



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
die Ausschüsse Zivilrecht und Geistiges Eigentum

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kulturgutschutzrechts

([BTag-Drs. 18/7456](#) vom 03.02.2016)

Stellungnahme Nr.: 23/2016

Berlin, im Mai 2016

Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht

- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Vorsitzender, Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle
- Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Friederike Gräfin von Brühl, M.A., Berlin (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart
- Rechtsanwältin Petra Heinicke, München
- Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden
- Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer, Freiburg
- Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz, Karlsruhe BGH
- Rechtsanwältin Jutta Wittler, Köln

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Christine Martin

Mitglieder des Ausschusses Geistiges Eigentum

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Winfried Tilmann, Düsseldorf (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Jochen Bühling, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Klaus Haft, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Paul-W. Hertin, Berlin
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhard Ingerl, München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Jacobs, Düsseldorf (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Jaeger-Lenz, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Johannes Kreile, München
- Rechtsanwalt Dr. Thomas W. Reimann, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Ine-Marie Schulte-Franzheim, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Arthur Waldenberger, LL.M., Berlin

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Franz Peter Altemeier

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

Deutschland

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundeskanzleramt
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Kultur und Medien des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgeabschätzung des Deutschen Bundestages
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Kulturfragen im Bundesrat
- Ausschuss für Innere Angelegenheiten im Bundesrat
- Rechtsausschuss im Bundesrat
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
- Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e. V.
- Deutscher Richterbund e. V.
- Deutscher Steuerberaterverband e. V.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- GRUR Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht
- Bundesverband Musikindustrie e.V.
- Deutscher Journalisten-Verband e.V.
- Ver.di, Abteilung Richterinnen und Richter

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im DAV
- Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- Ausschuss Geistiges Eigentum des Deutschen Anwaltvereins e.V.

Presseverteiler

- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl
- Redaktion Juristenzeitung / JZ
- Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW
- Redaktion Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen/BRAK-Mitteilungen
- Redaktion Legal Tribune Online
- Redaktion Juve Rechtsmarkt
- Zeitschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“
- Zeitschrift „Mitteilungen der deutschen Patentanwälte“
- Zeitschrift „ZEuP“
- Frankfurter Allgemeine Zeitung
- Süddeutsche Zeitung
- Die Welt
- Verlag C.H. Beck
- Zeitschrift für Datenschutz /ZD
- Zeitschrift Multimedia und Recht/MMR

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der DAV bedankt sich für die Möglichkeit, zum [Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kulturgutschutzrechts](#) (BTag-Drs. 18/7456 vom 03.02.2016, nachfolgend „Regierungsentwurf“) Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahme beschränkt sich auf rein zivilrechtliche und urheberrechtliche Aspekte und lässt die verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Bedenken, die in den vergangenen Monaten in der Literatur und den Medien gegen den Regierungsentwurf vorgetragen worden sind, ausgeklammert. Deshalb greift die Stellungnahme nur einige wenige Vorschriften des Regierungsentwurfs auf. Dazu schlägt der DAV vor:

- Auch den Erben des Urhebers oder Herstellers für fünf Jahre nach seinem Tod das Recht zu geben, der Aufnahme in die Liste zu widersprechen.
- Die urheberrechtlichen Beschränkungen bzgl. Abbildungen des Werks in § 15 konkret zu berücksichtigen.
- Das Verbot des § 40 primär nur mit der Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts zu sanktionieren, verbunden mit der entsprechenden Anwendung der Unmöglichkeitregeln bzgl. des Verpflichtungsgeschäfts.

Zu den Regelungen im Einzelnen

I. § 7 Abs. 1 S. 2 Regierungsentwurf

§ 7 Abs. 1 befasst sich mit der Eintragung von Kulturgut (Definition § 3 Abs. 1 Nr. 9) in ein Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes. Diese Verzeichnisse werden von den Ländern geführt; es gibt also insgesamt 16 Verzeichnisse national wertvollen Kulturgutes. § 7 Abs. 1 regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Eintragung in ein solches Verzeichnis erfolgt nämlich

- Das Kulturgut muss besonders bedeutsam für das kulturelle Erbe Deutschlands, der Länder oder einer seiner historischen Regionen und damit identitätsstiftend für die Kultur Deutschlands sein, und
- die Abwanderung des Kulturgutes muss einen wesentlichen Verlust für den deutschen Kulturbesitz bedeuten, und deshalb muss sein Verbleib im Bundesgebiet im herausragenden kulturellen öffentlichen Interesse liegen. Über die Eintragung entscheidet jeweils die oberste Landesbehörde des Landes, in

dem sich das Kulturgut zum Zeitpunkt der Einleitung des Eintragungsverfahrens befindet (§ 7 Abs. 3 S. 1).

