

# B. Verfahrenstheoretische Überlegungen im Kontext der Washingtoner Prinzipien

Verfahren, die zur Umsetzung der Washingtoner Prinzipien eingerichtet sind, müssen sich an diesen messen lassen.<sup>1</sup> Zunächst ist in diesem Zusammenhang die Präambel der Prinzipien hervorzuheben:

»Im Bestreben, eine Einigung über nicht bindende Grundsätze herbeizuführen, die zur Lösung offener Fragen und Probleme im Zusammenhang mit den durch die Nationalsozialisten beschlagnahmten Kunstwerken beitragen sollen, anerkennt die Konferenz die Tatsache, dass die Teilnehmerstaaten unterschiedliche Rechtssysteme haben und dass die Länder im Rahmen ihrer eigenen Rechtsvorschriften handeln.«

Es wird also anerkannt, dass alle teilnehmenden Staaten »unterschiedliche Rechtssysteme« haben und bei Umsetzung der – unverbindlichen – Washingtoner Prinzipien immer »im Rahmen ihrer eigenen Rechtsvorschriften handeln«. Kehrt man diesen Gedanken um, wird also das geltende Recht als Ausgangspunkt anerkannt, von dem für eine gerechte und faire Lösung möglicherweise abgewichen werden muss und soll. Eine solche Abweichung ist aber eben nur in den Punkten gerechtfertigt, in denen das geltende Recht nicht schon selbst gerechte und faire Lösungen ermöglicht.<sup>2</sup> Damit sind geltende (Verfahrens-)Rechtsgrundsätze grundsätzlich anwendbar und die zu untersuchenden Verfahren müssen sich daran messen lassen. Abweichungen davon müssen demgegenüber mit den Washingtoner Prinzipien sowie den Nachfolgeerklärungen selbst begründbar sein. Diese sind daher im Folgenden auf ihre Aussagen hinsichtlich des Verfahrens zu untersuchen.<sup>3</sup>

## I. Einrichtung von Verfahren: Art. 11 Washingtoner Prinzipien

Hinsichtlich der im ersten Schritt zu stellenden Frage, ob Verfahren zur Umsetzung der Washingtoner Prinzipien erforderlich sind, ist zunächst auf Art. 11 der Prinzipien zu verweisen. Darin werden Staaten »dazu aufgerufen, innerstaatliche Verfahren zur Umsetzung dieser Richtlinien zu entwickeln. Dies betrifft insbesondere die Einrichtung alternativer Mechanismen

1 *Stephany, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens*, S. 29 f.

2 Diese Lesart wird unterstützt durch Art. 4 der Washingtoner Prinzipien, der gerade geltendrechtliche Hindernisse – in Form von Problemen bei der Beweisführung – überwinden soll.

3 *Stephany, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens*, S. 30.

zur Klärung strittiger Eigentumsfragen.« Besonders betont wird Art. 11 in diesem Sinne von Eizenstat im Rahmen der Washingtoner Konferenz 1998: Die Aufforderung an die Staaten, Mechanismen zur Anwendung der Prinzipien zu schaffen, »speaks to the need to give the other principles vitality.«<sup>4</sup> Die Einrichtung entsprechender Verfahren ist also zur Umsetzung der Washingtoner Prinzipien insgesamt entscheidend. Die Washingtoner Prinzipien fordern die Staaten dazu auf, überhaupt Verfahren einzurichten – und zwar »innerstaatliche« Verfahren, die insbesondere die »Klärung strittiger Eigentumsfragen« zum Gegenstand haben sollen. Es wird dabei von der »Einrichtung alternativer Mechanismen« gesprochen. Dadurch werden mehrere Verfahren betreffende Punkte aufgeworfen.

- 5 Zunächst ist auf die geforderte Innerstaatlichkeit der Verfahren einzugehen. Damit sollen wohl nicht Verfahren auf inter- beziehungsweise supranationaler Ebene ausgeschlossen werden.<sup>5</sup> Vielmehr soll damit betont werden, dass jeder Staat ausdrücklich zur Umsetzung der Washingtoner Prinzipien im eigenen Land aufgerufen ist und nicht auf Umsetzungen in anderen Staaten verweisen soll.<sup>6</sup> Auch steckt im Begriff der Innerstaatlichkeit die Staatlichkeit allgemein. Sollen die geforderten Verfahren also staatliche oder staatlich eingegliederte Verfahren sein? In den Materialien zur Washingtoner Konferenz wird auf diesen Aspekt nicht eingegangen. Für eine solche Auslegung spricht, dass sich Prinzip Nr. 11 als eine Aufforderung lesen lässt, Verantwortung für gerechte und faire Lösungen zu übernehmen. Eine solche Verantwortungsübernahme für den prozeduralen Aspekt der Lösungsfindung lässt sich durch den Staat mittels Einrichtung eines staatlichen Verfahrens, dessen Gestaltung ihm obliegt und das er jederzeit anpassen und korrigieren kann, erreichen.<sup>7</sup> Gegen ein staatliches Verfahren spricht andererseits möglicher-

4 *Eizenstat*, Explanation of the Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art, in: Bindenagel, Washington Conference on Holocaust Era Assets, Proceedings, S. 415, 419.

