

Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit

*Festschrift für Haimo Schack
zum 70. Geburtstag*

Herausgegeben von
Sebastian Kubis
Karl-Nikolaus Peifer
Benjamin Raue
Malte Stieper

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-161468-2 / eISBN 978-3-16-161469-9

DOI 10.1628/978-3-16-161469-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Haimo Schack zum 70. Geburtstag	V
---	---

I. Kunst- und Kulturrecht

<i>Arnd Arnold</i> Die Sitzverlegung von Stiftungen	3
<i>Florian Becker</i> Die Präsidentenwahl nach dem Hochschulgesetz Schleswig-Holstein	14
<i>Christoph Brüning</i> Staatliche Kulturpflege im liberalen Rechtsstaat	27
<i>Kerstin von der Decken</i> Das Ankaufsangebot für national wertvolles Kulturgut. Eine rechtlich-terminologische Einordnung des § 23 VI–VIII KGSG	39
<i>Rainer Hüttemann/Peter Rawert</i> NS-verfolgungsbedingt entzogenes Kulturgut und der stiftungsrechtliche Grundsatz der Vermögenserhaltung	50
<i>Walter H. Rechberger</i> Adele, Amalie und das Belvedere. Zur Kunstrückgabe am Beispiel zweier Klimt-Porträts	62
<i>Birgit Weitemeyer</i> Die (Kunst-)Stiftung von Todes wegen im steuerlichen Schwebestand . .	74
<i>Matthias Weller</i> Restitution nationalsozialistischer Raubkunst. Das deutsche Zurechnungsmodell unter der Lupe	85

II. Urheberrecht und Recht des Geistigen Eigentums

<i>Maximilian Becker</i>	
Datenschutzrecht als Herrschaftsrecht	99
<i>Thomas Dreier</i>	
Finden oder Schaffen?	
Unkonventionelles zum urheberrechtlichen Originalitätsbegriff	112
<i>Josef Drexel</i>	
Die Kyoto Guidelines 2020 der International Law Association.	
Zur Reichweite des Schutzlandprinzips im Urheberkollisionsrecht	123
<i>Katharina de la Durantaye</i>	
„Gutes Design ist ästhetisch“.	
Urheberrechtlicher Schutz für Werke der angewandten Kunst in der EU und den U.S.A.	136
<i>Michael Grünberger</i>	
Die internationale Dimension des UrhDaG	147
<i>Hannes Henke</i>	
Kulturelle Integration in der Europäischen Union unter dem europäischen Urheberrecht	
	159
<i>Franz Hofmann</i>	
Urheberrechtliche Schranken als subjektive Nutzerrechte?	171
<i>Thomas Hoeren</i>	
Das Entfernen einer Tätowierung.	
Urheberrecht hautnah	183
<i>Joachim Jickeli</i>	
Kartellrechtliche Grenzen von Immaterialgüterrechten	194
<i>Anne Lauber-Rönsberg</i>	
Die Werkvernichtung als Fall des § 14 UrhG.	
Alle Fragen geklärt?	205
<i>Caroline Meller-Hannich</i>	
Verbandsklagerechte im Urhebervertragsrecht und die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie)	
	214
<i>Axel Metzger</i>	
Die RAAP-Entscheidung des EuGH (C-265/19).	
Bruch mit den Grundsätzen der urheberrechtlichen Konventionen?	227

<i>Anke Nordemann-Schiffel/Axel Nordemann</i> Alles Käse oder vielleicht doch mehr? Gedanken zum Werkbegriff des EuGH	237
<i>Eva Inés Oberfell</i> Ein europäisches Urheberpersönlichkeitsrecht jenseits der Utopie	245
<i>Ansgar Ohly</i> Geheimnisschutz durch Urheberrecht?	256
<i>Karl-Nikolaus Peifer</i> Individualität und Tango. Harmonie trotz (scheinbarer) Disharmonie am Beispiel von Werbeunterbrechungen in Medieninhalten	268
<i>Benjamin Raue</i> Das Urheberpersönlichkeitsrecht als Schranke des Informationszugangs . .	278
<i>Karl Riesenhuber</i> Der Wahrnehmungsvertrag als Typus	290
<i>Paul T. Schrader</i> Kreativität als Alleinstellungsmerkmal des Menschen	304
<i>Gernot Schulze †</i> Wohin tendiert der Werkschutz bei der angewandten Kunst?	316
<i>Louisa Specht-Riemenschneider</i> Nutzerrechte im neuen Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) . .	328
<i>Gerald Spindler</i> Künstliche Intelligenz und Urheberrecht aus europäischer Perspektive . . .	340
<i>Robert Staats</i> Open Access und VG WORT – passt das zusammen?	353
<i>Artur-Axel Wandtke</i> Werkbezogene Kunst im Urheberrecht	365
<i>Herbert Zech</i> Schöpfen und Schaden. Zurechnung im Immaterialgüterrecht und im Haftungsrecht, insbesondere beim Einsatz von künstlicher Intelligenz (KI)	377

III. Internationales Privatrecht

<i>Christine Budzikiewicz</i> Präjudizielle Rechtsverhältnisse im europäischen Erbkollisionsrecht	395
<i>Morten M. Fogt</i> Die lex fori im internationalen Privatrecht	406
<i>Susanne Gössl</i> Altersgrenzen bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung aus internationaler Perspektive	417
<i>Jan von Hein</i> Künstliche Intelligenz im Internationalen Deliktsrecht der EU	428
<i>Christian Heinze</i> Der internationale Anwendungsbereich des digitalen Binnenmarkts. Eine Skizze	440
<i>Peter Huber</i> Blütenräume. Die Haager Konferenz und Haimo Schack	451
<i>Claudia Mayer</i> Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung in grenzüberschreitenden Fällen	463
<i>Joachim Münch</i> Westland, Dutco, Namenlos. Von Wirrungen und Irrungen	475
<i>Dennis Solomon</i> Das Statut der Schiedsvereinbarung im Spannungsfeld von kollisionsrechtlichen Interessen und internationalem Regelungsrahmen . . .	488
<i>Astrid Stadler</i> Grenzüberschreitende Inkassotätigkeit nach dem Zessionsmodell	499

IV. Internationales Zivilverfahrensrecht

<i>Jürgen Basedow</i> Drittwirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht	515
<i>Dagmar Coester-Waltjen</i> Filigrane Rechtsprechung, Vexierbilder und kaleidoskopartige Betrachtungsweise	534

