



Wilhelm Trübner, Tannengruppe am Starnberger See, um 1911, Öl auf Leinwand.
Das Gemälde aus der ehemaligen Sammlung Ottmar Strauss (Köln) war in der Lost Art-Datenbank fälschlich als Suchmeldung eingetragen mit dem Hinweis, von der (jüdischen) Kunsthandlung Helbing in Frankfurt am Main 1934/35 verkauft und von den Nationalsozialisten verwertet worden zu sein. Strauss verkaufte Teile seiner Sammlung selbst bei Helbing; das Bild von Trübner gehörte nicht dazu. Aus einer Schätzliste der Sammlung von 1931 ließ sich kein Nachweis ableiten, ob Ottmar Strauss das Bild 1933 überhaupt noch besaß. Das Bild wurde durch J. P. Schneider Kunsthandlung (Frankfurt am Main) veräußert; der Erlös wurde zur Hälfte an die Erben nach Ottmar Strauss abgetreten.

Die Entwicklung seit den *Washington Principles*

Hans-Jürgen Hellwig

1 Um welche Kunstgegenstände, um welche Besitzer geht es?

Die Gesetze der Alliierten in den drei westlichen Besatzungszonen nach 1945 sprechen teilweise von „geraubten Vermögensobjekten“. Von daher stammt der Begriff ‚Raubgut‘ bzw. ‚Raubkunst‘.

Das Bundesrückerstattungsgesetz von 1957 spricht, anknüpfend an das Bundesentschädigungsgesetz von 1953, von NS-verfolgungsverursachtem Vermögensschaden. Im Vermögensgesetz von 1990 nach der Vereinigung der beiden Teile Deutschlands heißt es „NS-verfolgungsverursachter Vermögensverlust“.

Die *Washington Principles* von 1998 zur Identifizierung, Provenienzforschung und Suche nach gerechten und fairen Lösungen bei der Frage der Rückgabe beziehen sich auf „durch die Nationalsozialisten beschlagnahmte Kunstwerke“ („Nazi-Confiscated Art“).

In Deutschland wurden die *Washington Principles* umgesetzt durch die „Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände“ von 1999, „Gemeinsame (oder Potsdamer) Erklärung“ genannt. Diese spricht von „NS-verfolgungsbedingt entzogenem Kulturgut, insbesondere aus jüdischem Besitz“. Dieser Begriff hat sich inzwischen im Sprachgebrauch eingebürgert. Mit diesem Begriff geht die Gemeinsame Erklärung in der inhaltlichen Reichweite über die *Washington Principles* hinaus.

Die *Washington Principles* und die Gemeinsame Erklärung wurden von der Bundesregierung zu einem Zeitpunkt unterzeichnet, als die Geltendmachungsfristen nach allen alliierten und deutschen Rückerstattungsgesetzen abgelaufen waren. Es gab somit keinen regelungslosen Zustand. Die Exekutive hat also mit *Soft Law* bewusst das *Hard Law* der Legislative unterlaufen. Ich halte das zumindest rechtspolitisch für fragwürdig.

Nun zu den Besitzern. Die Gesetze der Alliierten nach 1945, das deutsche Vermögensgesetz nach der Vereinigung Deutschlands und die *Washington Principles* nehmen jeglichen Kunstbesitz in den Blick, unabhängig davon, ob sich das betreffende Kunstwerk in privatem oder in öffentlichem Besitz befindet. In Anlehnung an das Bundesrückerstattungsgesetz, das nur das Deutsche Reich und gleichgestellte Rechtsträger verpflichtete, adressiert die Gemeinsame Erklärung Kulturgutbesitz öffentlicher Einrichtungen.

Was die betroffenen Kunstwerke angeht, ist somit festzustellen, dass die Gemeinsame Erklärung („NS-verfolgungsbedingt entzogenes Kulturgut“) weiter gefasst ist als die *Washington Principles* (dort nur „Nazi-Confiscated Art“), andererseits aber hinter den *Washington Principles* insofern zurückbleibt, als sie den privaten Besitz nicht adressiert.

Dem Begriff ‚Raubgut‘ wurde im Jahre 2001 in der Schweiz der Begriff ‚Fluchtgut‘ gegenübergestellt, das heißt Kulturgut, das von den NS-verfolgten jüdischen Eigentümern selbst ins Ausland verbracht und dort durch Verkauf verwertet wurde. Nach schweizerischer Ansicht ist solches Fluchtgut kein Raubgut, weil der Eigentümer frei entscheiden konnte, ob und unter welchen Bedingungen er verkaufte, weil er keine diskriminierenden Steuern wie die Fluchtsteuer abführen musste und weil er in aller Regel den Verkaufserlös zur freien Verfügung erhielt.

Die „Handreichung“ zur Umsetzung der Gemeinsamen Erklärung von Bund, Ländern und Kommunen von 2001, überarbeitet 2007, geht auf das Thema Fluchtgut nicht ein. Erst das 2015 gegründete Deutsche Zentrum Kulturgutverluste (DZK) sieht Fluchtgut als NS-verfolgungsbedingt abhandengekommen an.

Die schweizerische und die deutsche Auffassung prallten bei der Sammlung Gurlitt aufeinander. Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM), Monika Grütters, hatte die Sammlung nach ihrer Entdeckung in toto in die Lost Art-Datenbank einstellen lassen. Nach dem Tod von Cornelius Gurlitt erzwang die BKM im Vertrag mit dem Kunstmuseum Bern, dass dieses als Alleinerbin der Sammlung die Position des DZK zum Thema Fluchtgut akzeptierte. (Auch dies gehört zu der an Merkwürdigkeiten reichen „Affäre Gurlitt“, die nach meinem Eindruck als Jurist eigentlich eine Justiz- und Verwaltungsaffäre ist.) Die BKM kann deshalb zulasten des Museums Werke restituieren, die nach Schweizer Verständnis von Raubkunst nicht restituiert werden müssten. Auf einer Tagung des Museums Oskar Reinhart in Winterthur im Jahre 2015 wurde das Ganze von Schweizer Seite als „deutscher Rechtsimperialismus“ scharf kritisiert.

Bleiben wir beim Begriff des Fluchtguts. Können sich auch die Erben dessen, dem die Flucht gelungen ist, auf die NS-verfolgungsbedingte Notlage berufen? Wann endet diese Notlage? 1945 oder irgendwann später? Und wenn irgendwann später: wann genau? Das sind Fragen von praktischer Relevanz, wenn man an die jüdischen Künstler, Händler und Sammler denkt, die unmittelbar nach der Ernennung von Adolf Hitler zum Reichskanzler mit ihren Werken emigriert sind – Fragen, auf die es bisher keine Antworten gibt.