5 Eine solche Einrichtung internationaler oder auf EU-Ebene supranationaler Verfahren wird immer wieder befürwortet, so bspw. der Vortrag von *Bindenagel*, Die unvollendete Geschichte von während des Holocaust geplünderten Kunstwerken. Zum zwanzigsten Jubiläum der »Washington Principles on Nazi-confiscated Art« v. 24.10.2018, Erste Fachkonferenz der Forschungsstelle Provenienzforschung, Kunst- und Kulturgutschutzrecht, Bonn, der deutlich kritisiert, dass die Staaten es bis heute nicht geschafft hätten, »einen gemeinsamen rechtlichen Rahmen« zu schaffen. Für solche internationalen Verfahren plädieren auch *Campfens*, Nazi-Looted Art: A Note in Favour of Clear Standards and Neutral Procedures, AAL 2017, 315, 344 f.; *Kreder*, Reconciling Individual and Group Justice with the Need for Response in Nazi-Looted Art Disputes, Brooklyn Law Review 2007, 155, die dabei sehr weit geht und eine obligatorische Zuständigkeit und Verbindlichkeit der Entscheidungen fordert; *Palmer*, The Best We Can Do?, in: *Campfens*, Fair and Just Solutions?, S. 153, 184; *Campfens*, Restitution of Looted Art, Santander Art and Culture Law Review, 2 (2018), 185 verweist in diesem Zusammenhang außerdem auf den relativ neu eingerichteten »Court of Arbitration for Art« (CAfA) als eine Möglichkeit auf internationaler Ebene; nicht für die Einrichtung einer festen internationalen Stelle, sondern für einen Ansatz, der eher »flexible and non-bureaucratic« ist – sie schlagen die Einrichtung einer »international platform for the resolution of Holocaust art restitution claims« vor, die Informationen zur Verfügung stellt und vernetzt – plädieren *Renold/Chechi*, Just and Fair Solutions, in: *Campfens*, Fair and Just Solutions?, S. 187, 200. Auch die European Parliament resolution on a legal framework for free movement within the internal market of goods whose ownership is likely to be contested (2002/2114(INI)) von 2003 forderte bereits: »Cross-border problems need cross-border solutions.« In diese Richtung geht auch die European Parliament resolution of 17 January 2019 on cross-border restitution claims of works of art and cultural goods looted in armed conflicts and wars (2017/2023(INI)); außerdem ist in diesem Zusammenhang auf das Netzwerk der europäischen Restitutionskommissionen hinzuweisen, <https://www.beratende-kommission.de/de/netzwerk#s-netzwerk> [09.12.2024], durch das bereits ein erster Schritt hin zu einer internationaleren Perspektive gemacht wurde.

6 *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 30.

7 So auch *Bindenagel*, Die unvollendete Geschichte von während des Holocaust geplünderten Kunstwerken. Zum zwanzigsten Jubiläum der »Washington Principles on Nazi-confiscated Art« v. 24.10.2018, Erste Fachkonferenz der Forschungsstelle Provenienzforschung, Kunst- und Kulturgutschutzrecht, Bonn, der in den Washingtoner Prinzipien eine direkte Anweisung an die Staaten sieht, entsprechende Verfahren zu schaffen, er sieht Prinzip Nr. 11 als »Weiche [...] für nationale Gesetz-

weise die (empfundene oder tatsächliche) Abhängigkeit der verfahrenenden Stelle vom – jedenfalls in aktuell noch den meisten Fällen – Staat als Anspruchsgegner für die anspruchstellenden Rechtsnachfolger.<sup>8</sup>

Außerdem hebt Art. 11 besonders »alternative[...] Mechanismen« der Streitbeilegung, in der englischen Fassung »alternative dispute resolution mechanisms« hervor. Dies ist ein oft auch unter der Abkürzung ADR anzutreffender, im juristischen Bereich feststehender Begriff, der im Grundsatz alle Verfahren zur Streitbeilegung außerhalb von Gerichtsverfahren meint.<sup>9</sup> Darunter werden vor allem die Mediation, Schieds- und Schlichtungsverfahren gefasst. Diese Verfahrensarten werden auch gerade für den Umgang mit Kulturgütern befürwortet,<sup>10</sup> den Washingtoner Prinzipien wird in diesem Sinne sogar eine »anti-litigation message«<sup>11</sup> entnommen. Auch Eizenstat scheint den Raum für Verfahren zu während der NS-Zeit entzogenen Kulturgütern nicht in einem Gerichtssaal zu sehen, er sieht Lösungen außerhalb von »prolonged struggles in the courts«.<sup>12</sup> Diese Position bestätigte er knapp 20 Jahre später. Fünf Staaten hätten »dispute-resolution panels to resolve claims in a non-litigation format« eingerichtet – so wie es durch die Washingtoner Prinzipien von Anfang an intendiert gewesen sei.<sup>13</sup> Es lässt sich hier also hinsichtlich des Art. 11 wertend herauslesen, dass ADR-Mechanismen wie Mediation, Arbitration, Verhandlungen oder Schlichtungen den klassischen staatlichen Gerichtsverfahren vorzuziehen sind.<sup>14</sup>

