

i-call working paper

Nr. 2022/01

Museale Restitutionspraxis im Fall Glaser: Rechtliche Analyse und Reflexion auf der Grundlage Luhmannscher Systemtheorie

Moritz Hany*

MÄRZ 2022

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist ein Entscheid der Kunstkommission des Kunstmuseums Basel aus dem Jahr 2018. Der Entscheid setzt sich mit der Frage auseinander, was mit Zeichnungen und Lithographien aus der Sammlung des jüdischen Sammlers Curt Glaser geschehen soll, die das Kunstmuseum 1933 auf einer Auktion in Berlin erstanden hatte. Der erste Teil der Arbeit widmet sich der Analyse dieses Entscheides. Insbesondere stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral. Dabei spielt *soft law* wie die *Washington Principles* eine wichtige Rolle. Der zweite Teil der Arbeit steht im Zeichen rechtssoziologischer Reflexion auf der Grundlage der Systemtheorie von *Niklas Luhmann*. Im Vordergrund steht die Frage, wie das Rechtssystem auf den Entscheid in Sachen Curt Glaser und auf ähnliche Fälle reagiert, bei denen ohne rechtlichen Zwang Kunstwerke aus der Sammlung staatlicher Museen ausscheiden. Abschliessend werden die soziale Funktion von Kunstmuseen und damit zusammenhängende Spannungen diskutiert.

SCHLÜSSELBEGRIFFE

Restitution, Curt Glaser, Washington Principles, Soft Law, Luhmann, Systemtheorie

* MLaw, Doktorand und wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts von Prof. Dr. iur. Christoph B. Graber, Universität Zürich. Kommentare und Rückmeldungen sind willkommen unter moritz.hany@rwi.uzh.ch.

I-CALL WORKING PAPERS sind Forschungsergebnisse des i-call Forschungslaboratoriums. Die i-call Working Papers werden durch Peers begutachtet.

VORGESCHLAGENE ZITIERWEISE: Moritz Hany, Museale Restitutionspraxis im Fall Glaser: Rechtliche Analyse und Reflexion auf der Grundlage Luhmannscher Systemtheorie, in: i-call Working Paper, Universität Zürich, Nr. 01 (2022).

Publiziert durch:

i-call, Forschungslaboratorium Information • Kommunikation • Kunst • Recht an der
Universität Zürich

Prof. Dr. Christoph B. Graber

Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts

Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Treichlerstrasse 10

8032 Zurich

Schweiz

ISSN 1664-0144

© i-call Forschungslaboratorium, Schweiz

Alle Rechte vorbehalten. Kein Teil dieses Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie oder einem anderen Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers reproduziert, übersetzt oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Museale Restitutionspraxis im Fall Glaser: Rechtliche Analyse und Reflexion auf der Grundlage Luhmannscher Systemtheorie

A.	EINLEITUNG	4
B.	DER FALL CURT GLASER.....	4
	1. DER SACHVERHALT	4
	2. DER ENTSCHEID DER KUNSTKOMMISSION.....	6
	2.1. Rechtliche Aspekte	6
	2.2. Beurteilung nach den <i>Washington Principles</i>	9
	2.3. Das Verhältnis von Recht und Moral	11
C.	SYSTEMTHEORETISCHE ANALYSE NACH LUHMANN ...	14
	1. ZIELE	14
	2. GRUNDZÜGE DER SYSTEMTHEORIE	16
	3. DIE MORAL IN DER SYSTEMTHEORIE.....	17
	4. WAHRNEHMUNG DER RESTITUTIONSPRAXIS IM RECHTSSYSTEM	19
	5. STRUKTURELLE KOPPLUNGEN DES RECHTSSYSTEMS.	20
	5.1. Das Konzept der strukturellen Kopplung	20
	5.2. Restitutionspraxis als strukturelle Kopplung...21	
	5.3. <i>Soft law</i> als strukturelle Kopplung	22
	5.4. Zusammenfassung.....	23
	6. ZENTRUM UND PERIPHERIE.....	24
	6.1. Theoretische Grundlagen	24
	6.2. Praktische Anwendung	25
	7. KUNSTSYSTEM UND RESTITUTIONSPRAXIS.....	26
D.	FAZIT	29

A. EINLEITUNG

Die Restitution von Kunstwerken ist ein spannungsgeladenes Feld. Kunstwerke sind nicht nur Vermögensgegenstände, sondern auch emotionale Bezugspunkte insb. für die Antragsteller einer Restitution, aber auch für das Museum selbst und die Öffentlichkeit, welche ein Abwandern eines geschätzten Stückes aus der Sammlung befürchtet. Zusätzlich ist auch der historische Kontext der Restitution häufig problematisch. In Zeiten sozialer und politischer Unruhen kommen Kunstwerke besonders oft abhanden, sei das aufgrund von Plünderungen, Enteignungen, Flucht oder unfreiwilligem Verkauf. Dagegen sehen wir uns mit einer Rechtsordnung konfrontiert, die keine spezifischen Mechanismen für die Restitution von Kunst bereithält und solche Fälle nicht anders behandeln kann, als sie es bei einem gestohlenen Auto oder einem verlorenen Hausschlüssel täte. Nicht zuletzt darauf ist zurückzuführen, dass sich eine spezifische museale Praxis zur Restitution von Kunst im historischen Kontext des Holocausts gebildet hat, die sich in weiten Teilen vom Rechtssystem gelöst hat (siehe Kapitel C.4.).

In dieses Themenfeld hat sich die Kunstkommission Basel im Jahr 2018 begeben, indem sie ihren Entscheid in Sachen Curt Glaser veröffentlicht hat und, ohne dass dazu eine Rechtspflicht bestanden hätte, Verhandlungen über eine finanzielle Entschädigung der Erben Curt Glasers befürwortete. Das Dokument der Kunstkommission ist als «Entscheid» betitelt und deutet somit eine rechtliche Verbindlichkeit an, obwohl es sich «lediglich» um eine Empfehlung zuhanden des Regierungsrates des Kantons handelt. Schon in der Bezeichnung ist also das Spannungsfeld zwischen rechtlicher Beurteilung und moralischer Abwägung zu erkennen, in dem sich der Entscheid befindet (siehe Kapitel B.2.3.).

Hier bietet die Systemtheorie von *Niklas Luhmann* geeignete Instrumente, um den Einfluss einer nicht-rechtlichen Restitutionspraxis auf das Rechtssystem, die Position der Moral im Recht und die Verbindungen zwischen dem Rechtssystem und der Politik, der Wirtschaft und der Kunst zu untersuchen (siehe Kapitel C). Ausserdem erlaubt sie, die Gegenperspektive einzunehmen und zu fragen, wie das Kunstsystem und insb. die Kunstmuseen mit Restitution umgehen und umgehen können.

B. DER FALL CURT GLASER

1. DER SACHVERHALT

Die historischen Ausführungen in diesem Abschnitt stützen sich auf die ausführlichen Angaben im Entscheid der Kunstkommission Basel in Sachen Curt Glaser (im Folgenden «Entscheid»)¹.

Curt Glaser (geboren am 29. Mai 1879 in Leipzig; gestorben am 23. November 1943 in Lake Placid, New York) war einer von drei Söhnen einer jüdischen Familie. Glaser arbeitete ab 1909 als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Kupferstichkabinett in Berlin und als Kunstkritiker für verschiedene Blätter. Im Oktober 1924 wurde er Direktor der

¹ Kunstmuseum Basel, Entscheid der Kunstkommission in Sachen Curt Glaser, verfügbar unter <https://kunstmuseumbasel.ch/de/forschung/provenienzforschung/curtglaser> (alle Webseiten wurden zuletzt am 03.03.2022 besucht) => Entscheid Kunstkommission (inkl. hist. Sachverhalt); im Folgenden zitiert als «Entscheid».

Kunstabibliothek in Berlin. Daneben blieb er immer journalistisch, schriftstellerisch und wissenschaftlich tätig. Ausserdem begann Glaser ab ca. 1910 mit dem Aufbau einer privaten Kunstsammlung.²

Aufgrund seiner jüdischen Abstammung wurde Curt Glaser im April 1933 vom Staatsdienst beurlaubt und am 27. September 1933 endgültig entlassen.³ Schon am 18. und 19. Mai 1933 liess er Teile seiner Kunstsammlung beim Buch- und Kunstantiquariat Max Perl in Berlin versteigern. Nach seiner Emigration zuerst in die Schweiz und schliesslich in die USA starb Curt Glaser im November 1943 in Lake Placid, New York.

Auf der Auktion bei Max Perl ersteigerte der damalige Direktor des Kunstmuseums Basel Otto Fischer zuhanden des Kunstmuseums 200 Werke aus der Sammlung Glaser.⁴ Mit dem dort erstandenen Konvolut setzte sich die Kunstkommission Basel 2018 in ihrem Entscheid dann aufgrund eines Restitutionsbegehrens der Erben Curt Glasers auseinander. Wie schon in der Einführung angesprochen, betitelt die Kunstkommission den veröffentlichten Text als «Entscheid», es handelt sich allerdings «nur» um eine Empfehlung der Kommission zuhanden des Regierungsrates.⁵

Die Kunstkommission konnte in ihrem Entscheid kein rechtliches Verschulden feststellen und empfahl daher auch nicht die Restitution der Kunstwerke.⁶ Allerdings anerkennt sie, dass Curt Glaser ein Opfer des Nationalsozialismus war. Dieser Umstand rechtfertige die Anwendung der sogenannten *Washington Principles*.⁷ In Übereinstimmung mit diesen Prinzipien wurde nach einer gerechten und fairen Lösung («*just and fair solution*») gesucht. Nach der Empfehlung der Kunstkommission soll ein Teil einer solchen Lösung eine Ausstellung zu Curt Glaser und seiner Rolle als Sammler, Kunsthistoriker, Kunstkritiker und Museumsleiter sein.⁸ Zusätzlich soll mit den Erben über eine finanzielle Abfindung verhandelt werden.⁹ Die Höhe der ausgehandelten Abfindung ist bedauerlicherweise nicht bekannt. Sie wird aus dem Ankaufsfonds des Kunstmuseums geleistet.¹⁰

² Zu Glasers beruflichem und familiärem Werdegang, vgl. Ibid, S. 11 ff.

³ Für die genauen Umstände Curt Glasers Beurlaubung und späterer Entlassung, vgl. Ibid, S. 24 ff.

⁴ Ibid, S. 43 ff.

⁵ Siehe Ibid, S. 6. Zur «Veräusserung» eines Werkes (dazu zählt nach dem Verständnis der Kunstkommission auch die Restitution, vgl. Ibid, S. 7) benötigte der Regierungsrat allerdings eines gemeinsamen Antrages der Kunstkommission, der Kunstmuseumsdirektion und des Rektorats der Universität (§ 5 Abs. 2 Museumsgesetz Basel-Stadt vom 10.06.1999 (Stand am 10. April 2005), SG 451.100). Der Regierungsrat hätte also entgegen der Empfehlung von einer Entschädigung der Erben absehen können – dagegen wäre es ihm nicht möglich gewesen, «weiter» zu gehen und die Werke, ohne entsprechenden Antrag, an die Erben zu restituieren.

⁶ Ibid, S. 165.

⁷ *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*, verfügbar unter <https://www.lootedartcommission.com/Washington-principles>.

⁸ Entscheid (Fn. 1), S. 163.

⁹ Ibid, S. 165.

¹⁰ Vgl. Kunstmuseum Basel, *Der Fall Curt Glaser, Aufarbeitung und Einigung*, verfügbar unter <https://kunstmuseumbasel.ch/de/forschung/provenienzforschung/curtglaser>.

2. DER ENTSCHEID DER KUNSTKOMMISSION

2.1. Rechtliche Aspekte

2.1.1. Thematische Verortung der Rechtsfragen

Die Rechtsfragen zum Fall Curt Glaser sind in einem juristisch eher selten bearbeiteten Feld zu verorten. Curt Glaser hat seine Sammlung vor dem Krieg (grundsätzlich) selbstbestimmt verkauft und hatte auf den erzielten Erlös, nach Erkenntnissen der Kunstkommission, freien Zugriff.¹¹ Es handelt sich also nicht um Raubkunst, die von den Nationalsozialisten entwendet und verkauft wurde. Die vielbesprochene Problematik des gut- oder bösgläubigen Erwerbes ist hier nicht relevant, da der Verkäufer auch tatsächlich Eigentümer der Güter war, bzw. der Verkäufer (der Auktionator) auf Anweisung des Eigentümers (Curt Glaser) gehandelt hat.¹² Da der Verlust der Sammlung auch nicht in die Kriegszeit fällt, kommen verschiedene völkerrechtliche Anspruchsgrundlagen nicht zur Anwendung.¹³

Andererseits fällt die Sammlung auch nicht unter den Begriff des Fluchtgutes (im engeren Sinn). Der Begriff wurde geprägt durch den Bericht der «Bergier-Kommission»¹⁴ zum Transfer von Kulturgütern in und über die Schweiz 1933-1945.¹⁵ Nach dem Bericht handelt es sich bei Fluchtgut um «Kulturgüter, die von den (jüdischen) Eigentümern selbst in oder über die Schweiz ins Exil verbracht wurden».¹⁶ Darunter fallen also z.B. Kulturgüter, die von den Flüchtenden mit in die Schweiz gebracht wurden und dann hier zum Lebensunterhalt oder zur Finanzierung der weiteren Emigration verkauft wurden. Die Autoren des Berichtes halten es für begriffsnotwendig, dass das Eigentum an den Gütern ausserhalb des unmittelbaren Einflussgebietes der Nazis übergang.¹⁷ Die Sammlung Curt Glasers lässt sich nicht ohne Weiteres in die Kategorie «Fluchtgut» einreihen, nur schon weil das Eigentum in Deutschland und damit im Einflussgebiet der Nazis übergang.

Da es sich also vorliegend weder um Raub- noch um Fluchtgut handelt, wäre es sinnvoll, noch eine weitere Kategorie einzuführen, und zwar für Güter, die im Vorfeld und während des Zweiten Weltkrieges von ihren Eigentümern selbstbestimmt in

¹¹ Zur Verfügbarkeit des Kaufpreises, vgl. *Entscheid* (Fn. 1), S. 158.

¹² Zum gut- oder bösgläubigen Erwerb bei Restitutionsfragen, vgl. *Francini Esther Tisa/Heuss Anja/Kreis Georg*, *Fluchtgut – Raubgut, Der Transfer von Kulturgütern in und über die Schweiz 1933–1945 und die Frage der Restitution*, Zürich 2001, S. 54 ff.

¹³ *Hartung Hannes*, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung, Die Restitution der Beute- und Raubkunst in Kollisions- und Völkerrecht, Diss.*, Zürich 2004, S. 189 ff.