<i>Gilles Cuniberti</i> IBAN, the Conflict of Laws, and European Lawmaking	546
<i>Masahisa Deguchi</i> Aktueller Stand und Probleme der Online Dispute Resolution (ODR) . . .	554
<i>Tanja Domej</i> Internationale Zuständigkeit für Abhilfeklagen nach der EU-Verbandsklagen-Richtlinie	564
<i>Anatol Dutta</i> Die perpetuatio fori im europäischen Zuständigkeitsrecht. Grundsatz oder Ausnahme?	574
<i>Martin Gebauer</i> Litispendenz in Drittstaaten und ihre Regelung durch mitgliedstaatliches Recht	585
<i>Reinhold Geimer</i> Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung in Forderungen	597
<i>Wolfgang Hau</i> Internationales Zivilverfahrensrecht <i>avant la lettre</i> : zum 200. Jahrestag des bayerisch-württembergischen Jurisdictions-Vertrags	611
<i>Peter Hay</i> American Judicial Jurisdiction Over Out-of-State Defendants Revisited . .	622
<i>Burkhard Hess</i> Die Etablierung des Internationalen Zivilprozessrechts als eigenständiges Rechtsgebiet. Ein Rückblick auf 40 Jahre Rechtsentwicklung in Europa und in Deutschland	631
<i>Jan Felix Hoffmann</i> „Gesetzliche Lizenzen“ und zivilrechtliche Aufopferung (auch) aus Sicht des europäischen Zivilverfahrensrechts	640
<i>Abbo Junker</i> Zwei Schritte vor, einer zurück. Die Abgrenzung von Vertrags- und Deliktsgerichtsstand in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	653
<i>Eva-Maria Kieninger</i> Sorgfaltspflichtengesetz und internationale Zuständigkeit. Für einen autonomen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs	666

<i>Christian Kobler</i> Eingriffsnormen und gerichtliche Zuständigkeit. Bemerkungen zu einer unterschätzten Beziehung	676
<i>Herbert Kronke</i> Standard of Proof in International Arbitration. Principles, Contingencies and Practice	687
<i>Sebastian Kubis</i> Qualifikation oder „Pleading the Law“? Zur Konkurrenz von Vertrag und Delikt im europäischen Zuständigkeitsrecht	697
<i>Stefan Leible/Felix M. Wilke</i> Der Vertragsgerichtsstand im HAVÜ. Lehren aus Brüssel und Luxemburg?	710
<i>Dieter Leipold</i> Schadensersatz bei Verstoß gegen Internationale Zuständigkeitsvereinbarungen? Kritische Bemerkungen aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Sicht	722
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> Some Reflections on the Spatial Reach of Injunctions for Privacy and Personal Data Protection on the Internet	732
<i>Volker Lipp</i> Grenzüberschreitender Unterhaltsrückgriff öffentlicher Einrichtungen . . .	742
<i>Mark Makowsky</i> Die Anerkennung mitgliedstaatlicher Privatscheidungen nach der EuEheVO	754
<i>Peter Mankowski †</i> Die Kumulationstheorie bei der Urteilsanerkennung	764
<i>Peter G. Mayr</i> Die „inländische Gerichtsbarkeit“ im österreichischen Zivilverfahrensrecht	780
<i>Pedro A. De Miguel Asensio</i> Territorial Scope of Orders against Illegal Content Online	794
<i>Thomas Pfeiffer</i> Widersprüchliche Gerichtsstandsvereinbarungen im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO	805
<i>Oliver Remien</i> Einheitliche Patentgerichtsbarkeit und Zwangsgeld. Zu einem der Elemente des Europäischen Zivilprozessrechts im EPGÜ . . .	815

<i>Herbert Roth</i>	
Internationale Zuständigkeit bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts . . .	827
<i>Rolf A. Schütze</i>	
Die politische Dimension der Gegenseitigkeitsfeststellung bei der Anerkennung ausländischer Zivilurteile	845
<i>Michael Stürner</i>	
Die gesetzlich angebahnte Prozessstandschaft nach dem LkSG. Rückenwind für strategische Prozessführung?	856
<i>Rolf Stürner</i>	
Die neuen Model European Rules of Civil Procedure und ihre Grundlegung in der zeitgenössischen Prozessrechtsvergleichung. Eine kurze Einführung in ihre Geschichte, ihre rechtspolitische Intention, ihren prozessharmonisierenden Kontext und ihre Struktur	869
<i>Christoph Thole</i>	
Die perpetuatio fori im europäischen Insolvenzrecht	880
<i>Dimitrios Tsirikas</i>	
Einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der grenzüberschreitenden Zwangsvollstreckung gem. Art. 40 EuGVVO	893
<i>Rolf Wagner</i>	
Vollstreckungsabwehrklage vor dem EuGH. Ein Evergreen?	902
<i>Markus Würdinger</i>	
Das Ziel der Rechtssicherheit im Zuständigkeitssystem der Brüssel Ia-Verordnung	912

V. Persönlichkeitsrecht

<i>Christoph Becker</i>	
Persönlichkeitsrecht in der Systematik der Zivilgesetzbücher	925
<i>Ekkehard Becker-Eberhard</i>	
Vererblich- und Abtretbarkeit des Geldentschädigungsanspruchs wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (spätestens) mit Rechtshängigkeit	939
<i>Max Dregelies</i>	
Europäische Persönlichkeitsrecht(e)? Das Spannungsfeld von Persönlichkeitsschutz sowie Meinungs- und Pressefreiheit auf Ebene der EU	951

<i>Timo Fest</i>	
Unternehmenspersönlichkeitsrecht	963
<i>Ralf Michaels</i>	
Das Persönlichkeitsrecht am Bild der eigenen Sache	974
<i>Alexander Peukert</i>	
Das Marlene Dietrich-Urteil. Eine Bestandsaufnahme nach zwei Jahrzehnten.	986
<i>Andreas Spickhoff</i>	
Unterschriften und Gebirgszüge der Alpen	998
<i>Malte Stieper</i>	
Von blauen Engeln, Finanzministern und anderen Prominenten. Auswirkungen der Aufspaltung des postmortalen Persönlichkeitsrechts in ideelle und vermögenswerte Bestandteile auf den Schutz der Persönlichkeit	1009
<i>Nina Detbloff/Joachim Wieland</i>	
Der Schutz des Persönlichkeitsrechts minderjähriger Kinder von Prominenten. Das Recht auf Vergessen	1020

VI. Zivilrecht, Zivilverfahrensrecht, Rechtsvergleichung

<i>Christoph Althammer</i>	
Streitverkündungswirkung und Verjährungshemmung bei unterschiedlichen Rechtswegen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre	1035
<i>Reinhard Bork</i>	
Vorinsolvenzliche Moratorien. Ein Rechtsvergleich	1048
<i>Dorothee Einsele</i>	
Sachenrecht für Nichtsachen. Primat des Rechts gegenüber dem Rechtsobjekt	1060
<i>Bettina Heiderhoff</i>	
Muss der Zivilrichter ein Mensch sein?	1075
<i>Christoph G. Paulus</i>	
Die Insolvenz eines Konzert- oder Opernhauses	1087

