

Provenienzforschung

Interessenabwägung der Niederländischen Restitutionskommission. Ein Gedankenexperiment zum „Reflective Equilibrium“

Dr. Tessa Scheller, M.Sc.
Leva Wenzel, M.A., Mag. iur.
Research Fellows im Forschungsprojekt „Restatement
of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art“
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
tessascheller@yahoo.de
leva.wenzel@gmail.com

Interessenabwägung der Niederländischen Restitutionskommission. Ein Gedankenexperiment zum „Reflective Equilibrium“

Tessa Scheller | Leva Wenzel

Der im Dezember 2020 veröffentlichte Kohnstamm-Bericht evaluierte unter anderem die Kriterien der Interessenabwägung in der niederländischen Restitutionspraxis. Da die Befunde dieser Evaluierung im April 2021 durch einen neuen Normtext, auf dessen Grundlage die Kommission tätig wird (Gründungsdekret 2021) sowie durch eine neue Verfahrensordnung (Verfahrensordnung 2021) umgesetzt wurden, stellt sich die Frage, inwiefern Struktur und Parameter einer Interessenabwägung zur Herstellung einer *just and fair solution* im Sinne der Washingtoner Prinzipien von dieser Reform berührt sind. Zuvor wurden bei einer Interessenabwägung insbesondere das kuratorische Interesse des Halters („Halteinteresse“) und die emotionale Bedeutung des Werkes für den Antragsteller gegenübergestellt. Welche Kriterien dabei zugrunde gelegt wurden, blieb oftmals unklar. Dies stellte die Legitimität der Ergebnisse der Kommission in Frage, und die Kriterien erwiesen sich in der Tat als ausgesprochen streitanfällig. Der vorliegende Text unternimmt den Versuch, die Tiefenstrukturen der Interessenabwägung anhand beispielhafter Entscheidungen der niederländischen Kommission offenzulegen. Hierzu bedient sich der Text eines der bekanntesten Instrumente zur Formulierung von Gerechtigkeitsprinzipien: Das von John Rawls in seiner Abhandlung *A Theory of Justice* (1971) entwickelte *Reflective Equilibrium*, über dessen Funktionsweise aufgrund seiner nur sehr abstrakten Darstellung viel spekuliert wurde, das aber in der Rezeption Dietmar Hübners (2017) seine wohl konkreteste Bestimmung erfahren hat. Dieses Gedankenexperiment soll einen

Beitrag leisten, die Interessenabwägung (nicht nur) der niederländischen Praxis transparenter zu machen, dies mit dem Ziel, zur Nachvollziehbarkeit und Vorhersehbarkeit von Restitutionsentscheidungen und damit zu einer gesteigerten Akzeptanz in diesem Bereich beizutragen. Dies wird auch nach dem Gründungsdekret 2021 relevant bleiben, obwohl auf begrifflicher Ebene eine Interessenabwägung nicht mehr vorgesehen ist.

Streichung der Interessenabwägung in den Niederlanden? Zum Gründungsdekret 2021

Seit 2001 besteht in den Niederlanden die Möglichkeit, bei Restitutionskonflikten die „Beratende Kommission zur Beurteilung von Restitutionsanträgen zu Kulturgütern und den Zweiten Weltkrieg“ (nachfolgend: „die Kommission“) anzurufen (Kamerstuk 2001). Im Laufe der letzten 20 Jahre ist hieraus eine umfangreiche Restitutionspraxis erwachsen (Scheller 2024). Die Spruchpraxis besteht aus insgesamt circa 170 vollständig öffentlich gemachten Empfehlungen und bindenden Entscheidungen. Die Kommission hat dabei zum einen die Aufgabe, Empfehlungen an den Minister zu Werken der staatlichen Sammlung, darunter die sog. Sammlung „National Kunstbezit“ („NK-Sammlung“), auszusprechen. Die NK-Sammlung besteht aus circa 3800 Objekten (Gemälde, Zeichnungen, Druckgrafiken, Keramik, Besteck, Möbel, Teppiche und andere Spezialobjekte) mit einer Kriegsgeschichte. Zum anderen spricht die Kommission bindende Entscheidungen zu nicht-

staatlich gehaltenen Werken an Parteien aus, die sich übereinstimmend an sie wenden und die Entscheidungen als bindend akzeptieren. Die Bindungswirkung der Entscheidung folgt dabei nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen zum Vergleich aus Artikel 7:900 des Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches (Burgerlijk Wetboek).

Die Kohnstamm-Kommission hat im Dezember 2020 diese Praxis evaluiert und Verbesserungsvorschläge ausgesprochen (sog. „Kohnstamm-Bericht“). Ein Schwerpunkt der Evaluation bildete die Interessenabwägung. Bisher ergab sich der Prüfungsmaßstab für eine Abwägung von Interessen bei bindenden Entscheidungen aus Artikel 3 der Verfahrensordnung für bindende Entscheidungen („Regulations for opinion procedure“), der die Abwägungsbelange der Kommission ausgestaltete (Oost 2021, 7). Dort wurden unter anderem die Bedeutung des Werkes für den Antragsteller wie auch für den Eigentümer und die öffentliche Kunstsammlung als Belange formuliert, welche die Kommission in ihre Abwägung einstellen konnte und in ihrer Spruchpraxis weiter ausgestaltete.

Die Kohnstamm-Kommission schlug jedoch vor, die Belange des Artikel 3 nahezu gänzlich zu streichen; ein Vorschlag, den das Gründungsdekret 2021 in seinem für die Prüfung von Ansprüchen maßgeblichen Anhang in die Tat umsetzte. Die Interessenabwägung ist dort als Prüfungspunkt nicht mehr vorgesehen und wurde ersatzlos gestrichen (Scheller 2024). Somit sind auch die zwei zentralen, hier in den Blick genommenen Abwägungsbelange – das emotionale Interesse des Antragstellers und das oftmals nicht weniger gefühlsbetonte Halteinteresse des Eigentümers nicht mehr ausdrücklich im Normtext enthalten. Jedoch stellt sich die Frage, ob sie gleichwohl Bestandteil der zukünftigen Praxis bleiben. Folgende zwei Neuerungen könnten darauf hindeuten: Der Wortlaut des Gründungsdekrets 2021 führt bei bindenden Entscheidungen im Fall der Gutgläubigkeit des Erwerbs als Rechtsfolge nach § 4 Nr. 2 des Anhangs des Gründungsdekrets 2021 eine ‘mediatory solution’ ein, „provided that this is ‘just and fair’ as stated in Article 8 of the Washington Principles“.