Schließlich ist zu beobachten, dass die Staaten dem Wortlaut des Art. 11 nach »aufgerufen« werden, während in allen anderen Prinzipien einheitlich mit dem Verb »sollen« formuliert wird. Die Staaten werden also direkt angesprochen, während in allen anderen Prinzipien lediglich abstrakte Ziele und Maßnahmen formuliert werden – ohne dass der Begriff »Staat« überhaupt fällt. In Art. 11 wird also eine besonders klare Handlungsaufforderung aufgestellt.<sup>15</sup> Diese Betonung deckt sich auch mit der schon oben angesprochenen Aussage Eizenstats, dass

gebungen«, Staaten sollen danach »Rechtsgrundlagen für [...] die Streitbeilegung« schaffen, was wohl insgesamt für staatliche Verfahren zu sprechen scheint.

8 *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 32, m. w. N.

9 *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, S. 12.

10 *Cornu/Renold*, New Developments in the Restitution of Cultural Property, IJCP 2010, 1, 12 f.; *Weller*, Rethinking EU Cultural Property Law: Towards Private Enforcement, S. 113; *Woodhead*, Putting into Place Solutions for Nazi Era Disposessions of Cultural Objects, IJCP 2016, 385, 387 f.; *Renold/Chechi*, Just and Fair Solutions, in: *Campfens, Fair and Just Solutions?*, S. 187, 194, wobei die Autoren auch Nachteile solcher ADR-Lösungen ausmachen; *Campfens*, Nazi-Looted Art: A Note in Favour of Clear Standards and Neutral Procedures, AAL 2017, 315, 332; wobei *Campfens*, Restitution of Looted Art, *Santander Art and Culture Law Review*, 2 (2018), 185, 215 an anderer Stelle auch klarstellt, dass solche alternativen Mechanismen nur eine Zwischenlösung sein sollten und auf lange Sicht das (positive) Recht entsprechende Lösungen bereitstellen sollte; *Pferdmenges*, Gerechte und faire Lösungen, KUR 2021, 50, 56 f. hebt insbesondere die Mediation als geeignet für den Bereich der Restitutionspraxis hervor; *Raue*, Streitigkeiten im Kunstbereich und Schiedsgerichtsbarkeit – Eine empfehlenswerte Alternative?, *Schieds-VZ* 2019, 1, 3 hingegen macht die Schiedsgerichtsbarkeit als besonders geeignetes Verfahren aus.

11 *Mullery*, Fulfilling the Washington Principles, CJCR 2010, 643, 657.

12 *Eizenstat*, Explanation of the Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art, in: *Bindenagel*, Washington Conference on Holocaust Era Assets, Proceedings, S. 415, 419.

13 *Eizenstat*, Remarks, in: CIVS, Tätigkeitsbericht 2019, S. 63, 70.

14 S. außerdem *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 34 f., m. w. N.

15 A. a. O., S. 35.

Art. 11 entscheidend ist, die Umsetzung aller anderen Prinzipien zu ermöglichen und zu gewährleisten.<sup>16</sup>

## II. Anforderungen an Verfahren

- 8 Während also Art. 11 die Einrichtung von Verfahren fordert, damit die Frage nach dem »ob« beantwortet werden kann, werden keine eindeutigen Vorgaben zu diesen Verfahren aufgestellt. Das »wie« dieser Verfahren bleibt weitgehend unklar. Dies gilt auch für die Washingtoner Prinzipien im Übrigen, mit Art. 10 wird aber zumindest eine punktuelle, konkrete Anforderung aufgestellt. Darüber hinaus findet sich nur der Maßstab »gerecht[...] und fair[...]« der Art. 8 und 9, der sich auf die »Lösung« bezieht – und zwar notwendigerweise auch auf die prozedurale Seite dieser Lösung, woraus sich weitere Grundsätze für die Verfahren im Einzelnen ableiten lassen.