<i>Hanns Prütting</i>	
Aktuelle Entwicklungen des kollektiven Rechtsschutzes	1099
<i>Eberhard Schilken</i>	
Rechtsfragen um den Herausgabeanspruch nach Verjährung deliktsrechtlicher Ansprüche (§ 852 BGB)	1109
<i>Luboš Tichý</i>	
Schäden durch Gebäude nach tschechischem, deutschem und österreichischem Recht. Eine kurze Skizze	1122
Lebenslauf	1137
Veröffentlichungen	1139
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	1157
Verzeichnis der Unterstützerinnen und Unterstützer	1161

Restitution nationalsozialistischer Raubkunst

Das deutsche Zurechnungsmodell unter der Lupe

Matthias Weller

I. Einleitung

Die zentrale Frage in der Regelbildung zur Ausgestaltung des seinerseits zentralen, zugleich generalklauselhaft gefassten Grundsatzes Nr. 8 der „Washingtoner Grundsätze [von 1998] in Bezug auf Kunstwerke, die von den Nationalsozialisten beschlagnahmt wurden“,¹ nämlich das Petitum, „eine gerechte und faire Lösung zu finden, wobei diese je nach den Gegebenheiten und Umständen des spezifischen Falls unterschiedlich ausfallen kann“, ist, wann der Abgang eines „Kunstwerkes“ aus dem Vermögen des ursprünglichen Eigentümers nationalsozialistischem Unrecht zuzurechnen ist. Es kann nicht verwundern, dass unter dieser denkbar offenen Maßgabe eine Vielfalt an Interpretationen in den Umsetzungen der teilnehmenden Staaten, auch mit Rücksicht auf die jeweiligen Rechtssysteme (wie dies die Präambel der Grundsätze ausdrücklich voraussetzt), hervorgegangen ist. Diese durchaus auch widersprüchliche Vielfalt für ausgewählte Staaten (Deutschland, Österreich, Niederlande, Frankreich, Vereinigtes Königreich, Schweiz) zu sichten und zu systematisieren unternimmt das zum 1. April 2019 unter der Leitung des Verfassers begonnene und von der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien finanzierte, auf fünf Jahre angelegte Forschungsprojekt „Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art“.²

Es kann dabei nur noch Außenstehende irritieren, dass Grundsatz Nr. 8 von „Kunstwerken, die durch die Nationalsozialisten beschlagnahmt“ („confiscated“) wurden, spricht, während heute der Schwerpunkt der Auseinandersetzung um die Konkretisierung gerechter und fairer Lösungen Rechtsgeschäfte der „Vorkriegseigentümer“ („pre-war owners“) betrifft – in der verkürzenden und auch im Übrigen begrifflich ebenso unscharfen wie umstrittenen Diktion des internationalen Dis-

¹ Grundsätze der Washingtoner Konferenz in Bezug auf Kunstwerke, die von den Nationalsozialisten beschlagnahmt wurden (Washington Principles), veröffentlicht im Zusammenhang mit der Washingtoner Konferenz über Vermögenswerte aus der Zeit des Holocaust, Washington, D.C., 3. Dezember 1998.

² Zur Entwicklung und zu Einzelfragen der bis ins Jahr 2012 zurückreichenden Projektidee vgl. zuletzt *M. Weller*, in: Gebauer/Huber (Hrsg.), Politisches Kollisionsrecht: Sachnormzwecke – Hoheitsrechte – Kultur, Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme am 7. und 8. Juni 2019, 2021, 91 ff.; erstmals *ders.*, in: Campfens (Hrsg.), Fair and just solutions? Alternatives to litigation in Nazi-looted art disputes: status quo and new developments, 2015, 201 ff.

kurses als „Zwangsverkäufe“ („forced sales“) bezeichnet. Denn spätestens seit der „Theresienstädter Erklärung über Holocaust-Vermögenswerte und damit verbundene Fragen“ vom 30. Juni 2009 ist unter den Teilnehmerstaaten für „NS-verfolgungsbedingt entzogene Kunstgegenstände“ „die Erkenntnis“ Konsens,

„dass Kunstgegenstände und Kulturgüter der Opfer des Holocaust (der Schoah) und anderer Opfer nationalsozialistischer Verfolgung von den Nationalsozialisten, den Faschisten und ihren Kollaborateuren auf vielfältige Weise, wie Diebstahl, Nötigung und Entzug sowie durch Preisgabe, Zwangsverkauf und Verkauf in einer Zwangslage während der Zeit des Holocaust zwischen 1933 und 1945 und als seine unmittelbare Folge entzogen, beschlagnahmt und geraubt wurden“.

NS-verfolgungsbedingt entzogen und damit im Geiste des moralischen Appells der Washingtoner Erklärung gerechten und fairen Lösungen zuzuführen sind damit nicht nur unmittelbar durch hoheitlichen Zugriff „beschlagnahmte“ Kunstwerke, sondern eben auch solche, derer sich der Eigentümer durch Rechtsgeschäft entäußert hat – sofern dies eben unter „Zwang“ geschah. Hierbei ist freilich nicht jedweder Zwang gemeint, sondern nur derjenige, in dem sich gerade das nationalsozialistische Unrecht manifestiert hat. Dass angesichts vielfältigster Erscheinungsformen und unüberschaubarer Nah- und Fernwirkungen diese Zurechnungsfrage komplex ist und damit streitbefangen sein muss, liegt auf der Hand. Der Austausch von Emotionen führt dabei regelmäßig in Sackgassen. Annäherungen an eine informierte, rationale, analytische, rechtswissenschaftlich gesprochen „dogmatische“ Auseinandersetzung verlangen die Sichtung und den Vergleich der jeweiligen Zurechnungsmodelle in den verschiedenen Umsetzungen der teilnehmenden Staaten. Dies unternimmt für die hier angesprochenen sowie für eine Fülle weiterer, ähnlich streitbefangener, zugleich analytisch unterentwickelter Fragen das vom Verfasser geführte Forschungsprojekt, im Lichte der die jeweiligen Modelle implementierenden und auch fortentwickelnden Fallpraxis.

Dieser Forschungsansatz insgesamt sowie die nachfolgenden Skizzen zum deutschen Zurechnungsmodell mögen das Interesse des hochverehrten Jubilars wecken, der in herausragender Weise analytische Tiefenschärfe und dogmatische Präzision im gesamten Feld des Kunstrechts (und darüber hinaus) einfordert, indem er sie selbst in bewundernswerter Weise einbringt.³

II. Grundlagen

Die Bundesregierung, die Länder sowie die kommunalen Spitzenverbände haben sich in ihrer „Gemeinsamen Erklärung zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz“ vom

³ Vgl. etwa jüngst in der Diskussion um die dogmatische Ausdeutung der privatrechtlichen Implikationen des § 40 KGSG, *Schack*, in: M. Weller et al. (Hrsg.), *Handel – Provenienz – Restitution*, Tagungsband des Zwölften Heidelberger Kunstrechtstags, 2020, 73 ff.