Darüber hinaus wird in § 5 des Anhangs des Gründungsdekrets 2021 zur Lösung atypischer Fälle vorgeschlagen, von dem vorgegebenen Prüfungsmaßstab abzuweichen, „in order to achieve a just and fair solution as referred to in Article 8 of the Washington Principles“.

Die zweimalige Bezugnahme auf Artikel 8 der Washingtoner Prinzipien legt den Fokus auf diese Vorschrift. Danach ist eine *just and fair solution* herbeizuführen, „this may vary according to the facts and circumstances surrounding a specific case.“ (WP 1998, Art. 8). Dass Artikel 8 der Washingtoner Prinzipien damit mindestens implizit eine Interessenabwägung beinhaltet, stellt auch die Kohnstamm-Kommission in ihrer Evaluation zutreffend fest: „The balancing of interests applied by the committee is rooted in the Washington Principles“ (Kohnstamm-Bericht 2021, 27). Entsprechend bemerkte schon Stuart Eizenstat, einer der Protagonisten der „Washington Conference on Holocaust-Era Assets“: „After existing art works have been matched with documented losses comes the delicate process of reconciling competing equities of ownership to produce a just and fair solution – the subject of the eighth and ninth principle“ (Eizenstat 1998). Eine *just and fair solution* zu erreichen, erfordert somit der Sache nach Positionen und Interessen in ein Verhältnis zu setzen, was notwendigerweise zu einer Interessenabwägung führt. Somit ist die Interessenabwägung in ihrer Funktion als Gerechtigkeit schaffendes Instrument zentral für die Lösung eines jeden Interessenkonflikts (Wenzel, im Erscheinen), weshalb die Erwähnung des Artikel 8 der Washingtoner Prinzipien im Anhang des Gründungsdekrets 2021 zugleich eine Bezugnahme auf die Interessenabwägung darstellt (Weller/Scheller 2021, 48).

Dies wiederum legt nahe, dass eine Interessenabwägung – trotz ihrer Streichung aus dem Wortlaut des Normtextes – über ihre indirekte Nennung in § 4 und § 5 des Anhangs des Gründungsdekrets 2021 doch wieder Eingang in die Neuregelung findet. Im Vergleich zur früheren Fassung des Prüfungsmaßstabs des Artikel 3 der ursprünglichen *Regulations* zeigt

sich dabei allerdings, dass die dortige allgemeine Verweisung auf die Washingtoner Prinzipien in der Neuregelung nunmehr durch eine konkrete Bezugnahme auf Artikel 8 der Washingtoner Prinzipien ersetzt ist. Dadurch steht die Interessenabwägung in Form eines generalklauselartigen Verweises im Zentrum. Damit sind in der Neufassung zwar die zuvor konkret benannten Interessen entfernt, zugleich aber ist die Interessenabwägung durch den ausdrücklichen Verweis auf Artikel 8 der Washingtoner Prinzipien indirekt beibehalten worden.

Für eine jede Interessenabwägung ist aber elementar, welche Kriterien auf welche Weise gewichtet und gegeneinander abgewogen werden sollen. In einer Pressemitteilung zur Neufassung ihres Gründungsdekrets 2021 benannte die Kommission keine solchen konkreten Umstände, sondern beschränkte sich auf die Leerformel: „All the circumstances in the case can be taken into account in the case of a mediated solution, provided that there is always compliance with principle 8 of the Washington Principles (...)“ (Pressemitteilung RC 2021). Die konkrete Ausgestaltung ist somit nunmehr gänzlich der Praxis überlassen. Ein in dieser Weise intransparent gemachtes Rahmenwerk setzt die Interessenabwägung – diametral zu ihrem eigentlichen Zweck – allzu leicht Willkürvorwürfen aus. Zudem sind volatile Konkretisierungen zu erwarten. Diesen gravierenden Schwierigkeiten ist jede Restitutionsentscheidung bzw. Kommission jedenfalls dann ausgesetzt, wenn sie konfligierende Interessen der Parteien in ein Verhältnis setzt, ohne sich hierbei eines expliziten und damit rational diskutierbaren Rahmens zu bedienen und diesen zum Ausdruck zu bringen.

„Überlegungsungleichgewicht“ im Fall Lewenstein? Das Reflective Equilibrium nach John Rawls

Wie eine Interessenabwägung rational aufgesetzt werden könnte, legt eine der einflussreichsten politischen Gerechtigkeitstheorien von John Rawls nahe: Ihr Titel „Justice as Fairness“ (Rawls 1985, 164f.) zieht in seiner fast wortgleichen Formulierung eine auffäl-

lige Parallele zu den Schlüsselbegriffen von Artikel 8 der Washingtoner Prinzipien *just and fair* (Wenzel, im Erscheinen). Der zentrale Aspekt der Rawls'schen Theorie liegt in der Überwindung der Binnenperspektive widersprüchlicher Interessen zur Bildung einer gerechten Gesellschaft (Rawls, 1971, 11). Diese Übereinkunft wird über einen diskursiven Aushandlungsprozess der Parteien erzielt. Ein vorgeschlagener moralischer Grundsatz muss dem Erfordernis der Universalisierbarkeit genügen, um Zustimmung und darüber eine Übereinkunft zu erzielen (Rawls 1971, 12). Hierbei nimmt das Instrument der Interessenabwägung eine zentrale Rolle ein. Allgemeine Zustimmungsfähigkeit zu einem Grundsatz tritt zusammengefasst dann ein, wenn durch Begründung und Justierung jeweiliger Ansichten und Auffassungen grundlegende Rahmenbedingungen und daraus resultierende Prinzipien in Übereinstimmung gebracht werden: „By going back and forth, sometimes altering the conditions of the contractual circumstances, at others withdrawing our judgments and conforming them to principle, I assume that eventually we shall find a description of the initial situation that both expresses reasonable conditions and yields principles which match our considered judgments duly pruned and adjusted. This state of affairs I refer to as reflective equilibrium.“ (Rawls 1971, 18).