¹⁴ Bei der Bergier-Kommission handelt es sich um eine 1996 vom Schweizer Bundesrat eingesetzte Kommission zur historischen und rechtlichen Aufarbeitung der vor und während dem Zweiten Weltkrieg in die Schweiz gelangten Vermögenswerte, siehe Art. 2 Bundesbeschluss betreffend die historische und rechtliche Untersuchung des Schicksals der infolge der nationalsozialistischen Herrschaft in die Schweiz gelangten Vermögenswerte vom 13. Dezember 1996 (Stand am 1. Januar 2017), AS 1997 984.

¹⁵ *Francini/Heuss/Kreis* (Fn. 12).

¹⁶ *Ibid.*, S. 25; *Weller Matthias*, 20 Jahre «Washington Principles»: Zeit für ein Restatement of Restitution Principles?, in: *Mosimann/Schönenberger* (Hrsg.), *Kunst & Recht 2018 / Art & Law 2018*, Bern 2018, S. 92 ff.

¹⁷ *Esther Tisa Francini*, die Schöpferin des Begriffs, hat sich in einem Aufsatz für begriffliche Präzision eingesetzt, da der Begriff in juristischen und historischen Arbeiten teilweise ungenau oder einfach anders verwendet wird. Die Autorin spricht von einer «Anarchie der Interpretation», die zur «Anarchie der Restitution» führe, siehe *Francini Esther Tisa*, 13 Jahre «Fluchtgut»: Begrifflichkeit, Interpretation und Fallbeispiele, in: *Mosimann/Schönenberger* (Hrsg.), *Fluchtgut – Geschichte, Recht und Moral*, Bern 2015.

Deutschland verkauft wurden.¹⁸ Es stellen sich diesbezüglich spezifische historische und juristische Fragen, die in Abgrenzung zu Raubkunst und Fluchtgut beschrieben werden sollten. Von Brühl hat hier den Begriff des «deutschen Fluchtgutes» vorgeschlagen.¹⁹ Semantisch würde sich auch der Begriff des «verfolgungsbedingten Entzuges» eignen, welcher der *Handreichung*²⁰ der deutschen Bundesregierung entstammt.²¹ Allerdings wird der Begriff in der *Handreichung* als Oberbegriff für sehr unterschiedliche Vorgänge verwendet.²² Es erscheint nicht als sinnvoll, einen schon in einem so zentralen Dokument wie der *Handreichung* verwendeten und mit Bedeutung versehenen Begriff umdeuten zu wollen.

Was die rechtliche Behandlung von «deutschem Fluchtgut» angeht, ist insbesondere die Frage des anwendbaren Rechts zu beachten. Auf Sachverhalte, bei denen Kunstwerke in Deutschland die Hand wechselten, kommt nach Art. 100 Abs. 1 Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) deutsches Recht zur Anwendung.²³ Dieser Aspekt wurde im Fall Curt Glaser weder von der Kunstkommission noch von den Medienberichten aufgenommen. Anders ist die Rechtslage übrigens bei Fluchtgut im engeren Sinne, das erst auf schweizerischem Gebiet den Besitzer oder Eigentümer wechselte. In diesen Fällen kommt in aller Regel schweizerisches Recht zur Anwendung.²⁴

2.1.2. Materielle Rechtslage

Die Kunstkommission Basel geht davon aus, dass kein rechtlicher Anspruch der Erben an den betreffenden Kunstwerken gegeben ist.²⁵ Auf eine eigentliche rechtliche Prüfung wird im Entscheid denn auch verzichtet. Es sei nicht ein Rechtsanspruch, sondern ein moralischer Anspruch zu prüfen.²⁶ Trotzdem wird in der Folge auf Rechtstexte Bezug genommen und juristisches Vokabular und juristische

¹⁸ Selbstredend waren die Verkäufe dieser Zeit, insbesondere jüdischer Eigentümer, häufig auf die Verfolgung durch die Nationalsozialisten zurückzuführen. Als «selbstbestimmt» werden hier also die Verkäufe bezeichnet, bei denen die Eigentümer immerhin noch bestimmen konnten, welche Stücke sie behalten wollten und welche weggegeben werden mussten, und bei denen der Zwang zum Verkauf den allgemeinen politischen und gesellschaftlichen Umständen entstammte und nicht Folge einer direkten, persönlichen Einwirkung auf die Eigentümer war.

¹⁹ Von Brühl Friederike, «Deutsches Fluchtgut» als Rechtsproblem: Das Beispiel George Grosz, in: Mosimann/Schönenberger (Hrsg.), *Fluchtgut – Geschichte, Recht und Moral*, Bern 2015.

²⁰ *Handreichung zur Umsetzung der „Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz“ vom Dezember 1999*, Neufassung 2019, verfügbar unter <https://www.kulturgutverluste.de/Webs/DE/Recherche/Handreichung/Index.html>; im Folgenden zitiert als «*Handreichung*».

²¹ Bundesamt für Kultur, Glossar NS-Raubkunst, S. 3, verfügbar unter <https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturerbe/raubkunst.html>.

²² So ist nach dem Prüfschema der *Handreichung* entscheidend, ob für eine verfolgte Person ein Vermögensverlust «durch Zwangsverkauf, Enteignung oder auf sonstige Weise» eingetreten ist, siehe *Handreichung* (Fn. 20), S. 33 ff. Die *Handreichung* subsumiert also unter den Begriff des «verfolgungsbedingten Entzuges» keinesfalls nur «deutsches Fluchtgut».

²³ Sind Sachverhalte vor dem Jahr 1987 zu beurteilen, ist allerdings die Nichtrückwirkung des IPRG nach Art. 196 Abs. 1 IPRG zu beachten.

²⁴ Bei Fluchtgut im engeren Sinne liegt in den meisten Fällen schon gar kein internationaler Sachverhalt vor. Wenn dies ausnahmsweise doch der Fall ist, kommt nach Art. 100 Abs. 1 IPRG schweizerisches Recht zur Anwendung. Wiederum ist aber die Nichtrückwirkung des IPRG nach Art. 196 Abs. 1 IPRG zu beachten.

²⁵ Entscheid (Fn. 1), S. 145.

²⁶ Ibid, S. 6.

Methodik angewendet.²⁷ Ausserdem wird stark mit *soft law* argumentiert; insb. mit den *Washington Principles*. Das Verhältnis von moralischer und juristischer Argumentation wird weiter unten noch Thema sein. Trotz dieses Vorgehens der Kunstkommission wollen wir uns kurz der Klärung der Rechtslage widmen.

Der Eigentümer kann nach deutschem Recht gestützt auf § 985 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen. Dafür muss er nachweisen, dass der Besitzer das Eigentum nicht wirksam erworben hat, was insbesondere bei Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes der Fall ist.²⁸ In Frage kommen im Fall Glaser die Nichtigkeit des Kaufvertrages nach § 138 Abs. 1 (Sittenwidrigkeit) oder § 138 Abs. 2 (Wucher) BGB. Von Wucher wird gesprochen, wenn eine Partei sich unter Ausnutzung der Zwangslage der Gegenpartei eine Leistung versprechen lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zur eigenen Leistung steht.²⁹ Auch die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB müsste sich im vorliegenden Sachverhalt wohl aus dem Missverhältnis zwischen Kaufpreis und dem Wert der Kunstwerke ergeben. Somit ist i.c. für die Frage der Nichtigkeit die Angemessenheit des Kaufpreises entscheidend.

Die Kunstkommission geht in ihrem Entscheid auf diese Frage auf einigen Seiten ein.³⁰ Hier kann nicht auf all die sehr lesenswerten Erkenntnisse eingegangen werden. So viel sei gesagt: Der Auktionskatalog zur Auktion 180 bei Max Perl enthielt Schätzpreise.³¹ Der schliesslich vom damaligen Basler Museumsdirektor Otto Fischer bezahlte Kaufpreis betrug 90% der Schätzpreise.³² Die Schätzungen des Auktionshauses wurden also beinahe erreicht. Daher kann wohl nicht von einem auffälligen Missverhältnis i.S.v. § 138 Abs. 2 BGB gesprochen werden. Dieser Schluss wird auch dadurch gestützt, dass die Sammlung auf einer öffentlichen Auktion versteigert wurde. Es war schlicht kein Käufer bereit, mehr als das Kunstmuseum zu bezahlen.

Auch wenn man die Meinung vertreten möchte, dass das Eigentum damals nicht gültig übergegangen ist, wäre der Herausgabeanspruch nicht mehr durchsetzbar.³³ Im deutschen Recht unterliegt der dingliche Herausgabeanspruch einer Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB).³⁴ Ebenfalls verjährt sind vertragliche Ansprüche (§ 195 BGB) und verstrichen sind die Anmeldefristen für öffentlich-rechtliche Ansprüche.³⁵

Diese Feststellungen sollen allerdings nicht die Zwangslage und den Verlust von Curt Glaser relativieren. Glaser befand sich aufgrund der allgemeinen politischen Lage und den Repressionen gegen ihn persönlich unzweifelhaft in einer schweren Notlage.³⁶ Der Kunstmarkt befand sich 1933 auf einem historischen Tiefstand, teils aufgrund der Wirtschaftskrise, teils aufgrund der Machtübernahme der

²⁷ Insb. *Ibid.*, S. 145 ff.

²⁸ *Schwarzmeier Leonie*, Der NS-verfolgungsbedingte Entzug von Kunstwerken und deren Restitution, Diss., Hamburg 2014, S. 285 ff.

²⁹ Wucher ist nach einhelliger Lehre dann gegeben, wenn die Leistung des Benachteiligten knapp doppelt so hoch ist, wie die Leistung des Bevorteilten, vgl. *Ebling Klaus/Bullinger Winfried*, Praxishandbuch, Recht der Kunst, München 2019, S. 269.

³⁰ Entscheid (Fn. 1), S. 50 ff.; für eine detaillierte Auflistung der erstandenen Werke und Kaufpreise, vgl. Kunstmuseum Basel, Anhang 1 zum Entscheid der Kunstkommission in Sachen Curt Glaser, verfügbar unter <https://kunstmuseumbasel.ch/de/forschung/provenienzforschung/curtglasler>.

³¹ Entscheid (Fn. 1), S. 81.

³² *Ibid.*, S. 156.

³³ *Von Brühl* (Fn. 19), S. 154 ff.

³⁴ Ausserdem wäre eine mögliche Ersitzung nach § 937 BGB zu beachten.

³⁵ *Ebling/Bullinger* (Fn. 29), S. 275 f.

³⁶ Vgl. dazu Entscheid (Fn. 1), S. 153 ff.

Nationalsozialisten, wodurch vermehrt Sammlungen von jüdischen und nicht-jüdischen Verfolgten auf den Markt kamen.³⁷ Man kann daher nicht davon ausgehen, dass Curt Glaser ohne die gefährliche politische und gesellschaftliche Lage zu dieser Zeit (in diesem Ausmass) verkauft hätte.³⁸ Trotzdem ist dem Kunstmuseum Basel rechtlich nicht vorzuwerfen, dass es einen Teil der Sammlung erstanden hat. Die Folgerung der Kunstkommission, dass ein rechtlicher Anspruch der Erben Curt Glasers nicht besteht, ist nicht zu beanstanden. Curt Glaser wäre im Übrigen auch nicht gedient gewesen, wenn er keine Käufer für seine Kunstwerke gefunden hätte oder wenn er einen tieferen Preis hätte akzeptieren müssen.

2.2. Beurteilung nach den *Washington Principles*

Wie im letzten Abschnitt erwähnt, geht die Kunstkommission nicht davon aus, dass ein rechtlicher Anspruch der Erben besteht.³⁹ Stattdessen bespricht sie die Möglichkeit einer Einigung aufgrund moralischer Kriterien, mit dem schon erwähnten Resultat, dass eine Restitution zwar abgelehnt, aber Verhandlungen über eine Entschädigung empfohlen werden.⁴⁰ Zusätzlich wird im Basler Kunstmuseum eine Ausstellung über Curt Glaser ausgerichtet.⁴¹ Die moralische Diskussion orientiert sich stark an den *Washington Principles*.

Bei den *Washington Principles* (Washingtoner Erklärung) handelt es sich um eine Liste von Prinzipien für den Umgang mit während der NS-Zeit konfiszierten Kunstwerken. Sie wurde 1998 an der *Washington Conference on Holocaust-Era Assets* als internationale Übereinkunft von 44 Staaten erarbeitet und verabschiedet.⁴² Die Schweiz hat die Erklärung mitunterzeichnet. Das Kunstmuseum Basel hat sich zusammen mit anderen Schweizer Museen den Grundsätzen selbstverpflichtet.⁴³ Die *Washington Principles* sind gemäss der Präambel ausdrücklich nicht verbindlich («*non-binding*»). Die *Principles* sind sogenanntes «*soft law*»; sie können nicht Grundlage eines rechtlichen Anspruches sein, finden aber über Selbstverpflichtung, rechtliche Wertungen, Restitutionspraxis etc. ihren Weg in den juristischen Bereich.⁴⁴ Sie befinden sich damit im Grenzbereich zwischen Politik, Recht und Moral, der weiter unten noch Thema sein wird. Für Restitutionsfälle ist insbesondere Art. 8 der Erklärung relevant. Danach soll mit den ursprünglichen Eigentümern oder deren

³⁷ Zum Berliner Kunstmarkt im Jahr 1933, vgl. *Entscheid* (Fn. 1), S. 55 ff.

³⁸ Die Kunstkommission bespricht allerdings auch die Möglichkeit, dass der Tod Glasers erster Ehefrau einen Einfluss auf die Verkaufsentscheidung gehabt haben könnte, siehe *Entscheid* (Fn. 1), S. 154 f.

³⁹ *Ibid.*, S. 145.

⁴⁰ *Ibid.*, S. 165.

⁴¹ Kunstmuseum Basel, *Der Sammler Curt Glaser*, verfügbar unter <https://kunstmuseumbasel.ch/de/ausstellungen/2022/curt-glaser>.

⁴² Bundesamt für Kultur, *Explanations relating to the principles of the Washington Conference (1998) and to the declarations of the Vilnius (2000) and Terezin (2009) Conferences*, verfügbar unter <https://www.bak.admin.ch/bak/en/home/cultural-heritage/looted-art-from-the-nazi-period/international-principles.html>.

⁴³ *Entscheid* (Fn. 1), S. 145 f.

⁴⁴ *Jayme Erik*, *Der Gurlitt-Fall – Grundfragen des Kunstrechts*, in: Mosimann/Schönenberger (Hrsg.), *Kunst & Recht 2014 / Art & Law 2014*, Bern 2014, S. 151; *derselbe*, *Die Washingtoner Erklärung über Nazi-Enteignungen von Kunstwerken der Holocaustopfer: Narrative Normen im Kunstrecht*, in: *Museen im Zwielicht, Ankaufspolitik 1933-1945, Kolloquium vom 11. und 12. Dezember 2001 in Köln*, Magdeburg 2006, S. 251 ff.; *Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. Juni 2019, «Parlament soll bei Soft Law-Vorhaben stärker eingebunden werden»*, verfügbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-75590.html>.