Dezember 1999 grundsätzlich auf die Umsetzung der Washingtoner Erklärung – im Lichte der bereits zuvor unternommenen Anstrengungen zur Wiedergutmachung, einschließlich der Restitution verfolgungsbedingt entzogener Vermögensgegenstände, in der Nachkriegszeit – verständigt,⁴ ebenso, im Jahre 2003, auf die Einrichtung der „Beratenden Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz“.⁵ Diese unterliegt freilich einem nicht unproblematischen „Subsidiaritätsprinzip“.⁶ Gemäß § 3 Abs. 2 ihrer Verfahrensordnung⁷ setzt eine Befassung der Kommission voraus, dass der verfolgungsbedingte Entzug und die Berechtigung der Anspruchsteller gemäß der „Orientierungshilfe“⁸ der Handreichung geprüft wurden, erste Bemühungen um eine gütliche Einigung unternommen wurden sowie eine Entscheidung in der Frage der Rückgabe durch die zuständige Stelle getroffen wurde. Zunächst und zuvörderst sollen also kulturguthaltende Stellen, typischerweise ein Museum bzw. sein Träger, und Anspruchsteller bilateral eine Einigung anstreben. Dieses Subsidiaritätsprinzip führt nun allerdings dazu, dass die ganz überwiegende Anzahl der tausendfachen Entscheidungen⁹ zu Restitutionsansprüchen außerhalb des Blickfelds und der Expertisebildung der Beratenden Kommission ergeht, so dass die Beratende Kommission seit 2003 nur etwas mehr als 20 Fälle zur Beratung vorgelegt bekam. Eine verlässliche bundesweite oder auch nur bundeslandweite Erfassung der vielen lokal getroffenen Entscheidungen fehlt („Datenschutz“¹⁰). Dies führt immer wieder zu (ebenso uninformativer wie emotionaler) Kritik („nur zwanzig Fälle“, „nichts geschehen seit 1998“). Dem könnte mit vereinten Kräften aller Ebenen des Staates leicht abgeholfen werden. Sichtbarkeit und

⁴ Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz (Gemeinsame Erklärung), in: Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien, 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 (im Folgenden „Handreichung“), Anlagen, 51 ff.

⁵ Absprache zwischen Bund, Ländern und kommunalen Spitzenverbänden zur Einsetzung einer Beratenden Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz, in: Handreichung, 55 f.

⁶ So das Deutungsangebot des gegenwärtigen Vorsitzenden der Kommission, Präsident des BVerfG a.D. Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier, in seinem Vortrag zur Eröffnung des Gesprächskreises Kunst- und Kulturgutschutzrecht der Universität Bonn am 4.7.2018.

⁷ Verfahrensordnung der Beratenden Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogener Kulturgüter, insbesondere aus jüdischem Besitz vom 2.11.2016, in: Handreichung, 57 ff.

⁸ Handreichung, sub D.: „Orientierungshilfe zur Prüfung des verfolgungsbedingten Entzugs und zur Vorbereitung von Entscheidungen über Restitutionsbegehren“, 31 ff.

⁹ Nach Erkenntnissen der BKM wurden bis April 2019 bereits über 20.000 Objekte, darunter 14.000 Bücher, sonstiges Bibliotheksgut und Archivalien, an ihre ursprünglichen Eigentümer beziehungsweise deren Rechtsnachfolger zurückgegeben, vgl. BT-Drs. 19/13511, 1.

¹⁰ Die EU-DSGVO bzw. das BDSG 2018 erlauben freilich durchaus die Übermittlung von Daten auch ohne Einwilligung, soweit diese die weitere Erforschung und Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechts bezweckt.

Nachprüfbarkeit auch und gerade für nur flüchtig prüfende und insgesamt skeptische Beobachter ist *conditio sine qua non* einer jeden überzeugenden Unrechtsaufarbeitung.

Die Handreichung sieht, unter Verweis auf Definitionen und Vermutungsregelungen zur Beweislastverteilung in den Rückerstattungsvorschriften der westlichen Alliierten, ergänzt durch Entscheidungen der Obersten Rückerstattungsgerichte und der rückerstattungsrechtlichen Praxis, in ihrer Orientierungshilfe für Entscheidungen zu Restitutionsansprüchen folgendes Modell für die Zurechnung des Verlustes des herausverlangten Kunstwerkes aus dem Vermögen des Vorkriegseigentümers zum nationalsozialistischen Unrecht vor:¹¹

III. Verfolgteneigenschaft

Zunächst muss es sich um Vermögen einer durch nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen verfolgten Person handeln. Die individuelle NS-Verfolgung ist darzulegen; für jüdische Geschädigte gilt für die Zeit ab dem 30.1.1933 die Vermutung der Verfolgung („Kollektivverfolgung“).¹²

IV. Heute herausverlangtes Kunstwerk damals im Eigentum der verfolgten Person

Zweitens muss das heute herausverlangte Kunstwerk damals Eigentum der verfolgten Person gewesen sein. Das ursprüngliche Eigentum des Verfolgten am herausverlangten Kunstwerk muss der heutige Anspruchsteller dartun und beweisen.¹³

V. Verfolgungsbedingter Verlust dieses Kunstwerkes

Drittens muss der Verlust des beanspruchten Kunstwerks gerade ein „verfolgungsbedingter“ Verlust sein.¹⁴ Die ausformulierte Frage zu diesem Prüfungspunkt

¹¹ Handreichung, 33 ff.

¹² Handreichung, 34 Aufzählungspunkt 4, mit Verweis auf Oberstes Rückerstattungsgericht Berlin, NJW/RzW 1956, 210.

¹³ Handreichung, 35 Aufzählungspunkt 1. Der Anscheinsbeweis ist hierfür sowie allgemein ausdrücklich zugelassen, a. a. O., 36 Aufzählungspunkt 1. Auf die Möglichkeit zur Erschütterung dieses Anscheinsbeweises wird ebenfalls ausdrücklich hingewiesen. Hierfür genügt, dass die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs in Betracht kommt. Ergänzend wird auf Grundsatz 4 der Washingtoner Erklärung hingewiesen, a. a. O., 35 Aufzählungspunkt 1. Dieser Grundsatz lautet: „Bei dem Nachweis, dass ein Kunstwerk durch die Nationalsozialisten beschlagnahmt und in der Folge nicht zurückerstattet wurde, sollte berücksichtigt werden, dass aufgrund der verstrichenen Zeit und der besonderen Umstände des Holocaust Lücken und Unklarheiten in der Frage der Herkunft unvermeidlich sind“.

