürgen Papier, the commission’s chairman and a former president of Germany’s constitutional court.“ Kritisch hierzu *Bahmers*, Papiers Politik des öffentlichen Drucks, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28. 6. 2021.

<sup>55</sup> Hierzu *Weller/Scheller* Why a “Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art”? Observations on the weighing of interests in light of the “Kohnstamm Report”, Newsletter of the Five Restitution Committees, im Erscheinen.

<sup>56</sup> *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, AA IV, S. 421, Zeilen 7 und 8; vgl. auch Habermas, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt 1983, p. 77.