Auch dann, wenn die Emigration bereits lange vor 1933 erfolgte und nicht verfolgungsbedingt war, kann es laut der Empfehlung der seit 2003 bestehenden Beratenden Kommission, früher allgemein Limbach-Kommission genannt, wie im Falle Max Emden vom März 2019 zu einer Restitutionspflicht kommen. Max Emden hatte 1926 sein deut-

sches Kaufhausimperium zum größten Teil verkauft (darunter insbesondere das KaDeWe in Berlin) und sich 1927 im schweizerischen Ronco am Lago Maggiore niedergelassen, wo er 1934 die Staatsbürgerschaft erhielt. Zwischen 1928 und 1930 erwarb er zwei Gemälde von Canaletto, die er wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten 1938 wieder veräußerte. Nach Ansicht der Kommission war der entscheidende Grund für diese Schwierigkeiten, dass Max Emden wegen der deutschen Devisenausfuhrbeschränkungen ab 1937 aus seinem verbliebenen deutschen Vermögen keine Zahlungen mehr in die Schweiz überwiesen bekam und auch gleich nach der NS-Machtergreifung dieses Vermögen nicht in die Schweiz hätte transferieren können. Die Kommission erörtert nicht, dass Deutschland, ausgelöst durch die Weltwirtschaftskrise ab Oktober 1929 unter Reichskanzler Heinrich Brüning bereits 1931 Devisenbeschränkungen eingeführt hat – wie viele andere Länder in Europa auch. Diese Beschränkungen betrafen jeden, gleich welcher Staatsbürgerschaft, Religion und Abstammung, der Kapital ins Ausland überweisen wollte. Deshalb hätte die Kommission m. E. darlegen müssen, worin sie im Falle Max Emden den spezifischen NS-Verfolgungscharakter sah, insbesondere für die Zeit unmittelbar nach dem 30. Januar 1933. Hier weist die Empfehlung der Kommission m. E. eine Lücke in der Begründung auf.

2 Pflichten der Provenienzforschung

In den *Washington Principles* sind diese Pflichten Jedermannspflichten. Die Gemeinsame Erklärung bleibt dahinter zurück. Sie stellt zunächst dar, was die Bundesrepublik auf dem Gebiet Rückerstattung und Entschädigung bereits getan hat. Sodann heißt es, dass dessen ungeachtet die Bundesregierung, die Länder und die kommunalen Spitzenverbände im Sinne der *Washington Principles* in den verantwortlichen Gremien der Träger einschlägiger öffentlicher Einrichtungen darauf hinwirken werden, dass als NS-verfolgungsbedingt entzogen identifizierte Kulturgüter den legitimierten früheren Eigentümern bzw. deren Erben zurückgegeben werden, und zwar unter Abgleich mit bereits erfolgten materiellen Wiedergutmachungsleistungen, um Doppelentschädigungen zu vermeiden. Danach wird ausgeführt, dass die deutschen öffentlichen Einrichtungen schon in der Vergangenheit in verschiedener Weise die Suche nach NS-verfolgungsbedingt entzogenem Kulturgut unterstützt haben und diese Bemühungen „wo immer hinreichend Anlass besteht“ fortführen sollten; dass zur Identifikation von verfolgungsbedingt abhandengekommenem Kulturgut ein Internetangebot (sc. die spätere Lost Art-Datenbank) „geprüft“ werden soll; und schließlich, dass die Gemeinsame Erklärung nur für „die öffentlich unterhaltenen Archive, Museen und Bibliotheken“ gelten soll.

Die Handreichung zur Gemeinsamen Erklärung appelliert an die Sammlungen der öffentlichen Hand, sich der Verantwortung bewusst zu sein, zur Auffindung NS-ver-

folgungsbedingt entzogener Kulturgüter in ihren Beständen beizutragen, indem sie solche Erwerbungen aufspüren, Informationen darüber über die Lost Art-Datenbank der Öffentlichkeit zugänglich machen und potenziellen Berechtigten Hinweise geben. Die Handreichung wiederholt dabei ausdrücklich die Gemeinsame Erklärung, in der die Rede ist von der Suche nach NS-verfolgungsbedingt entzogenem Kulturgut „nach Maßgabe der rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten“. Eine echte Pflicht zur Provenienzforschung aufseiten der öffentlichen Bestände würde anders aussehen.

Das Kulturgutschutzgesetz (KGSG) von 2016 sieht eine Jedermannspflicht für Identifikation und Provenienzforschung vor. Diese Pflicht gilt aber nicht generell, sondern nur dann, wenn dieser Jedermann das Kulturgut in Verkehr bringen will (§ 41). Dann muss er mit der erforderlichen Sorgfalt prüfen, ob das Kulturgut wie auch immer abhandengekommen ist. Diese, wie ich sie nenne, einfache Prüfungspflicht findet ihre Grenze im zumutbaren Aufwand.

Händler, Auktionatoren und andere, die in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit Kulturgut in Verkehr bringen, unterliegen einer erweiterten Prüfungspflicht (§ 42). Sie müssen die gesamte Provenienzkette des Kulturguts prüfen, was bei NS-verfolgungsbedingt entzogenem Kulturgut durch den 30. Januar 1933 begrifflich nach hinten begrenzt ist, während es bei sonstigem abhandengekommenem Kulturgut keine Begrenzung nach hinten gibt – was vor Jahrzehnten, Jahrhunderten oder Jahrtausenden, wo auch immer in der Welt, gestohlen worden ist, etwa beim Sacco di Roma unter Karl V. im Jahre 1527 oder unter einem der Pharaonen im alten Ägypten, das verliert die Eigenschaft des Abhandengekommenseins nicht dadurch, dass es später mehrfach veräußert und dabei irgendwann und irgendwo nach dem dort geltenden Recht von einem Erwerber zu Eigentum erworben worden ist. Über eine Prüfungspflicht, die derart unbegrenzt in die Vergangenheit zurückreicht, kann man nur den Kopf schütteln.

Für diese erweiterte Prüfungspflicht von Händlern, Auktionatoren und anderen, die in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit Kulturgut in Verkehr bringen, besteht ebenfalls die Grenze des zumutbaren Aufwands, insbesondere der wirtschaftlichen Zumutbarkeit (§ 42). Diese Zumutbarkeitsgrenze gilt jedoch nicht bei Kulturgut, das nachgewiesen oder vermutlich zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 aufgrund von Verfolgung durch den Nationalsozialismus „entzogen worden ist“ (§ 44). Insofern ist zu bedenken: Alle Kulturgüter mit einer Provenienzlücke zwischen diesen beiden Daten werden inzwischen vom DZK als vermutlich NS-verfolgungsbedingt abhandengekommen behandelt und auf Antrag in die Lost Art-Datenbank eingestellt. Das Inverkehrbringen von abhandengekommenem Kulturgut wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit einer Geldstrafe bestraft (§ 83). Ein Händler oder Auktionator kann deshalb ein Kulturgut erst in Verkehr bringen, wenn er vorher bis zu seinem wirtschaftlichen Ruin Provenienzforschung betrieben hat. Kulturgut mit einer Provenienzlücke

zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 kann folglich über den Handel oder eine Versteigerung praktisch nicht mehr veräußert werden, sondern nur noch von privat zu privat. Ich halte diese Regelung für verfassungswidrig. Die faktische Reichweite dieser Nichthandelbarkeit ist bei privatem Kunstbesitz gewaltig – bei welchem privaten Kunstbesitzer sind aus der Zeit 1933/1945 noch Akten vorhanden? Nach seriösen Schätzungen gibt es bei etwa 75 % des gesamten Kulturgutbesitzes in Deutschland Provenienzlücken für die Zeit zwischen 1933 und 1945.

Ich komme jetzt zu einem besonders kritischen Punkt. Anders als man nach den *Washington Principles* und der Gemeinsamen Erklärung vermuten sollte, müssen die öffentlichen Museen die Provenienz ihrer Bestände nicht generell erforschen. Nur dann, wenn und insoweit als sie aus dem Bestand ein einzelnes Werk veräußern wollen, unterliegen sie bezogen auf dieses Werk der allgemeinen einfachen Prüfungspflicht, die auf den zumutbaren Aufwand begrenzt ist. Diese Zumutbarkeitsgrenze gilt im Gegensatz zum privaten Handel auch dann, wenn es sich um Kulturgut mit Provenienzlücken zwischen 1933 und 1945 handelt. Im Gesamtsystem der Prüfungs- und Provenienzforschungspflichten des KGSG wird also der private Handel extrem in die Pflicht genommen, während die öffentlichen Museen praktisch verschont werden. Dass Händler und Auktionatoren über diese Ungleichbehandlung verärgert sind, liegt auf der Hand.