¹⁴ Handreichung, 35.

nennt als Beispiele „Zwangsverkauf“ und „Enteignung“, erfasst aber sodann ausdrücklich auch alle Verluste „auf sonstige Weise“ und verweist offen auf die Frage: „[W]ie ist die Beweislastverteilung hinsichtlich der Verfolgungsbedingtheit des Verlusts?“. Dies wirkt eher desorientierend, denn ein normanwendungsunerfahrener Leser fragt sich natürlich sofort, warum zwei Einzelfälle genannt werden, dann aber doch ausnahmslos alle Erscheinungsformen eines Vermögensverlusts angesprochen werden, ohne dass das Verhältnis der (eher willkürlich gewählten, wenigen) Regelbeispiele zum Grundtatbestand explizit gemacht würde, und der sachkundige Leser fragt sich, was mit „Enteignung“ gemeint sein soll, wo doch der Leitbegriff für staatliche Zugriffe ersichtlich „Beschlagnahme“ ist und im Folgenden dann nur noch die Rede ist von „Verlusten aufgrund von Entziehungsmaßnahmen der Staatsgewalt“,¹⁵ bzw. „staatlichen Eingriffen zulasten des Antragstellers“.¹⁶ Sowohl „Enteignung“ wie auch „Beschlagnahme“ sind offensichtlich untechnisch-metaphorisch als *partes pro toto* gemeint. Gleichwohl wären die alternativen Begriffsangebote „Verluste aufgrund von Entziehungsmaßnahmen der Staatsgewalt“ bzw. „staatliche Eingriffen zulasten des Antragstellers“ treffender. Noch besser wäre, wenn diese in einer einheitlichen Begriffsbildung konvergierten. Immerhin wird deutlich, dass für die Frage nach der Verfolgungsbedingtheit des Verlusts zu unterscheiden ist zwischen staatlichen Maßnahmen und rechtsgeschäftlichen Verfügungen, und zwar (man wird ergänzen dürfen: insbesondere) „für die Beweislastverteilung“.¹⁷

1. Verlust durch staatlichen Zugriff

„Bei dem Verlust von Kunstwerken durch staatliche Zugriffe kann ausnahmsweise der kausale Zusammenhang mit einer NS-Verfolgung insbesondere bei Einziehung sogenannter Entarteter Kunst, Verfügungsbeschränkungen nach der Verordnung über die Ausfuhr von Kunstwerken oder gegebenenfalls auch bei Zwangsversteigerungen fehlen“.¹⁸

Hieraus wird man im Umkehrschluss entnehmen können, dass grundsätzlich ein solcher „kausaler Zusammenhang“ (also Zurechenbarkeit) besteht, wenn sich der Vermögensverlust durch staatlichen Eingriff vollzieht. Hierzu passt jedenfalls die nachfolgende Erläuterung:

„Die Beweislast für die Verfolgungsbedingtheit von staatlichen Eingriffen zulasten des Antragstellers wird nur in wenigen Fallkonstellationen relevant“.¹⁹

Hieraus wird man wiederum folgern dürfen, dass grundsätzlich die besagte Beweislast für die Verfolgungsbedingtheit des Verlusts bei staatlichem Eingriff beim Antragsteller verbleibt und diese „insbesondere“ dann „relevant“ wird, wenn eine

¹⁵ Handreichung, 35 Aufzählungspunkt 2.

¹⁶ Handreichung, 36.

¹⁷ Handreichung, 35 Aufzählungspunkt 2.

¹⁸ Handreichung, 36.

¹⁹ Handreichung, 36.

der drei oben genannten Konstellationen – staatlicher Zugriff auf sogenannte Entartete Kunst, Ausfuhrverbote für national wertvolles Kulturgut, legitime Zwangsvollstreckungsmaßnahmen – vorliegt. Auch hier steht dem Antragsteller der Anscheinsbeweis zur Verfügung, auch hier kann dieser wie beschrieben erschüttert werden. Insgesamt könnte man das Zurechnungsmodell für staatliche Eingriffe expliziter und stringenter fassen. Es soll ja auch und gerade Personen außerhalb des normwissenschaftlichen Feldes orientieren, insbesondere auch ausländische Anspruchsteller, die mit den impliziten Annahmen in den wenigen Sätzen zu staatlichen Eingriffen nicht wenig ringen werden. Auf die Frage, ob normtechnisch bei Verlust durch staatlichen Eingriff in das Vermögen eines Verfolgten während der Dauer des nationalsozialistischen Unrechtsregimes nicht eine Vermutungsregel für die Verfolgungsbedingtheit sachangemessener wäre, wird zurückzukommen sein.

2. Verlust im Zuge eines Rechtsgeschäfts des Verfolgten

Den Schwerpunkt ihrer Ausführungen widmet die Handreichung rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Verfolgten, dies freilich in wenig strukturierter Form.²⁰

a) Grundsatz: Zurechnungszusammenhang begründungsbedürftig

Ersichtlich stellt sich bei solchen Rechtsgeschäften in gesteigertem Maße die Frage, unter welchen Umständen die äußerlich auf freier Willensausübung beruhende Verfügung über das Kunstwerk, etwa aufgrund von Verkauf, Schenkung oder testamentarischer Verfügung, so stark von Beeinträchtigungen der Willensfreiheit durchdrungen ist, dass trotz der äußeren Gestalt eines Rechtsgeschäfts in Wahrheit verfolgungsbedingter Zwang zur Veräußerung besteht und deswegen der Vermögensverlust auf nationalsozialistischem Unrecht beruht, also gerade ein verfolgungsbedingter Verlust vorliegt, obwohl das eigene Handeln des Eigentümers nach allgemeinen Grundsätzen zunächst die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs nahelegt.

b) Grundsätzliche Vermutung des verfolgungsbedingten Verlusts

Anders als bei staatlichem Zugriff wird nun allerdings bei rechtsgeschäftlicher Verfügung dieser Zurechnungszusammenhang zugunsten des Antragstellers vermutet, dies in Fortführung der entsprechenden Vermutungsregel in den westalliierten Rückerstattungsgesetzen. Der Antragsgegner muss also die Vermutung des verfolgungsbedingten Entzugs kraft Rechtsgeschäfts des Verfolgten widerlegen, indem er die in der Vermutungsregel niedergelegten Indizien kumulativ dartut und ggf. beweist. Hierfür steht ihm wie in allen anderen Fragen auch der Anscheinsbeweis zur Verfügung. Anderweitige Indizien sieht die Vermutungsregel nicht vor. Ob weitere, atypische Indizien im Rahmen einer Gesamtbetrachtung berücksichtigt

²⁰ Handreichung, 35 unten bis 37 oben, mit Einschüben zu anderen Bereichen, und sodann 38f.

werden können, wird nicht ausgeführt. Die Berücksichtigung aller, auch atypischer und fallspezifischer Indizien wäre jedenfalls allgemeiner, international anerkannter Standard im Umgang mit Indizienbeweisen.