Bei Rawls sind hierfür zwei Bezugsgrößen elementar: Grundlegende Rahmenbedingungen und Prinzipien. Beide werden in einem diskursiven Prozess ausgehandelt. Falls keine Übereinstimmung über die Rahmenbedingungen erzielt werden kann, wirken bereits ausgehandelte Prinzipien ihrerseits auf die Rahmenbedingungen ein, die hiernach justiert werden, bis auch über die Rahmenbedingungen Einigkeit herrscht. Sind diese beiden Ebenen zusammenhängend in ihrer Wechselwirkung diskursiv entwickelt und adressiert worden, spricht Rawls von einem *Reflective Equilibrium*, also einer Art „Überlegungsungleichgewicht“.

Ein solches zwischen konträren Parteiinteressen zu erreichen, ist die Voraussetzung einer im Ergebnis als gerecht empfundenen Restitutionsentscheidung.

Eine analoge Übertragung der beiden Bezugsgrößen des *Reflective Equilibrium* ergibt folgendes Bild: Die Rahmenbedingungen entsprechen am ehesten der Sachverhaltsebene, also einer weitestgehend von Fakten geprägten Ebene, die jenen Raum bilden, in dem sich der Restitutionsfall abspielt. Die Prinzipien hingegen entsprechen am ehesten der normativen Ebene, wo Interessen ins Spiel kommen, die aus bestimmten Werten, also subjektiven Lagerungen resultieren, welche sich wiederum zu moralischen Prinzipien der jeweiligen Parteien verdichtet haben und mit denen die Jetzt-Situation (Zurückhabenwollen bzw. Behaltenwollen des Werks) bewertet wird. Wie diese beiden Ebenen zusammenwirken sollten, um ein Überlegungsgleichgewicht zu erzielen, soll zunächst anhand eines Falles anschaulich gemacht werden, in dem ein solches Zusammenwirken gerade nicht stattgefunden hat.

Als instruktives Beispiel einer Interessenabwägung, bei der kein *Reflective Equilibrium* erzielt wird, kann die Entscheidung der niederländischen Kommission im Fall Lewenstein herangezogen werden, in der über eine „gerechte und faire Lösung“ für das „Bild mit Häusern“ von Wassily Kandinsky verhandelt wurde (Lewenstein 2018, Rz. 6.5.3). Bei dem 1940 versteigerten Gemälde stellte sich die Frage, ob es unter dem Zwang des NS-Systems verkauft wurde. Dem Verkauf lag eine Gemengelage von Faktoren und motivationalen Einflüssen („mixed motives“) zugrunde: „[...] the sale of the currently claimed work cannot on the one hand be considered in isolation from the Nazi regime, but on the other hand has to have been caused to an extent by the deteriorating financial circumstances in which Robert Lewenstein and Irma Klein found themselves well before the German invasion [...]“. Die Kommission traf hierzu jedoch unmittelbar keine Entscheidung, sondern eröffnete stattdessen eine umfassende Interessenabwägung. Gegeneinander abgewogen wurden Anhaltspunkte zu einem NS-bedingten Zwangsverkauf, das Ausbleiben der Anstrengung eines Rückerstattungsverfahrens in der Nachkriegszeit, gute Verbindungen der ehemaligen Eigentümerin zum erwerbenden Muse-

um nach Kriegsende, das emotionale Interesse des Antragstellers an dem Gemälde sowie das kunsthistorische Halteinteresse des Museums (Lewenstein 2018, Rz. 6.8). Die zentrale Wertungsfrage der Unfreiwilligkeit des Verkaufs aufgrund von Einflüssen des nationalsozialistischen Unrechtsregimes – die Frage also, ob ein „Zwangsverkauf“ vorlag – wurde damit letztlich offen gelassen. Zugleich führte die umfassende Interessenabwägung zur Ablehnung der Restitution (Moynihan 2022).

Nach Rawls hätte auf unentschiedenen Rahmenbedingungen – hier das Kriterium des Zwangsverkaufs –, eine Interessenabwägung nur aufgesattelt werden können, wenn das Ergebnis dieser Interessenabwägung – im Sinne eines Rawl'sches Prinzips – wiederum anschließend auch zu einer Entscheidung über das Kriterium „Zwangsverkauf“ geführt hätte. Hier nach also hätte sich die Abwägung zunächst nicht auf die Interessen, sondern auf die Gewichtung der Indizien beziehen müssen, die für oder gegen einen Zwangsverkauf sprechen. Diesbezüglich hätte nach Rawls eine Entscheidung getroffen werden müssen. Infolgedessen wäre nach Rawls die Abwägung der „[...] significance of the work to public art collections against the emotional attachment of the claimant [...]“ (Lewenstein 2018, Rz. 6.8) als Verfahrensvorgang zunächst obsolet gewesen und die Frage des Zwangsverkaufs hätte im Lichte des Ergebnisses der Interessenabwägung im Nachgang entschieden werden müssen, damit zu einem streitentscheidenden Punkt eine Positionierung erfolgt (Lewenstein 2018, Rz. 6.5.3). Es ist festzuhalten, dass Rawls zufolge grundsätzliche Rahmenbedingungen, die in Analogie zu Restitutionsfällen die Sachverhaltsaspekte darstellen, und die Prinzipienabwägung, die in Restitutionsfällen mit der Interessenabwägung zu vergleichen ist, aufeinander bezogen werden müssen, was im Fall Lewenstein nicht stattgefunden hat: Die streitentscheidende Sachverhaltsfrage, ob ein Zwangsverkauf vorlag, blieb unbeantwortet, was die Legitimationskraft der Entscheidung erheblich untergraben hat. Nur wenn Sachverhalts- und Rechtsfolgenebene in Bezug aufeinander gedacht werden, wäre nach

Rawls das *Reflective Equilibrium* zu erreichen gewesen. Vor diesem Hintergrund stellt sich das Gründungsdekret 2021, das nun genau eine solche Klärung auf Sachverhaltsebene einfordert, bevor überhaupt eine Interessenabwägung auf Rechtsfolgenebene vorgenommen werden kann, gewissermaßen als Einlösung des vorgestellten rechtsphilosophischen Ansatzes zur Interessenabwägung dar. In Anbetracht dieser Entwicklung wird noch besser nachvollziehbar, warum der Fall Lewenstein zu großen Kontroversen geführt hat (Weber/Fisher 2007; Campfens 2020, 22; Herman 2021, 64).