Erben eine «*just and fair solution*» gesucht werden. Insbesondere unter diesem Aspekt ist die Entscheidung der Kunstkommission vorbildlich, weil man sich öffentlich mit den Vorwürfen auseinandergesetzt, den Sachverhalt minutiös untersucht und die Entscheidungsgründe im Einzelnen dargelegt hat. Hier überzeugt die Basler Empfehlung.

In einem anderen Punkt wurde allerdings eine grosse Chance verpasst: Die Parteien haben über die Höhe der Entschädigung Stillschweigen bewahrt.⁴⁵ Man kann davon ausgehen, dass die Restitution oder die Höhe der Entschädigung für alle beteiligten Parteien ein entscheidender Punkt war – neben der Frage der historischen Verantwortung. Somit bleibt mit der Höhe der Entschädigung der zentrale Punkt – die «*just and fair solution*» an sich – im Dunkeln. Es wird einzig mitgeteilt, dass die Entschädigung aus dem Ankaufsfonds des Kunstmuseums geleistet wird.⁴⁶

Im Entscheid selbst wird darauf hingewiesen, dass den Erben Reisekosten und möglicherweise Anwaltskosten entstanden seien und dass dies bei den Verhandlungen über eine Entschädigung zu berücksichtigen sei.⁴⁷ Damit wird ein ungefährender Rahmen der Entschädigung angedeutet. Dieser wird allerdings wieder verworfen, und zwar mit dem Verweis auf einen älteren Entscheid des Bundesgerichts, der interessante Parallelen zum Entscheid der Kunstkommission aufweist (BGE 126 II 145): In diesem Fall hatte das Bundesgericht ein Genugtuungsbegehren über CHF 100'000.- gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft zu beurteilen. Kläger war Joseph Spring, ein Jude, der 1943 von schweizerischen Grenzbeamten von der Einreise abgehalten und deutschen Grenzorganen übergeben wurde, worauf er nach Auschwitz deportiert wurde. Anders als zwei seiner Begleiter überlebte er das Konzentrationslager. Das Bundesgericht stellte fest, dass das Vorgehen der Schweizer Beamten nicht völkerrechtswidrig gewesen war (E. 4c u. 4d). Ob nationales Recht verletzt wurde, liess es schliesslich offen, da entsprechende Ansprüche verwirkt seien (E. 5a). Somit wurde die Klage in der Sache abgewiesen. Entgegen dem üblichen Vorgehen erhob das Bundesgericht aber keine Gerichtskosten und zusätzlich sprach es Spring eine grosszügige Parteientschädigung von CHF 100'000.- zu (E. 5bb). Der Kläger bekam im Resultat also die anfangs geforderte Summe, obwohl er in der Sache unterlegen war. Sowohl dieses Urteil des Bundesgerichts wie auch die Entscheidung der Kunstkommission kann man so interpretieren, dass entgegen der Rechtslage von staatlicher Seite eine Entschädigung gezahlt wurde.⁴⁸

⁴⁵ Mack Gerhard, «Kunst-Rückgabeforderungen: Zahlen oder verzichten?», NZZ am Sonntag vom 18.04.2020, verfügbar unter <https://nzzas.nzz.ch/kultur/wie-museen-mit-kunst-rueckgabeforderungen-umgehen-ld.1552192>.

⁴⁶ Die meisten Beobachter gehen von einer Obergrenze von einer Million aus, vgl. Mensch Christian, «Abfindung in unbekannter Höhe: Kunstmuseum Basel findet eine Einigung mit den Glaser-Erben», bz – Zeitung für die Region Basel vom 27.03.2020, verfügbar unter <https://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/abfindung-in-unbekannter-hohe-kunstmuseum-basel-findet-eine-einigung-mit-den-glaser-erben-ld.1414756>; derselbe, «Die Quadratur des Kulturzirkels: Im Fall Glaser wurde eine Vereinbarung getroffen», bz – Zeitung für die Region Basel vom 28.03.2020, verfügbar unter <https://www.bzbasel.ch/amp/basel/basel-stadt/die-quadratur-des-kulturzirkels-im-fall-glaser-wurde-eine-vereinbarung-getroffen-ld.1414834>; zumindest eine Beobachterin nimmt eine Entschädigung in Höhe der heutigen Schätzpreise an, siehe Hauser-Schäublin Brigitta, «Es zählt allein das Argument der Moral», Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 16.11.2020, verfügbar unter <https://www.nzz.ch/feuilleton/ns-entschaedigungsforderungen-und-das-argument-der-moral-ld.1583873>.

⁴⁷ Entscheid (Fn. 1), S. 164.

⁴⁸ Das Bundesgericht argumentiert im Kostenentscheid (BGE 126 II 145 E. 5) einerseits juristisch mit Verweis auf die Prozessführung in guten Treuen und die tatbeständlichen sowie rechtlichen Schwierigkeiten, andererseits aber auch mit moralischen Überlegungen: «Mit Blick auf die aussergewöhnlichen Umstände des vorliegenden Falles (Überstellung des Klägers an die deutschen Behörden unter den beschriebenen

Bezüglich der Höhe der Entschädigung im Fall Glaser kann also nur spekuliert werden.⁴⁹ Indem sie den Fall Spring referenziert, deutet sie an, dass die Reise- und Anwaltskosten keine Obergrenze setzen: Nach einer zumindest naheliegenden Interpretation war die Parteientschädigung im Fall Spring eben gerade nicht nur Ersatz für getätigte Aufwendungen, sondern immerhin teilweise auch ein Entgegenkommen auf eine moralisch berechnete Forderung des Klägers.

Dass über die Höhe der Entschädigung Stillschweigen bewahrt wurde, ist bedauerlich. Hier wäre ein genauso transparentes Vorgehen gefragt gewesen, wie es bei der historischen Aufarbeitung und den inhaltlichen Abwägungen der Fall war. Indem die verantwortlichen Stellen die Höhe der Entschädigung geheim halten, entziehen sie der öffentlichen Diskussion um eine bestimmte (restitutionsfreundliche) Praxis die Grundlage. Die Verantwortung für diese Entscheidung ist hauptsächlich beim Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt zu suchen. Die Kunstkommission war nicht berechnete, mit den Erben eine Lösung auszuhandeln, oder den abschlägigen Entscheid des Regierungsrates aus dem Jahre 2008 aufzuheben.⁵⁰ Sie konnte einzig eine Empfehlung an den Regierungsrat abgeben, an dem dann das Aushandeln einer Lösung lag.

2.3. Das Verhältnis von Recht und Moral

2.3.1. Übersicht

Die Kunstkommission geht ohne nähere Begründung (allerdings wohl richtigerweise) davon aus, dass kein rechtlicher Anspruch der Erben Glasers gegeben ist. Sie prüft daher, ob aus moralischen Überlegungen eine Handlung vorzunehmen ist.⁵¹ Dabei werden die moralischen Überlegungen jedoch auf fast jeder Stufe mit rechtlichen Grundlagen, rechtlichem Vokabular und rechtlichen Vorgehensweisen verwoben, sodass der Charakter des Entscheides als historische und ethische Arbeit, oder dann als juristische Stellungnahme letztlich ambivalent bleibt. Die Kunstkommission selbst erteilt der Einstufung als juristischer Text eine Absage, insb. da der Entscheid im Hinblick auf ein gerichtliches Verfahren in jeder Hinsicht unpräjudiziell sei.⁵² Trotzdem stellt sich die Frage, wie der Text in verschiedenen Kreisen aufgenommen werden wird, insb. in juristischen Kreisen. Was ist die juristische Relevanz des Entscheides? Wird die Arbeit der Kommission in der Rechtswissenschaft oder sogar von den Gerichten rezipiert werden? Finden die ethischen Abwägungen auch Eingang in juristische Wertungsfragen? Die Antwort richtet sich auch danach, ob das Rechtssystem den Entscheid der Kunstkommission dem Recht oder einer anderen, rechtsfremden Sphäre zurechnen wird. Die Selbsteinstufung der Kommission ist dazu ein relevantes Kriterium, allerdings nur insoweit diese Einstufung vom Rechtsdiskurs akzeptiert und übernommen wird.⁵³

Umständen) rechtfertigt es sich, von dieser Möglichkeit hier ausnahmsweise Gebrauch zu machen und damit der menschlichen Tragik nicht nur in Worten Rechnung zu tragen.» [Markierung hinzugefügt].

⁴⁹ Entscheid (Fn. 1), S. 164.

⁵⁰ Ibid, S. 6.

⁵¹ Ibid, S. 6, S. 145.

⁵² Ibid, S. 145.

⁵³ Nach der Luhmannschen Systemtheorie ist Recht das, was das Rechtssystem als Recht bezeichnet, vgl. Huber Thomas, Systemtheorie des Rechts, Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns, Baden-Baden 2007, S. 155.

2.3.2. Das Verhältnis anhand der Washington Principles

Bei den *Washington Principles* als *soft law* ist die Ambivalenz zwischen Recht und Moral schon in der Systematik angelegt. Im Entscheid zeigt sich das am besten bei der Diskussion des Anwendungsbereiches.⁵⁴ Die Prüfung des Anwendungsbereiches (auch Geltungs- oder Schutzbereich) ist auch in der Rechtswissenschaft üblich.⁵⁵

In sachlicher Hinsicht ist die Erklärung auf Kunstwerke anwendbar, die konfisziert («*confiscated*») wurden.⁵⁶ Zu beachten ist hier auch die Erklärung der Nachfolgekonzferenz in Theresienstadt (*Theresienstädter Erklärung*⁵⁷). Der Bundesrat hat sich zu dieser Erklärung jeweils so geäußert, dass sie die Washingtoner Richtlinien «bestätigen».⁵⁸ Die Kunstkommission Basel hat die Erklärung zu Recht als «Auslegungsangebot» zu den *Washington Principles* verstanden.⁵⁹ Für die Auslegung ist insb. das Kapitel zu NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kunstgegenständen («*Nazi-Confiscated and Looted Art*») aus der *Theresienstädter Erklärung* beizuziehen. In der Einleitung zu diesem Kapitel wird daran erinnert, dass Kunstgegenstände unter den Nazis auf vielfältige Weise verloren gingen und beschlagnahmt wurden.⁶⁰ Diese Einleitung erläutert die Beweggründe und formuliert die Ziele, in deren Sinne die anschliessend folgenden Ziffern 1 – 5 zu interpretieren sind.

In Ziff. 3 desselben Kapitels werden alle Akteure aufgefordert «*just and fair solutions*» für «*Nazi-confiscated and looted art*» zu ermöglichen. Damit präzisiert die *Theresienstädter Erklärung*, dass der Anwendungsbereich von Art. 8 der *Washington Principles* auch «*looted art*» einschliesst. Dass die Einleitung zum Kapitel «*Nazi-confiscated and Looted Art*», wo – wie gesagt – auch andere Varianten des Verlustes angesprochen werden⁶¹, als Erweiterung des Anwendungsbereiches von Art. 8 der *Washington Principles* anzusehen sei, ist v.a. aus systematischen Gründen abzulehnen, da es mit Ziff. 3 des genannten Kapitels der *Theresienstädter Erklärung* einen Passus gibt, der sich spezifisch auf Restitutionsfälle (Art. 8 der *Washington Principles*) bezieht («*lex specialis*»).⁶² Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Einleitung des Kapitels auf andere Verpflichtungen aus den Washingtoner Richtlinien bezieht, z.B. auf die

Indem die Kunstkommission ihren Entscheid als «nicht-rechtlich» einstuft, kann sie also nicht verhindern, dass das Rechtssystem diesen trotzdem «rechtlich» verwendet.

⁵⁴ Entscheid (Fn. 1), S. 146 ff.

⁵⁵ Zum Beispiel bei der Frage, ob der «Schutzbereich» einer grundrechtlichen Norm (*Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard*, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich 2021, S. 105) oder der «Anwendungsbereich» eines völkerrechtlichen Vertrags, wie dem Lugano-Übereinkommen, eröffnet ist (*Walter Gerhard/Domej Tanja*, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl., Bern 2012, S. 195 ff.).

⁵⁶ Präambel und Art. 8 der *Washington Principles*.

⁵⁷ *Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues*, verfügbar unter http://holocausteraassets.eu/files/200000215-35d8ef1a36/terezin_declaration_final.pdf.

⁵⁸ Fragestunde, Nr. 14.5664 von Alec von Graffenried vom 08.12.2014 betreffend «Raubkunst», verfügbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20145664>; Motion Nr. 14.3480 von Mathias Reynard vom 18.06.2014 betreffend «Raubkunst. Verbindlichkeit der Washingtoner Richtlinien international stärken», verfügbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20143480>.

⁵⁹ Entscheid (Fn. 1), S. 150.

⁶⁰ «Recognizing that art and cultural property of victims of the Holocaust (Shoah) and other victims of Nazi persecution was confiscated, sequestered and spoliated, by the Nazis, the Fascists and their collaborators through various means including theft, coercion and confiscation, and on grounds of relinquishment as well as forced sales and sales under duress, during the Holocaust era between 1933-45 and as an immediate consequence...»

⁶¹ Fn. 60.

⁶² Dass sich Ziff. 3 zum Kapitel «*Nazi-confiscated and Looted Art*» der *Theresienstädter Erklärung* auf Art. 8 der *Washington Principles* bezieht, ergibt sich insb. durch die Verwendung der Formel der «*just and fair solution*».

Provenienzforschung und die Veröffentlichung der Ergebnisse. Im Fall Glaser wurden die Kunstwerke vom Eigentümer verkauft und dieser wurde dafür auch entschädigt. Die Werke wurden also weder konfisziert («*confiscated*»), noch geraubt («*looted*»). Nach einer Auslegung nach dem Wortlaut, muss man die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereiches der *Washington Principles* deshalb verneinen.⁶³ Den zeitlichen Anwendungsbereich dagegen macht die Kommission vom Vorliegen einer Verfolgungssituation abhängig.⁶⁴ Bedenken, ob eine solche Verfolgungssituation zum Zeitpunkt des Verkaufsentscheides schon vorlag, werden schliesslich beiseitegeschoben.⁶⁵

Aus rechtlicher Sicht ist diese Folgerung der Kunstkommission nicht zu kritisieren; freilich hätte die Kunstkommission gut daran getan, diesem Punkt auch im Zusammenhang einer moralisch-ethischen Würdigung Beachtung zu schenken. In die moralischen Überlegungen müsste auch einfließen, ob der Eigentümer sich freiwillig von den Werken getrennt hat oder ob er aufgrund politischer Verfolgung dazu gezwungen war. Die Unklarheit bezüglich des Charakters der *Washington Principles* verdunkelt damit nicht nur die rechtliche, sondern auch die moralisch-ethische Argumentation. Die Kunstkommission erachtet es also für die Anwendung der *Washington Principles* im Resultat als nicht relevant, ob der (selbst definierte) Anwendungsbereich eröffnet ist. Man könnte sich daher fragen, warum das Thema überhaupt angeschnitten wurde. Diese Problematik wird im Entscheid mit dem Argument aufgefangen, dass die möglichen Lösungsansätze («Rechtsfolgen») der *Principles* derart divers seien, dass auch bezüglich des Anwendungsbereiches keine formale Prüfung angezeigt sei.⁶⁶ Eine solche Argumentation überzeugt nur, wenn die *Washington Principles* als ethische Grundlage verstanden werden

Um dies klarzustellen: Nicht der Beizug der *Washington Principles* an sich ist zu kritisieren, hier entspricht man einer klaren internationalen Praxis.⁶⁷ Zu kritisieren ist die Unklarheit darüber, ob die *Principles* als Rechtstext oder als ethischer Leitfaden behandelt werden. Dadurch wird bei allen Adressatinnen und Adressaten, in Rechts- und Kunstkreisen, bei den Medien und in der Politik, Verwirrung über den Charakter der Empfehlung gestiftet.