§ 7 Abs. 1 S. 2 bestimmt, dass Werke lebender Künstler oder Hersteller nur mit deren Zustimmung eingetragen dürfen. Das gilt sowohl für Werke, die noch im Eigentum des lebenden Urhebers oder Herstellers stehen, als auch für solche, die inzwischen in Privateigentum Dritter übergegangen sind (vgl. Begründung S. 79). Die Regelung beruht darauf, dass der Gesetzgeber nicht in den Markt mit Werken lebender Künstlerinnen und Künstler eingreifen will (vgl. Begründung aaO). Diese Einschränkung ist im Grundsatz zu begrüßen. Sie sollte aber für eine gewisse zeitliche Periode auch nach dem Tod der Künstlerin/des Künstlers gelten, um auch den Erben noch die Möglichkeit zu geben, am Kunstmarkt teilzunehmen und die Werke frei von einer Eintragung in ein Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes verkaufen zu können. Dies entspricht einmal dem Gedanken, dass die Werke mit dem Tod der Künstlerin/des Künstlers nicht plötzlich und abrupt aus dem Kunstmarkt verschwinden, und zum anderen dem Umstand, dass nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes der Betrieb eines Künstlers auch nach seinem Tod von den Erben noch 5 Jahre fortgeführt werden kann, wenn auch – wegen des Todes – keine neuen Werke entstehen können (vgl. BFH, Urteil vom 27.05.2009 – II R 53/07 – juris zu § 13a ErbStG). Zum anderen werden durch eine zeitliche Ausdehnung Zufälligkeiten vermieden, die daraus entstehen können, dass eine Künstlerin/ein Künstler nach Anleitung des Eintragungsverfahrens, aber vor Eintragung stirbt. Es empfiehlt sich daher, den Satz wie folgt zu ergänzen:

„Dasselbe gilt im Hinblick auf die Erben für die Dauer von 5 Jahren nach dem Tod des Urhebers oder Herstellers.“

II. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 und S. 2 Regierungsentwurf

§ 15 regelt die „Mitwirkungspflichten während des Eintragungsverfahrens“, und zwar des Eigentümers, hilfsweise des unmittelbaren Besitzers eines Kulturgutes, das in ein Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes eingetragen werden soll. Die Regelung enthält u.a. die Verpflichtung des Eigentümers, hilfsweise des unmittelbaren Besitzers,

- geeignete Abbildungen des Kulturgutes zur Verfügung zu stellen oder deren Herstellung durch die zuständige oberste Landesbehörde oder eines oder einer durch sie Beauftragten zu gestatten (S. 1 Nr. 2)
- nicht ausschließliche, zeitlich unbefristete, weltweite Rechte zur Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung der Abbildungen zur Nutzung für das Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes einzuräumen und zu übertragen (S. 1 Nr. 3).

Ergänzend heißt es sodann:

„Urheberrechtliche Vorschriften bleiben unberührt.“

Das Vervielfältigungsrecht und das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung von Abbildungen steht ausschließlich dem Urheber zu sowie solchen Personen, denen der Urheber entsprechende Nutzungsrechte eingeräumt hat (§§ 16, 19a, 31 UrhG). Der Eigentümer, hilfsweise der Besitzer ist daher rechtlich gar nicht in der Lage, die in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 enthaltenen Verpflichtungen zu erfüllen, Abbildungen des Kulturgutes zu gestatten und Rechte zur Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung zur Nutzung zu übertragen. Dem Eigentümer, hilfsweise Besitzer wird damit etwas rechtlich Unmögliches aufgebürdet. Dies erst recht deshalb, weil es in Abs. 1 S. 2 ausdrücklich heißt, dass urheberrechtliche Vorschriften unberührt bleiben.