Diese und andere Regelungen des KGSG erklären sich durch die Entstehungsgeschichte. Ich habe in meinem beruflichen Leben viele Gesetzgebungsverfahren aus der Nähe verfolgt – keines war auch vonseiten der Bundesregierung politisch derart aufgeladen wie das des KGSG. Man hat die gesamte Gurlitt-Sammlung von über 1000 Werken als Raubkunst gebrandmarkt – bisher hat sich dieser Verdacht trotz intensivster Provenienzforschung mit Millionen Kosten nur bei neun Werken bestätigt. Man hat den deutschen Antikenhandel als Hauptumschlagplatz für illegal gehandelte Kulturgüter aus Syrien und dem Irak dargestellt – „Finanzierung des IS“. Diese These wurde insbesondere von einem Mitarbeiter eines Museums in Mainz vertreten, der in Berlin und von den Medien immer wieder als Kronzeuge bemüht wurde, obwohl das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main diesen Herrn in einem Urteil vom 2. Juni 2010 in die Nähe „geistiger Verwirrtheit“ gerückt hat. Die so aufgeheizte Atmosphäre macht es möglich, im KGSG den privaten Kunstbesitz und -handel extrem in die Pflicht zu nehmen und so von den eigenen Versäumnissen bei der Umsetzung der *Washington Principles* und der Gemeinsamen Erklärung beim öffentlichen Kunstbesitz abzulenken und obendrein diesen öffentlichen Kunstbesitz weiterhin praktisch zu verschonen, denn wann veräußert schon ein öffentliches Museum einmal ein Kulturgut? Lieber ins Depot als in den Handel ... Erst nachdem das KGSG in der Welt war, stellte sich heraus, dass mit *Fake Facts* gearbeitet worden ist. Weder die Anfang 2017 vorgelegte Studie des Londoner King's College noch die im Auftrag der Brüsseler Kommission im Oktober 2017 vorgelegte Studie

von Deloitte noch die im August 2019 veröffentlichte sogenannte ILLICID-Studie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung hat trotz umfangreicher Recherchen Belege gefunden für die These von Deutschland als bedeutendem Handelsort für illegale Antiken aus dem östlichen Mittelmeerraum und als Finanzierungsort für den IS. So haftet dem KGSG das Odium an, auf der Grundlage von *Fake Facts* Händlerexistenzen vernichtet zu haben – mehrere Antikenhändler haben wegen des KGSG ihr Geschäft schließen müssen.

3 Faktisches zur Lost Art-Datenbank

Über manche Sucheintragungen in der Datenbank kann man nur den Kopf schütteln. „1 Bild Liebermann gemalt“ oder „54 Blatt Corinth-Grafik“ – damit werden alle Bilder von Max Liebermann und alle Grafikblätter von Lovis Corinth, wo immer sie sich auf der Welt befinden, unter NS-Raubkunstverdacht gestellt. Bei multipler Kunst wird häufig nur der Künstler und der Gegenstand der Darstellung angegeben; es fehlt jegliche Angabe, anhand derer das einzelne Werk aus der multiplen Auflage identifiziert werden könnte, sei es durch Nummerierung, sei es durch Sammlerstempel. Hier stellt die Eintragung im Register sämtliche Exemplare der multiplen Serie, wo immer auf der Welt sie sich auch befinden, unter Raubkunstverdacht. Derartige Eintragungen sind einfach unsinnig. Aus ihnen folgt nur eins: mangelnde Sorgfalt bei der Führung der Lost Art-Datenbank.

Ein Beispiel: Gesucht werden 114 Objekte mit dem Hinweis: „Ein Teil der verlorenen Gemälde ist im Museumsgebäude verbrannt; ein Teil fiel, bereits im Möbelwagen für die Auslagerung verpackt, dem Bombenangriff im März 1944 zum Opfer.“ Wie in aller Welt konnte eine solche Suchmeldung die Plausibilitätsprüfung vor Eintragung in das Register bestehen? Sucht man etwa auch nach der Asche der verbrannten und den Überresten der bombenzerstörten Gemälde?

Ein weiteres Beispiel: In der Lost Art-Datenbank sind über 570 Objekte der Sammlung Adelsberger als NS-verfolgungsbedingt abhandengekommen gelistet. In Wirklichkeit hat Abraham Adelsberger als Folge seiner finanziellen Schwierigkeiten aufgrund der Weltwirtschaftskrise seine Sammlung, die seinen Kreditgebern als Sicherheit diente, bereits im Jahre 1930 bei dem Münchner Auktionshaus Hugo Helbing zur Versteigerung eingereicht, um seine Schulden bezahlen zu können. Etwa 95 % der eingelieferten Positionen sind bei Lost Art gelistet, obwohl ausweislich der handschriftlichen Notizen des Auktionators in seinem Katalog-Handexemplar etwa 80 % der Einlieferungen verkauft wurden. Auffallenderweise stimmen die Bildbeschreibungen und Abbildungen im Register mit denen im Katalog von 1930 überein. Obwohl dem DZK als Betreiber der Datenbank die Helbing-Auktionskataloge inzwischen vorliegen, hat

es ebenso auffallenderweise die zahlreichen bereits 1930 verkauften Objekte nicht ausgetragen.

An diesem Fall zeigt sich exemplarisch, wie unausgewogen die „Grundsätze zur Eintragung und Löschung von Meldungen in die Lost Art-Datenbank“ sind. Suchmeldungen, welche miraculöserweise die vorgesehene Plausibilitätsprüfung bestehen, werden ins Register aufgenommen. Eine Pflicht, die Eintragung zu löschen, gibt es hingegen selbst dann nicht, wenn der Anmelder unrichtige Angaben gemacht hat oder die Plausibilität der Meldung durch neue Erkenntnisse entfällt – vorgesehen ist für einen solchen Fall nur, dass die Eintragung gelöscht werden kann, also nicht gelöscht werden muss.

Diese Voreingenommenheit des eigenen Regelwerks ist ein entscheidender Grund für das weitverbreitete Misstrauen in die Objektivität der Lost Art-Datenbank.

Bereits die Eintragungspraxis der Lost Art-Datenbank erscheint als nicht frei von Voreingenommenheit. Aus der privaten Sammlung Gurlitt hat die BKM alle Objekte, insbesondere auch multiple Grafik, bei Lost Art eintragen lassen. Bei 48 Werken der seit dem Jahr 2000 öffentlichen Sammlung Berggruen gibt es für die Zeit ab 1933 trotz intensiver Forschung Provenienzlücken. Gleichwohl wurden diese Werke nicht bei Lost Art eingetragen, weil, so lautete die Begründung, es sich größtenteils (sc. also nicht zur Gänze!) um Druckgrafik handelt oder um Zeichnungen, bei denen es mehrere Fassungen mit demselben Motiv gibt und bei denen nur durch historische Abbildungen oder Kaufbelege sicher zu klären ist, ob wirklich die spezielle Fassung in der Sammlung gemeint ist. Fazit: Provenienzlücken führen bei Gurlitt zur Eintragung, bei Berggruen nicht – eine klare Besserbehandlung einer öffentlichen Sammlung.

