B 1384 E

NVwZ
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Vereinigt mit Verwaltungsrechtsprechung

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift
herausgegeben von
Prof. Dr. Rüdiger Breuer
Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde
Prof. Dr. Klaus Finkelnburg
Prof. Dr. Alfons Gern
Dr. Klaus Hansmann
Prof. Ernst Kutscheidt
Dr. Jens Meyer-Ladewig
Prof. Dr. Ernst Pappermann
Dr. Hans Schlempp
Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann
Dr. Dieter Sellner
Prof. Dr. Horst Sendler
Prof. Dr. Hermann Weber
Hans Lothar Wehrl

Verlag C. H. Beck
München und Frankfurt a. M.

Aus dem Inhalt

W. Eberl, Auswirkungen der EG-Vorschriften zum Kulturgüterschutz *S. 729*

R. Mainusch, Staatliche Rechnungsprüfung gegenüber kirchlichen Einrichtungen *S. 736*

H.-C. Sarnighausen, Nachbarrechte gegen Unterkünfte für Asylbewerber *S. 741*

Ch. Heinze, Funktionsnachfolge bei der Eisenbahnneuordnung *S. 748*

P. Becker/R. Brehm, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts in den Jahren 1989 bis 1993 *S. 750*

H. Weber, Der Wittenberger Vertrag – Ein Loccum für die neuen Bundesländer? *S. 759*

G. Hager, Zum Vollzugsverbot fü… Gemeinderatsbeschlüsse bei Bü… begehren *S. 766*

A. Hauk, Sachleistungen … bewerber *S. 768*

L. Renck, Die neu… und das Reichskon…

M. Notthof… Trägern öffentli… *71*

VG… k gegenüber …haft *S. 787*

…m: Untersagung bestimm…gsarten in Mensa *S. 803*

…mburg: Zurückstellung eines …m vom Wehrdienst *S. 816*

Mit Beilage Nr. 6/94:
Neueste Rechtsprechung zum Asylrecht

8 1994

S. 729–832 13. Jahrgang 15. A…

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von *Prof. Dr. Rüdiger Breuer*, Bonn – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde*, Rechtsanwalt, Stuttgart – *Prof. Dr. Klaus Finkelnburg*, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – *Prof. Dr. Alfons Gern*, Stadtrechtsdirektor, Lahr/Schwarzwald – *Dr. Klaus Hansmann*, Ltd. Ministerialrat, Düsseldorf – *Prof. Ernst Kutscheidt*, Präsident des VG, Köln – *Dr. Jens Meyer-Ladewig*, Ministerialdirigent, Bonn – *Prof. Dr. Ernst Pappermann*, Geschäftsf. Präsidialmitglied des Deutschen Städtetags a. D., Köln – *Dr. Hans Schlempp*, Geschäftsf. Direktor des Hess. Landkreistages a. D., Wiesbaden – *Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann*, Heidelberg – *Dr. Dieter Sellner*, Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Horst Sendler*, Präsident des BVerwG a. D., Berlin – *Prof. Dr. Hermann Weber*, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Hans Lothar Wehrl*, Richter am BVerwG, München

Heft 8
Seite 729–832
13. Jahrgang
(45. Jahrgang der Verwaltungsrechtsprechung)
15. August 1994

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber und Rechtsanwalt Dr. Joachim Würkner, Palmengartenstr. 14, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Ltd. Ministerialrat Dr. Wolfgang Eberl, München

Probleme und Auswirkungen der EG-Vorschriften zum Kulturgüterschutz

Die EG-Verordnung über die Ausfuhr von Kulturgütern über die Außengrenzen der EG hat jedenfalls für Deutschland eine außerordentliche Ausweitung der Genehmigungspflicht und damit eine unvertretbar große Bürokratisierung der Ausfuhr zur Folge. Die EG-Richtlinie für den innergemeinschaftlichen Verkehr mit Kulturgütern, die den Mitgliedstaaten bisher nicht bestehende Rückgabeansprüche einräumt, wenn Kulturgüter von einem EG-Mitgliedstaat unrechtmäßig in einen anderen Mitgliedstaat verbracht wurden, ist außer wegen Verfahrensfehlern in entscheidenden Punkten und damit im ganzen nichtig, weil sie gegen wichtige, auch in der EG geltende Grundsätze des Rechtsstaats (Verhältnismäßigkeit, Vorhersehbarkeit, Rechtssicherheit) und darüber hinaus auch gegen den EWG-Vertrag selbst verstößt.

I. Einleitung

Der Wegfall der europäischen Binnengrenzen am 1. 1. 1993 verlangt eine Anpassung der in allen Mitgliedstaaten der EG bestehenden, sehr unterschiedlichen Vorschriften zum Schutz von Kulturgütern. Die EG hat sich dieser Probleme angenommen. Ein Teil der von ihr erlassenen, auf der Basis streng nationalstaatlichen Besitzdenkens entstandenen, am 30. 3. 1993 in Kraft getretenen Vorschriften

- Verordnung (EWG) Nr. 3911/92 des Rates vom 9. 12. 1992 über die Ausfuhr von Kulturgütern[1],
- Richtlinie 93/7/EWG des Rates vom 15. 3. 1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern[2],

und dazu die am 1. 4. 1993 in Kraft getretene

- Verordnung (EWG) Nr. 752/93 der Kommission vom 30. März 1993 zur Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 3911/92 des Rates über die Ausfuhr von Kulturgütern[3],

von denen die Verordnung und die Durchführungsverordnung in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht sind, während die Richtlinie in den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden muß, dürfte wegen Verstoßes gegen den EWG-Vertrag und gegen allgemeine, auch im Europäischen Recht geltende Rechtsgrundsätze nichtig sein.