c) Widerlegung der Vermutung

Als relevante Indizien gegen einen hinreichenden Zurechnungszusammenhang des Vermögensverlustes kraft Rechtsgeschäfts zum nationalsozialistischen Unrecht (innerhalb des Zurechnungsmodells der Handreichung ist dies „Verfolgung“) gelten folgende: (aa) der Veräußerer hat einen angemessenen Kaufpreis erhalten; (bb) der Veräußerer hat über die Zahlung dieses Kaufpreises an ihn im Nachgang frei verfügen können.²¹ Erst wenn diese beiden Anforderungen vorliegen, gilt der Zurechnungszusammenhang aufgrund der Willensbetätigung des Eigentümers als unterbrochen, weil tatsächlich freiwillig.

aa) Angemessener Kaufpreis

Das Kriterium der Angemessenheit des Kaufpreises ist schon naturgemäß nur sehr schwer, wenn überhaupt, sinnvoll zu handhaben. Grundsätzlich ist längst anerkannt, dass es einen *iustum pretium* nicht gibt.²² Aber auch einen „objektiven Verkehrswert“ festzustellen, noch dazu „im Zeitpunkt des Verkaufs unter Nichtverfolgten“,²³ stellt Parteien und Entscheider vor große Herausforderungen. Der Verweis der Handreichung auf die Preisbildung, wie sie in „zeitnahen Versteigerungskatalogen“ „für vergleichbare Werke des Künstlers ermittelbar“ ist,²⁴ führt zu aufwendigen Rechercheaufgaben mit relativ geringem normativen Ertrag, zumal die Handreichung es dann ausdrücklich dem Ermessen des Antragsgegners unterstellt, den gezahlten Preis als „angemessen“ zu beurteilen „oder zugunsten des Anspruchstellers gegebenenfalls im Einzelfall zu unterstellen, dass zum Zeitpunkt des Vermögensverlustes wegen der zunehmenden Verfolgungsmaßnahmen und der sich daran anschließenden Vielzahl der Verkäufe das Preisniveau generell ‚zu niedrig‘ war“.²⁵ Es wechselt zudem der Bezugspunkt: Wenn die Preise wegen erhöhten Angebots sinken, widerspiegeln diese niedrigeren Preise gerade den zuvor für maßgeblich erklärten „objektiven Verkehrswert“. In welchen „Einzelfällen“ soll nun „gegebenenfalls“ unterstellt werden können, dass solche Preise „zu niedrig“ (gegenüber welchem neuen Bezugspunkt) seien? Doch wohl eigentlich immer (und damit gerade nicht im Einzelfall), wenn ein verfolgungsbedingtes Überangebot zu beobachten ist. Mit anderen Worten: Es sollte bei dem objektiven Verkehrswert als

²¹ Handreichung, 38 Aufzählungspunkte 1 und 2.

²² Vgl. nur für das geltende deutsche Recht MünchKomm/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2019, Vor § 433 Rn. 9. Aus rechtshistorisches Sicht Finkenauer, Fundamina 20 (2014), 287 (297f.) m. w. N.: „Die Suche nach dem ‚gerechten‘ Preis ist ein juristisches Ewigkeitsproblem“.

²³ Handreichung, 39.

²⁴ Ebd.

²⁵ Handreichung, 39.

Bezugspunkt bleiben, dieser ist aber um verfolgungsbedingte Verzerrungen der Preise zu bereinigen – keine einfache, weil in weiten Teilen spekulative und damit in besonderem Maße streitanfällige Operation. Zugleich führt dies dazu, dass der real erzielte Preis des Verfolgten bei verfolgungsbedingter Marktverzerrung kaum jemals als „angemessen“ in diesem Sinne bewertet werden könnte. Die Provenienzforschung könnte sich vor diesem Hintergrund auf die Frage konzentrieren, ob im konkreten Fall solche Verzerrungen zu beobachten sind, wie hoch dieser Effekt einzuschätzen ist und ob der real erzielte Preis unter Berücksichtigung dieser Verzerrung überhaupt in die Nähe eines angemessenen Preises zu gelangen vermag.

bb) Freie Verfügbarkeit über die Zahlung des Kaufpreises im Nachgang

Die Verfolgungsbedingtheit des Verlustes bei Abgang durch Rechtsgeschäft ist so dann an die Frage nach der freien Verfügbarkeit über die Zahlung des Kaufpreises im Nachgang zur Veräußerung gekoppelt. Der Entzug von Geldvermögen, etwa durch diskriminierende Steuern,²⁶ ist allerdings grundsätzlich ein eigenständiger Entzugstatbestand. Er betrifft einen reinen Vermögensschaden. Dieser unterliegt (allein) den Kompensationsmechanismen der Nachkriegszeit.²⁷ Allerdings entsteht ersichtlich dann ein Zurechnungsmoment in Ansehung des Verlusts des Kunstwerks, wenn das Kunstwerk verkauft werden musste, um derartige Steuern und andere Abgaben überhaupt bedienen zu können. Dies, und nur dies, wäre dann der relevante Gesichtspunkt. Damit müsste der Gesamtvermögensbestand des Verfolgten im Verhältnis zur auferlegten Steuer im Zeitpunkt des Verkaufs erforscht werden. Im Übrigen stellt sich die Frage, ab wann der Zurechnungszusammenhang durch Zeitablauf zwischen Veräußerung und Verfügung über den daraus erlangten Kaufpreis etwa zur Bedienung diskriminatorischer Steuern etc. wieder abreißt. Dies müsste nach der Teleologie des Kriteriums der Fall sein, sobald der Verkauf nicht mehr durch die Steuerschuld motiviert ist. Vor diesem Hintergrund erscheint auch dieses Kriterium unscharf gefasst. Zur abschließenden Feinjustierung operiert die Handreichung schließlich mit zeitlichen Staffelnungen:

„Der Nachweis, dass der Veräußerer über den Kaufpreis frei verfügen konnte, ist regelmäßig bei inländischen Verkäufen ab dem 14.05.1938, jedenfalls aber ab dem 3.12.1938 ausgeschlossen.“²⁸

²⁶ Beispielsweise die nach den Novemberpogromen 1938 eingeführte „Judenvermögensabgabe“ oder die „Reichsfluchtsteuer“, die im Zeitpunkt ihrer Einführung im Jahre 1931 zwar keine diskriminierende Sonderabgabe war, aber nach der Machtübernahme der Nationalsozialisten als solche gehandhabt wurde, vgl. Schwarz, Rückerstattung nach den Gesetzen der Alliierten Mächte (Die Wiedergutmachung nationalsozialistischer Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I), 1974, 162.

²⁷ Vgl. insbesondere das BEG.