### 1. Besetzung: Art. 10 Washingtoner Prinzipien

- 9 Art. 10 der Washingtoner Prinzipien greift mit der Zusammensetzung der verfahrenenden Stelle einen einzelnen Aspekt der geforderten Verfahren auf. Die Zusammensetzung soll »ausgeglichen« sein, ohne dass dieser Maßstab weiter konkretisiert wird. Auf der Washingtoner Konferenz skizziert Eizenstat wie folgt: »The tenth principle states that to ensure objectivity and to enhance public confidence in their work, national commissions in this field should have members from outside the government, such as art experts, historians and representatives of communities which were victims of the Holocaust and, where appropriate, distinguished persons from other countries.«<sup>17</sup> Ein anderer Konferenzteilnehmer will entsprechende Kommissionen mit »not only two art historians, two lawyers and two museum professionals, two claimant representatives, two Holocaust researchers, as well as one or perhaps two individual(s) from congress, but also a journalist«<sup>18</sup> besetzen. Der Besetzung wird außerdem eine besondere Wirkung für die Akzeptanz des Verfahrens durch die Beteiligten zugeschrieben.<sup>19</sup>
- 10 Dieser Maßstab der Ausgeglichenheit der Besetzung ist später im Rahmen des entsprechenden Vergleichspunktes, also der Besetzung der verfahrenenden Stellen, anzuwenden.

### 2. »Gerechte und faire Lösungen«: Art. 8, 9 Washingtoner Prinzipien

- 11 Zentrale Grundlage der Washingtoner Prinzipien ist die Forderung, »gerechte und faire Lösung[en]« im Umgang mit NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgütern zu finden. Dies ist auch auf das Verfahren in seiner Funktion als Mittel zur Herstellung solcher Lösungen zu

16 Eizenstat, Explanation of the Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art, in: Bindenagel, Washington Conference on Holocaust Era Assets, Proceedings, S. 415, 419.

17 A.a.O., S. 419.

18 Soltes, Spoliated and Restitutable Art and Their Databases, in: Bindenagel, Washington Conference on Holocaust Era Assets, Proceedings, S. 547, 550.

19 S. bspw. Bindenagel, Washington Principles on Nazi-Confiscated Art: Ten Years and Promises of the Washington Principles, in: Schneider/Klepal/Kalhousová, Holocaust Era Assets: Conference Proceedings, S. 725, außerdem Stephany, Gerech und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 31, m.w.N.

beziehen.<sup>20</sup> Im Folgenden werden verschiedene Ansätze untersucht, die sich an dieses Postulat anknüpfen lassen.

#### a. Der Fair Trial-Grundsatz

Für eine »gerechte und faire Lösung[...]« kann es heute erforderlich sein, geltendes Recht nicht anzuwenden. Damit ist aber keine grundlegende Aushebelung von allgemein geltenden Grundsätzen wie den aus der Rechtsstaatlichkeit folgenden Verfahrensprinzipien gemeint. Es wird daher durch die Washingtoner Prinzipien jedenfalls da, wo diese nicht in Gesetzesform umgesetzt sind, ein Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit eröffnet.<sup>21</sup> Dies gilt beispielsweise für die in den meisten Staaten geltenden Verjährungsfristen für Eigentumsansprüche, die zwar der Rechtssicherheit dienen und damit natürlich grundsätzlich auch fair und gerecht sind, im Rahmen des hier zu diskutierenden Themas der Rückgabe von in der NS-Zeit entzogenen Kulturgütern aber zu keinen »gerechte[n] und faire[n]« Lösungen führen.<sup>22</sup> Die konsequente Anwendung des Rechtsinstituts würde die Ungerechtigkeit produzierende Untätigkeit der Staaten nach dem Krieg bis zu der Zeit, zu der die Verjährungsfristen einsetzten, festschreiben.<sup>23</sup> Die Anwendung der Washingtoner Prinzipien können dann in der »Logik einer punktuell-korrektiven Gerechtigkeit« darüber hinweghelfen.<sup>24</sup>

In anderen Bereichen ist eine Abkehr von solchen Rechtsgrundsätzen zum Zwecke einer »gerechte[n] und faire[n]« Lösung hingegen nicht erforderlich. Gerade die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Verfahrensgrundsätze wie das Recht auf ein faires Verfahren stehen schon dem Wortlaut nach auf einer Linie mit dem »gerecht[...] und fair[...]« der Washingtoner Prinzipien. Palmer stellt in diesem Zusammenhang klar, dass das Konzept der Fairness aus dem fair trial-Grundsatz und den Washingtoner Prinzipien weitgehend deckungsgleich ist.<sup>25</sup> Die im Folgenden zu vergleichenden Verfahren der fünf Jurisdiktionen müssen sich also an diesem Grundsatz messen lassen.

20 *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 36.

21 A. a. O., S. 37, m. w. N.

22 S. beispielsweise *Demarsin*, Let's Not Talk about Terezin, Brooklyn J. Int. Law 2011, 117, 180 f., der diese Ergebnisse als »illogical« und »perverse« bezeichnet; ein solches »Spannungsfeld« macht auch *Heuer*, Die Kunstraubzüge der Nationalsozialisten und ihre Rückabwicklung, NJW 1999, 2558, 2564 aus, er sieht einen Lösungsansatz in der Unidroit-Konvention, die Deutschland allerdings nicht ratifiziert hat; auch *von Selle/von Selle*, Verantwortung wahrnehmen!, Osteuropa, 11 (2009), 131, 133 bezeichnen die Anwendung der Verjährungseinrede als »Verteidigungsvorbringen von zweifelhafter moralischer Qualität«; *Raue*, Raubkunst und Restitution, GRUR 2015, 1, 4 sieht in der Erhebung der Verjährungseinrede durch eine öffentliche Institution schlicht einen Verstoß gegen die Washingtoner Prinzipien; anderer Ansicht ist *Kiechle*, Kunst und Restitution, NJOZ 2011, 193, 205, der bezüglich eines solchen Nichtbeachtens geltenden Rechts von einem »Angriff auf das Recht« spricht.