4 Rechtliches zur Lost Art-Datenbank

Zugunsten des Besitzers eines Kunstwerks (und darüber hinaus jeder sonstigen beweglichen Sache) wird vermutet, dass ihm dieses Kunstwerk zu Eigentum gehört (§ 1006 BGB). Wer immer behauptet, dass dieses Kunstwerk tatsächlich oder möglicherweise NS-Raubkunst ist, begeht eine Eigentumsbeeinträchtigung. Geht die Beeinträchtigung von einem Privatrechtssubjekt aus, kann der Beeinträchtigte Beseitigung und Unterlassung nach § 1004 BGB verlangen; geht sie von einem Träger öffentlicher Verwaltung aus, steht dem Beeinträchtigten ein sogenannter öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch zu. Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass die Beeinträchtigung nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

Die Lost Art-Datenbank wurde ursprünglich von der sogenannten Koordinierungsstelle Magdeburg betrieben, einer auf einer Verwaltungsvereinbarung beruhenden gemeinsamen Einrichtung der Bundesrepublik und aller Länder in Form einer Arbeits-

gruppe des Kultusministeriums des Landes Sachsen-Anhalt in Magdeburg. Rechtsträger war also dieses Kultusministerium, das heißt ein Träger öffentlicher Gewalt. Nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2015 war die von der Koordinierungsstelle, das heißt letztlich dem Kultusministerium, vorgenommene Einstellung eines Kulturguts in die Lost Art-Datenbank nicht rechtswidrig, denn die Datenbank werde öffentlich-rechtlich betrieben und sei staatliches Informationshandeln nach Maßgabe der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht.

Dass die Praxis der Lost Art-Datenbank sich mit dem Argument staatlicher Information über gestellte Restitutionsansprüche rechtfertigen lässt, erscheint mir seit dem Erlass des KGSG vom 31. Juli 2016 mit seinen massiven Pflichten vor einer Veräußerung überaus zweifelhaft. Es geht bei dem Register nämlich nicht nur um die bloße Information der Allgemeinheit, vielmehr ist mit der Einstellung in das Register systemisch per se eine gravierende Eigentumsbeeinträchtigung des Besitzers verbunden. Ausgelöst wird diese Beeinträchtigung durch eine private Anspruchsstellung auf der Grundlage privater Behauptungen oder Mutmaßungen über Geschehnisse in der Vergangenheit. Als Folge des Ganzen kann das Kunstwerk am Markt nicht mehr veräußert werden, bis die Eintragung im Register gelöscht ist. Die Eintragung im Register hat also dieselbe Wirkung wie ein behördliches Veräußerungsverbot. Eine derart gravierende Eigentumsbeeinträchtigung – zumal auf der Grundlage rein privater Anspruchsstellungen – hätte nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts einer ausdrücklichen Ermächtigung durch ein Bundesgesetz bedurft.

Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben. Seit Januar 2015 werden nämlich die Aufgaben der Koordinierungsstelle Magdeburg und insbesondere der Betrieb der Lost Art-Datenbank vom DZK wahrgenommen. Es handelt sich dabei um eine von Bund, Ländern und kommunalen Spitzenverbänden errichtete rechtsfähige Stiftung mit Sitz in Magdeburg, und zwar um eine Stiftung des bürgerlichen, nicht des öffentlichen Rechts – also um ein Privatrechtssubjekt. Bei rechtswidrigen Eigentumsbeeinträchtigungen durch die Stiftung greift deshalb der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB. Als Privatrechtsperson kann sich die Stiftung auf hoheitliche Aufgaben (und damit einhergehende hoheitliche Eingriffsbefugnisse) nur dann berufen, wenn sie mit diesen Aufgaben und Befugnissen „beliehen“ worden wäre – Stichwort „beliehener Unternehmer“ wie beispielsweise TÜV-Ingenieure, Prüflingenieure für Bautechnik, öffentlich bestellte Vermessungsingenieure und Angehörige von privaten Unternehmen, die im Auftrag der Bundespolizei an allen deutschen Flughäfen die Sicherheitskontrollen durchführen. Vor dem Hintergrund von Art. 33 Abs. 4 GG, wonach grundsätzlich nur Beamte der öffentlichen Verwaltung hoheitliche Befugnisse ausüben können, darf eine solche Beleihung nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, welches auch die Befugnisse und Pflichten des Beliehenen und die Mitwirkungs-, Duldungs-

und Unterlassungspflichten Dritter gegenüber dem Beliehenen regelt. An all dem fehlt es beim DZK. Dass die Stiftung von Trägern öffentlicher Gewalt begründet worden ist und durch Fortführung der Lost Art-Datenbank eine öffentliche Aufgabe erfüllt, reicht nicht aus. Es ist deshalb unzutreffend, wenn sich das DZK noch heute auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2015 zur Koordinierungsstelle Magdeburg beruft. Dieses Urteil ist schlicht überholt.

Das DZK argumentiert ferner, öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger – hier die Gründer des DZK – dürften sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben privatrechtlicher Formen bedienen. Das ist richtig, aber nur die halbe Wahrheit. Ein öffentlich rechtlicher Verwaltungsträger muss auch bei Handeln in privater Rechtsform weiterhin die für ihn als öffentlichen Verwaltungsträger geltenden rechtlichen Schranken einhalten, wie sie sich vor allem aus dem Grundgesetz ergeben, insbesondere aus den Grundrechten und grundgesetzlich geschützten Rechtspositionen Dritter (Art. 14 GG: Eigentum) sowie aus Art. 33 Abs. 4 GG, wonach hoheitliche Befugnisse grundsätzlich nur von Beamten der öffentlichen Verwaltung ausgeübt werden dürfen. Aus einer Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf einen Privatrechtsträger folgt deshalb gerade nicht, dass damit irgendwelche erforderlichen hoheitlichen Befugnisse implizit mitübertragen werden. Die gegenteilige Vorstellung, wie sie vom DZK vertreten wird, ist geradezu bestürzend, denn danach könnte die Verwaltung ohne demokratische Kontrolle durch den Gesetzgeber die Befugnis, Dritte in ihren Rechten zu beeinträchtigen und zu verletzen, auf Privatpersonen übertragen. Dass sich aus der historischen Verantwortung Deutschlands für NS-Unrecht ein gesamtgesellschaftliches Interesse an der Veröffentlichung von Informationen zu Kulturgütern ergibt, bei denen ein Raubkunstverdacht besteht, ist triftiger Anlass für die Führung einer Lost Art-Datenbank, rechtfertigt aber nicht, durch den Betrieb dieser Datenbank systematisch gegen Gesetz und Recht zu verstoßen, wie es das DZK tut.

Auf der bereits erwähnten Fluchtgut-Tagung in Winterthur im August 2015 war zu erfahren, dass sich die Gründer des DZK als bürgerlich-rechtlicher Stiftung dieser Auswirkung des Wechsels vom öffentlich-rechtlichen zum privatrechtlichen Betrieb der Lost Art-Datenbank sehr wohl bewusst waren; man hat sich, so war zu hören, gleichwohl bewusst für die bürgerlich-rechtliche Stiftung entschieden, weil die Gründung einer Stiftung des öffentlichen Rechts mit hoheitlichen Aufgaben und Befugnissen – vergleichbar denen der beim Kultusministerium von Sachsen-Anhalt angesiedelten Koordinierungsstelle – einen Staatsvertrag aller Beteiligten erfordert hätte, mit anschließender Ratifizierung durch alle Parlamente, was zu zeitaufwendig gewesen wäre. Ich füge an: Dann wäre es auch zu einer öffentlichen Diskussion darüber gekommen, dass der Bund sich an einer gemeinsamen Kulturverwaltungseinrichtung der Länder beteiligt, obwohl er nach dem Grundgesetz auf dem Gebiet der Kultur überhaupt keine Verwaltungszuständigkeit hat.