Stringent argumentiert die Kunstkommission bezüglich der *Theresienstädter Erklärung*⁶⁸ und der deutschen *Handreichung*⁶⁹. Hier wird nicht nach juristischer Manier der Anwendungsbereich geprüft, sondern die Anwendung dieser Grundlagen wird davon abhängig gemacht, ob dadurch ein Erkenntnisgewinn möglich ist.⁷⁰ Da

⁶³ Vgl. Jolles Alexander, Fluchtkunst ist nicht Raubkunst – schweizerische Rechtslage bei Fluchtkunst, in: Mosimann/Schönenberger (Hrsg.), Fluchtkunst – Geschichte, Recht und Moral, Bern 2015, S. 138 f. Auch Weller weist darauf hin, dass bei Fluchtkunst im engeren Sinne begrifflich keine Konfiskation vorliegt, vgl. Weller (Fn. 16), S. 93.

⁶⁴ Entscheid (Fn. 1), S. 154.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid, S. 151.

⁶⁷ Auch die von fünf europäischen Staaten (Deutschland, Österreich, Frankreich, England, Niederlande) geschaffenen Kommissionen (in Umsetzung von Art. 11 der *Washington Principles*), welche sich mit streitigen Eigentumsfragen im Umfeld des Holocaust auseinandersetzen, haben sich immer wieder für die Anwendung der *Washington Principles* auf Fluchtkunst ausgesprochen: Weller (Fn. 16), S. 93 f. Das heisst aber nicht, dass auch in jedem Fall zugunsten der Antragssteller entschieden wurde, siehe Weller Matthias/Anne Dewey, Warum ein „Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art“? Das Beispiel „Fluchtkunst“, in: Weller u.a. (Hrsg.), Raubkunst und Restitution – Zwischen Kolonialzeit und Washington Principles, Baden-Baden 2020, S. 68 ff.

⁶⁸ *Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues* (Fn. 57).

⁶⁹ Vgl. Fn. 20.

⁷⁰ Entscheid (Fn. 1), S. 148 ff.

die Kunstkommission keinen Entscheid im Rechtssinne fällt, sondern eine moralische Abwägung trifft, kann grundsätzlich jede hilfreiche Quelle beigezogen werden.

2.3.3. Fazit zur Argumentation der Kunstkommission

Es bleibt festzuhalten, dass es irritiert, wenn von «Rechtsquellen» und «anwendbarem Recht» gesprochen wird, wenn diese Grundlagen nicht zur Prüfung eines rechtlichen Anspruches eingesetzt werden. Es stellt sich also die Frage, wie rechtliche Grundlagen argumentativ überzeugend in eine moralische Abwägung eingearbeitet werden können. Der Entscheid geht ausdrücklich auf das Verhältnis von Recht und Moral ein: Die Unterschiede der Systeme dürften nicht «überbetont werden» und es sei stets von einer gegenseitigen Beeinflussung auszugehen.⁷¹ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Daher ist der Entscheid der Kunstkommission nachvollziehbar, auch rechtliche Grundlagen in die moralischen Überlegungen einfließen zu lassen. Sinnvollerweise ist der Einbezug von rechtlichen Quellen aber davon abhängig zu machen, ob daraus für die moralische Überlegung ein Erkenntnisgewinn resultiert; ob z.B. in einem Gesetz durch politische Vorarbeit (Vernehmlassung, parlamentarische Diskussion, Studien und Untersuchungen), Lehre und Rechtsprechung ein «*Blueprint*» für diffizile Interessenabwägungen gegeben wird. Insofern hätte die Kunstkommission vollständig auf juristische Prüfungen, insb. des Anwendungsbereiches, verzichten können.⁷² Für die moralische Argumentation steht jede (Rechts-)Quelle offen.

C. SYSTEMTHEORETISCHE ANALYSE NACH LUHMANN

1. ZIELE

Ziel dieses Kapitels ist es, aus der Perspektive der Rechtssoziologie *Niklas Luhmanns* die Auswirkungen des Entscheides der Kunstkommission und ähnlicher Entscheidungen auf das Rechtssystem zu untersuchen. Der vom Kunstmuseum Basel behandelte Fall ist kein Einzelfall. Die Sammlung Glaser ist heute auf

⁷¹ Ibid, S. 145.

⁷² Juristisch-formell zu prüfen ist allerdings die Zuständigkeit der Kunstkommission und anderer involvierter Stellen, was ebenfalls getan wurde, vgl. Entscheid (Fn. 1), S. 6 ff.

verschiedene Institutionen und Museen verteilt.⁷³ Nicht wenige dieser Einrichtungen haben bezüglich dieser Stücke ebenfalls schon Entscheide gefällt.⁷⁴

Die Diskussion über die Restitution von Kulturgütern, die im Zusammenhang mit dem Holocaust entwendet wurden, ist relativ weit fortgeschritten, was wohl zu einem grossen Teil den *Washington Principles* zu verdanken ist. Eine Diskussion, die gerade erst richtig anläuft, ist dagegen die um (Raub-)Kunst aus kolonialen Kontexten.⁷⁵

Beiden Themenfeldern ist gemein, dass die juristische Würdigung keineswegs als abschliessende Beurteilung akzeptiert wird. Oft fängt die Diskussion dann erst richtig an, nämlich ob vielleicht ohne rechtliche Notwendigkeit ein Kunstwerk zurückgeführt werden soll, oder ob ein Werk, obwohl es sich nachweislich um Raubkunst handelt, aus museologischen Gründen besser in der bisherigen Sammlung verbliebe.⁷⁶ Hier werden also in einer Domäne, die das Rechtssystem normalerweise für sich reklamiert – nämlich bei der Frage, ob der Besitzer einen Gegenstand behalten darf oder nicht – eine Reihe von anderen Argumenten und Massstäben eingeführt. Die Frage ist nun, wie dieser Umstand durch das Rechtssystem verarbeitet wird: Stellt es sich gegen eine «nicht-juristische» Praxis, übernimmt es die externen Wertungen und inkorporiert sie ins System oder ignoriert es sie? Wohlgedenkt: Hier soll es nicht um Fälle gehen, bei denen aufgrund einer juristischen Prüfung oder eines Urteils eines Gerichtes (oder eines anderen Entscheides mit Bindungswirkung) Kunstwerke restituiert werden –

⁷³ In der Schweiz hat neben dem Kunstmuseum Basel das Kunsthaus Zürich Werke von Edvard Munch aus der Sammlung Glaser im Bestand, vgl. Kunsthaus Zürich, Die Sammlung, Klassische Moderne, verfügbar unter <https://www.kunsthaut.ch/sammlung/klassische-moderne/>. In Deutschland finden sich Stücke aus der Sammlung Glaser insb. im Museum Ludwig in Köln und in der Hamburger Kunsthalle, vgl. Museum Ludwig, Bildliste Restititionen Flechtheim/Glaser, verfügbar unter https://www.museum-ludwig.de/fileadmin/content/07_Presse/Bildliste_Flechtheim_Glaser_final.pdf; Hamburger Kunsthalle, Restitution und Rückkauf des Aquarells «Walchensee» von Lovis Corinth, verfügbar unter <https://www.hamburger-kunsthalle.de/restitution-und-ruckkauf-des-aquarells-walchensee-von-lovis-corinth>. Im angelsächsischen Raum sind entsprechende Stücke im Courtauld Institute of Art in London und in verschiedenen Museen in den USA zu finden, vgl. UK Spoliation Advisory Panel, Report of the Spoliation Advisory Panel in respect of eight drawings now in the possession of the Samuel Courtauld Trust, S. 1 f., verfügbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/248231/0757.pdf.

⁷⁴ Entscheid (Fn. 1), S. 138 ff.

⁷⁵ Für eine Überblick über die Diskussion in Deutschland und Frankreich, siehe Wolfgang Mulke, Goethe Institut, Die Restitution kolonialer Artefakte kommt nur langsam voran, verfügbar unter <https://www.goethe.de/de/kul/wis/21648911.html>. Der vom französischen Präsidenten in Auftrag gegebene und im November 2018 erschienene Bericht über den Umgang mit kolonialen Kulturgütern zeigt sich grundsätzlich restitutionsfreundlich, siehe *Sarr Felwine/Savoy Bénédicte*, *Restituer le patrimoine africain*, Paris 2018. Der Leitfaden des deutschen Museumsbundes ist zurückhaltender und schlägt auch andere Lösungen vor, vgl. Deutscher Museumsbund, Leitfaden zum Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten, verfügbar unter <https://www.museumsbund.de/publikationen/leitfaden-zum-umgang-mit-sammlungsgut-aus-kolonialen-kontexten/>. In England wird unter anderem über die Rückführung der «Elgin Marbles» nach Griechenland diskutiert, siehe *Nielsen Don Morgan*, «The Parthenon Report: Morality vs. Law», *Greek City Times* vom 07.08.2021, verfügbar unter <https://greekcitytimes.com/2021/08/07/the-parthenon-report-morality-vs-law/>.

⁷⁶ So wird z.B. auf die unzureichende Finanzierung vieler afrikanischer Museen hingewiesen und darauf, dass nur ein Bruchteil der Kulturgüter aus kolonialen Kontexten, die momentan in europäischen Museen aufbewahrt werden, in afrikanischen Museen Platz fänden. Auch der Transport alter Artefakte kann Probleme bereiten, vgl. *Weber Barbara*, «Debatte um Restitution kolonialer Kunst», Deutschlandfunk vom 24.01.2019, verfügbar unter https://www.deutschlandfunk.de/provenienzforschung-debatte-um-restitution-kolonialer-kunst.1148.de.html?dram:article_id=439063; Deutsche Welle, Kolonialismus: Gibt es den politischen Willen zur Restitution?, verfügbar unter <https://www.dw.com/de/kolonialismus-gibt-es-den-politischen-willen-zur-restitution/a-46963206>.

deren Zugehörigkeit zum sozialen System «Recht» ist unbestritten. Die Frage ist, was passiert, wenn solche Vorgänge unter Ausklammerung rechtlicher Streitpunkte behandelt werden.

2. GRUNDZÜGE DER SYSTEMTHEORIE

Die vom ausgebildeten Juristen *Niklas Luhmann* formulierte Systemtheorie ist eine weitverzweigte und komplexe soziologische Theorie, deren Darstellung, auch nur in den Grundzügen, in dieser Arbeit nicht möglich ist.⁷⁷ In den folgenden Absätzen soll ein Überblick über die für diese Arbeit relevanten Konzepte gegeben werden.

Nach *Luhmann* leben wir in einer *funktional differenzierten* Gesellschaft.⁷⁸ In einer funktional differenzierten Gesellschaft bilden sich verschiedene *Systeme*, die spezifische Aufgaben wahrnehmen (z.B. Recht, Wirtschaft, Kunst, Erziehung, Wissenschaft etc.).⁷⁹ Diese Systeme bestehen aus *Kommunikation*; es ist ihre *Operation*.⁸⁰ *Luhmann* versteht die Gesellschaft also nicht etwa als eine Vielzahl von Individuen oder Institutionen, sondern als ein Gemenge an Kommunikation.⁸¹ Erfolgreiche Kommunikation besteht aus drei Selektionen: Information, Mitteilung und Verstehen.⁸² Systeme organisieren sich selbstständig und entwickeln sich aus sich heraus. *Luhmann* nennt das *Autopoiesis*⁸³ und übernimmt damit einen Ansatz des Biologen *Humberto Maturana*, der das Konzept allerdings auf lebende Systeme angewendet hatte.⁸⁴ Für das soziale System postuliert *Luhmann*, dass jede Kommunikation an eine vorhergehende Kommunikation anknüpft und damit gleichzeitig einen möglichen Anknüpfungspunkt für weitergehende Kommunikation bildet.⁸⁵

Die Kommunikation innerhalb eines Systems orientiert sich immer an einem binären *Code* von Wert/Gegenwert.⁸⁶ Für das Rechtssystem ist dieser Code z.B. Recht/Unrecht und für das Wissenschaftssystem Wahr/Unwahr.⁸⁷ So gehört jede Kommunikation, die sich am Code Recht/Unrecht orientiert, zum Rechtssystem. Indem man sagt, was zum System gehört, bestimmt man gleichzeitig die Grenze des Systems; denn alles, was nicht zum System gehört, ist *Umwelt*.⁸⁸

Kommunikation kann die Systemgrenzen nicht überschreiten, weder nach innen noch nach aussen. Man spricht daher von einer *operativen Geschlossenheit* sozialer Systeme.⁸⁹ Soziale Systeme sind allerdings keinesfalls hermetisch von ihrer Umwelt

⁷⁷ Zum äusserst abstrakten und verzweigten Charakter der Luhmannschen Systemtheorie, vgl. *Huber* (Fn. 53), S. 17 ff.

⁷⁸ *Baraldi Claudio/Corsi Giancarlo/Esposito Elena*, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1998, S. 68.

⁷⁹ *Huber* (Fn. 53), S. 40 f.

⁸⁰ *Krause Detlef*, *Luhmann-Lexikon*, Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann, 4. Aufl., Stuttgart 2005, S. 173.

⁸¹ *Luhmann Niklas*, *Die Moral der Gesellschaft*, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2020, S. 381.

⁸² *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 75), S. 89; *Luhmann Niklas*, Was ist Kommunikation, in: *Simon* (Hrsg.), *Lebende Systeme, Wirklichkeitskonstruktionen in der systemischen Therapie*, 4. Aufl., Berlin 1997, S. 11 ff.

⁸³ *Ibid.*, S. 29 ff.; *Huber* (Fn. 53), S. 44 ff.

⁸⁴ *Baxter Hugh*, *Niklas Luhmann's Theory of Autopoietic Legal Systems*, in: *The Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 9 (2013), S. 167 ff., S. 170.

⁸⁵ *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 123.

⁸⁶ *Krause* (Fn. 80), S. 132.