23 S. beispielsweise *Oost*, From »Leader to Pariah«?, IJCP 2021, 55, 58 m. w. N. Vgl. dazu außerdem *Wenzel*, Rechtstheoretische Grundlagen zur Restitution von NS-Raubkunst, Kap. IV, im Erscheinen. Zur konsequenten Anwendung der Verjährungsfristen s. beispielsweise *Jergler/Graf Wolffskeel von Reichenberg*, Das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz durch Verjährung und seine Konsequenzen am Beispiel der Raubkunst, GWR 2015, 265 m. w. N.

24 *Weller*, Antinomien und andere Auffälligkeiten in der Spruchpraxis der Beratenden Kommission zur Restitution nationalsozialistischer Raubkunst, in: Fischer/Nolte/Senftleben et al., FS Dreier, S. 525, 532.

25 *Palmer*, The Best We Can Do?, in: Campfens, Fair and Just Solutions?, S. 153, 167 f.; s. außerdem *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 38, m. w. N.

## b. Der Procedural Justice Approach

- 14 Der Wortlaut »gerecht[...] und fair[...]« eröffnet weiterhin das breite Feld der Frage nach Gerechtigkeit, hier dann nach Verfahrensgerechtigkeit. Unter dem Schlagwort der Procedural Justice hat sich dabei ein weites, der empirischen Verfahrenstheorie<sup>26</sup> zuzuordnendes Forschungsfeld entwickelt, bei dem der Eigenwert von Verfahren im Mittelpunkt steht. Verfahren werden nicht in rein »dienender Funktion« aus Perspektive des Verfahrensergebnisses behandelt. Stattdessen wird angenommen, dass ein als gerecht empfundenes Verfahren aus sich selbst heraus akzeptiert werden kann, unabhängig vom Ergebnis am Ende des Verfahrens.<sup>27</sup> Die »prozedurale Gerechtigkeit« tritt als selbständiger Wert neben die »Ergebnisgerechtigkeit« und wird dabei insbesondere aus rechtspsychologischer Sicht untersucht.<sup>28</sup>
- 15 Eine solche Procedural Justice Perspektive nimmt im Kontext NS-verfolgungsbedingter Verluste De Girolamo ein.<sup>29</sup> Sie fordert, dass eine »redirection to a processual focus« erfolgen müsse, es sei eine stärkere Einbeziehung von »concepts of reconciliation and procedural justice« notwendig. Ihre Untersuchung bezog sich dabei auf Interviews mit Beteiligten der hier untersuchten Verfahren. Daraus zieht sie die Erkenntnis, dass gerade prozessuale Aspekte im Sinne von Verfahrensgerechtigkeit für die Beteiligten erheblich seien. Es werden dabei Aspekte wie die Gründlichkeit der Sachverhaltserforschung, die Professionalität und Unabhängigkeit der Entscheidungspersonen, der gleichberechtigte Umgang mit und Zugang zum Verfahren für alle Beteiligten und die Möglichkeit, angehört zu werden, genannt. Außerdem macht De Girolamo als wichtige Anforderungen an das Verfahren in diesem Zusammenhang den Wunsch nach Versöhnung durch Anerkennung, Bestätigung und Wiedergutmachung, außerdem einen würde- und respektvollen Umgang mit den Beteiligten aus: »For the cultural property dispute, the relationship between victim and possessor must be respected as required by each of the parties, and this respect must be nurtured through the process of resolution.« Versöhnung kann ebenfalls als Zielsetzung der Washingtoner Prinzipien eingeordnet werden, wie auf der Konferenz selbst deutlich wurde,<sup>30</sup> und ist als Zielsetzung damit auch an Verfahren im Sinne dieser Prinzipien heranzuhalten.
- 16 Doch auch über den konkreten Kontext der Washingtoner Prinzipien hinaus ergeben sich aus der Procedural Justice Forschung wichtige Anforderungen, die ein Verfahren erfüllen muss, um als gerecht akzeptiert zu werden.<sup>31</sup> Ein entsprechendes Schema, das sich »als Anleitung für eine angemessene Ausgestaltung rechtlicher Verfahren lesen lässt«<sup>32</sup>, eine »gute Übersicht« der »Kriterien prozeduraler Fairneß« bietet<sup>33</sup> und auf alle Aspekte des Verfahrens anzuwenden

26 S. dazu ausführlich *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 40 ff.

27 *Röhl*, Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice), ZfRSoz 1993, 1, 1 f.; *Leventhal*, What should be done with Equity Theory?, in: Gergen/Greenberg/Willis, Social Exchange, S. 27, 28, 34; *Bierhoff*, Prozedurale Gerechtigkeit, ZfSp 1992, 163; *Thibaut/Walker*, Procedural Justice, S. 3.