Abhängigkeitsverhältnis der Prüfungsebenen anhand des Falles Flersheim. Das *Reflective Equilibrium* nach Dietmar Hübner

Wie die verschiedenen Komponenten der Sachverhalts- und Rechtsfolgenebene bzw. nach Rawls Rahmenbedingungen und Prinzipien aufeinander einwirken, veranschaulicht der Fall Flersheim (Flersheim 2008). Ernst Flersheim floh 1937 aufgrund antijüdischer Maßnahmen aus Deutschland in die Niederlande, wohin ihm seine Ehefrau ein Jahr später im März 1938 folgte. Im Jahr 1937 verhandelte Flersheim aus England mit dem Kunsthändler Nieuwenhuizen Se-gaar in Italien, der von dort aus das Werk *Thamse at London* von Jan Toorop erwarb. Die Kommission bejahte die ehemalige Eigentümerstellung Flersheims sowie anschließend den unfreiwilligen Verlust des Werks, da sie den Verkauf – obwohl er außerhalb des NS-Herrschaftsbereichs vollzogen wurde – dem NS-Regime zurechnete (Flersheim 2008, Rz. 4; Weller/Dewey 2019, 170f.).

Anschließend kam die Kommission zur Interessenabwägung und orientierte sich hierbei an den konkret in Art. 3 der *Regulations* benannten Belangen, darunter die Erwerbsumstände und das Halteinteresse der Institution sowie die Verkaufsumstände und das emotionale Interesse der Antragsteller an dem streitgegenständlichen Werk. Hinsichtlich des Kaufs des Werks konnten dem Museum keine Sorgfaltspflichtverletzungen vorgeworfen werden, da dieser im si-

cheren Ausland stattfand und Flersheim aktiv daran beteiligt war (Flersheim 2008, Rz. 5). Die Gemeinde Rotterdam als Halter berief sich auf die Umstände des Erwerbs und vertrat die Auffassung, dass dieser außerhalb des NS-Herrschaftsbereichs bereits durchschlagend gegen eine Restitution spräche und berief sich gar nicht erst auf ihr Halteinteresse (Flersheim 2008, Rz. 6). Die emotionale Bedeutung für die Antragsteller ergab sich aus der freundschaftlichen Beziehung des Künstlers des Werkes zu Flersheim, so dass es ihrer Ansicht nach einen Teil der Familiengeschichte verkörpere. Aufgrund ihres großen Interesses an dem Werk boten die Antragsteller an, im Fall einer Entscheidung für eine Restitution den indexierten Kaufpreis zu zahlen. Bei der Gegenüberstellung der Belange gewichtete die Kommission die Umstände des unfreiwilligen Verlusts und die symbolische Bedeutung des Werks für die Antragsteller als so stark, dass sie die Restitution des Werkes empfahl. Diesen Anspruch justierte die Kommission jedoch auf Rechtsfolgenebene und erlegte es den Antragstellern auf, im Gegenzug zur Restitution des Werkes den indexierten Kaufpreis zu zahlen. Da der Verkauf im sicheren Ausland, also zu wohl fairen Marktpreisen, stattfand, orientierte sich die Kommission an dem Verkaufserlös, den Flersheim 1937 erhalten hat.

Unter dieser Justierung auf Rechtsfolgenebene verbirgt sich eine zugrundeliegende Interessenabwägung, die eine nähere Betrachtung verlangt. Wie bei einem Ausgleich von Interessen eine Balance herzustellen ist, beschreibt Rawls anhand seines Konzepts eines *Reflective Equilibrium* zunächst erstaunlich offen: „[...]this state is one reached after a person has weighed various proposed conceptions and he has either revised his judgments to accord with one of them or held fast to his initial convictions (and the corresponding conception)“ (Rawls 1971, 42f.). Diese Offenheit der Rawls'schen Formulierung – ausgerechnet zur Kernfrage, wie die Balance nun konkret zu erreichen ist – hat seither Anlass verschiedener Interpretationen und eigener philosophischer Theorienbildungen gegeben (Daniels 2020).

Der im Folgenden angewandte Ansatz von Dietmar Hübner hat sich als besonders gegenstandsadäquat erwiesen, weil er die Tiefenstruktur der Rawl'schen Interessenabwägung anhand verschiedener zu vermeidender Abwägungskonstellationen fassbar zu machen versucht (Wenzel, im Erscheinen). Das durch den Begriff *Equilibrium* intuitiv evozierte Bild eines horizontalen Ausgleichs oder im Gleichgewicht schwebender Waagschalen birgt das Risiko eines seit Jahrzehnten bestehenden Missverständnisses. Hierzu führt Hübner an, dass der inflationäre Gebrauch des Begriffs *Reflective Equilibrium* zu einem Verlust der Stichhaltigkeit des Konzepts geführt habe (Hübner 2017, 12). Der Begriff werde oft auf ein bloßes Abwägen entgegenstehender Interessen reduziert. Dabei handele es sich bei dem *Reflective Equilibrium* um ein Instrument, das vorgibt, welche Arten von Interessen in den Abwägungsprozess überhaupt eingebracht und einander gegenübergestellt werden können. Hübner zufolge liegt in jenem präzise definierten *Reflective Equilibrium* ein reziprokes Ausbalancieren verschiedener Ebenen normativer Argumentation zugrunde: Zum einen von Rahmenbedingungen („initial position“) sowie der daraus resultierenden Gerechtigkeitsprinzipien („principles of justice“) (Hübner 2017, 15). Rahmenbedingungen und Gerechtigkeitsprinzipien stehen somit in einer vertikalen Assoziation und wirken durch das Einstellen verschiedener Belange der beteiligten Parteien induktiv (Bedingungen → Prinzipien) sowie deduktiv (Prinzipien → Bedingungen) aufeinander ein, bis ein *Reflective Equilibrium* eintritt. Anhand der Entscheidung Flersheim lässt sich das Abhängigkeitsverhältnis der „initial position“ und der „principles of justice“ zeigen. In diesem Fallbeispiel hat die Tatsache des schwächeren Verkaufsdrucks auf Sachverhaltsebene – Verkauf ohne unmittelbaren Zwang – auf das Ergebnis der Einigung auf Rechtsfolgenebene durchgeschlagen. Dementsprechend nahm die Kommission einen schwächeren moralischen Anspruch an und die Antragsteller mussten den indexierten Kaufpreis bezahlen, den Flersheim 1937 beim Verkauf erhalten hatte. Hieran wird deutlich, dass eine schwächere Form des NS-