Vorstehendes gilt jedenfalls für solches Kulturgut, das noch unter Urheberrecht zusteht (70 Jahre post mortem auctoris). Es empfiehlt sich daher, Abs. 1 S. 2 durch folgenden Satz zu ergänzen:

„Zur Erfüllung der vorstehenden Verpflichtungen, ist der Eigentümer, hilfsweise der unmittelbare Besitzer, nur verpflichtet, wenn er dazu rechtlich in der Lage ist. Andernfalls bemüht sich die zuständige oberste Landesbehörde um die Herstellung von Abbildungen (S. 1 Nr. 2) und um die Einräumung und Übertragung von Rechten zur Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung von (S. 1 Nr. 3).“

III. § 40 Regierungsentwurf

Diese Vorschrift enthält drei sehr verschiedene Bestimmungen:

- Absatz 1: Verbot des Inverkehrbringens abhanden gekommener, rechtswidrig ausgegrabener oder unrechtmäßig eingeführter Kulturgüter
- Sanktion dieses Verbots durch Anordnung der Nichtigkeit des durch Absatz 1 verbotenen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts
- Absatz 3: Verbot von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften „über Kulturgut, das entgegen § 21 ausgeführt worden ist“; eine eigenständige Sanktion dieses Verbots sieht der Regierungsentwurf nicht vor.

Dieser Regelungsgehalt sollte in mehrfacher Hinsicht überprüft und geändert werden.

1. § 40 Abs. 1 und 2 Regierungsentwurf

Diese Bestimmungen scheinen auf den ersten Blick schlüssig und systemkonform. Allerdings fragt sich, ob sie in dieser Form wirklich zweckdienlich sind.

- (a) Durch Absatz 1 ist das Inverkehrbringen des betroffenen Kulturguts verboten. Der Begriff des Inverkehrbringens ist in § 2 Abs. 1 Nr. 8 definiert. Er umfasst jedes auf die Veräußerung gerichtete Geschäft (Angebot, Verkauf, Vermittlung, Vertrieb, Absatz und sogar unentgeltliche Weiter- oder Abgabe) im eigenen oder im fremden Namen. Mit dieser Definition

geht das Gesetz über das natürliche Verständnis des Begriffs „Inverkehrbringen“ hinaus, wonach Sachen, die bereits in Verkehr gebracht, also bereits im Verkehr sind, nicht nochmals in Verkehr gebracht werden können. Diese über das natürliche Wortverständnis hinausreichende Definition ist wohl sachgerecht. Der Verkehrsschutz für diejenigen, die die erforderlichen Tatbestandselemente (Abhandenkommen, rechtswidrig ausgegraben oder unrechtmäßig eingeführt) nicht kennen und auch nicht kennen müssen, liegt auf der Sanktionsebene.

- (b) Auf der Sanktionsebene erscheint jedoch fraglich, ob es zweckdienlich ist, nicht nur (kenntnisunabhängig) die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts, sondern auch diejenige des Verpflichtungsgeschäfts vorzusehen. Zwar entspricht es der Rechtsprechung, dass ein Verpflichtungsgeschäft, das auf ein verbotenes Verfügungsgeschäft gerichtet ist, bereits seinerseits nichtig ist, und zwar möglicherweise auch dann, wenn sich das Verbot des Verfügungsgeschäftes nur gegen den einen Teil (den Veräußerer) richtet. Das hat der BGH für den Verkauf einer Arztpraxis und den damit notwendig verbundenen Verkauf der Patientendaten entschieden.¹ Der Unterschied dieses Falles und vergleichbarer Fälle zu denjenigen des Verkaufs von abhanden gekommenen, rechtswidrig ausgegrabenem oder eingeführtem Kulturgut liegt jedoch in Folgendem: Patientendaten sind insgesamt nicht verkehrsfähig. Wer eine Arztpraxis kauft, also selbst zugelassener Arzt ist, muss wissen (im Sinne von Evidenz: weiß), dass die Patientendaten der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen und nicht übertragbar sind. Diese sind insgesamt kein verkehrsfähiges Gut und sollen das auch nicht sein.

Anders liegt es bei Kulturgütern. Kulturgüter sind verkehrsfähig und sollen auch verkehrsfähig bleiben. Auch der Kunsthandel ist ein wesentlicher Faktor des Kulturstandorts Deutschland. Die Elemente, deretwegen das einzelne Kulturgut nicht verkehrsfähig sein soll, sind diesem nicht (oder nicht ohne Weiteres) anzusehen. Wenn, wie in dem Entwurf vorgesehen, auch das Verpflichtungsgeschäft unabhängig davon, ob der Erwerber die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Absatzes 1 (abhandengekommen, rechtswidrig ausgegraben oder unrechtmäßig eingeführt) kennt oder kennen muss, nichtig ist, werden dadurch schutzwürdige Interessen des gutgläubigen Erwerbers missachtet und der – im Grundsatz erwünschte - Kunsthandel insgesamt beeinträchtigt.