28 *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 42 ff. m.w.N.

29 *De Girolamo*, The Conflation of Morality and »the Fair and Just Solution«, IJCP 2019, 357.

30 *Mikva*, Chairman's Opening Statement, in: Bindenagel, Washington Conference on Holocaust Era Assets, Proceedings, S. 23, 26.

31 *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 42 ff. m.w.N.

32 *Röhl*, Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice), ZfRSoz 1993, 1, 25.

33 *Bierhoff*, Prozedurale Gerechtigkeit, ZfSp 1992, 163, 164.

ist, entwickelte in diesem Zusammenhang Leventhal.<sup>34</sup> Danach müssten Verfahren konsistent sein, das heißt für einen möglichst langen Zeitraum und gegenüber jedermann gleich bleiben (»Consistency Rule«), und von unvoreingenommenen und unparteilichen Personen geleitet werden (»Bias-suppression Rule«). Außerdem müssten im Verfahren alle Informationen möglichst umfassend und genau ermittelt werden (»Accuracy Rule«), Beteiligte müssten sich im Verfahren repräsentiert fühlen (»Representativeness Rule«) und allgemein geteilten moralischen und ethischen Mindesforderungen entsprechen (»Ethicality Rule«). Schließlich müssten die Verfahrensergebnisse überprüfbar und dann auch korrigierbar sein, damit das Verfahren als gerecht empfunden werde (»Correctability Rule«).<sup>35</sup>

### c. Luhmanns Legitimation durch Verfahren

Neben den beschriebenen rechtspsychologischen Ansätzen zur Bestimmung von Anforderungen an ein gerechtes Verfahren finden sich auch rechtssoziologische Zugriffe.<sup>36</sup> Zu nennen ist dabei vor allem das Konzept Luhmanns,<sup>37</sup> das wie auch der Procedural Justice Approach konkrete Voraussetzungen eines gerechten Verfahrens entwickelt. Danach wird das Verfahren beschrieben als ein Interaktionssystem, in das die Beteiligten so einzubeziehen seien, dass sie das am Ende dieses Verfahrens stehende Ergebnis akzeptieren würden. Dazu müsse zunächst das Handeln der Entscheidungspersonen im Verfahren im Sinne einer konditionalen Programmierung vorgegeben und eine Konsistenz und Regelhaftigkeit im Sinne von Gleichheit der Entscheidungen sichergestellt sein. Außerdem wird als wichtiger Aspekt auch die Einbeziehung der Öffentlichkeit in ein Verfahren hervorgehoben. Auch diese Aspekte werden in die folgende vergleichende Untersuchung einzubeziehen sein. 17

### d. Rechtsphilosophie und Verfahren

Schließlich wird auch aus rechtsphilosophischer Perspektive auf die Frage nach Verfahrensgerechtigkeit zugegriffen<sup>38</sup> – und zwar so umfassend, dass an dieser Stelle nicht vollumfänglich darauf eingegangen werden kann. So lässt sich beispielsweise an Rawls' Kontraktualismus denken.<sup>39</sup> Dabei wird Verfahrensgerechtigkeit allerdings im Sinne einer Verteilungsgerechtigkeit in Bezug auf die Gestaltung gesellschaftlicher und politischer Bereiche gesehen, während es nicht um Verfahren im hier zugrundeliegenden, engeren Sinne geht. 18

Praktischer orientiert und auch auf juristische Entscheidungsverfahren bezogen ist demgegenüber die vor allem von Habermas geprägte Diskurstheorie,<sup>40</sup> wonach – so Alexy – eine 19

34 Leventhal, What should be done with Equity Theory?, in: Gergen/Greenberg/Willis, Social Exchange, S. 27.

35 Die Variablen Leventhals wurden in verschiedenen Studien aus der Procedural Justice Forschung bestätigt und in Einzelpunkten weiter ausgeführt, s. dazu im Einzelnen *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 44 f. Diese Aspekte werden außerdem jeweils im Rahmen des unten folgenden Vergleichs der verschiedenen Verfahren (IV. 2.) an geeigneter Stelle eingeführt.

36 S. dazu auch *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 45 f. m. w. N.

37 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft.

38 S. dazu auch *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 47 ff. m. w. N.

39 *Rawls*, A Theory of Justice; *Rawls*, Justice as Fairness – A Restatement.

40 *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns; ergänzt durch *Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns; fortgeführt in *Habermas*, Faktizität und Geltung.