bedingten Entzugs auf Sachverhaltsebene – wie sie in Fluchtgutfällen regelmäßig vorliegt – auf mögliche Formen gütlicher Einigungen auf Rechtsfolgenebene durchschlägt. Folglich kann die Interessenabwägung als Stellschraube zum Ausgleich von Schwächen und Stärken eines Anspruchs bei Restitutionsentscheidungen nicht weggedacht werden. Infolgedessen wird auch deutlich, dass eine – auch nach Hübner – funktionierende Interessenabwägung ein Abhängigkeitsverhältnis von Sachverhalts- und Rechtsfolgenebene herstellt.

Insofern trägt gerade der Verweis auf eine ‘mediatory solution’ im Gründungsdekret 2021 diesem Abhängigkeitsverhältnis Rechnung, weil jede vermittelnde Lösung eine Interessenabwägung voraussetzt und somit die Interessenabwägung in gewandelter Begrifflichkeit auf Rechtsfolgenebene bestehen bleibt. Die in eine ‘mediatory solution’ eingebettete Interessenabwägung führt dazu, dass die ursprünglich in der Spruchpraxis der niederländischen Kommission gewonnenen Belange auch nach ihrer Reform weiterhin von Bedeutung sein werden (Scheller 2024).

Abwägung „artverwandter“ Interessen am Beispiel der Entscheidung Oppenheimer

Nachdem vorangehend das Verhältnis von Sachverhalts- und Rechtsfolgenebene anhand des *Reflective Equilibrium* deutlich gemacht wurde, soll der Blick im Folgenden für unterschiedliche Arten von Interessen geschärft werden. Hübner identifiziert folgende drei exemplarische Abwägungskonstellationen, welche ihm zufolge das Rawl'sche Konzept des *Reflective Equilibrium* illegitim entwerten, weil sie nicht auf verschiedenen normativen Ebenen assoziiert sind und dadurch gerade nicht in einem wechselseitigen induktiven sowie zugleich deduktiven Verhältnis zueinander stehen (Hübner 2017, 22): die Abwägung i) grundsätzlicher theoretischer Ansätze gegen intuitive Auffassungen, ii) eines Grundprinzips gegen eine spezifische Begründung, oder iii) einander gegenüberstehende ethische Konzeptionen bzw. moralische Auffassungen (Hübner 2017, 11).

Anhand der Entscheidung Oppenheimer soll anschaulich gemacht werden, wie eine konkrete Abwägung aussehen könnte, die den von Hübner lediglich abstrakt genannten Anforderungen an das Rawl'sche *Reflective Equilibrium* gerecht wird. In der bindenden Entscheidung Oppenheimer wollten beide Parteien das streitgegenständliche Werk verkaufen. Die Kommission war angerufen worden, um die Aufteilung des Verkaufserlöses zwischen den Parteien zu bestimmen (Oppenheimer 2010). Im Rahmen der Interessenabwägung stellte die Kommission verschiedene Umstände ein. Auf der einen Seite die Verlustumstände: Die Familie Oppenheimer litt unter antijüdischen Maßnahmen und verlor dadurch unfreiwillig ihre Handelsbestände bei einer „Judenauktion“ 1935 in Deutschland, ohne Verkaufserlöse zu erzielen (Report SAP 2005, Rz. 71). Auf der anderen Seite die Erwerbsumstände: Der Vater der Anspruchsgegnerin erwarb das Gemälde auf einem Trödelmarkt zwischen 1985 und 1995, ohne von der Provenienz des Werkes Kenntnis zu haben. Die Antragstellerin führte aus, dass sie kein Interesse an der Eigentümerstellung, sondern am Verkauf des Werkes und an der „recognition of the original rights of Jakob and Rosa Oppenheimer“ habe (Oppenheimer 2010, Rz. 5.8). Die Antragsgegnerin machte das Interesse geltend, einen Teil des Verkaufserlöses an die Familie Oppenheimer abzugeben und begründete dies mit „a sense of moral obligation“ (Oppenheimer 2010, Rz. 5.9).

Damit standen sich auf der Ebene der Interessenabwägung auf beiden Seiten finanzielle Interessen gegenüber. In den Interessen der Parteien drückte sich lediglich der Wunsch aus, die jeweilige Eigentümerstellung anerkannt zu wissen; ein Halteinteresse der Privatperson oder ein emotionales Interesse der Familie Oppenheimer lag jedoch nicht vor.

Um hier ein *Reflective Equilibrium* zu erzielen, müsste Hübner zufolge anhand der folgenden Abwägungskonstellationen überprüft werden, welche Interessenskategorien in ein Verhältnis gesetzt werden können. Entweder man begreift beide Interessen als konvergente intuitive Überzeugungen – im Sinne von i) –, da beide Parteien der Auffassung sind, dass sich

ihre jeweilige Eigentümerstellung finanziell widerspiegeln sollte. Oder man könnte in den Interessen die Äußerung eines Grundprinzips – im Sinne von ii) – sehen, dass sich eine Eigentümerstellung generell nicht in Besitz, sondern in einem Geldwert niederschlagen sollte. Wüsste man mehr über die konzeptionelle Grundhaltung der Parteien, ließen sich die beiden Interessen womöglich – im Sinne iii) – auch als konvergente moralische Statements oder sogar übereinstimmende ethische Konzeptionen begreifen, da beide Parteien nur den monetären Gegenwert des Eigentums als erstrebenswert erachten. Insofern wäre die Abwägung der beiden Interessen im vorliegenden Fall keiner der Schwierigkeiten ausgesetzt, die Hübner in den drei illegitimen Abwägungskonstellationen beschrieben hat. Dies könnte auch erklären, warum die Empfehlung der Kommission im Ergebnis ein hohes Maß an Nachvollziehbarkeit und Transparenz auszeichnet: Die Kommission entschied sich – der Eigentümerstellung der Privatperson Rechnung tragend – schließlich für eine Aufteilung des Verkaufserlöses zu $\frac{1}{3}$ für die Antragsteller und $\frac{2}{3}$ für die Halterin (Oppenheimer 2010, Rz. 5.7). Durch die Abwägung „artverwandter“ Interessen als auch den Hinweis der Halterin, einen Teil des Verkaufserlöses an die Familie Oppenheimer abgeben zu wollen, kann die Kommission ein nachvollziehbares und somit ein im Sinne Hübners bestandsfähiges *Reflective Equilibrium* erzielen.