1.1 Verpflichtungsgeschäft

Sinn und Zweck des § 40 Abs. 1 Regierungsentwurf ist im Sinne einer Generalprävention nicht zuletzt darauf gerichtet, den Markt für abhanden

¹ BGHZ 116, 268, 277 m.w.N.

gekommene, rechtswidrig ausgegrabene oder unrechtmäßig eingeführte Kulturgüter auszutrocknen und möglichst geringe Anreize für entsprechende Geschäfte auf der Verkäuferseite zu schaffen.

- (a) Zur Förderung dieses Ziels ist die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts weder notwendig, noch auch nur sachdienlich. Sie hätte die Folge, dass der Verkäufer - rein zivilrechtlich betrachtet und ohne Rücksicht auf strafrechtliche Implikationen - geradezu risikofrei ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft eingehen könnte. Er müsste weder vom Abschluss noch von der Durchführung des Geschäfts zivilrechtliche Nachteile fürchten. Hat er erst einmal den Kaufpreis vereinnahmt, ist er, unabhängig vom Erbringen seiner eigenen Gegenleistung, allenfalls einem Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausgesetzt, ohne dabei Schadensersatz statt der Leistung zu schulden. Damit hat die Norm des § 40 Abs. 2 Regierungsentwurf einen geradezu kontraproduktiven Effekt, lädt sie doch zum risikofreien Eingehen von Verpflichtungsgeschäften über den Verkauf abhanden gekommener, rechtswidrig ausgegrabener oder unrechtmäßig eingeführter Kulturgüter ein.
- (b) Der Käufer dagegen, dessen Kenntnisse zur Herkunft des Kulturguts regelmäßig hinter diejenigen des Verkäufers zurückbleiben, ist gegenüber dem Verkäufer nicht hinreichend geschützt. Zwar meint die Begründung, die Verletzung der Sorgfaltspflicht desjenigen, der gegen § 40 Abs. 1 verstößt, mache diesen schadensersatzpflichtig (Regierungsentwurf, Allgemeiner Teil, Begründung zu § 41 Abs. 1, S. 115). In Ermangelung eines Leistungsanspruchs auf Käuferseite kann es in der Sache aber nur um einen Anspruch auf das negative Interesse gehen. Die Sorgfaltspflichten in § 41 Regierungsentwurf werden damit zum zahlosen Tiger. Im Ernstfall, namentlich wenn ein Verstoß gegen § 40 Abs. 1 Regierungsentwurf vorliegt, gewähren die in § 41 Regierungsentwurf festgelegten Sorgfaltspflichten dem Käufer angesichts des fehlenden Leistungsanspruchs keine Absicherung seines Äquivalenzinteresses.
- (c) Das Ziel des Gesetzes, Verschiebungen von Kulturgütern der von § 40 Abs. 1 erfassten Art zu verhindern, wird wesentlich besser erreicht, wenn ausschließlich das Verfügungsgeschäft des Veräußerers – unabhängig von subjektiven Elementen wie Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Tatbestandsvoraussetzungen auf Seiten des Verkäufers (dazu sogleich) – nichtig ist. Ist nämlich das Verfügungsgeschäft des Verkäufers in jedem Fall nichtig, so ergeben sich daraus nach deutschem Recht die angemessenen schuldrechtlichen Konsequenzen:
 - (i) Die Erfüllung des Verkäufers ist von vornherein unmöglich. Der Käufer hat also auf keinen Fall einen Erfüllungsanspruch (§ 275 BGB). Der Wirksamkeit des Vertrages steht dies jedoch nicht entgegen (§ 311a Abs. 1 BGB).