²⁸ Handreichung, 39 Aufzählungspunkt 2, dies mit Verweis auf Verfügungsbeschränkungen aufgrund des „vertraulichen Erlasses Nr. 64“ vom 14.5.1938 (Fn. 56) und auf § 14 der VO über den Einsatz jüdischen Vermögens, welcher inländischen Juden verbot, „Kunstgegenstände, soweit der Preis für den einzelnen Gegenstand 1000 Reichsmark übersteigt“, zu verpfänden oder freihändig zu veräußern. Mit der 5. DVO vom 25.4.1941 entfiel auch diese Wertgrenze (Fn. 57).

d) Erhöhung der Anforderungen an die Widerlegung bei Rechtsgeschäft nach dem 15. September 1935

Wiederum in Fortführung der westalliierten Rückerstattungsgesetze wird die Widerlegung nochmals erschwert, wenn das Rechtsgeschäft nach dem 15. September 1935 stattfand. Nach diesem Datum muss der Antragsteller zusätzlich dartun und beweisen, dass das Rechtsgeschäft seinem wesentlichen Inhalt nach auch „ohne die Herrschaft des Nationalsozialismus stattgefunden hätte“ oder „die Wahrung der Vermögensinteressen des Verfolgten in besonderer Weise und mit wesentlichem Erfolg vorgenommen wurde, z. B. durch Mitwirkung bei einer Vermögensübertragung ins Ausland“.²⁹ Die erste Alternative verlangt also den Nachweis, dass die nationalsozialistische Herrschaft insgesamt nicht kausal geworden ist für das Rechtsgeschäft. Sie ist bisher vor allem im Zusammenhang mit Verkäufen eines Verfolgten in seinem Geschäftsbetrieb, etwa durch verfolgte Kunsthändler bei Veräußerung von Handelsware, relevant geworden. Die zweite Alternative verlangt den Nachweis, dass das Rechtsgeschäft bei wirtschaftlicher Betrachtung deutlich zugunsten des Verfolgten vorgenommen wurde. Sie ist bisher, soweit ersichtlich, kaum relevant geworden.

e) Vermutungsregel auch für staatlichen Zugriff?

Konzeptionell fällt nach der Analyse des Zurechnungsmodells auf, dass die Handreichung für rechtsgeschäftlich vollzogene Vermögensabgänge mit einer vergleichsweise strikten Vermutungsregel operiert, während es für staatliche Zugriffe auf das Vermögen des Verfolgten eine solche Vermutung nicht gibt, obwohl zugleich nahegelegt wird, dass bei staatlichem Zugriff der Zurechnungszusammenhang erst recht grundsätzlich besteht, abgesehen von den genannten Ausnahmen. Systematisch und teleologisch konsistenter erschiene es, in beiden Varianten mit einer Vermutung zu operieren, die dann die drei genannten Konstellationen – Entartete Kunst, Ausfuhrverbot, legitime Zwangsvollstreckung – als vom Halter darzulegende und zu beweisende Widerlegungstatbestände enthielte.

f) Missliches Schweigen zu den Zurechnungsanforderungen für „Fluchtgut“

Schließlich fällt auf, dass die Handreichung auch in ihrer Neufassung von 2019 zu einer der seit langem umstrittensten rechtsgeschäftlichen Zurechnungskonstellationen schweigt, nämlich zu sogenanntem „Fluchtgut“, also Verkäufe von Kunstwerken durch zuvor Verfolgte auf freien Märkten nach ihrer Emigration in sichere Drittstaaten außerhalb des Machtbereichs des nationalsozialistischen Unrechtsregimes. Zwar schweigt die Handreichung ebenso in einer Vielzahl weiterer Punkte, allerdings liegt die Frage nach dem Umgang mit Fluchtgut dann doch im Kern der zentralen Frage nach den Anforderungen an Zurechnungszusammenhänge. Hier wäre möglichst präzise Orientierung besonders wünschenswert.

²⁹ Handreichung, 38 Aufzählungspunkte 4, 5.

Dies zeigt sich an der volatilen Spruchpraxis der Beratenden Kommission in dieser Frage:³⁰ Bereits in ihrem ersten Fall (Freund ./ Deutschland) hatte sich die Beratende Kommission mit einem Verkauf von vier Kunstwerken in der Schweiz nach der Emigration der jüdischen Eigentümer in das Vereinigte Königreich zu befassen. In der Pressemitteilung zu ihrer Empfehlung vom 12. Januar 2005 sprach sie sich für eine Restitution aus, da sich die Witwe des Kunstsammlers nach dessen Tod im Jahre 1941 „aus wirtschaftlichen Gründen“ zur Veräußerung „gezwungen“ sah. Da die Kommission damals (leider) noch von Ausführungen zur Begründung absah, bleiben die weiteren normativen Überlegungen unklar. Ggf. spielte der direkte Verkauf an den „Sonderauftrag Linz“ eine Rolle, also das Argument, das nationalsozialistische Regime habe unmittelbar profitiert. Möglicherweise hat die Kommission den Fall aber auch gar nicht als „Fluchtgut“ verstehen wollen.³¹

Eine ausführliche Begründung lieferte die Beratende Kommission dagegen in ihrer nächsten Empfehlung zu dieser Frage vom 21. August 2014 im Fall Levy ./ Bayerische Staatsgemäldesammlungen. Zahlreiche Indizien sprachen für einen Verkauf des Gemäldes „Drei Grazien“ im Jahre 1940/41 durch die in die USA emigrierten Rechtsnachfolger der ursprünglichen jüdischen Eigentümerin, also für einen Verkauf auf dem freien Markt. Die Beratende Kommission lehnte eine Restitution ab, da sie hierin keinen verfolgungsbedingten Vermögensverlust erkennen konnte:

„Es kann nicht angenommen werden, dass die Washingtoner Erklärung selbst bei weitest möglicher Auslegung und damit Ausdehnung auf Zwangsverkäufe oder sonstige Formen eines verfolgungsbedingten Entzugs, die Rückabwicklung derartiger zivilrechtlich wirksamer Verkäufe durch die rechtmäßigen Eigentümer in New York und daran anschließender Weiterveräußerungen zum Ziel hat.“

Diese Linie verfolgte die Kommission auch in ihrer Empfehlung vom 21. März 2016 im Fall Flechtheim ./ Kunstsammlung Nordrhein-Westfalen. Bereits die Eigentümerstellung von Alfred Flechtheim hinsichtlich des Gemäldes „Violon et encrier“, das im Jahre 1934 in einer von dem jüdischen Kunsthändler organisierten Verkaufsausstellung veräußert wurde, war umstritten. Unabhängig davon führte die Beratende Kommission aus:

„Wenn ein von den Nationalsozialisten verfolgter Kunsthändler und Kunstsammler im sicheren Ausland ein Gemälde im regulären Kunsthandel oder einer Auktion verkauft, müßten sehr spezifische Gründe vorliegen, wenn ein solcher Verkauf als ein NS-verfolgungsbedingter Vermögensverlust anerkannt werden sollte.“

In ihrer Empfehlung vom 23. April 2019 im Fall Emden ./ Deutschland setzte sich die Kommission dann mit der Veräußerung von drei Gemälden durch den bereits

³⁰ Alle im Folgenden besprochenen Empfehlungen sind abrufbar unter <https://www.beratende-kommission.de> (1.6.2021). Auf einzelne Zitierung wird verzichtet.