»normative Aussage richtig [ist] [...], wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur, der des rationalen Diskurses, sein kann«.<sup>41</sup> Dabei kann Habermas' »ideale Sprechsituation« als allgemein für alle Verfahren geltendes Konzept verstanden werden, als die »wesentlichen formalen Bedingungen eines rationalen Diskurses«.<sup>42</sup> Voraussetzung dieser idealen Sprechsituation ist, dass alle Teilnehmenden gleichberechtigt und frei von Zwängen sind. Außerdem müssen sie konsensorientiert und wahrhaftig, also ehrlich sein und wissenschaftlich logische, sprachlich nachvollziehbare, wahre und richtige Argumente verwenden.

- 20 Habermas' Diskurstheorie wurde unter anderem von Hoffmann weiterentwickelt, der diese Idee »zum zentralen Organisationsprinzip rechtlicher Verfahrenstypen« erhebt und als solche weiterdenkt.<sup>43</sup> Konkret müssten gerechte Verfahren eine hinreichende Informationsbeschaffung vorsehen, eine unvoreingenommene Verarbeitung dieser Informationen gewährleisten und das Verfahrensergebnis müsse rational begründbar sein. Dies sichere der Diskurs nun insoweit, als dass er die Partizipation der Beteiligten eröffne und so Legitimation des Verfahrens selbst und des in diesem Verfahren gewonnenen Ergebnisses mit sich bringe. Hoffmann ordnet Verfahrensgerechtigkeit als eine eigene Kategorie neben materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ein. Diese habe dabei vier verschiedene Bedeutungsschichten: Zunächst die »absichernde prozedurale Gerechtigkeit«, die strukturell die Gerechtigkeit des Verfahrensergebnisses gewährleiste; die »interne prozedurale Gerechtigkeit«, wonach das Verfahren selbst – also unabhängig von der Ausrichtung des Verfahrens auf das materielle Recht – gerecht sein müsse; die »sanktionierende prozedurale Gerechtigkeit«, wonach zur Absicherung der Gerechtigkeit das Verhalten der Beteiligten im Prozess rechtsethischen Anforderungen wie der Rechtssicherheit entsprechen müsse; und schließlich die »Verfahrensbilligkeit«, die im Ausnahmefall eine Durchbrechung der dritten Kategorie rechtfertigen kann.
- 21 Aspekte sollen im folgenden Vergleich der verschiedenen Verfahren ebenfalls einbezogen werden.

#### e. Transitional Justice

- 22 Auch Aspekte aus dem Forschungsfeld der Transitional Justice könnten darüber hinaus im hier untersuchten Kontext gewinnbringend sein, wird doch Transitional Justice vereinfacht gesagt als »das ganze Spektrum der Bemühungen um eine Aufarbeitung von Menschenrechtsverbrechen«<sup>44</sup> umschrieben. Dass die NS-Zeit mittlerweile Jahrzehnte zurück liegt, vermag daran nichts zu ändern, denn gerade der Umgang mit NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgütern wird immer wieder als »unfinished business« dieser Aufarbeitung bezeichnet.<sup>45</sup> Die mangelnde Aufarbeitung solcher Einzelaspekte wird dabei auch als »Zweite

41 Alexy, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 1981, 177, 178.

42 Kaufmann, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, S. 17.

43 Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit.

44 Weiffen, Transitional Justice, in: Mihr/Pickel/Pickel, Handbuch Transitional Justice, S. 83, 83.

45 O'Donnell, The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice, EJIL 2011, 49.



Schuld«<sup>46</sup> eingeordnet, die auch dann noch aufzuarbeiten ist, wenn das ursprüngliche Menschheitsverbrechen lange zurückliegt.<sup>47</sup>

23  
Befinden wir uns mit dem Untersuchungsgegenstand NS-verfolgungsbedingt entzogener Kulturgüter im Bereich der Transitional Justice, ist zu fragen, welche Anforderungen sich daraus für Verfahren stellen. O'Donnell fordert »fact verification, public disclosure of the truth, apologies, and acceptance of responsibility«<sup>48</sup> – Ziele, die sich in den Washingtoner Prinzipien widerspiegeln und damit die Forderung nach »gerechte[n] und faire[n] Lösungen« konkretisieren. Zentral ist dabei die Anerkennung, auf die verschieden zugegriffen wird: Erstens soll die Subjektivität der Opfer und ihrer Schicksale – dieses Konzept geht bereits auf Hegel zurück<sup>49</sup> – und zweitens die historische Wahrheit dieser Schicksale anerkannt werden.<sup>50</sup> Fernziel eines Transitionsprozesses ist darüber hinaus, wenn auch im Einzelnen sehr unbestimmt, die Versöhnung, die als für die Schaffung einer gemeinsamen Diskursebene geeignet bewertet wird.<sup>51</sup> Auch die Anwendung des fair trial-Grundsatzes wird aus Perspektive der Transitional Justice gefordert, denn gerade »die Einhaltung dieser Rechte verleiht einem Aufarbeitungsprozess seine Legitimation«.<sup>52</sup>