⁸⁷ *Huber* (Fn. 53), S. 91 f.

⁸⁸ *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 195 ff.

⁸⁹ *Krause* (Fn. 80), S. 219 f.

abgeriegelt: Die Umwelt eines Systems besteht aus einem Rauschen («*noise*»), das es als Störung oder Irritation wahrnehmen kann.⁹⁰ Wenn das System Störungen mit den eigenen Strukturen oder *Programmen* (eine Anleitung für die richtige Anwendung des systemeigenen Codes⁹¹) verarbeitet, werden sie zu Informationen.⁹² Systeme sind also geprägt von einer *kognitiven Offenheit* (im Gegensatz zur operativen Geschlossenheit).⁹³ Von einer *Irritation* spricht man, wenn sich eine Information vorerst der Spezifizierung durch den systeminternen Code entzieht.⁹⁴

Um die gegenseitige Beeinflussung von System und Umwelt und speziell auch die Beziehung zwischen zwei sozialen Systemen (z.B. Wirtschaft und Recht) zu beschreiben, führt *Luhmann* den Begriff der *strukturellen Kopplung* ein.⁹⁵ Man spricht von einer strukturellen Kopplung, «wenn ein System bestimmte Eigenarten seiner Umwelt dauerhaft voraussetzt und sich strukturell darauf verlässt»⁹⁶. Das Rechtssystem setzt z.B. aufgrund der bisherigen Erfahrung das Eigentum voraus.⁹⁷ Eigentumsrechtliche Angelegenheiten haben gute Chancen, Teil der Rechtskommunikation zu werden. Eigentum hat allerdings beispielsweise auch für das Wirtschaftssystem eine Relevanz. Auf diese Weise lässt sich auch die (indirekte) Beziehung zwischen den Systemen verstehen. Nehmen wir folgendes Beispiel: Ein Gericht setzt fest, dass auf einem Stück Bauland nur einstöckig gebaut werden darf. Aufgrund dieser Einschränkung verliert das Grundstück an Wert im wirtschaftlichen Verkehr. Die rechtliche Kommunikation des Gerichts hat also in diesem Beispiel auch einen Einfluss auf das Wirtschaftssystem. Dies bedeutet aber keine Einschränkung der operativen Geschlossenheit, da nicht ein System das andere beeinflusst, sondern schlicht derselbe Reiz durch die jeweiligen systemspezifischen Programme verarbeitet wird.⁹⁸

3. DIE MORAL IN DER SYSTEMTHEORIE

Die Kunstkommission hat in Sachen Curt Glaser nach eigenen Angaben keinen rechtlichen Entscheid gefällt. Stattdessen wird auf die moralische Verpflichtung Bezug genommen.⁹⁹ Da in dieser Arbeit schwergewichtig das soziale System des Rechts untersucht werden soll, muss in einem ersten Schritt die Rolle der Moral im Rechtssystem untersucht werden.

Die Moral an sich ist kein eigenes System; moralische Argumente können innerhalb jedes Systems vorgebracht werden.¹⁰⁰ Sie haben aber gemäss

⁹⁰ Ibid, S. 169 f.

⁹¹ *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 139 ff.

⁹² *Huber* (Fn. 53), S. 42.

⁹³ *Vesting Thomas*, Kein Anfang und kein Ende, Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, S. 10 ff., verfügbar unter https://www.jura.uni-frankfurt.de/45046350/Publikationen_online; *Huber* (Fn. 53), S. 46.

⁹⁴ *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 169.

⁹⁵ *Luhmann Niklas*, Das Recht der Gesellschaft, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2009, S. 440 ff.; *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 186 ff.; *Lippuner Roland*, Operative Geschlossenheit und strukturelle Kopplung. Zum Verhältnis von Gesellschaft und Umwelt aus systemtheoretischer Sicht, in: *Geographische Zeitschrift*, Bd. 98 H. 4 (2010), S. 194 ff., S. 200 ff.

⁹⁶ *Luhmann* (Fn. 95), S. 441.

⁹⁷ Ibid, S. 446 ff.; *Huber* (Fn. 53), S. 135 f.

⁹⁸ *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 188 f.

⁹⁹ Insb. *Entscheid* (Fn. 1), S. 145.

¹⁰⁰ *Luhmann* (Fn. 81), S. 116 f.; *Huber* (Fn. 53), S. 111.

Luhmann tendenziell eine störende Wirkung und fördern die Polemik, da ihr Code (Achtung/Nichtachtung des Kommunikationspartners) nicht mit dem des jeweiligen Systems kongruent ist.¹⁰¹ Das Reflexionssystem der Moral ist die Ethik.¹⁰² Die Ethik kann dabei keine Begründung der Unterscheidung von Achtung/Nichtachtung liefern sondern sie beobachtet nur, wie der Code angewendet wird.¹⁰³

Ein moralisches Argument hat somit auch «keine rechtliche Relevanz»¹⁰⁴. Wenn es einen Einfluss auf das Recht hat, dann nachdem es «verrechtlicht» wurde.¹⁰⁵ Mit dem Konzept der «Verrechtlichung» will *Luhmann* ausdrücken, dass moralische Argumente nur zulässig sind, wenn sie in eine systemverträgliche Form gebracht wurden. So liegt z.B. dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingung die Vorstellung zugrunde, dass zwischen den beiden Parteien ein Macht- und Informationsgefälle besteht. Das moralische Urteil ist daher, dass dem «schwachen» Kunden eine objektiv starke Rechtsposition zugestanden werden muss.¹⁰⁶ Ein Gericht würde aber die starke Rechtsposition dem Kunden nicht einfach aufgrund des moralischen Empfindens zugestehen, sondern es braucht dafür eine rechtliche Kommunikation, an die es anschließen kann, z.B. das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Präjudizien oder eine herrschende Lehre. So gesehen ist die Moral nur dann Teil des Rechtssystems, wenn sie vom Rechtssystem selbst anerkannt wird – und wenn nicht, dann nicht.¹⁰⁷ *Luhmann* arbeitet hier mit der Figur des «re-entry»¹⁰⁸: Das aufgrund eines Codes von seiner Umwelt differenzierte System bezieht sich auf einen externen Bezugspunkt, die Moral. Gerade diese Bezugnahme kann aber als Operation des Rechtssystems selbst erkannt werden. Die Unterscheidung von System und Umwelt wird nämlich doppelt verwendet: Erstens um das System von der Umwelt zu unterscheiden (und so die Referenz auf die Moral als Fremdreferenz erkennen zu können) und gleichzeitig um die Fremdreferenz als dem System zugehörig zu kennzeichnen. Es ist der Wiedereintritt der Unterscheidung in das Unterschiedene.¹⁰⁹

Es lässt sich also schlussfolgern, dass der Entscheid der Kunstkommission nicht einem theoretischen sozialen System der Moral zugerechnet werden kann, da ein solches in der Systemtheorie nicht vorgesehen ist. Die moralische Argumentation ist aber auch nicht ohne weiteres Teil des Rechtssystems, sondern nur dann, wenn der Verweis auf die Moral im Recht selbst angelegt ist, wie es z.B. bei Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), der Gutgläubigkeit (Art. 3 ZGB) oder der Sittenwidrigkeit (Art. 19 Abs. 2 OR) der Fall ist. Der Entscheid nimmt auf diese rechtliche Grundlagen Bezug und das Kunstmuseum fühlt sich insbesondere der erhöhten Sorgfaltspflicht beim Erwerb aus Art. 3 Abs. 2 ZGB verpflichtet.¹¹⁰ Durch entsprechende Verweise finden

¹⁰¹ *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 119 ff.; Zum Begriff der Achtung, vgl. *Luhmann* (Fn. 81), S. 102 ff.; Zur polemischen Wirkung der Moral, vgl. *Ibid.*, S. 111 f., S. 256 f., S. 260. Zur «Nichtidentität» des Moralcodes mit dem Code des jeweiligen Subsystems, vgl. *Ibid.*, S. 171.

¹⁰² *Krause* (Fn. 80), S. 145 f.; *Luhmann* (Fn. 81), S. 257, S. 270 ff.

¹⁰³ *Luhmann* (Fn. 81), S. 272.

¹⁰⁴ *Luhmann* (Fn. 95), S. 79, S. 89; *Baxter* (Fn. 84), S. 174.

¹⁰⁵ *Luhmann* verneint nicht, dass ethische und rechtliche Vorstellungen konvergieren können, was allerdings nicht viel über die Relevanz solcher Überlegungen aussage, siehe *Luhmann* (Fn. 95), S. 79: «In der Masse der Gerichtsentscheidungen und erst recht in der Rechtsorientierung des täglichen Lebens spielen sie keine Rolle.»

¹⁰⁶ Ob das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen die ihm zgedachte Funktion wahrnehmen kann, kann man natürlich bestreiten. Immerhin sind die Rechtspositionen nicht «gespiegelt» – die Rechtspositionen von Kunde und Unternehmen sind verschieden.

¹⁰⁷ *Luhmann* (Fn. 95), S. 88 f.

¹⁰⁸ *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 152.

¹⁰⁹ *Ibid.*, S. 153.

¹¹⁰ *Entscheid* (Fn. 1), S. 145, S. 147.

moralische Überlegungen ihren Weg ins Rechtssystem. Es wird zu untersuchen sein, ob dies auch auf die Verweise auf *soft law*, insb. die *Washington Principles* zutrifft.

4. WAHRNEHMUNG DER RESTITUTIONSPRAXIS IM RECHTSSYSTEM

Die Frage, ob die Museumspraxis Teil der rechtlichen Kommunikation geworden ist, kann empirisch beantwortet werden. Rechtliche Kommunikation liegt dann vor, wenn auf den Code Recht/Unrecht Bezug genommen wird.¹¹¹ Der Fall Glaser wurde in vielen Medien besprochen. Wichtige Bezugspunkte waren historische Verantwortung, ein Versagen der politischen Entscheidungsträger sowie eine vermeintlich übermächtige moralische Verpflichtung. In einigen Artikeln wurde allerdings auch auf die zivilrechtliche Situation hingewiesen.¹¹² Nachdem die Einigung mit den Erben Curt Glasers publik wurde, wurde in den Medienberichten als Grundlage regelmässig auf die *Washington Principles* verwiesen, während die zivilrechtliche Lage nicht mehr Gegenstand der Berichterstattung war.¹¹³ Wenn im Fall Glaser also auf moralische oder politische Massstäbe verwiesen wird, folgt die Kommunikation nicht der Unterscheidung Recht/Unrecht. Diese Kommunikation wäre folglich auch nicht dem Rechtssystem zuzuschreiben. Dazu passt, dass der Fall in juristischen Publikationen und Journalen keine grossen Wellen geworfen hat – vereinzelt wird er als weiterer Präzedenzfall für die Anwendung der *Washington Principles* angesehen und verarbeitet.¹¹⁴

Nach meiner Wahrnehmung hat es sich in der Vergangenheit in anderen Restitutionsfällen ähnlich verhalten wie im Fall Glaser. Restitutionen, einzig gestützt auf einen pauschalen Verweis auf die *Washington Principles*, wurden medial weitgehend akzeptiert.¹¹⁵ Dies hat wohl auch damit zu tun, dass die Gesellschaft weiterhin eine enorme historische Verantwortung im Zusammenhang mit der Judenverfolgung vor und während des zweiten Weltkriegs empfindet. Eine ähnliche Erkenntnis hat sich beispielsweise für Kunstwerke aus kolonialen Kontexten noch

¹¹¹ Huber (Fn. 53), S. 90.

¹¹² Vgl. Kreis Georg, «Der Fall Curt Glaser: Recht gegen Moral?», Tageswoche vom 17.12.2017, verfügbar unter <https://tageswoche.ch/gesellschaft/der-fall-curt-glaser-recht-gegen-moral/>; Kugelmann Yves, «Gegen Enteignung jüdischer Opfer», Tachles vom 01.12.2017, verfügbar unter <https://www.tachles.ch/artikel/news/gegen-enteignung-juedischer-opfer>; Hauser-Schäublin (Fn. 46).

¹¹³ Vgl. Mensch (Fn. 46); SRF, Basler Kunstmuseum kann die Glaser-Werke behalten, verfügbar unter <https://www.srf.ch/kultur/kunst/ende-eines-kunst-disput-basler-kunstmuseum-kann-die-glaser-werke-behalten>.

¹¹⁴ Vuille Vanessa/Cechi Alessandro/Rebold Marc-André, Case Two Lithographs of the Glaser Collection – Glaser Heirs and Kunstmuseum Basel, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva, 2020, verfügbar unter <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/two-lithographs-of-the-glaser-collection-2013-glaser-heirs-and-kunstmuseum-basel>.

¹¹⁵ Besonders viele Fälle gab es in Deutschland, hier jeweils auch gestützt auf die *Handreichung*, vgl. Entscheid (Fn. 1), S. 138 ff.; Koldhoff Stefan, «Aus der Sammlung eines Vogelfreien», Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 03.12.2012, verfügbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/restitution-von-raubkunst-aus-der-sammlung-eines-vogelfreien-11979709.html>; ohne Verfasser (dpa), «Gemälde von Maler Erich Heckel restituiert», Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 31.05.2021, verfügbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunst-und-architektur/ns-raubkunst-gemaelde-von-maler-erich-heckel-an-erben-zurueckgegeben-17366577.html>. Es gibt aber auch kritische Stimmen, vgl. Fricke Christiane, «Kirchners „Berliner Straßenszene“ wurde Erbin vorschnell zurückgegeben», Handelsblatt vom 16.08.2018, verfügbar unter https://www.handelsblatt.com/arts_und_style/kunstmarkt/falsch-verstandene-wiedergutmachung-kirchners-berliner-strassenszene-wurde-erbin-vorschnell-zurueckgegeben/22920626.html.

nicht durchsetzen können.¹¹⁶ Ich beziehe mich also in diesem Abschnitt und auch in den folgenden Abschnitten nur auf Fälle aus dem Kontext des Holocaust und der Judenverfolgung, da sich diesbezüglich eine spezifische Restitutionspraxis gebildet hat.

Für die Zukunft sind bezüglich des Rechtssystems verschiedene Entwicklungen denkbar. Möglicherweise befasst sich das Rechtssystem in der Zukunft (noch) weniger oder gar nicht mehr mit Restitutionsfällen im Anwendungsbereich der *Washington Principles*. Es kann aber auch sein, dass zwar rechtliche Argumente vorgebracht werden und die Thematik in Rechtskreisen besprochen wird, diese Fragen aber nicht ins Zentrum des Rechts, d.h. zu den Gerichten vordringen.¹¹⁷ Falls Restitutionsfälle vor Gerichten beurteilt würden, könnten sich diese unter Umständen ausdrücklich gegen eine extensive Restitutionspraxis stellen.¹¹⁸ Es ist allerdings auch denkbar, dass das System neue Programme herausbildet, z.B. aufgrund eines neuen Gesetzes oder durch verstärkte Aufnahme des einschlägigen *soft law* in die Rechtskommunikation.