³¹ So zumindest nachträglich die ehemalige Vorsitzende *Limbach*, in: *Fluchtgut – Geschichte, Recht und Moral*, 2015, 161: „[I]n diesem Fall hat sich die Beratende Kommission nicht mit der Kategorie des Fluchtguts und der Frage auseinandergesetzt, ob dieses der Raubkunst, also dem NS-verfolgungsbedingten Kulturgutverlust gleich zu behandeln ist.“

Ende der 1920er Jahre in die Schweiz emigrierten jüdischen Warenhausbetreiber Max Emden auseinander. Dieser Verkauf erfolgte im Juni 1938, wiederum an den „Sonderauftrag Linz“. Die Beratende Kommission erklärte, dass diese „nicht aus freien Stücken erfolgte“, sondern „ganz unmittelbar“ durch eine aus dem Zugriff der Nationalsozialisten auf das im Deutschen Reich verbliebene Vermögen des Veräußerers „resultierende wirtschaftliche Notlage bedingt war“ und somit ein „verfolgungsbedingter Vermögenslust“ vorliege. Dies muss vor allem deswegen irritieren, weil Max Emden nach den weiteren Feststellungen der Kommission im Zeitpunkt des Verkaufs Eigentümer zweier Inseln im Lago Maggiore war.

Während in den oben genannten Fällen *Levy* und *Flechtheim* die Beratende Kommission ihre Empfehlungen auch darauf stützte, dass sie bei einem Verkauf in sicheren Drittstaaten die Erzielung des jeweiligen Marktpreises des Kunstwerkes und somit eines angemessenen Kaufpreises sowie dessen freie Verfügbarkeit unterstellen konnte, wurden zu diesen Kriterien im Fall *Freund* nichts ausgeführt. Im Fall *Emden* befand die Kommission hingegen ohne Bezugnahme auf ihre vorherigen Empfehlungen, dass als Zurechnungskriterium „[u]ngeachtet der Fragen nach der Angemessenheit des Kaufpreises“ „als Kerntatbestand die durch die nationalsozialistische Verfolgung unmittelbar ausgelöste wirtschaftliche Notlage“ des Veräußerers maßgeblich sei.

In ihrer aktuellsten Empfehlung zu Fluchtgut vom 26. März 2021 im Fall Kurt Grawi ./. Stadt Düsseldorf führte die Kommission diese Praxis fort. Der Verkauf des Gemäldes „Füchse“ durch den nach Chile emigrierten jüdischen Eigentümer erfolgte 1940 an einen Emigranten aus dem Deutschen Reich unterstützenden Regisseur in den USA. Wiederum konnte die Beratende Kommission die Angemessenheit des Kaufpreises und dessen freie Verfügbarkeit unterstellen, sie empfahl aber dennoch eine Restitution, da die Veräußerung „die unmittelbare Folge der Inhaftierung im Konzentrationslager und der anschließenden Flucht“ war und „mit der nationalsozialistischen Verfolgung in einem derart engen Zusammenhang“ stehe, „dass der Ort des Geschehens demgegenüber zurücktritt.“ Erneut unterblieb dabei jegliche Bezugnahme und Auseinandersetzung mit der jeweiligen *ratio* in den Begründungselementen vorheriger Empfehlungen.

Indem die Beratende Kommission damit gänzlich von den Kriterien der Handreichung abweicht, ist sie bei „Fluchtgut“ endgültig im Bereich der freien Setzung angekommen. Dass die Abweichung von den Voten in den Fällen *Levy* und *Flechtheim* dabei ohne Begründung erfolgt, ist nicht nur bedauerlich, sondern eröffnet auch der Kritik der Willkürlichkeit zunehmend Raum.³² Für eine wachsende Zahl an Fragestellungen gibt es keine Prognostizierbarkeit mehr, wie die Beratende Kommission den vorgelegten Sachverhalt beurteilen wird. Dies wird die Bereitschaft zu ihrer Anrufung nicht erhöhen. Zugleich führt dies bei den Anspruchstel-

³² Vgl. nur *Koldehoff*, Restitution mit Makel?, DfJ vom 26.3.2021; *Reitzenstein*, Zuerst kommt das Recht und dann die Moral, Die Welt vom 30.3.2021; *Babners*, So wird jetzt fast alles Raubkunst, FAZ vom 15.4.2021; *Kiechle*, Aufforderung zum Rechtsbruch, FAZ vom 22.4.2021.

lern in ihren Verhandlungen mit Haltern zu immer größerer Unsicherheit, während die Halter kaum mehr wissen, worauf sich ihre – aufwendige – Provenienzforschung eigentlich sinnvoll ausrichten soll, wenn allenthalben *ad hoc* neue Wege zur Begründung einer Restitution gewählt werden, während zentrales Vorbringen – der Halter wird doch wohl auf die für ihn sprechenden früheren Empfehlungen nachdrücklich hingewiesen haben – nicht erörtert wird – nach allgemein-rechtsstaatlichen Maßstäben hierzulande ein Verstoß gegen das Verfahrensgrundrecht auf rechtliches Gehör.³³

VI. Schluss

Insgesamt sieht man sich damit vor ein komplexes, nicht einfach durchdringbares, weil vielleicht auch nicht optimal dargestelltes, in zentralen Punkten unvollständiges und durch erratisch-volatile Spruchpraxis in Zweifel gezogenes Modell gestellt. Dass sich die „Handreichung“ lediglich als eine solche bezeichnet, dass sie in den hier in den Blick genommenen Fragen überdies lediglich „Orientierungshilfe“ sein will, dass sie deswegen betont, „[d]ie Entscheidung im Einzelfall“ liege „unter Berücksichtigung der Washingtoner Erklärung und der Gemeinsamen Erklärung im Ermessen der betroffenen Einrichtung bzw. deren Träger, gegebenenfalls unter Beachtung der jeweils geltenden haushaltsrechtlichen Bestimmungen“,³⁴ lässt die dann in der Tat in vielerlei Hinsicht „betroffenen“ Einrichtungen bzw. deren Träger doch allzu sehr allein. Gleiches gilt spiegelbildlich für die Antragsteller in ihren Verhandlungen mit den Trägern. Zudem negiert der ostentative Verweis auf „den Einzelfall“ tendenziell das Offensichtliche, dass nämlich in den meisten Einzelfällen wiederkehrend-abstrahierbare Konstellationen („Fluchtgut“) auftreten und dass diese natürlich konsistent entschieden werden müssen, wenn Akzeptanz bei der unterliegenden Seite erreicht werden soll. Fortentwicklung durch Fallpraxis ist damit nicht *a priori* ausgeschlossen. Sie muss aber transparent, begründet und auch im Übrigen in Minimalanforderungen an rechtsstaatliches Verfahren genügenden Bahnen geschehen.

³³ Vgl. nur z.B. BVerfG, BeckRS 2018, 775 Tz. 14 m. w. N.: „Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen“.

³⁴ Handreichung, 31.