- (ii) Waren dem Verkäufer die Umstände, die zur Anwendung der Vorschrift führen, bekannt oder hätte er sie kennen müssen, so ist er jedoch zum Schadensersatz (positives Interesse) verpflichtet (§ 311a Abs. 2 BGB). Diese Schadensersatzpflicht (positives Interesse) sollte die gewünschte abschreckende Wirkung haben.
 - (iii) Kannte auch der Käufer die Umstände, so ist § 254 BGB bis hin zum völligen Wegfall eines Schadensersatzanspruchs anwendbar (MüKo BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 311a Rn. 68), wenn man für diesen Fall nicht Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts nach § 134 BGB oder § 138 BGB annimmt. Ergänzend könnte man hier auch den Rechtsgedanken des § 442 BGB heranziehen mit der Folge, dass bei Kenntnis des Käufers keine Schadensersatzansprüche bestehen.
 - (iv) Der (durch einen Schadensersatz auf das positive Interesse gestaltete) Schutz der Erwartungen des gutgläubigen Käufers ist Voraussetzung für einen funktionierenden Kunsthandel.
- (d) Um nochmals den Vergleich mit dem Vorhang von Patientendaten heranzuziehen: Anders als bei diesem setzt das Verbot des § 40 Abs. 1 des Regierungsentwurfs nicht an der kategorischen Art des Objekts, sondern an der Vergangenheit oder Geschichte des einzelnen Gegenstands an. Damit ist die Lage derjenigen eines Rechtsmangels vergleichbar, wie er im ersten Fall des Verbots (abhandengekommen) auch unmittelbar vorliegt: die Regelung über die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts (vgl. § 935 BGB) wird solchen Fällen besser gerecht als die kategorische Bestimmung der Nichtigkeit bereits des Verpflichtungsgeschäfts.
- (e) Die oben unter (c) dargestellten Folgen der – rechtlichen – Unmöglichkeit der Vertragserfüllung mag das Gesetz ausdrücklich vorschreiben, da insbesondere die Rechtsfolgen einer anfänglichen Unmöglichkeit, die der Gläubiger kannte oder kennen musste, noch nicht gesichert sind.

1.2 Verfügungsgeschäft

Dagegen ist die vom Regierungsentwurf vorgesehene Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts als überzeugend zu begrüßen

Man könnte zwar überlegen, den Verkäufer und Veräußerer des Kulturguts mit der Entäußerung des Kulturguts stärker ins Risiko gehen zu lassen, indem man auch sein Verfügungsgeschäft wirksam sein ließe, das Erfüllungsgeschäft des Käufers dagegen als unwirksam deklarierte. Ähnlich erstreckt sich etwa im Falle des Wuchers die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB nur auf die Verfügungen des Wucherers, nicht auf diejenigen des Bewucherten (*Armbrüster*, in: Münchener Kommentar, BGB, 7. Auflage, München 2015, § 138 Rn. 164; *Ellenberger*, in:

Palandt, BGB, 75. Auflage, München 2016, § 138 Rn. 75; *Looschelders*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, 2. Auflage 2011, § 138 Rn. 174). Eine solche Regelung wird jedoch die unerwünschte Vermögensverschiebung des Kulturguts im Ergebnis nicht verhindern, sondern effektuieren, was hier keineswegs gewünscht sein kann. Da die Vorschrift nicht primär dem Schutz des Käufers, sondern der kulturgüterschutzgemäßen Erhaltung von Besitz und Belegenheit des Kulturguts dient, wäre eine solche einseitige Regelung zur Wirksamkeit der Erfüllungsgeschäfte sachwidrig.

Da das Gesetz den Eintritt des angestrebten wirtschaftlichen Erfolgs, also die Vermögensverschiebung, verhindern soll, ist es daher richtig, dem Verfügungsgeschäft die Wirkung zu versagen (zum allgemeinen Prinzip siehe *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 134 Rn. 22; vgl. auch BGH, NJW 1993, 1638, 1640). Das Verbot (und deshalb die Nichtigkeitsfolge) ist unabhängig von subjektiven Elementen auf Seiten des Verkäufers oder Käufers. Das ist richtig so.

Einer Bestimmung, dass auch das Erfüllungsgeschäft (Verfügungsgeschäft) des Erwerbers nichtig ist, bedarf es nicht. Dieser wird durch die schuldrechtlichen Regelungen angemessen und hinreichend geschützt.

Es genügt aber nicht, nur die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts des Veräußerers vorzuschreiben, weil diese Bestimmung nicht zur Anwendung kommt, wenn der Gegenstand im Ausland belegen ist.