Abwägung „artunverwandter“ Interessen am Beispiel der Entscheidung Semmel

Eine andere Konstellation, das *Reflective Equilibrium* zu erzielen, liegt in der Entscheidung Semmel vor (Semmel 2013). Richard Semmel, ein wohlhabender deutscher Unternehmer und Kunstsammler, wurde unmittelbar nach der Machtübernahme des NS-Regimes in Deutschland als Jude verfolgt und musste unter anderem aufgrund seiner Einbindung in der Deutschen Demokratischen Partei im April 1933 über die Niederlande in die USA fliehen. Das streitgegenständliche Werk *Madonna mit Kind und wilden Rosen*

von Jan van Scorel ließ Semmel als Teil seiner Kunstsammlung im November 1933 in Amsterdam versteigern, bei der es der Museumsdirektor und Sammler Dirk Hannema erwarb. Semmel verwendete den Erlös des Werkes zur Begleichung ausstehender Forderungen und zur Sicherung seines Lebensunterhalts. In seinen letzten Lebensjahren wurde Semmel bis zu seinem Tod 1950 von einer Freundin, Grete Groß-Eisenstädt, gepflegt, die auch Alleinerbin Semmels wurde und das Werk an die heutigen Antragsteller weitervererbte. In der Nachkriegszeit kam es zu keinen Anträgen Semmels oder Grete Groß-Eisenstädt bei den Nachkriegsbehörden. Das streitgegenständliche Werk befand sich in der von Hannema 1957 gegründeten Stiftung, der er seine gesamte Kunstsammlung vermachte.

Da die Kommission den Verkauf außerhalb des NS-Herrschaftsgebiets nicht losgelöst von der Verfolgung Semmels in Deutschland sah, stellte sie einen unfreiwilligen Verlust des Werkes fest. Die Kommission nahm ferner einen gutgläubigen Erwerb Hannemas an, da dieser das Werk 1933 in den unbesetzten Niederlanden erwarb und daher nicht von einer bemakelten Provenienz ausgehen konnte. Auch dem das Werk haltenden Museum waren keine Sorgfaltpflichtverletzungen vorzuwerfen.

Vor diesem Hintergrund kam die Kommission in ihrer Prüfung zu einer Abwägung der widerstreitenden Interessen in folgender Weise: Die Kommission stellte auf Rechtsfolgenebene das emotionale Interesse der Antragsteller gemäß Artikel 3 lit. e der *Regulations* („the significance of the work to the applicant“) dem Halteinteresse der kulturbewahrenden Einrichtung gemäß Artikel 3 lit. f der *Regulations* („the significance of the work to the owner“) gegenüber und nahm eine Abwägung vor. Die Antragsteller führten im Hinblick auf ihr emotionales Interesse zum einen aus, dass das Werk Ausdruck ihrer Familiengeschichte sei, da ihre Großmutter eine enge Freundschaft zu der Familie Semmel verband („getting family history back“), zum anderen beanspruchten sie, zurückzuerlangen, was ihnen rechtmäßig gehöre („just to get back what belongs to them“) (Semmel 2013, Rz. 4.5, 7.6). Da das

Museum die weltgrößte Sammlung von Werken Jan van Scorels beherberge, führte das Museum aus, dass das streitgegenständliche Werk die Sammlung des Museums komplementiere, da es „one of the key works in the permanent collection“ und darüber hinaus Gegenstand einer Vielzahl von Publikationen sei (Semmel 2013, Rz. 7.6).

Gegenüber dem Halteinteresse stufte die Kommission das emotionale Interesse der Antragsteller als geringer ein, da sie nicht mit Richard Semmel verwandt waren und weder ihn persönlich noch das streitgegenständliche Werk kannten. Dagegen sei das Werk eng mit der Sammlungsgeschichte des Museums verknüpft, weshalb ihm eine besondere Bedeutung für das Museum und seine Besucher zukomme (Semmel 2013, Rz. 7.7). Im Ergebnis lehnte die Kommission eine Restitution ab, stellte die Ablehnung aber unter die Bedingung, dass das Museum einen Hinweis auf Richard Semmel und die Geschichte des Werkes anzugeben hatte.

Würde man diese Interessenabwägung vor der Folie des Rawl'schen *Reflective Equilibrium* und den von Hübner spezifizierten Anforderungen an die einzustellenden Belange betrachten, ergäbe sich folgende Frage: Wurde hier eine theoretische Auffassung einer intuitiven Überzeugung gegenübergestellt, so dass eines der Missverständnisse über das *Reflective Equilibrium* im Sinne Hübners vorläge, weshalb die Kommission gar keine Abwägung mehr hätte vornehmen müssen? Dies lässt sich am besten beantworten, wenn man den konkret vorgebrachten Interessen auf den Grund geht.