II. Die Verordnung

Die wohl zu Recht auf Art. 113 EWGV gestützte Verordnung gilt für die Ausfuhr von Kulturgütern über die Außengrenzen der EG.

1. Genehmigungspflicht; Ausfuhrgenehmigung

Die Ausfuhr von Kulturgütern in Drittländer darf nur erfolgen, wenn eine Genehmigung dafür vorliegt (Art. 2 I der Verordnung). Genehmigungspflicht besteht nicht nur für die endgültige Ausfuhr, sondern auch für vorübergehende Ausfuhren, z. B. zu Ausstellungszwecken oder bei Konzertreisen von Instrumentalsolisten.

Notwendigkeit und Vorliegen der Ausfuhrgenehmigung sind von den Zollbehörden zu prüfen. Der Anhang zur Verordnung, in dem festgelegt ist, für welche Kulturgüter die Verordnung Geltung beansprucht, geht daher vom Gemeinsamen Zolltarif der EG aus und übernimmt die Nummern dieses Tarifs. Die Genehmigungspflicht gilt für alle Güter, die unter den Anhang zur Verordnung fallen; sie gelten als Kulturgüter im Sinne der Verordnung (Art. 1 der Verordnung). Weitere Voraussetzungen für die Anwendung der Verord-

1) ABlEG 1992 Nr. L 395, S. 1.
2) ABlEG 1993 Nr. L 74, S. 74.
3) ABlEG 1993 Nr. L 77, S. 24.

nung bestehen nicht. Die Genehmigungspflicht erstreckt sich damit auf eine außerordentlich große Zahl von Fällen.

Die Ausfuhrgenehmigung kann nur (muß aber nicht) verweigert werden, soweit es sich um Kulturgüter handelt, die zum nationalen Kulturgut eines Mitgliedstaats gehören (Art. 2 II Unterabs. 3 der Verordnung). Genehmigungspflichtig ist aber auch die Ausfuhr aller übrigen unter den Anhang zur Verordnung fallenden Kulturgüter. Da einige Mitgliedstaaten nur einen kleinen Teil der sich auf ihrem Hoheitsgebiet befindenden Kulturgüter als nationales Kulturgut ansehen[4], wird hier ein beträchtlicher bürokratischer Leerlauf in Gang gesetzt, auch wenn der Bundesminister der Finanzen Kunsthändlern ein Selbsterklärungsrecht eingeräumt hat[5]. Denkbar wäre es, für alle Kulturgüter, die nicht als nationale Kulturgüter geschützt sind und deren Ausfuhr daher nicht untersagt werden kann, eine generelle Ausfuhrgenehmigung zu erteilen. Die Zollbehörden hätten dann nur zu prüfen, ob das zur Ausfuhr angemeldete Kulturgut ein deutsches Kulturgut ist, das dem Schutz des Abwanderungsschutzgesetzes[6] unterliegt; in diesem Fall müßte eine (spezielle) Ausfuhrgenehmigung vorgelegt werden.

Die Ausfuhrgenehmigung gilt in der ganzen EG (Art. 2 III der Verordnung).

2. Probleme des Anhangs

Der Anhang erfaßt in Teil A in 14 Kategorien alle wesentlichen Kulturgüterbereiche. Z. B. nennt er[7] archäologische Gegenstände, die älter als 100(!) Jahre sind; Bestandteile von Denkmälern, die aus deren Aufteilung stammen; Bilder, Zeichnungen, Druckgraphik, Mosaiken, sofern sie älter als 50 Jahre sind und nicht ihren Urhebern gehören; Inkunabeln; Bücher, die älter als 100 Jahre sind; Archivalien, die älter als 50 Jahre sind. Der Anhang erfaßt auch Verkehrsmittel, die älter als 75 Jahre sind, und enthält schließlich einen breitgefächerten Auffangtatbestand für sonstige Antiquitäten, die je nach Fallgruppe mindestens 50 oder 100 Jahre alt sein müssen.

Für die einzelnen Kategorien sind in einem Teil B des Anhangs Wertschwellen gebildet, die von Null über 15000 und 50000 bis (nur bei Gemälden) 150000 Ecu reichen[8] und die für die einzelnen Kategorien so niedrig angesetzt sind, daß sie wenn nicht überhaupt alle, so mindestens die Kulturgüter von durchschnittlicher oder sogar geringer Bedeutung erfassen.