5. STRUKTURELLE KOPPLUNGEN DES RECHTSSYSTEMS

5.1. Das Konzept der strukturellen Kopplung

Systeme sind operativ geschlossen und keine Operation kann über die Systemgrenze hinausgehen. Trotzdem kann das System Reize und Irritation der Umwelt wahrnehmen und zum Gegenstand der eigenen Kommunikation machen.¹¹⁹ Dies geschieht über die sogenannten strukturellen Kopplungen.¹²⁰

Nehmen wir als Beispiel ein einfaches System, das aus zwei sich flüchtig bekannten Kommilitonen besteht. Da man über den jeweils anderen nicht viel mehr

¹¹⁶ Vgl. Fn. 75.

¹¹⁷ Siehe dazu Kapitel 6 dieses Beitrags.

¹¹⁸ In Deutschland gab es in diesem Jahr zwei Fälle, die auf eine stärkere Involvierung des Rechtssystems in die Restitutionspraxis hindeuten, als es bisher der Fall war: So ist der Freistaat Bayern nicht gewillt, Picassos «Madame Soler» an die vormaligen jüdischen Eigentümer zurückzugeben, da es sich nicht um Raubkunst handle, siehe *Häntzschel Jörg*, «Der Fehler liegt im System», *Süddeutsche Zeitung* vom 09.06.2021, verfügbar unter <https://www.sueddeutsche.de/kultur/kunst-raubkunst-picasso-portraet-der-madame-soler-1.5317238>. Ausserdem wurde die von der Stadt Düsseldorf schon beschlossene Restitution der «Füchse» von Franz Marc vorerst gestoppt, nachdem gegen die Verantwortlichen Strafanzeige wegen versuchter Untreue gestellt wurde, siehe ohne Verfasser (rmg/dpa), «Die „Füchse“ bleiben vorerst in Düsseldorf» (09.07.2021), *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)* vom 09.07.2021, verfügbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/restitution-der-fuechse-von-franz-marc-vorerst-gestoppt-17430334.html> (10.02.2022). Nach Klärung der Rechtslage wurde das Gemälde mittlerweile restituiert und anschliessend versteigert, vgl. ohne Verfasser (dpa), «Marc-Gemälde «Die Füchse» für mehr als 42 Millionen Pfund versteigert», *Neue Zürcher Zeitung (NZZ)* vom 01.03.2022, verfügbar unter <https://www.nzz.ch/panorama/marc-gemaelde-die-fuechse-fuer-42-millionen-pfund-versteigert-ld.1672459>.

¹¹⁹ Hier setzt die Unterscheidung von Selbst- und Fremdreferenz an, vgl. *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 163 ff. Wenn man eine Information aus der Umwelt «herauspickt» (1. Selektion der Kommunikation) handelt es sich um eine Fremdreferenz, die dann in Gestalt einer Mitteilung (2. Selektion) ins System eingespielen wird, vgl. *Becht Lukas/Geng Johannes/Hirschfeld Alexander*, Zentrum und Peripherie innerhalb funktionaler Teilsysteme, in: Arbeitsgruppe «Zentrum und Peripherie in soziologischen Differenzierungstheorien», Mythos Mitte, Wirkmächtigkeit, Potenzial und Grenzen der Unterscheidung «Zentrum/Peripherie», Wiesbaden 2011, S. 176 f. In der systeminternen Kommunikation geht die Tatsache, dass es sich ursprünglich um eine Fremdreferenz (und damit die Unterscheidung von System und Umwelt) handelt, nicht verloren.

¹²⁰ Vgl. dazu *Luhmann* (Fn. 95), S. 441.

weiss, als dass er denselben Studiengang belegt, spricht man auch meistens über das Studium. Wenn sich die beiden jetzt wieder mal in der Mensa treffen, wird sich das Gespräch wieder um dasselbe Thema drehen. Man könnte abstrakt sagen, dass es vonseiten des Systems eine Erwartungshaltung gibt, dass studiumsbezogene Themen Teil der Kommunikation werden. Wenn das Dekanat nun eine Änderung der Studienordnung verkündet, wird dies auch Teil der Diskussion und damit findet auch die Umwelt indirekt den Weg in das System der beiden Studenten, da die Entscheidung des Dekanats nicht nur aufgrund studiumsspezifischer Überlegungen gefällt wurde, sondern auch Einflüsse der Universitätsleitung, Ressourcenfragen etc. enthält: Die Entscheidungen des Dekanats bilden eine strukturelle Kopplung für das System der beiden Kommilitonen.

5.2. Restitutionspraxis als strukturelle Kopplung

Es stellt sich die Frage, ob die beschriebene museale Restitutionspraxis, also die einzelnen Restitutionsentscheide, die nicht aufgrund der Rechtslage getroffen wurden, eine strukturelle Kopplung für das Rechtssystem darstellt.

Entscheidend ist, ob die bisherigen Restitutionsentscheide jeweils besprochen wurden; ob sie als rechtmässig oder unrechtmässig bezeichnet wurden und ob man sich auf juristische Art und Weise mit dem Vorgehen und der (allfälligen) Begründung auseinandergesetzt hat. Wie weiter oben dargelegt, wurde dies in verschiedenen Fällen nicht getan.¹²¹ Dies wird auch dadurch verdeutlicht, dass die Museen (insb. in Deutschland) in vielen Fällen keine eigentlichen Begründungen für ihre Entscheidungen veröffentlichten, was natürlich auch die Besprechung der juristischen Streitpunkte erschwert. Wiederum beziehe ich mich hier nur auf Fälle, auf welche die *Washington Principles* Anwendung finden.

Zusammengefasst kann man sagen, dass die Restitutionsentscheidungen der Museen, zumindest in Westeuropa, keine strukturelle Kopplung für das Rechtssystem darstellen. Trotzdem nimmt die gängige Praxis aber möglicherweise Einfluss auf das System; nämlich über *soft law*-Quellen, wie die *Washington Principles*, die *Theresienstädter Erklärung* oder die *Handreichung* der deutschen Bundesregierung. Auf diesen Punkt wird im nächsten Abschnitt einzugehen sein.

Interessanterweise ist im angloamerikanischen Raum teilweise ein anderes Vorgehen als in Kontinentaleuropa zu beobachten.¹²² Englische und amerikanische Museen und staatliche Stellen prüfen Restitutionsbegehren genauer und verschiedentlich wurden sie auch schon abgelehnt, bezüglich Kunstwerken aus der Sammlung Glaser vom *UK Spoliation Advisory Panel*, vom *Metropolitan Museum of Art* in New York und vom *Museum of Fine Arts* in Boston.¹²³ Eine aktuelle Diskussion dreht sich um die *Elgin Marbles* im *British Museum* in London.¹²⁴ Die griechische und auch Teile der britischen Öffentlichkeit fordern die Rückführung der Skulpturen nach

¹²¹ Für einen Überblick, vgl. Entscheid (Fn. 1), S. 138.

¹²² Vgl. *Hickley Catherine*, «What Constitutes Art Sales Under Duress? A Dispute Reignites the Question», *The New York Times* vom 17.08.2021, verfügbar unter <https://www.nytimes.com/2021/08/17/arts/design/duress-bellotto-painting.html>.

¹²³ *UK Spoliation Advisory Panel* (Fn. 73); *Hickley Catherine*, «Did the Nazis Force an Art Sale? The Question Lingers 88 Years Later», *The New York Times* vom 06.07.2021, verfügbar unter <https://www.nytimes.com/2021/07/06/arts/design/nazis-art-forced-sales.html>.

¹²⁴ https://de.wikipedia.org/wiki/Elgin_Marbles.

Griechenland, das Museum selbst sieht aber aufgrund der Rechtslage seine Hände gebunden.¹²⁵

In einem solchen Kontext, in dem in Restitutionsfällen stärker auf die Rechtslage Bezug genommen wird, kann man auch eher eine strukturelle Kopplung des Rechtssystems mit den Entscheidungen der Museen annehmen. Wenn Restitutionsentscheide in der Vergangenheit nach rechtlichen Kriterien gefällt wurden, wäre das Rechtssystem irritiert, wenn dies plötzlich nicht mehr der Fall wäre, bzw. würde dieses Vorgehen gar als unrechtmässig bezeichnen.

5.3. *Soft law* als strukturelle Kopplung

Die genannten Quellen aus dem *soft law* werden in der juristischen Lehre auf interessante Art und Weise besprochen. Zuerst ist auf die augenscheinlichen Unterschiede zur Behandlung eines Gesetzes oder eines bindenden Staatsvertrags (z.B. des Lugano-Übereinkommens) hinzuweisen: Juristinnen und Juristen ist klar, dass es sich bei *soft law* nicht um bindendes Recht handelt. Die Erklärungen werden also in juristischen Publikationen – in (Lehr-)Büchern, Kommentaren oder in Artikeln in Fachzeitschriften etc. – weniger häufig und weniger ausführlich besprochen, als dies bei einem Gesetz der Fall wäre.

Auch die Struktur ist beim *soft law* häufig anders als bei Rechtssätzen. Rechtsprogramme arbeiten nach *Luhmann* konditional.¹²⁶ Das heisst, sie sind nach einem «Wenn..., dann...»-Schema aufgebaut. Wenn ein bestimmter Sachverhalt vorliegt, dann resultiert daraus eine bestimmte Rechtsfolge. Sowohl Sachverhalt als auch Rechtsfolge sind dabei schon von vornherein abstrakt bestimmt und auf jeden zukünftigen Fall anwendbar. Das Recht kann nur so seine gesellschaftliche Funktion wahrnehmen, nämlich die «Stabilisierung normativer Erwartungen». ¹²⁷ Konditionalprogramme sind demnach geeignet, ein bestimmtes Resultat für die Zukunft zu garantieren und sie garantieren die Durchsetzung einer Erwartung gerade dann, wenn sie in Gefahr ist, enttäuscht zu werden. Sie agieren als «Link» zwischen Gegenwart und Zukunft (Begrenzung der Kontingenz).¹²⁸ Das Gegenstück zu Konditionalprogrammen bilden die Zweckprogramme.¹²⁹ Sie sind final aufgebaut; funktionieren also mit Blick auf ein bestimmtes Ziel.¹³⁰ Sie evaluieren deshalb laufend die Geschehnisse und können auch rückwirkend wieder auf Entscheide zurückkommen. Sie können deshalb keine konkrete Erwartungshaltung stützen.¹³¹

¹²⁵ Vgl. *Nielsen* (Fn. 75).

¹²⁶ *Luhmann* (Fn. 95), S. 195 ff.; *Borch Christian*, Niklas Luhmann, Abingdon/New York 2011, S. 84; *Huber* (Fn. 53), S. 94.

¹²⁷ *Luhmann* (Fn. 95), S. 131; *Borch* (Fn. 126), S. 82 f.; *Huber* (Fn. 53), S. 98 ff.

¹²⁸ *Borch* (Fn. 126), S. 84; *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 39.

¹²⁹ *Huber* (Fn. 53), S. 94 ff.

¹³⁰ *Ibid.*, S. 94 f.

¹³¹ Zweckprogramme finden sich allerdings auch im Rechtssystem wieder, und zwar als «Unterprogramme» von Konditionalprogrammen. So könnte man argumentieren, dass Ermessensnormen eigentlich einen finalen Charakter haben, da eben Bedingungen und Rechtsfolgen nicht abstrakt und im Vorhinein definiert sind, vgl. *Huber* (Fn. 53), S. 155. Ein interessantes Unterfangen wäre es im Übrigen, die Zweckprogramme mit dem Konzept der «narrativen Normen» nach *Jayme* zu vergleichen, insb. mit den narrativen Normen, die im Wesentlichen ein Werturteil wiedergeben, siehe Fn. 135. So könnte man z.B. die *Washington Principles*, welche *Jayme* als narrative Norm versteht, als luhmannsches Zweckprogramm ansehen, da sie, ohne rechtlich verbindlich zu sein und damit das rechtliche Vorgehen zu determinieren, eine bestimmte Vorgehensweise im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel nahelegen.

Ob ein Text wie die Washington Principles ein Konditionalprogramm darstellt, ist aufgrund der sehr offenen Formulierung unklar. In Artikel 8 der Erklärung heisst es:

«If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, or their heirs, can be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution, recognizing this may vary according to the facts and circumstances surrounding a specific case.»

Das «Wenn...» ist im ersten Teilsatz zu finden: *«If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, or their heirs, can be identified...»*. Das «dann...» (*«steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution»*) verweist auf die Gerechtigkeit und Fairness und bedarf der Konkretisierung, um rechtlich einheitlich angewendet werden zu können.¹³² Im Unterschied zu einer Rechtsnorm ist das «dann...» gemäss der Formulierung auch nicht zwingende Konsequenz des «Wenn...», sondern es *soll* nur zur Anwendung kommen (*«...steps should be taken...»*). Dieses rechtliche Vakuum wird nun aber durch diverse Publikationen gefüllt, in denen Fallgruppen gebildet (Raubkunst, Fluchtgut, «deutsches Fluchtgut», verfolgungsbedingter Entzug), Präjudizien analysiert und Interessen abgewogen werden.¹³³ Auf diese Weise bilden sich zu den *Washington Principles* «best practices», ein anerkanntes Vorgehen, das man im juristischen Jargon als «herrschende Lehre» bezeichnen würde. Durch ein «verrechtlichtes» technisches Vorgehen wird eine Verbindlichkeit angedeutet und in der Öffentlichkeit eine Erwartungshaltung geschürt, wie sich Museen in entsprechenden Fällen zu verhalten haben. Ein Vorgehen entgegen der «herrschenden Lehre» zu den *Washington Principles* würde in gewissen Kreisen für Verwirrung sorgen. Das *soft law* nimmt also in einem beschränkten Ausmass die gleiche Funktion wie Gesetze wahr, nämlich die Stabilisierung normativer Erwartungen, und wird in diesem Ausmass auch Gegenstand der Kommunikation des Rechtssystems.

5.4. Zusammenfassung

Die Frage ob die Restitutionspraxis oder das einschlägige *soft law* strukturelle Kopplungen für das Rechtssystem bilden, lässt sich wie folgt beantworten: Die Entscheidungen der Museen werden vom Rechtssystem nur am Rande rezipiert und die Wahrscheinlichkeit, dass sie Eingang in die Kommunikation des Systems finden, ist nicht viel höher als sie es für eine beliebige mögliche Information aus der Umwelt ist.

Anders sieht es aus für das einschlägige *soft law*, insb. die *Washington Principles*: Diese werden regelmässig in denselben Publikationen besprochen, in denen auch die relevante rechtliche Lage dargestellt wird. Gerade aufgrund dieser fast «räumlichen» Nähe kann das *soft law* als eigentliche «Ergänzung» der Rechtslage wahrgenommen werden.¹³⁴ Das Rechtssystem geht somit strukturell von der Existenz dieser *soft law*-

¹³² Luhmann (Fn. 95), S. 79, S. 89; Baxter (Fn. 84), S. 174.