Das Halteinteresse verweist auf die identitätsstiftende Bedeutung des Werkes sowohl für die niederländische Gesellschaft insgesamt als auch für die Sammlungsgeschichte des Museums. Die Argumentation des Museums scheint somit auf theoretischen Prämissen zu basieren, die auf nationales und auch internationales Kulturerbe und somit einen objektivierten Bezugsrahmen anspielen. Insofern fußt das Halteinteresse des Museums auf einem theoretischen Konzept und nicht auf einer intuitiven Überzeugung. Anders könnte es sich jedoch bei dem Interesse der

Antragsteller verhalten, die sich darauf berufen, dass das Werk ihre Familiengeschichte verkörpere. Folgt man dem Vortrag der Antragsteller, ergibt sich folgendes Bild: Diese waren weder mit Richard Semmel verwandt, noch hatten sie zu ihm oder dem streitgegenständlichen Werk jemals persönlich Kontakt und verbanden somit weder eine Erinnerung an die Person Semmel noch an das streitgegenständliche Werk. Vielmehr bestand allein eine Freundschaft zwischen Semmel und der Großmutter der Antragsteller. Die Kommission stellte dementsprechend fest: „Semmel’s undoubtedly major interest in the collection and the applicant’s interest in the work are two separate matters, given that, as far as the Committee is concerned, neither Semmel’s art collection nor this work embodied the special relationship between Semmel and the applicants’ grandmother Grete Gross-Eisenstädt.“ Für die Behauptung einer solchen identitätsstiftenden Bedeutung, wie sie das Museum seinerseits für sich in Anspruch nahm, fehlte es auf Seite der Antragsteller jedoch an einer hinreichenden Grundlage. Die Antragsteller waren demgegenüber offensichtlich der Auffassung, dass bereits die formale Erbenstellung das Werk zu einem integralen Bestandteil ihrer Familiengeschichte mache. Erbenstellung und Familiengeschichte sind aber nicht notwendigerweise miteinander verbunden. Die gegenteilige, nicht näher begründete Annahme stellt sich somit als intuitive Überzeugung dar. Im Fall Semmel wurden somit zwei „artunverwandte“ Interessen gegenübergestellt, nämlich ein theoretischer Ansatz einer intuitiven Auffassung, was nach den Hübner’schen Maßgaben eine jener drei Abwägungskonstellationen darstellt, die das Rawls’sche *Reflective Equilibrium* zu Unrecht für sich in Anspruch nehmen.

Wäre das Interesse der Antragsteller aber durch eine enge Beziehung zu Semmel sowie zu dem streitgegenständlichen Werk substantiiert worden, hätte sich das Werk möglicherweise als Verkörperung der Familiengeschichte dargestellt. Infolgedessen hätten sich die Interessen der Parteien dann als normativ gleichwertig dargestellt, weil sie auf einer musealen beziehungsweise familiären Identität gefußt hätten.

Da die Antragsteller eine entsprechende Substantiierung ihres Interesses aber nicht vornahmen, sondern es lediglich mit einer formal-abstrakten Darlegung ihrer Erbenstellung begründeten, die aber keineswegs per se gleichbedeutend mit einer konkret-inhaltlichen familiären Verbindung mit dem Werk ist, hätte die Kommission feststellen können, dass das emotionale Interesse der Antragsteller als nicht dargelegt gilt und somit nur noch das Halteinteresse des Museums besteht. Eine Abwägung hätte es sodann nicht mehr gebraucht.

Die Relevanz der Interessenabwägung als gerechtigkeits-schaffendes Instrument

Wie gezeigt wurde, liegt auf der Hand, dass die Interessenabwägung zwar dem Wortlaut des Gründungsdekrets 2021 nach, aber keinesfalls der Sache nach entfällt: Vielmehr wird sie sich bei bindenden Entscheidungen künftig, sofern die Halter die Prüfung des gutgläubigen Erwerbs nicht konkret ausschließen, auf die Ebene der ‘mediatory solution’ verlagern. Da eine in diesem Sinne vermittelnde Lösung beinhaltet, beide Interessen gegenüberzustellen, ist absehbar, dass auch in Zukunft eine Interessenabwägung vorzunehmen ist und dafür konkrete Belange in die Abwägung eingestellt werden müssen. Die Interessenabwägung behält somit als gerechtigkeits-schaffendes Instrument – trotz ihrer Streichung aus dem Wortlaut – Relevanz. Nicht absehbar jedoch ist, welche Belange der ursprünglichen *Regulations for opinion procedure* die Kommission einstellen wird, naheliegend aber ist, dass sie zunächst auf ihre bisherige Spruchpraxis zurückgreifen wird (Polak 2021), obwohl die in dieser Praxis anerkannten Belange zuletzt ausdrücklich aus dem Bewertungsrahmen entfernt wurden.

Im Gegensatz zu der ersten Entscheidung im Fall Flersheim 2008 zeigt die Entscheidung im Fall Lewenstein 2018 eine Entwicklung der Prüfungspunkte durch die Kommission, die sich vom Rawls’schen Konzept entfernt: Bei der Entscheidung Flersheim war zu beobachten, dass bei einer Schwäche auf

Sachverhaltsebene dieser auf Rechtsfolgenebene Rechnung getragen wird und entsprechend die möglichen Formen gütlicher Einigungen durch eine Interessenabwägung justiert werden. Hieran werden die Interdependenzen von Sachverhalts- und Rechtsfolgenebene deutlich: Die Interessenabwägung kann auf Stärken und Schwächen eines Anspruchs wie eine Stellschraube reagieren. Während also in der Entscheidung Flersheim die Interessenabwägung – ganz im Sinne Rawls – für größtmögliche Transparenz in der Abwägung sorgte, wurde im Fall Lewenstein eine ungeklärte Sachverhaltsfrage durch die Interessenabwägung nachgerade verschleiert, zumindest überspielt. Durch diese Gegenüberstellung konnte die Gefahr einer misslichen Anwendung der Interessenabwägung vor der Folie des *Reflective Equilibrium* verdeutlicht werden.

Außerdem hat der Rekurs auf den Rawls'schen Ansatz in der Rezeption Hübners Maßstäbe aufgezeigt, welche Interessen sinnvoll in ein Verhältnis gesetzt werden können. Anhand der Entscheidungen Oppenheimer und Semmel wurde gezeigt, dass Parteiinteressen lediglich „artverwandt“ erscheinen können, es jedoch bei genauerer Analyse nicht notwendig sind. Im Fall Oppenheimer war die Kommission mit einer Konstellation konfrontiert, in der beide Parteien die Eigentümerstellung lediglich an einem finanziellen Wert maßen, weshalb beide Interessen der gleichen konzeptionellen Kategorie entsprangen. Aufgrund ihrer „Artverwandtschaft“ waren sie vergleichbar und

somit abwägbar. Im Fall Semmel hingegen schienen beide Interessen auf den ersten Blick gleichartig: Beide Parteien brachten die Bedeutung des Werkes für ihre jeweilige Identität und Geschichte in Anschlag, einmal als Verkörperung der Museumsgeschichte und einmal der Familiengeschichte. Zur Vergleichbarkeit von Interessen analysiert Hübner das Fundament, auf dem die Interessen fußen. Dies hat im Fall Semmel ergeben, dass das Interesse der Antragsteller auf einer intuitiven Überzeugung und nicht wie das des Museums auf einer theoretischen Konzeption basierte, weshalb sie sich als „artunverwandt“ darstellen. Um diese Interessen abzuwägen, hätten zunächst – durch einen entsprechenden Vortrag der Parteien – eine Angleichung ihrer argumentativen Fundamente stattfinden müssen, indem die Antragsteller eine adäquate Substantiierung ihres Punktes vornehmen.