Stellt sich nach alledem nicht die Frage, ob sich die Verantwortlichen des DZK nicht unbefugt eine Amtstätigkeit anmaßen, indem sie mit dem Betrieb der Lost Art-Datenbank Handlungen vornehmen, die nur kraft öffentlichen Amtes vorgenommen werden dürfen (§ 132 StGB)?

5 Restitution – „gerechte und faire Lösung“

Die Restitutionsthematik war bei der Konferenz von Washington besonders umstritten. Eine Einigung konnte erst erreicht werden, nachdem in der Präambel ausdrücklich festgelegt worden war, dass die *Washington Principles* nicht bindend sind und dass die Teilnehmerstaaten unterschiedliche Rechtssysteme haben und im Rahmen ihrer eigenen Rechtsvorschriften handeln. Diese Passage in der Präambel erklärt auch, weshalb die *Principles* mit Blick auf Restitution – anders als bei Identifikation und Provenienzforschung – nur die Wunschaussage enthalten, es sollten die nötigen Schritte unternommen werden, „um eine gerechte und faire Lösung zu erreichen“. Übrigens: in dieser Reihenfolge und nicht umgekehrt „fair und gerecht“, wie immer wieder gesagt wird.

Aus den *Washington Principles* und der Gemeinsamen Erklärung selbst ergeben sich anerkannterweise keine Individualansprüche auf Restitution (oder Entschädigung). Die aus den Gesetzen der alliierten Militärregierungen und des deutschen Gesetzgebers folgenden Rechtsansprüche Einzelner auf Restitution von NS-Raubkunst (bzw. auf Entschädigung) sind mit Blick auf die alten wie auf die neuen Bundesländer wegen Fristablauf heute ausgeschlossen. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass diese Ausschlussregelungen wirksam sind. Nicht ausgeschlossen ist das nach allgemeinem Zivilrecht (§ 985 BGB) bestehende Recht, dass ein Eigentümer einer beweglichen Sache diese vom Besitzer herausverlangen kann. Der Besitzer kann diesem Anspruch aber entgegenhalten, dass er selbst durch Erwerb in einer öffentlichen Versteigerung oder durch Ersitzung nach zehnjährigem Eigenbesitz Eigentum erworben hat, ferner kann der Besitzer gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe des Immer-Noch-Eigentümers die Einrede der Verjährung nach 30 Jahren erheben. Alle diese auf Gesetz beruhenden Positionen haben nach der ausdrücklichen Passage in der Präambel Vorrang vor den inhaltlichen Aussagen der *Washington Principles*.

Was hat die Bundesregierung bisher getan, um der in Washington verabschiedeten Erwartung von Schritten zu einer gerechten und fairen Lösung bei der Restitutionsfrage nachzukommen? Die vom DZK betriebene Provenienzforschung und die Lost Art-Datenbank dienen der Identifikation von NS-verfolgungsbedingt abhandengekommenem Kulturgut und der Rechtsnachfolger der früheren Besitzer, auch wenn die anderthalb festen Planstellen für Provenienzforschung beim DZK bei Weitem nicht ausreichen, ins-

besondere auch deshalb nicht, weil noch weitere Forschungsfelder zu bearbeiten sind wie Verluste durch Maßnahmen der DDR und Kolonialkunst. Dazu jedoch, wie eine gerechte und faire Lösung bei der Restitutionsfrage aussehen könnte, tragen Provenienzforschung und Lost Art-Datenbank nichts bei. Dasselbe gilt für das KGSG – die BKM hat hier die Diskussion befördert, aber die Betroffenen in puncto „gerechte und faire Lösung“ allein gelassen. Zu dem entscheidenden Thema „gerechte und faire Lösung“ liegt bisher nur der Teil der Handreichung zur Gemeinsamen Erklärung vor, der sachverhaltliche Aspekte auflistet, deren Berücksichtigung sich bei der Suche nach einer gerechten und fairen Lösung anbietet, und ferner der Beschluss der Kultusministerkonferenz von 2002, der in Erledigung einer Absprache zwischen Bund, Ländern und kommunalen Spitzenverbänden die Beratende Kommission eingesetzt hat. Für die Tätigkeit dieser Kommission ist es nicht gerade hilfreich, dass ihr eigener Status bis heute rechtlich nicht geklärt ist. Nach einem Urteil des Verwaltungsgerichts Magdeburg vom 31. März 2015 „dürfte“ es sich um ein „Mischgebilde“ handeln, das weder seiner Organisation noch seiner Funktion nach dem Bund, den Ländern oder den Kommunen eindeutig zugeordnet werden kann; jedenfalls sei die Kommission keine Bundeseinrichtung, die öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehme. Das bedeutet: Einerseits übt die Beratende Kommission keine richterliche Tätigkeit aus, andererseits auch keine Verwaltungstätigkeit. Trotz der extrem hohen Bedeutung, die ihre Empfehlungen für die Verfahrensbeteiligten und in den Augen der Öffentlichkeit haben, ist die Einsetzung der Kommission ebenso wie ihre Tätigkeit jeglicher Kontrolle entzogen. Durch eine Einrichtung des *Soft Law* werden also die *Washington Principles* in die Praxis umgesetzt. Weil der Bund nicht den Mut zu einer eindeutigen und rechtsverbindlichen Aussage hat, schiebt er ständig den Betroffenen den Schwarzen Peter zu.

Für eine gerechte und faire Lösung im Einzelfall kann die Lost Art-Datenbank nach meiner Erfahrung durchaus nachteilig sein. Ich habe es erlebt, dass der Besitzer eines angeblichen Raubkunstgemäldes, das wegen Ersitzung in seinem Eigentum stand, mit dem früheren Eigentümer/Besitzer und jetzigen Restitutionsantragsteller bewusst nicht in Gespräche über eine gerechte und faire Lösung eingetreten ist, weil er sich vom Staat genötigt fühlte – genötigt dadurch, dass der Staat sein Gemälde durch die Eintragung bei Lost Art unverkäuflich gemacht und damit seine Verhandlungsposition bei Gesprächen über eine gerechte und faire Lösung von vornherein geschwächt hat. In einem anderen Fall hat sich der Besitzer mit dem Regelwerk von Lost Art vertraut gemacht und erkannt, dass für die Eintragung in das Register unbelegte Behauptungen des Antragstellers (und pauschale Vermutungen des DZK) ausreichen, während die Austragung im Ermessen des DZK steht, und zwar auch dann, wenn nicht nur die Unplausibilität, sondern sogar die Unrichtigkeit der Anmeldung (und der Vermutung) dargetan worden ist. Für diesen Besitzer konnte von Unvoreingenommenheit und Neutralität des DZK nicht die

Rede sein, er hat aus diesem Grund den Eintritt in Gespräche abgelehnt. Ich habe es andererseits auch erlebt, dass Besitzer dennoch in Gespräche mit dem Anspruchsteller eingetreten sind und wider ihre Überzeugung eine Vereinbarung mit den Antragstellern abgeschlossen haben, weil sie fürchteten, dass sie Opfer einer Medienkampagne werden mit dem unterschweligen Vorwurf des Antisemitismus.