¹³³ Vgl. *Bandle Anne Laure*, Fair und gerecht? Bilanz und Lösungsansätze bezüglich der Restitution von Raubkunst in der Schweiz, in: Mosimann/Schönenberger (Hrsg.), *Kunst & Recht 2018 / Art & Law 2018*, Bern 2018; *Buomberger Thomas*, Raubkunst Kunstraub, Die Schweiz und der Handel mit gestohlenen Kulturgütern zur Zeit des Zweiten Weltkriegs, Zürich 1998; Mosimann/Schönenberger (Hrsg.), *Fluchtgut – Geschichte, Recht und Moral*, Bern 2015; *Jolles* (Fn. 63); *Weller* (Fn. 16).

¹³⁴ *Bandle* (Fn. 133), S. 99 ff.; *Weller* (Fn. 16).

Quellen aus und erwartet in einem gewissem Ausmass auch, dass sich Museen entsprechend verhalten. Diesbezügliche Informationen und Irritationen werden mit erhöhter Wahrscheinlichkeit vom Rechtssystem behandelt. Natürlich hat das *soft law* aber nicht einen ausschliesslich juristischen Charakter. Es hat auch starke politische und wirtschaftliche Einschläge. So finden auch Reize aus anderen Systemen Eingang ins Rechtssystem. *Soft law* ist eine strukturelle Kopplung für das Rechtssystem.¹³⁵ Im Übrigen könnte so auch die museale Praxis über einen Umweg wiederaufgenommen werden, nämlich indem die einzelnen Restitutionsfälle von der Lehre als Präjudizien zum *soft law* behandelt werden und die Gerichte geneigt sein könnten, dies zu übernehmen.

6. ZENTRUM UND PERIPHERIE

6.1. Theoretische Grundlagen

Ein wichtiges Konzept in *Luhmanns* Werk ist die Unterscheidung von Zentrum und Peripherie. Die Unterscheidung findet sich grundsätzlich in jedem Funktionssystem wieder, aber besonders genau wurde sie von *Luhmann* für das Rechtssystem herausgearbeitet.¹³⁶ Zentrum und Peripherie übernehmen für das System verschiedene Aufgaben, doch die Unterscheidung impliziert keine Hierarchie der beiden Pole.¹³⁷ Die Existenz des einen impliziert die des anderen so, wie es bei System/Umwelt der Fall ist.

Für das Rechtssystem bilden die Gerichte das Zentrum.¹³⁸ Sie sind gezwungen, aufgrund vorhergehender Kommunikation, seien das ältere Gerichtsurteile, Gesetze oder Lehrmeinungen, bindende Entscheidungen zu treffen, und zwar auch dann, wenn sich aufgrund der Geschichte des Systems keine eindeutige Lösung aufdrängt.¹³⁹ *Luhmann* spricht hier von einem Paradox; dass das Gericht auch dann entscheiden muss, wenn keine Entscheidung möglich ist (die sich rational herleiten liesse).¹⁴⁰ Das Zentrum garantiert so die Einheit des Systems und setzt in letzter Konsequenz den

¹³⁵ Eine ähnliche Konzeption begründete *Jayme*, wenn auch nicht aus einer systemtheoretischen Sicht, mit seinem Begriff der «narrativen Norm». Bei narrativen Normen handelt es sich um Rechtstexte, die «bereichs-, quellen- und/oder geltungsüberschreitende Wirkungen» entfalten, vgl. *Schulze Götz*, Datum-Theorie und narrative Norm – Zu einem Privatrecht für die multikulturelle Gesellschaft, in: *Jayme* (Hrsg.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg 2003, S. 169. Dies kann beispielsweise durch Verweise auf andere Rechtstexte oder durch reine «Äusserung eines Werturteils» geschehen, vgl. *Jayme Erik*, Narrative Normen im Kunstrecht, in: *Becker u.a.* (Hrsg.), *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes*, München 2002, S. 544. Narrative Normen bewirken einen «Begründungszwang» für die Jurisprudenz; sie sind zwar nicht an sich verbindlich, aber die gesetzlichen Grundlagen sind entsprechend diesen Normen auszulegen, bzw. ein Abweichen davon ist sorgfältig zu begründen, vgl. *Jayme* *Washington Principles* (Fn. 44), S. 248 f. Sie können so Wertungen (rechtlich) durchsetzen, ohne selbst formell verbindlich zu sein. Mit dem Konzept der narrativen Normen lässt sich erklären, wie moralische Wertungen (aber auch politische Strategien) Eingang in das Recht finden können; ein Thema, das *Luhmann* unter dem Begriff der strukturellen Kopplung bespricht. *Jayme* sieht die *Washington Principles* als ein Beispiel einer narrativen Norm, siehe *Ibid*, S. 248, S. 543 f.

¹³⁶ *Luhmann* (Fn. 95), S. 320 ff.; *Becht/Geng/Hirschfeld* (Fn. 119), S. 179.

¹³⁷ *Luhmann* (Fn. 95), S. 323.

¹³⁸ Vgl. *Huber* (Fn. 53), S. 161.

¹³⁹ *Ibid*, S. 162.

¹⁴⁰ *Luhmann* (Fn. 95), S. 317.

Code durch.¹⁴¹ Die Gerichte arbeiten in erhöhter «kognitiver Selbstisolation»¹⁴², siehe beispielsweise Zugangsschranken oder Beweisregeln.¹⁴³

Zur Peripherie gehören gemäss *Luhmann* Verträge und Gesetzgebung.¹⁴⁴ Verträge stellen eine «private» Bildung von Recht dar, da sie festlegen, was in einem bestimmten Verhältnis als rechtmässig oder unrechtmässig zu gelten hat.¹⁴⁵ Gesetze dagegen bestimmen in einem abstrakten Sinn die Rechtmässigkeit für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen, die tatsächliche Anwendung verbleibt aber bei den Gerichten.¹⁴⁶ Die Brücke schlagen Phänomene wie allgemeine Geschäftsbedingungen oder Gesamtarbeitsverträge, die Elemente sowohl von Verträgen als auch von Gesetzgebung enthalten.¹⁴⁷ In der Peripherie werden Irritationen aus der Umwelt aufgenommen, z.B. aus dem politischen oder dem wirtschaftlichen Bereich. Man spricht von einer erhöhten «Resonanz».¹⁴⁸ In der Peripherie können auch Interessen verfolgt werden, ohne dass es auf die Rechtmässigkeit dieser Interessen ankommt.¹⁴⁹ Eben diese Offenheit übernimmt auch eine Schutzfunktion für das Zentrum, da Reize und Irritation nicht eindeutig und abschliessend nach dem Code beurteilt werden müssen.¹⁵⁰ Das Gerichtssystem ist gezwungen, sehr viel selektiver zu sein, da dort zwingend eine Entscheidung zu fällen ist.

6.2. Praktische Anwendung

Gerichtsfälle über Raub- oder Fluchtkunst vor und während dem zweiten Weltkrieg sind heute selten. Dafür mag es verschiedene Gründe geben; der Kosten- und Zeitaufwand, die häufig eindeutige Rechtslage oder der Einfluss der öffentlichen Meinung.¹⁵¹ Die Thematik wird also im Zentrum des Rechtssystems zurzeit nicht widergespiegelt.

¹⁴¹ Dieser «rigide» Aufbau bedingt eine bestimmte Struktur des Zentrums. Dazu identifiziert *Luhmann* Organisationen und Professionen, siehe *Becht/Geng/Hirschfeld* (Fn. 119), S. 180 f. Eine Organisation ist z.B. ein Gericht, dass jede seiner Entscheidungen auf eine vorhergehende Entscheidung stützen muss. Unter Professionen versteht man die Juristinnen und Juristen, die im Zentrum tätig sind und gewisse Verhaltensregeln und Vorgehensweisen zu befolgen haben.

¹⁴² *Luhmann* (Fn. 95), S. 322.

¹⁴³ *Huber* (Fn. 53), S. 166.

¹⁴⁴ *Luhmann* (Fn. 95), S. 321 ff. Zur Peripherie gehören aber auch weitere rechtliche Bereiche, z.B. die Anwaltschaft, vgl. *Huber* (Fn. 53), S. 162.

¹⁴⁵ *Huber* (Fn. 53), S. 165.

¹⁴⁶ *Luhmann* (Fn. 95), S. 323.

¹⁴⁷ *Huber* (Fn. 53), S. 165 f.

¹⁴⁸ *Baxter* (Fn. 84), S. 171.

¹⁴⁹ *Luhmann* (Fn. 95), S. 322.

¹⁵⁰ *Huber* (Fn. 53), S. 166.

¹⁵¹ Ein illustrativer Fall drehte sich um das Gemälde «La Vallée de la Stour» von John Constable, das im Musée des beaux-arts in La-Chaux-de-Fonds hängte und im Jahr 2018 an die Erbberechtigten übergeben wurde. Es war unbestritten, dass das Gemälde aus einer Zwangsversteigerung stammte, das Museum machte aber guten Glauben und damit zivilrechtliches Eigentum geltend. Schliesslich kam man, auch durch Vermittlung einer staatlichen französischen Stelle, zu einer gütlichen Einigung. Das Museum restituierte das Gemälde, dafür bekam es aber eine Entschädigung, wodurch alle Seiten Gesicht wahren konnten. Ein Gerichtsprozess wollte von allen Seiten, ausdrücklich vonseiten des Museums, vermieden werden, weil damit Kosten, Zeitaufwand und vor allem ein hoher Reputationsschaden verbunden gewesen wären, vgl. *Bandle Anne Laure/Vuille Vanessa, Renold Marc-André, Affaire Vallée de la Stour – Héritiers Jaffé et La Chaux-de-Fonds*, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva, 2018, verfügbar unter <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/vallee-de-la-stour-2013-heritiers-jaffe-et-la-chaux-de-fonds#section-8>.

Wie schon erwähnt, besteht für *Luhmann* die Peripherie aus Verträgen und Gesetzgebung.¹⁵² Ich möchte argumentieren, dass auch das einschlägige *soft law* Teil der Peripherie ist, da es, wie weiter oben dargelegt, die Funktion eines Gesetzes oder eines bindenden Staatsvertrags übernehmen kann (siehe Kapitel C. 5). Die museale Restitutionspraxis ist also noch nicht zu den Gerichten vorgedrungen, wird aber in der Peripherie des Rechtssystems, insb. durch die Diskussion zu den *Washington Principles*, rege besprochen.

Es handelt sich um ein Rechtsgebiet, in dem die Rechtslage und die öffentliche Meinung teilweise weit auseinanderklaffen. Die Gerichte wären nach geltender Rechtslage wohl nicht in der Lage, eine differenzierte aber trotzdem widerspruchsfreie Rechtsprechung zu etablieren, die in der Gesellschaft einen gewissen Rückhalt genösse.¹⁵³ Hier übernimmt die Peripherie die Aufgabe der Konsensbildung, indem die entsprechenden Fälle absorbiert und jeweils aussergerichtlich gelöst werden.¹⁵⁴ So können auch diverse Einflüsse aus der Umwelt aufgenommen werden, die im Zentrum weitgehend ausgespart würden, z.B. eine staatliche, politische Strategie zum Umgang mit Raubgut, wirtschaftliche Interessen oder die öffentliche Meinung.

7. KUNSTSYSTEM UND RESTITUTIONSPRAXIS

Bisher haben wir uns fast ausschliesslich mit dem Rechtssystem befasst. Doch der Fall Curt Glaser und ähnliche Fälle haben nicht zuletzt auch mit dem Kunstsystem zu tun, schliesslich geht es in diesen Fällen immer um Kunstwerke.

Das Kunstsystem ist nach *Luhmann* ein selbstständiges autopoietisches System.¹⁵⁵ In diesem System spielen auch die Kunstmuseen eine wichtige Rolle. Es stellt sich die Frage, was diese Rolle genau beinhaltet und inwiefern die Funktion von Restititionen beeinflusst wird oder werden kann.

Die gesellschaftliche Funktion des Kunstsystems im Allgemeinen könnte man als «Veranschaulichung von Kontingenz» zusammenfassen.¹⁵⁶ Die Wahrnehmung der Welt ist geprägt von Kontingenz: Mit jeder Differenzierung wird auch eine mögliche Beobachtung ausgeschlossen. Die Kunst übernimmt nun die Aufgabe, eine alternative Sicht in das System der Gesellschaft einzuspeisen und aufzuzeigen, wie es eben auch sein könnte und dass das Wahrgenommene nur eine von vielen Möglichkeiten ist.¹⁵⁷ Ausserdem bildet die Kunst, ähnlich wie die Sprache, eine Verbindung zwischen

¹⁵² *Luhmann* (Fn. 95), S. 321 ff.

¹⁵³ Eine Rechtsprechung, die in der Gesellschaft keinen Rückhalt geniesst, ist deshalb problematisch, weil sie dann Erwartungen an die Zukunft enttäuscht. Wenn ein Grossteil der Gesellschaft der Ansicht ist, dass auf Restitutionsforderungen grundsätzlich einzugehen ist, die Gerichte jedoch diametral anders entscheiden (müssen), dann kann das Recht seine Funktion – die Stabilisierung normativer Erwartungen und die Begrenzung der Kontingenz – in diesem Zusammenhang nicht mehr wahrnehmen, vgl. *Luhmann* (Fn. 95), S. 131; *Borch* (Fn. 126), S. 82 f.; *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 39.

¹⁵⁴ Zur Konsensbildung der Peripherie *Luhmann* (Fn. 95), S. 322 ff.; *Becht/Geng/Hirschfeld* (Fn. 119), S. 180; *Calliess Graf-Peter*, Systemtheorie: *Luhmann/Teubner*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 64 f.

¹⁵⁵ Insbesondere besprochen in *Luhmann Niklas*, *Die Kunst der Gesellschaft*, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 2017.

¹⁵⁶ *Hartard Christian*, *Kunstaautonomien*, *Luhmann und Bourdieu*, München 2010, S. 292; *Buckermann Paul*, *Autonome Kunst und frühe Kunstmuseen in Europa*, in: *Karstein/Zahner* (Hrsg.), *Autonomie der Kunst?*, *Zur Aktualität eines gesellschaftlichen Leitbildes*, 2013, S. 172.