Insgesamt hat die Anwendung des Rawls'schen Konzepts in der Rezeption Hübners gezeigt, dass dieser Ansatz es vermag, qualitativ unterschiedliche Arten von Interessen in ein systematisches Gefüge einzubinden. Hieraus ließe sich idealerweise ein belastbares Modell entwickeln, welches eine Interessenabwägung rational strukturiert, somit stärker voraussehbar macht und dadurch vor Willkürvorwürfen schützt. Jedenfalls hat das vorliegende Gedankenexperiment veranschaulicht, dass für belastbare Entscheidungen in der Zukunft die Tiefenstrukturen einer Interessenabwägung transparent zu machen sind.

Literatur

Campfens 2020: Evelien Campfens, Bridging the Gap between Ethics and Law: The Dutch Framework for Nazi-looted Art, in: Art Antiquity and Law (AAL) 25/1, 2020, 1–25.

Daniels 2020: Norman Daniels, Reflective Equilibrium, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2020. ↗

Eizenstat 1998: Stuart E. Eizenstat, Under Secretary for Economic and Business Affairs, in: Support of Principles on Nazi-Confiscated Art, Presentation at the Washington Conference on Holocaust-Era Assets, Washington, DC, December 3, 1998. ↗

Flersheim 2008: Fall Flersheim./Rotterdam Municipal Council, RC 3.48 vom 3. März 2008. ↗

Gründungsdekret 2021: Decree issued by the Minister for Education, Culture and Science on 15 April 2021, no. WJZ/27740278, establishing an Advisory Committee on the Assessment of Restitution Applications for Items of Cultural Value and the Second World War and laying down the assessment framework to be used by that committee (Decree establishing a Restitutions Committee), 22. April 2021, Staatscourant 2021, 20304. ↗ Das Gründungsdekret 2021 wurde am 24.01.2023 überarbeitet. ↗

Herman 2021: Alexander Herman, Restitution – The Return of Cultural Artefacts, London 2021.

Hübner 2017: Dietmar Hübner, Three Remarks on “Reflective Equilibrium”, in: Philosophical Inquiry 41 (1), 2017, 11–40.

Kamerstuk 2001: Kamerstuk [Parlamentarisches Dokument], Brief van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 29. Juni 2001, vergaderjaar 2000–2001, 25839 Nr. 26. ↗

Kohnstamm-Bericht 2021: Committee for the Evaluation of the Restitution Policy for Cultural Heritage Objects from the Second World War („Kohnstamm-Kommission“), Striving for Justice, 7. Dezember 2020. ↗

Lewenstein 2018: Restitutiecommissie, Lewenstein./Amsterdam City Council, RC 3.141 vom 22. Oktober 2018, Rz. 6.5.3. ↗

Moynihan 2022: Colin Moynihan, Kandinsky Painting Returned to Jewish Heirs by Amsterdam Museum, in: The New York Times, 28. Februar 2022. ↗

Oost 2021: Tabitha Oost, „From Leader to Pariah“? On the Dutch Restitutions Committee and the inclusion of the public interest in assessing Nazi-spoliated art claims, in: International Journal of Cultural Property 28 (1), 2021, 55–85.

Oppenheimer 2010: Fall Oppenheimer./Frau K., RC 3.95 vom 3. Mai 2010. ↗

Polak 2021: Rob Polak, Bonner Gesprächskreis, Striving for justice? The evaluation of the Dutch restitution policy in an international context: A talk about the „Kohnstamm Report“, 2. Februar 2021. ↗

Pressemitteilung RC 2021: Pressemitteilung der niederländischen Restitutionskommission „New Decree Establishing the Restitutions Committee and Restitutions Committee Regulations“, 22. April 2021. ↗

Rawls 1971: John Rawls, A Theorie of Justice, Boston 1971.

Rawls 1985: John Rawls, Justice as Fairness: Political Not Metaphysical, in: Philosophy & Public Affairs 14 (3), 1985, 223–251.

Report SAP 2005: Report of the Spoliation Advisory Panel in respect of a 12th century Manuscript now in the possession of the British Library, 23. März 2005, Rz. 71. ↗

Scheller 2024: Tessa Scheller, Die niederländische Restitutionskommission – Eine Vermessung der Spruchpraxis am Maßstab der Washingtoner Prinzipien, Berlin 2024.

Semmel 2013: Fall Semmel./Utrecht City Council (Centraal Museum), RC 3.131 vom 25. April 2013. ↗

Verfahrensordnung 2021: Restitutions Committee Procedural Regulations 2021, 12. Juli 2021. ↗ Die Verfahrensordnung 2021 wurde am 6.10.2023 überarbeitet. ↗

Weber/Fisher 2007: Anne Weber und Wesley Fisher, Schande dat deze roofkunst in het museum mag blijven hangen, in: NRC Handelsblad, 7. Dezember 2007.

Weller/Dewey 2019: Matthias Weller und Anne Dewey, Warum ein “Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art”? Das Beispiel Fluchtgut, in: Zeitschrift für Kunst und Recht (KUR) 21 (6), 2019, 170–178.

Weller/Scheller 2021: Mathias Weller und Tessa Scheller, Why a “Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art”? Observations on the “weighing of interests” in light of the Kohnstamm Report, Network of European Restitution Committees, in: Network-Newsletter 12, Dezember 2021, 44–56. ↗

Wenzel, im Erscheinen: Leva Wenzel, „Gerechte und faire Lösungen“ – Rechtstheoretische Grundlagen zur Restitution von NS-Raubkunst, im Erscheinen.

WP 1998: Washington Principles, Washington Conference on Holocaust-Era Assets, Washington D.C. 1998, Government Printing Office. ↗