Was bedeutet nun eigentlich „gerechte und faire Lösung“? Bei dem Begriff „gerecht“ geht es um zwei Aspekte, zwischen denen ein Spannungsverhältnis besteht: Gerechtigkeit im Einzelfall und Sicherheit im Rechtsverkehr, das heißt letztlich Frieden in der Gesellschaft. Deshalb haben erst die alliierten Militärregierungen und dann die Bundesrepublik einerseits gesetzliche Rückerstattungs- und Entschädigungsregelungen erlassen, diese aber andererseits Ausschlussfristen unterworfen. Aus demselben Grund enthält auch das BGB ganz bewusst Vorschriften, wonach jede wie auch immer abhandgekommene bewegliche Sache dem heutigen Besitzer zu Eigentum gehören kann, weil er oder sein Vorgänger das Eigentum durch öffentliche Versteigerung oder durch gutgläubige Ersitzung erworben hat, und wonach, wenn das nicht der Fall ist, der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers und „Immer-noch-Eigentümers“ nach 30 Jahren verjährt. Soweit diese Regelungen Ansprüche des alten Besitzers grundsätzlich anerkennen, dienen sie der materiellen Gerechtigkeit. Indem sie andererseits diese Ansprüche durch Ersitzung und Verjährung begrenzen, dienen sie (ebenso wie der absolute Vorrang des Erwerbs in öffentlicher Versteigerung) der Sicherheit des Rechtsverkehrs. In der derzeitigen Debatte über die vom Gesetzgeber getroffenen Kompromisse bei der Austarierung von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit wird allzu oft leider allein aus dem Blickwinkel der von Verfolgung Betroffenen geurteilt, als ob die Belange der heutigen Besitzer / Eigentümer und das öffentliche Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden keine Bedeutung hätten. Die Dinge sind in Wirklichkeit wesentlich komplexer, als die öffentliche Diskussion meist glauben machen will.

Von Kritikern der deutschen Rechtslage wird vielfach auf das angeblich andere, großzügigere angelsächsische Recht verwiesen. In Wirklichkeit gibt es ein einheitliches angelsächsisches Recht zu diesem Fragenkreis nicht, die einzelnen Rechtskreise im angelsächsischen Recht weisen durchaus Unterschiede auf. Die deutsche Verjährungsregelung stellt allein auf den Fristablauf von 30 Jahren ab, die einzelnen angelsächsischen Rechte hingegen nehmen auch die Fakten des konkreten Einzelfalls in den Blick, etwa ob der heutige Besitzer die Sache geheim gehalten oder ihren Besitz auf Anfrage verneint hat. In Deutschland kann in einem solchen Fall gegenüber der Verjährungseinrede der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung erhoben werden, mit der Folge, dass auch in Deutschland der Herausgabekläger obsiegt. Die beiden Rechtskreise arbeiten mit unterschiedlichen Rechtsinstituten, kommen aber vielfach zu denselben oder ähnlichen Ergebnissen.

Bei Cicero findet sich der Satz, dass es zu höchstem Recht und höchstem Unrecht führen kann („*summum ius summa iniuria*“), wenn ein Gesetz auf einen Sachverhalt angewendet wird, für den es formal passt, aber nicht materiell. Ein solcher Fall liegt hier aber gerade nicht vor. Wenn Restitutionsansprüche nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden können, dann beruht das darauf, dass der Gesetzgeber sie aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens bewusst ausschließen wollte. Die gesetzliche Regelung passt also nicht nur formal, sondern auch materiell.

Wir haben mit Blick auf die Restitution festzustellen, dass nicht nur alle Ansprüche auf Restitution nach den sondergesetzlichen Vorschriften der Alliierten und des deutschen Gesetzgebers ausgeschlossen sind, sondern dass nach mehr als 70 Jahren nach der NS-Zeit die allermeisten Ansprüche nach den allgemeinen Vorschriften des deutschen Zivilrechts nicht mehr bestehen oder verjährt sind. Man mag alle diese gesetzlichen Regelungen mit Blick auf NS-verfolgungsbedingt abhandengekommenes Kulturgut aus Sachgründen oder aus moralischen Gründen aufseiten der Antragsteller für falsch halten, das ändert aber nichts daran, dass diese Regelungen wirksam waren und sind. Sie verstoßen nicht gegen das Grundgesetz und noch weniger sind sie unbeachtliches gesetzliches Unrecht im Sinne der Radbruch'schen Unterscheidung zwischen übergesetzlichem Recht und gesetzlichem Unrecht.

6 Überlegungen zu einer gesetzlichen Restitutionsregelung

Das ist der Hintergrund, weshalb in dem Bestreben, die Restitutionsthematik gesetzlich anders zu ordnen, Bayern 2014 nach dem Gurlitt-Fund einen Gesetzesvorschlag vorgelegt hat, der sich allerdings nur mit der Verjährungsfrist von 30 Jahren für den Eigentümerherausgabeanspruch befasst, nicht aber mit dem Thema Eigentumserwerb durch öffentliche Versteigerung oder durch Ersitzung. Nach diesem Entwurf von Bayern ist die Berufung auf die Verjährungsfrist von 30 Jahren ausgeschlossen, wenn die bewegliche Sache abhandengekommen ist und der Besitzer bei Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war; das soll generell gelten, also auch dann, wenn bei Inkrafttreten des Gesetzes die 30 Jahre bereits abgelaufen sind.

Im Jahr 2015 folgte ein Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums (BMJV). Danach kann sich der Besitzer eines Kulturguts auf die Verjährung nach 30 Jahren nur dann berufen, wenn er beweist, dass er bei Besitzerwerb gutgläubig war. Bei NS-verfolgungsbedingt entzogenem Kulturgut soll das auch rückwirkend gelten, also auch dann, wenn die Verjährung bereits eingetreten ist; eine Entschädigungszahlung ist nicht vorgesehen. Der Eigentumserwerb durch öffentliche Versteigerung soll generell (also auch bei NS-Raubkunst) nur gelten, wenn die Versteigerung freiwillig erfolgte. Diese Rege-

lung soll ebenfalls rückwirkende Kraft haben, das heißt, das früher erworbene Eigentum soll rückwirkend verloren gehen; die Leistung einer Entschädigung ist auch hier nicht vorgesehen. Was die Ersitzung angeht, hat nach geltendem Recht seit jeher Eigentum erworben, wer eine bewegliche Sache zehn Jahre als sein Eigen besessen hat, es sei denn, er war bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben oder wurde später bösgläubig. Nach dem Entwurf hingegen soll bei NS-geraubtem Kulturgut nicht mehr der fehlende gute Glaube den Eigentumserwerb ausschließen, sondern der vorhandene gute Glaube Voraussetzung für den Eigentumserwerb sein. Dabei muss der jetzige Besitzer beweisen, dass der frühere Besitzerwerb gutgläubig erfolgte. Das derzeit geltende Regel-Ausnahme-Verhältnis wird also umgedreht. Auch dies soll rückwirkend gelten, das heißt, wer in der Vergangenheit bereits Eigentum erworben hat, kann sich darauf gegenüber dem Anspruchsteller nicht berufen. Der Entwurf sagt selbst, dass dies zu einem Verlust des bereits ersessenen Eigentums führen kann. Wer in dieser Weise ersessenes Eigentum rückwirkend verliert, soll deshalb gegen die Bundesrepublik einen Anspruch auf angemessenen finanziellen Ausgleich erhalten, ausgenommen „Sammlungen in alleiniger oder mehrheitlicher Trägerschaft des Bundes, der Länder oder der Kommunen“.