24  
Schließlich ist hervorzuheben, dass in der Transitional Justice Forschung die Wiedergutmachung materieller Ungerechtigkeiten mit der Wiedergutmachung psychischer Folgen zusammengekommen wird.<sup>53</sup> Daraus ergibt sich, dass im hier untersuchten Kontext die Verfahrensergebnisse, also die Entscheidung über die Rückgabe eines Objektes, daneben aber gerade auch das Verfahren selbst als ein Vorgang, der dieses psychische Leid der Betroffenen aufgreifen kann, entscheidend sind.<sup>54</sup>

#### f. Nachfolgeerklärungen: Vilnius und Theresienstadt

25  
Im Anschluss an die Washingtoner Erklärung kam es zu verschiedenen Folgekonferenzen und auch der Europarat und das Europaparlament erließen Resolutionen zu der NS-Herrschaft zurechenbaren Verlusten von Kulturgütern. Letztere enthielten zwar den das Verfahren betreffenden Vorschlag, das »out of court forms of dispute resolution« geeignet erscheinen und zu überprüfen seien, es sind aber keine konkreten Maßnahmen vorgenommen worden.<sup>55</sup>

46 Begriff nach *Giordano*, Die zweite Schuld.

47 S. dazu auch *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 51 m. w. N.

48 *O'Donnell*, The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice, EJIL 2011, 49, 72; ebenso *Hasgall*, Anerkennung von Unrecht in Transitional-Justice-Prozessen, in: *Mihr/Pickel/Pickel*, Handbuch Transitional Justice, S. 27, 28.

49 *Hegel*, System der Sittlichkeit – Kritik des Fichteschen Naturrechts.

50 *Hasgall*, Anerkennung von Unrecht in Transitional-Justice-Prozessen, in: *Mihr/Pickel/Pickel*, Handbuch Transitional Justice, S. 27.

51 *Straßner*, Vergangenheitspolitik, Transitional Justice und Versöhnung, in: *Mihr/Pickel/Pickel*, Handbuch Transitional Justice, S. 201.

52 *Werle/Vormbaum*, Transitional Justice – Vergangenheitsbewältigung durch Recht, S. 29; *Ottendorfer*, Rechtsstaatlichkeit und Versöhnung in Transitional-Justice-Prozessen, in: *Mihr/Pickel/Pickel*, Handbuch Transitional Justice, S. 63, 65 f.

53 *Hasgall*, Anerkennung von Unrecht in Transitional-Justice-Prozessen, in: *Mihr/Pickel/Pickel*, Handbuch Transitional Justice, S. 27, 36 f.

54 *Stephany*, Gerecht und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 52.

55 *Council of Europe*, Parliamentary Assembly, Resolution 1205 (1999), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16726&lang=en> [13.10.2023]; European Parliament resolution on a legal framework for free movement within the internal market of goods whose ownership is likely to be contested (2002/2114(INI)); European Parliament resolution of

- 26 Nachfolgekonzferenzen fanden 2000 in Vilnius und 2009 sowie 2022 in Theresienstadt beziehungsweise Prag statt. Aus der Konferenz in Vilnius ging dabei die »Vilnius Forum Declaration« hervor, die die Washingtoner Prinzipien bekräftigte und die Staaten aufrief, Anspruchsteller bei der Geltendmachung von Ansprüchen zu unterstützen.<sup>56</sup> Auch auf der Konferenz im Jahr 2009 wurde eine Nachfolgeerklärung, die Theresienstädter Erklärung oder auch Erklärung von Terezín, abgegeben.<sup>57</sup> Darin finden sich unter anderem einige konkrete Forderungen an Verfahren: Neben der schon in der Erklärung von Vilnius betonten Unterstützung der Anspruchsteller, werden wie schon auf der Washingtoner Konferenz »alternative Verfahren« und »alternative Wege der Streitbeilegung« zu »gerechten und fairen Lösung[en]« bestärkend hervorgehoben – allerdings erneut unter Vorbehalt des jeweiligen nationalen Rechts. Zudem kann die Aufforderung entnommen werden, dass Verfahren zügig und auf Grundlage objektiver und voraussehbarer Entscheidungsmaßstäbe erfolgen.<sup>58</sup>

17 January 2019 on cross-border restitution claims of works of art and cultural goods looted in armed conflicts and wars (2017/2023(INI)).

56 Vilnius Forum Declaration v. 05.10.2000, <https://www.lootedart.com/MFV7A818610> [13.10.2023].

57 Theresienstädter Erklärung v. 30.06.2009, [https://www.kulturgutverluste.de/Content/08\\_Downloads/DE/Grundlagen/Theresienstaedter-Erklaerung/Theresienstaedter-Erklaerung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&cv=3](https://www.kulturgutverluste.de/Content/08_Downloads/DE/Grundlagen/Theresienstaedter-Erklaerung/Theresienstaedter-Erklaerung.pdf?__blob=publicationFile&cv=3) [13.10.2023].

58 *Stephany*, Gerech und fair? Bausteine eines Verfahrens, S. 53 ff.