¹⁵⁷ *Koller Markus*, *Die Grenzen der Kunst*, *Luhmanns gelehrte Poesie*, Wiesbaden 2007, S. 139; *Walter Giulia*, *Barely legal: Interactions between Street Art and Law*, in: *i-call Working Paper*, Universität Zürich, Nr. 01 (2020), S. 16, verfügbar unter <https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/graber/Research/workingpapers2015.html>.

psychischen und sozialen Systemen, Wahrnehmung und Kommunikation.¹⁵⁸ Anders als die Sprache kann sie aber auch das «Unsagbare» einbringen. Das dazu verwendete Medium ist das Kunstwerk.¹⁵⁹ Der Code des Systems ist weniger klar als beispielsweise im Rechtssystem. Klassischerweise wird schön/unschön genannt, aber auch passend/unpassend, interessant/uninteressant, treffend/untreffend sind denkbar.¹⁶⁰

Die Stellung des Kunstmuseums im Speziellen wurde von *Luhmann* nicht genau herausgearbeitet.¹⁶¹ Offensichtlich ist das Museum ein Ort, an dem man Kunst betrachten und erleben kann. In diesem Sinne ermöglicht ein Museum überhaupt die Wahrnehmung gewisser Kunstwerke. Es ist aber nicht «nur» die Verbindung zwischen Kunstwerk und Öffentlichkeit, sondern es fügt den Werken auch etwas Eigenes hinzu, was vorher nicht da war. Dies geschieht durch das Zusammenstellen einer Ausstellung, durch das Einbetten des Werkes in einen spezifischen Kontext, der selbst Teil des Kunstwerkes wird. Ein Museum ist also mehr als die Summe der Kunstwerke in der Sammlung.¹⁶²

Teile des Kunstsystems sind von Museen abhängig, die Museen ihrerseits sind (in ihrer heutigen Ausprägung) auf ein autonomes Kunstsystem angewiesen. Wie schon angedeutet, spielen in Restitutionsfällen verschiedenste Interessen eine Rolle. Es werden politische Zielsetzungen umgesetzt, rechtliche Regeln und moralische Grundsätze angewendet, ganz abgesehen vom monetären Wert von Kunstwerken. Die Frage, ob die Restitution *selbst* einen künstlerischen Wert hat, ob die Rückführung eines Werkes «schön» oder «unschön» ist, wird dabei selten gestellt und wirkt auf den ersten Blick gar deplatziert. In den Museen und der Museologie wird diese Problematik unter dem Begriff der *Deakzession* («deaccessioning»), auch *Entsammeln*, besprochen.¹⁶³ Man versteht darunter die dauerhafte Entfernung eines Werkes aus der Sammlung eines Museums. Nach dem *ICOM Code of Ethics for Museums* ist jedes Museum aufgefordert, ein diesbezügliches Regelwerk anzufertigen (Section 2.15).¹⁶⁴ Die Grundhaltung ist, dass Werke grundsätzlich *nicht* aus der Sammlung entfernt werden.¹⁶⁵ Wenn aufgrund gewichtiger Gründe eine Entfernung doch vorgenommen wird, ist eine «Umquartierung» in ein anderes Museum anzustreben.¹⁶⁶ Einen Wechsel in private Hände sieht man dagegen kritisch.¹⁶⁷

Die ganze Thematik der Deakzession könnte man als Schutzmechanismus des Kunstsystems gegen systemfremde Einflüsse ansehen. Trotz dieses Schutzes kann

¹⁵⁸ *Hartard* (Fn. 156), S. 291; *Buckermann* (Fn. 156), S. 171.

¹⁵⁹ *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 104 ff.

¹⁶⁰ *Luhmann* (Fn. 155), S. 317; *Borch* (Fn. 126), S. 86; *Lehmann Harry*, *Die flüchtige Wahrheit der Kunst, Ästhetik nach Luhmann*, München 2006, S. 181; *Baraldi/Corsi/Esposito* (Fn. 78), S. 108; *Buckermann* (Fn. 156), S. 184.

¹⁶¹ Für eine Überblick über die Besprechung in systemtheoretischen Arbeiten: *Buckermann* (Fn. 156), S. 170 f.

¹⁶² Vgl. dazu insb. für historische Museen *Waidacher Friedrich*, *Handbuch der Allgemeinen Museologie*, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar 1996, S. 190 f.

¹⁶³ Vgl. Verband der Museen der Schweiz, Empfehlungshilfe zur Deakzession, verfügbar unter https://www.museums.ch/assets/files/dossiers_d/Standards/VMS_Deakzession_D_web.pdf.

¹⁶⁴ Vgl. The British Museum, De-accession of objects from the collection, verfügbar unter https://www.britishmuseum.org/sites/default/files/2019-10/De-accession_Policy_Nov2018.pdf.

¹⁶⁵ Das Prinzip ist auch gesetzlich verankert, siehe § 5 Abs. 2 Museumsgesetz Basel-Stadt (Fn. 5).

¹⁶⁶ Vgl. *ICOM Code of Ethics for Museums* Section 2.15: «There will be a strong presumption that a deaccessioned item should first be offered to another museum.».

¹⁶⁷ *Jandl Stefanie S./Gold Mark S.*, *Keeping Deaccessioned Objects in the Public Domain, Legal and Practical Issues*, in: Courtney (Hrsg.), *Is It Okay to Sell the Monet?, The Age of Deaccessioning in Museums*, Lanham/Boulder/New York/London 2018, S. 35 f.

man aber nicht leugnen, dass gerade die Restitutionspraxis in Anwendung der *Washington Principles* in die Autonomie des Kunstsystems eingreift.

Eine extensive Restitutionspraxis wird teilweise damit gerechtfertigt, dass Kunstwerke mit problematischer Provenienz ihre eigentliche Funktion gar nicht mehr wahrnehmen können; dass ein unrechtmässiger Besitzerwechsel wie ein physischer Makel am Werk hängt und es stets in diesem Kontext gelesen werden muss. Nach dieser Auffassung kann ein solches Kunstwerk seine Aufgabe als «Reflexionssystem»¹⁶⁸ nicht mehr wahrnehmen, da jede Wahrnehmung eines Beobachters vom historischen Hintergrund überlagert wird. Diese Überlegungen wurden von *Fayet* aufgenommen.¹⁶⁹ Er beschreibt ein bestimmtes Vokabular, das für die Beschreibung von Raubkunst verwendet wird. Solche Werke werden in der öffentlichen Diskussion als «unsauber», «beschmutzt», gar als «toxisch» oder «kontaminiert» bezeichnet.¹⁷⁰ Ein solcher Makel kann durch nichts wieder gewaschen werden und ein einzelnes Bild mit problematischer Provenienz ist sogar geeignet, eine ganze Sammlung zu «kontaminieren». Es ist nun kein neues Konzept, dass Gegenstände durch ihren historischen, sozialen, emotionalen Kontext mit Bedeutung «aufgeladen» werden («*Semanticization*»¹⁷¹). So ist z.B. der Ehering mehr als ein Stück Metall. Der Unterschied zwischen gewöhnlicher semantischer Aufladung und dem Konzept der Kontamination liegt nach *Fayet* darin, dass bei ersterem die Beziehung zwischen Gegenstand und Bedeutung «arbiträr» ist, in dem Sinne, dass jeder Beobachter in einem bestimmten Gegenstand eine andere «Bedeutung» sehen kann.¹⁷² So wird ein gewöhnlicher Teddybär für eine beliebige Person nicht dasselbe bedeuten wie für seine junge Besitzerin. Bei der «Kontamination» dagegen ändert die Geschichte des Gegenstands seine Essenz («*essence*»¹⁷³), ähnlich einer Änderung der physischen Gestalt, und wird dadurch gefährlich. Die Beziehung zwischen Gegenstand und Bedeutung wird also ein Faktum, das das Werk definiert und dem man eigentlich nur mit Entfernung der Sache aus der Sammlung entgegen kann.

Fayet ist nun der Ansicht, dass das Konzept der «*Semanticization*» dem der Kontamination vorzuziehen sei.¹⁷⁴ Es sei besser geeignet, mit den verschiedenen Aspekten und der Vielschichtigkeit eines Werkes (insb. auch seiner Geschichte und der Umstände des Eigentumübergangs) umzugehen. Überdies sieht er das Museum als Ort, wo die öffentliche Diskussion um die Provenienz von Sammlungen geführt werden kann.¹⁷⁵

Dieser Folgerung ist sicher insoweit zuzustimmen, als dass ein Werk nicht allein durch einen unrechtmässigen Handwechsel definiert wird. Es handelt sich dabei um einen Teil des Kontextes, der auf differenzierte Art und Weise berücksichtigt werden muss. Die öffentliche Diskussion um Raubkunst und Restitution ist stark moralisiert. In der Systemtheorie wird die Moral als polemisch und gar streiterzeugend bewertet, da sie auf persönlicher Ebene die Voraussetzungen für Achtung oder Missachtung der

¹⁶⁸ *Lehmann* (Fn. 160), S. 82.

¹⁶⁹ *Fayet Roger*, *Clean Collections: on the idea of contamination in the provenance discussion*, in: *Crosscurrents: New Studies on the Middle East*, Vol. 3 (2019), S. 277 ff.

¹⁷⁰ So z.B. in *Keller Erich*, *Das kontaminierte Museum, Das Kunsthaus Zürich und die Sammlung Bührle*, Zürich 2021.

¹⁷¹ *Fayet* (Fn. 169), S. 281 ff.

¹⁷² *Ibid* (Fn. 169), S. 282; *Kritisch Keller* (Fn. 170), S. 145 ff.

¹⁷³ *Fayet* (Fn. 169), S. 283.

¹⁷⁴ *Ibid* (Fn. 169), S. 283.

¹⁷⁵ In Bezug auf die Bührle-Sammlung, siehe *Ibid* (Fn. 169), S. 286.

Gegenpartei definiert.¹⁷⁶ Dieses Potential ist in der Entscheidungsfindung eines Restitutionsfalles zu berücksichtigen. Bei genauer Untersuchung des Sachverhaltes erübrigt sich nämlich meistens eine diffuse moralische Wertung, da sich aufgrund sachlicher Gründe eine bestimmte Lösung aufdrängt. Dabei darf ein Museum selbstbewusst davon ausgehen, dass es ein geeignetes Forum für die Auseinandersetzung mit historischer Schuld ist.

Um nochmals den Bogen zur Systemtheorie zu schlagen: Folgt man dem Konzept der Kontamination, verliert ein Kunstwerk durch problematische Provenienz seine Eigenschaft als Kunstwerk. Es kann nicht mehr in den künstlerischen Kategorien von schön/unschön, passend/unpassend diskutiert werden, denn all dies wird überschattet. Somit scheidet die Diskussion über Raubkunst aus dem Kunstsystem aus. Das Kunstsystem war in der Geschichte (wie jedes System) nicht immer selbstständig und operativ geschlossen; ursprünglich diente sie der Legitimation der Religion, später dem Adel und schliesslich dem Markt.¹⁷⁷ Hier soll nicht angedeutet werden, das Kunstsystem bewege sich auf einen vergangenen Zustand zu – in der Systemtheorie gibt es kein «zurück» – aber es gibt sicherlich (auch) im Kunstsystem «Gebiete» wo Interferenzen mit der Umwelt stark sind und wo die Autonomie des Systems hinterfragt wird.¹⁷⁸ Restititionen können ein solches Gebiet sein, da bei ihnen schwergewichtig politische, rechtliche, wirtschaftliche und moralische Themen eine Rolle spielen.

D. FAZIT

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist der Entscheid in Sachen Curt Glaser. Die Kunstkommission ging zu Recht davon aus, dass kein rechtlicher Anspruch der Erben auf Restitution besteht. Mit der Zahlung einer Entschädigung und der Ausrichtung einer Ausstellung zur Person Curt Glasers empfiehlt sie eine von vielen vertretbaren Lösungen im Geiste der *Washington Principles*. In der Sache zeigt das Kunstmuseum Basel einen exemplarischen Umgang mit Kunstwerken fraglicher Provenienz. Verwirrend ist teilweise die Argumentation: Es wird ohne Not ein rechtliches Vorgehen gewählt, dieses dann aber aufgrund moralischer Überlegungen nicht konsequent zu Ende gedacht. Hier wäre mehr Klarheit über das Verhältnis von Recht und Moral wünschenswert gewesen. Bedauerlich ist ausserdem der Umstand, dass die Höhe der Entschädigung nicht veröffentlicht wurde.

¹⁷⁶ Baraldi/Corsi/Esposito (Fn. 78), S. 119 ff.; Krause (Fn. 80), S. 197.

¹⁷⁷ Buckermann (Fn. 156), S. 168 ff.; ausführlich zur Differenzierung des Kunstsystems, vgl. Graber Christoph Beat, *Zwischen Geist und Geld, Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht*, Baden-Baden 1994, S. 29 ff.

¹⁷⁸ So hat sich auch der Kunstmarkt stellenweise vollständig vom Kunstsystem gelöst. Ein Beispiel dafür war der Verkauf des Gemäldes «*Salvator Mundi*» für 450 Millionen US-Dollar im Jahr 2017, vgl. Roth Monika, *Kunst und Geld - Geld und Kunst, Schattenseiten und Grauzonen des Kunstmarkts*, Bern 2020, S. 89 ff. Selbst wenn man davon ausgeht, dass das Bild tatsächlich von Leonardo da Vinci stammt, ist der erzielte Preis nicht darauf zurückzuführen, dass es sich um ein «Kunstwerk» in Luhmanns Sinne handelt. Hier übernimmt das Gemälde klarerweise eine repräsentative Funktion für die Käufer und stellt für die Verkäufer einen ungemeinen Spekulationsgewinn dar. Ein moderneres Phänomen sind die NFTs (non-fungible tokens); in einer Blockchain hinterlegte und individualisierte Dateien, die teilweise für enorme Summen gehandelt werden. siehe Kaulartz Markus, Schmid Alexander, *Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs)*, in: Compliance Berater, H. 8 (2021), S. 298 ff. Hier sind als «Kunst» betitelte Dateien (fast) reines Spekulationsobjekt.

Im zweiten Teil wurde eine gängige Restitutionspraxis mit Instrumenten der Systemtheorie von *Niklas Luhmann* analysiert. Zumindest in Westeuropa sind museale Restitutionsentscheide (in Anwendung der *Washington Principles*) nur am Rande Teil des Rechtssystems. Wenn die Entscheide Eingang in die juristische Diskussion finden, dann meist über einschlägiges *soft law*, das als strukturelle Kopplung des Rechtssystems dient. Das *soft law* ist in der Peripherie des Systems anzusiedeln und die Peripherie nimmt im Zusammenhang mit den besprochenen Restitutionsfällen eine Schutzfunktion für die Gerichte wahr. Zusätzlich wurde dargelegt, dass die Moral grundsätzlich keine rechtliche Relevanz hat und dass nur dann auf sie Bezug genommen wird, wenn sie sich als in spezifische rechtliche Programme gegossen präsentiert. Abschliessend wurde auf die gesellschaftliche Funktion der Kunstmuseen eingegangen. Die Kunst ist «Reflexionssystem» der Gesellschaft; sie zeigt auf, dass alles auch anders sein kann. Kunstmuseen sind Teil dieses Systems; deren Funktion kann aber durch einen falschen Umgang mit Kunstwerken problematischer Provenienz und durch eine extensive Restitutionspraxis behindert werden.