Ich beschränke mich im Folgenden auf den Vorschlag des BMJV zur Ersitzung. Dieser Vorschlag verstößt m. E. trotz der vorgesehenen Entschädigungsregelung gegen den in Art. 14 GG vorgesehenen verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz. Ebenso wie eine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig ist, kann auch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 GG nur auf das Wohl der Allgemeinheit gestützt werden. Insofern ist hier Folgendes festzustellen: Erstens handelt es sich nicht mehr um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, wenn das Eigentum, wie hier vorgeschlagen, schlichtweg entzogen wird. Zweitens fehlt es am Wohl der Allgemeinheit, denn begünstigt von der vorgeschlagenen Regelung sind allein private Anspruchsteller und nicht die Allgemeinheit. Drittens wird auch der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) verletzt, denn die Regelung soll nicht für alle beweglichen Sachen gleich welcher Art gelten, sondern nur für Kulturgut, und auch dort nur für solches Kulturgut, das verfolgungsbedingt abhandengekommen ist; wegen der Probleme aus Art. 3 GG hat der bayerische Vorschlag bei der Verjährung bewusst alle beweglichen Sachen adressiert und nicht nur NS-verfolgungsbedingt abhandengekommenes Kulturgut. Viertens verstößt die vom BMJV vorgeschlagene Rückwirkung der Regelung gegen das auch bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung zu beachtende Vertrauensschutzprinzip – der jetzige Besitzer muss in seinem Vertrauen geschützt bleiben, dass er von seinem Vorgänger Eigentum erworben hat, das dieser seinerseits nach damaligem Recht wirksam ersessen hat. Und fünftens würde es gegen das ebenfalls zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen, wenn der jetzige Besitzer das Kulturgut herausgeben muss, damit es der oder die Anspruchsteller anschließend auf dem Markt zu Geld machen können, und sei es auch

nur, um das vereinbarte Erfolgshonorar an die eigenen Anwälte zu zahlen – mit Blick auf die wohl zahlenmäßig überwiegende Konstellation der Fälle der anschließenden Ver Silberung ist die Naturalrestitution unverhältnismäßig und eine Geldentschädigung wäre ausreichend. Fazit: Die vorgeschlagene Regelung ist aus mehreren Gründen verfassungswidrig. Der Verfassungsverstoß wird durch den vorgesehenen Entschädigungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland nicht beseitigt, denn im Zusammenhang mit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung ist eine Entschädigung ohne jede Relevanz.

Ich komme jetzt zu der grundsätzlichen Frage, ob und wie weit der Gesetzgeber die Restitution von NS-verfolgungsbedingt abhandengekommenem Kulturgut heute erneut regeln sollte und regeln kann. Er bedarf dafür zunächst einer tragfähigen Begründung. Den damaligen Restitutionsvorschriften der Alliierten und des Bundesgesetzgebers lag eine bestimmte Austarierung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zugrunde, die den Moralvorstellungen des damaligen Normgebers und der damaligen Gesellschaft entsprach. Dasselbe gilt für die Vorschriften des BGB zum Eigentumserwerb in öffentlicher Versteigerung bzw. durch Ersitzung und zur Verjährung nach 30 Jahren. Dass diese Regelungen von den betroffenen Antragstellern von heute mit zunehmendem Nachdruck für unmoralisch gehalten werden, ist verfassungspolitisch m. E. kein hinreichender Grund, diese durch abweichende Regelungen zu ersetzen. Anders wäre es nur, wenn die seinerzeit getroffenen Regelungen heute allgemein als unmoralisch angesehen würden. Das ist aber m. E. nicht der Fall.

Zur Begründung der Forderung nach einer Neuregelung (bzw. nach Nichtanwendung der bestehenden Regelungen) wird vielfach der besondere Aspekt des Holocausts, der Schoah, ins Feld geführt. Dabei ist aber zwischen Schuld und Verantwortung zu unterscheiden. Paul Spiegel hat dazu als Vorsitzender des Zentralrats der Juden in Deutschland Folgendes gesagt:

„Schuld ist eine ganz persönliche Angelegenheit. Es kann keine Rede davon sein, dass Menschen, die während des Holocaust oder danach geboren sind, mit irgendeiner Schuld in Zusammenhang stehen. Aber dieser Personenkreis trägt dennoch eine Verantwortung. Nicht für die Vergangenheit und für das, was damals geschehen ist. Diese Menschen tragen Verantwortung für die Gegenwart und die Zukunft.“¹

1 „Auschwitz. Müssen wir uns heute noch schuldig fühlen?“, in: Der Stern vom 27. 01. 2005, <https://www.stern.de/politik/deutschland/auschwitz-muessen-wir-uns-heute-noch-schuldig-fuehlen-3544972.html> (abgerufen am 25. 05. 2021).

Wenn diese Unterscheidung richtig ist, die schon Theodor Heuss vertreten hat, wo ist dann die moralische Grundlage dafür, dass ein Einzelner, der keine individuelle Schuld trägt, sub specie Holocaust und Schoah sich „enteignen“ lassen muss? Und warum sollte dann der Gesetzgeber von heute mit einem Mal dem Belang der Einzelfallgerechtigkeit gegenüber dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Vertrauensschutz den Vorrang einräumen, und das sogar rückwirkend?

Jetzt zu der Frage, wie weit der Gesetzgeber von Rechts wegen überhaupt eine Neuregelung treffen kann. Der Gesetzgeber kann die früheren Regelungen der Alliierten und des deutschen Gesetzgebers (einschließlich derer des BGB) nicht einfach aufheben. Er muss vielmehr die ihm durch das Grundgesetz gezogenen rechtlichen Schranken beachten, die sich insbesondere aus dem grundgesetzlichen Eigentumsschutz sowie aus dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzprinzip ergeben. Insofern verweise ich auf das, was ich bereits zu dem Referentenentwurf des BMJV aus dem Jahre 2015 kritisch angemerkt habe. Wer das einfach negiert, setzt seine persönlichen moralischen Vorstellungen an die Stelle des vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber in rechtsstaatlichem Verfahren erlassenen Rechts und stellt damit eine wesentliche Errungenschaft der Aufklärung infrage. Das Thema ist viel zu bedeutsam, als dass man es in dieser einseitigen Weise behandeln sollte.

Für den Fall, dass der Gesetzgeber die Restitutionsthematik erneut beordnen will, gehen meine Überlegungen in folgende Richtung: Der Gesetzgeber regelt die Restitution durch öffentliche Museen, Sammlungen und Archive. Dort stellen sich die von mir erörterten Probleme nicht. Das NS-Unrecht des Holocaust, der Schoah, ist vom deutschen Staat begangen worden. Dieses staatliche Unrecht müssen sich alle staatlichen Organisationseinheiten von heute zurechnen lassen. Der Aspekt der Moral spricht also für Restitution (bzw. Entschädigung). Und was die rechtlichen Schranken angeht: Die öffentliche Hand genießt, anders als Privatpersonen, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nicht den Eigentumsschutz nach Art. 14 GG.

Beides liegt beim privaten Kunstbesitz aus den geschilderten Gründen völlig anders. An dem Unrecht der NS-Verfolgungen trifft die privaten Kunstbesitzer von heute, mehr als 70 Jahre später, keine persönliche Schuld, und in den allermeisten Fällen können sie der Restitution entgegenhalten, dass ihre Position vom Grundgesetz geschützt ist. Wenn der Gesetzgeber die Restitutionsthematik beordnen will, sollte er deshalb festhalten bzw. regeln, dass solche Ansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können.