1.3 Internationaler Anwendungsbereich

Zu berücksichtigen ist freilich auch, dass gerade in dem hier in Frage stehenden Bereich des internationalen Handels mit Kulturgütern die Anwendbarkeit deutschen Rechts nicht gesichert ist. Ist das Kulturgut nicht in Deutschland belegen, so kommt kollisionsrechtlich für den Eigentumserwerb daran das Recht des Belegenheitsorts zur Anwendung. Die Anordnung der Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts durch das deutsche Gesetz geht dann ins Leere. Es mag sich deshalb empfehlen, die oben unter 1.1 (c) skizzierten Rechtsfolgen ausdrücklich (und ohne Rückgriff auf das System der §§ 275, 311a BGB) zu regeln. Ohne eine – systemwidrige – Differenzierung danach, ob das Verfügungsgeschäft (nach deutschem Recht) nichtig ist oder nicht, könnte etwa Folgendes bestimmt werden:

„Gegen das Verbot des Absatz 1 verstoßende Verfügungsgeschäfte sind nichtig. Erfüllung eines nach Absatz 1 verbotenen Verpflichtungsgeschäfts kann nicht verlangt werden. Wusste derjenige, der das Kulturgut in Verkehr bringt, dass das Kulturgut abhandengekommen, rechtswidrig ausgegraben oder unrechtmäßig eingeführt worden ist, oder musste er dies wissen, so ist er dem anderen Vertragsteil nach dessen Wahl zum Schadensersatz statt der Leistung oder zum Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284

des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmten Umfang verpflichtet. Wenn auch der andere Teil wusste oder wissen musste, dass das Kulturgut abhandengekommen, rechtswidrig ausgegraben oder unrechtmäßig eingeführt worden ist, ist § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend anzuwenden.“

Bei dieser Formulierung trägt der Vertragspartner desjenigen, der gegen das Verbot durch Inverkehrbringen verstößt, die Beweislast für die subjektive Seite des Verstößenden. Es könnte daran gedacht werden, entsprechend § 311a Abs. 2 BGB die Beweislast für die subjektive Seite umzukehren. Es erscheint jedoch fraglich, ob dies ratsam ist, weil nach der weiten Definition des Inverkehrbringens der Gegenbeweis möglicherweise schwierig zu führen ist. Soll die Beweislast umgekehrt werden, und die Behandlung des Falls, dass der Erwerber die den Verstoß begründenden Umstände kannte oder kennen musste, der Rechtsprechung überlassen bleiben, so könnte die gesamte Bestimmung wie folgt formuliert werden:

„Gegen das Verbot des Absatz 1 verstoßende Verfügungsgeschäfte sind nichtig. Erfüllung eines nach Absatz 1 verbotenen Verpflichtungsgeschäfts kann nicht verlangt werden. § 311a Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches gilt entsprechend.“

2. § 40 Abs. 3 Regierungsentwurf

Gemäß § 40 Abs. 3 Regierungsentwurf sollen „Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über Kulturgut, das entgegen § 21 ausgeführt worden ist“, verboten sein. Diese Bestimmung ist in mehrfacher Hinsicht klargestellungsbedürftig:

- (a) Wenn mit der Bestimmung das Ausfuhrverbot des § 21 auch zivilrechtlich untermauert werden soll, darf der Tatbestand nicht voraussetzen, dass die Ausfuhr bereits erfolgt ist. Vielmehr müsste er dahin gefasst werden, dass das Geschäft auf eine verbotene Ausfuhr gerichtet ist. In diesem Fall scheint es sachgerecht, wenn auch das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist. Mit dem Vollzug der Ausfuhr unterliegt nämlich das Kulturgut nicht mehr der deutschen Gesetzgebung, so dass ein Eigentumserwerb daran im Ausland nach dortigem Recht möglich ist.
- (b) Soll die Vorschrift dagegen tatsächlich nur Geschäfte über Kulturgüter betreffen, die bereits verbotswidrig ausgeführt worden sind, so geht die Regelung, jedenfalls bezüglich des Verfügungsgeschäfts, ins Leere: Die Verfügung darüber unterliegt nicht mehr der deutschen Gesetzgebung.
- (c) Jedenfalls sollte die Bestimmung so gefasst werden, dass Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, durch welche das Kulturgut wieder eingeführt werden soll, von dem Verbot nicht erfasst sind.