Meine vorstehenden Überlegungen entsprechen im Ansatz der Regelung in Österreich. Unser Nachbarland hat nach 1945 mehrere sogenannte Rückstellungsgesetze erlassen, die sich mit der Restitution NS-entzogener Vermögenswerte in öffentlichem bzw. privatem Eigentum befassen. Die Restitutionsthematik war auch Gegenstand des Staatsvertrags von Wien von 1955. Alle damaligen Fristen waren abgelaufen. Gleichwohl hat die Republik Österreich im Jahr 1998 vor dem Hintergrund der *Washington Princi-*

ples das sogenannte Kunstrückgabegesetz erlassen, welches die Rückgabe von NS-verfolgungsbedingt abhandengekommenem beweglichem Kulturgut aus österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen sowie aus sonstigem unmittelbarem Bundeseigentum regelt, und zwar auch dann, wenn es sich um wirksam erworbenes Eigentum des Bundes handelt. Der Finanzminister ist ermächtigt, solche Kunstwerke zurückzugeben, was in der Praxis wegen des öffentlichen Drucks auf eine Rückgabepflicht hinausläuft. Die früheren Eigentümer, die das Kulturgut durch Verfolgung verloren haben und es zurückerhalten sollen, werden durch Provenienzforschung ermittelt. Sofern sie nicht ermittelt werden können, werden die Gegenstände an den österreichischen Nationalfonds für Opfer des Nationalsozialismus zur Verwertung übereignet. Österreich hat sich damit bewusst auf eine Regelung für den öffentlichen Kulturgutbesitz beschränkt und eine Restitution auch dann vorgesehen, wenn es sich um Eigentum der öffentlichen Hand handelt.

Dieser Beschränkung auf öffentlichen Kunstbesitz folgte in Deutschland auch die Gemeinsame Erklärung, allerdings in Form von *Soft Law*, nicht in Form eines Gesetzes. Weil jedoch einerseits die öffentlichen Museen und Sammlungen keiner wirklichen Pflicht zur Provenienzforschung unterworfen wurden, andererseits aber der Druck auf die Politik zunahm, gab diese den Rechtsnachfolgern der früheren jüdischen Eigentümer die Möglichkeit, ihre potenziellen Ansprüche in die Lost Art-Datenbank einzustellen. Die aus einer solchen Eintragung folgende Blockadewirkung trifft jedoch faktisch weniger den öffentlichen als vielmehr den privaten Kunstbesitz. Das KGSG hat sodann bei der Pflicht zur Provenienzforschung ein weiteres Mal den öffentlichen Kunstbesitz praktisch völlig geschont, den privaten Kunstbesitz und Kunsthandel hingegen extrem in die Pflicht genommen. Der private Kunstbesitz und der Kunsthandel leiden also heute zweifach darunter, dass die öffentlichen Museen und Sammlungen keine ausreichende Provenienzforschung betrieben haben – statt vor der eigenen Tür zu kehren, haben Bund und Länder am privaten Kunstbesitz und -handel Exempel statuiert und tun es weiterhin. Angesichts dieser Zusammenhänge ist es m. E. dringend geboten, dass eine etwaige Neuordnung der Restitutionsthematik bei den öffentlichen Museen und Sammlungen ansetzt.

Wollte der deutsche Gesetzgeber gleichwohl auch die Restitution durch private Besitzer regeln, dann müsste diese Regelung vorsehen, dass alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Ich kenne Fälle, in denen „arische“ Deutsche, wie das damals hieß, ihren jüdischen Freunden geholfen haben, indem sie sie versteckten oder ihr Vermögen ins Ausland schafften, und zum Dank ein Bild oder Ähnliches als Geschenk erhalten haben, oder solche, die ihren jüdischen Freunden ein Kunstwerk abgekauft haben, damit diese die Fluchtsteuer bezahlen konnten – alle Umstände sprachen für diesen Geschehensablauf, schriftliche Belege aber fehlten, denn mit einer schriftlichen Dokumentation des Vorgangs hätte jede der beiden Seiten sich selbst gefährdet. (Der heute sogenannte

Beweisnotstand kann, was immer übersehen wird, auf jeder Seite bestehen, nicht nur auf der Seite der Verfolgten.) Der jüdische Freund konnte in diesen Fällen emigrieren und hat nach 1945 bewusst keine Restitution verlangt, obwohl er es gekonnt hätte; das tun aber ein oder zwei Generationen später seine Erben, um anschließend das Bild zu verkaufen. Oder nehmen wir an, der „arische“ Deutsche, der seinem jüdischen Freund geholfen hat, ist wegen dieser Hilfe ins Gefängnis gekommen oder nach dem 20. Juli 1944 wegen Widerstands gegen den NS-Unrechtsstaat hingerichtet worden. In diesem Fall zeigt sich, dass sich existenzielle NS-Unrechtsfragen und Moralfragen auf beiden Seiten eines Restitutionsbegehrens stellen können. Was würde in unserer Gesellschaft geschehen, wenn in solchen Fällen Restitutionsansprüche erhoben und öffentlich bekannt würden? Ich befürchte dann eine Welle von Antisemitismus.

7 Schlussbemerkungen

Kulturgut ist nur eine von vielen Vermögensarten, die NS-verfolgungsbedingt abhandengekommen sind. Betroffen sind insbesondere auch Immobilien (darunter die Dienstvilla des Bundespräsidenten in Berlin-Grunewald), Unternehmen und Beteiligungen an Unternehmen – vom kleinen Kolonialwarenladen, wie das früher hieß, bis zum Großunternehmen. Es ist kein objektiver Grund erkennbar, weshalb gerechte und faire Lösungen bisher nur bei Kunstwerken gefordert werden. Die *Washington Principles* sollten sich ursprünglich allgemein mit „Nazi-confiscated assets“ befassen. Dies ging einigen Beteiligten zu weit. Deshalb kam es zur Beschränkung auf „Nazi-confiscated art“. Aber: Die an die *Washington Principles* anknüpfende sogenannte Theresienstädter Erklärung von 2009, die auch von der Bundesregierung unterzeichnet worden ist, befasst sich ausdrücklich mit sämtlichen Holocaust-Vermögenswerten und enthält konkrete Formulierungen für die Rückgabe bzw. Entschädigung von Immobilien. Für mich ist es nur eine Frage der Zeit, bis es auch bei anderen NS-verfolgungsbedingt abhandengekommenen Vermögenswerten zu Restitutionsforderungen kommen wird.

Welche Auswirkungen würde es in Deutschland haben, wenn – vielleicht befeuert von einem ausländischen Venture Capital Fund –, sich etwa bei den abertausenden verfolgungsbedingt abhandengekommenen Grundstücken, Geschäften und kleinen Betrieben ehemaliger jüdischer Eigentümer in puncto Restitution (oder Entschädigung) wiederholen sollte, was wir in den letzten Jahren im Kulturgutbereich erlebt haben? Was würde das für den Frieden in unserer Gesellschaft bedeuten?

Was ich oben zur Beschränkung der Restitution von Kunstwerken gesagt habe, lässt sich auf die Restitution sonstiger Vermögensarten übertragen – aus öffentlichem Besitz ja, aus privatem Besitz nein.

Ich weiß, das Ganze ist ein äußerst schwieriges Thema. Aber die jetzige Haltung der Politik, die Dinge einfach auszusitzen, den öffentlichen Kunstbesitz weitgehend zu schonen, dafür die privaten Kunstbesitzer und -händler massiv unter Druck zu setzen und das Thema mit Mechanismen des *Soft Law* regeln zu wollen, die wie das DZK mit der Lost Art-Datenbank und die Beratende Kommission rechtlich äußerst fragwürdig sind – diese Haltung ist eigentlich eines Rechtsstaats unwürdig und angesichts des Ernstes von Holocaust und Schoah unangemessen.