Im einzelnen enthält der Anhang zahlreiche Unklarheiten und Ungereimtheiten:

Wie zu verfahren ist, wenn ein Kulturgut unter mehrere Kategorien des Anhangs fällt (z. B. nicht nur unter A 2, sondern auch unter A 3 oder A 6 oder A 14a), sagt die Verordnung nicht; man wird wohl entsprechend der allgemeinen Tendenz der Verordnung, möglichst viel zu erfassen, annehmen müssen, daß dann diejenige Kategorie maßgebend sein soll, die die weitestreichenden Anforderungen an die Genehmigungspflicht stellt.

Würde man z. B. Nr. A 2 des Anhangs wörtlich anwenden („Bestandteile von Kunst- und Baudenkmälern oder religiösen Denkmälern, die aus deren Aufteilung stammen und älter sind als 100 Jahre"; Wertschwelle: Null), so wäre praktisch der gesamte die EG-Außengrenzen überschreitende Verkehr mit Kulturgütern aus der Zeit bis zum Ende des 18. Jahrhunderts genehmigungspflichtig, da der größte Teil der bis dahin entstandenen Kulturgüter aus Schlössern, Kirchen, Klöstern, Rathäusern und anderen Denkmälern stammt, deren Ausstattung irgendwann einmal aufgeteilt wurde. Es ist versäumt worden, im Anhang einen für die Genehmigungspflicht maßgebenden Aufteilungszeitpunkt festzulegen. Überdies ist es eine offene Frage, ob die Zollbehörden in der Lage sind, Kulturgüter als aus einer Aufteilung stammend zu erkennen.

Erhebliche Unklarheit bringt in diesem Zusammenhang auch Art. 2 II Untersabs. 2 der Verordnung, der vorschreibt, daß die Mitgliedstaaten für archäologische Gegenstände aus Grabungen und archäologischen Funden zu Lande oder unter Wasser sowie aus archäologischen Stätten (Anhang A 1, 1. und 2. Spiegelstrich), sofern es sich nicht um nationales Kulturgut i. S. des Art. 2 IV der Verordnung handelt, keine Ausfuhrgenehmigungen verlangen dürfen, wenn diese Kulturgüter von archäologisch oder wissenschaftlich beschränktem Wert sind, vorausgesetzt daß sie nicht unmittelbar aus Grabungen, archäologischen Funden und archäologischen Stätten in einem Mitgliedstaat stammen und daß der Handel mit ihnen rechtmäßig ist. Welche Kulturgüter von archäologisch oder wissenschaftlich beschränktem Wert sind, läßt sich ohne eingehende wissenschaftliche Beschäftigung mit ihnen nicht immer zuverlässig sagen. Praktikabel ist die Vorschrift am ehesten, wenn man annimmt, daß die Ausfuhr von solchen archäologischen Kulturgütern, die (weil losgelöst von ihrer Fundsituation) als archäologische Quellen wertlos und damit zu Antiquitäten geworden sind, nicht durch ein Genehmigungsverfahren behindert werden soll. Als Spezialvorschrift dürfte Art. 2 II Unterabs. 2 der Nr. A 14b des Anhangs vorgehen. Im übrigen kann man auch hier nur den Scharfsinn der Zöllner bewundern, wenn sie erkennen können, ob archäologische Gegenstände unmittelbar aus Grabungen und Funden stammen.

Bei der Anwendung der Nr. A 12a des Anhangs stellt sich die Frage, wie die Zollbehörden ermitteln können sollen, ob einzelne Mineralien, Käfer und Pflanzen (die genau genommen gar keine Kulturgüter sind) oder einzelne Münzen mit Einzelwerten unter 50000 Ecu aus Sammlungen mit einem Gesamtwert von über 50000 Ecu stammen, die zum Zwecke der leichteren Verbringung über die Außengrenzen der EG auseinandergenommen wurden.

Schließlich ist erwähnenswert die Behinderung der Verbreitung moderner Kunst, die dadurch eintritt, daß der Anhang u. a. auch Werke der Malerei, der Graphik, der Bildhauerkunst, der Fotografie und des Films erfaßt, wenn sie[9] älter als 50 Jahre sind und nicht mehr ihren Urhebern gehören.

3. Zuständigkeit

Sachlich zuständig für die Ausfuhrgenehmigung sind die von den Ländern bestimmten Genehmigungsbehörden. Die örtliche Zuständigkeit soll sich in Deutschland nach dem dauernden Aufenthaltsort eines Kulturguts (nicht nach dem Wohn- oder Firmensitz des Ausführenden) richten.

Die Zuständigkeit der deutschen Behörden erstreckt sich nach Art. 2 II der Verordnung aber nur auf Kulturgüter, die sich schon am 1. 1. 1993 rechtmäßig und endgültig in Deutschland befanden oder die nach diesem Zeitpunkt mit Genehmigung desjenigen Mitgliedstaats der EG, in dem sie sich am 1. 1. 1993 rechtmäßig und endgültig befanden, nach Deutschland gelangten[10]. Erteilt eine deutsche Behörde eine Ausfuhrgenehmigung für Kulturgüter, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, die also der Ausfuhrgenehmigung eines anderen Mitgliedstaats der EG bedurft hätten (auch wenn sie von Deutschland aus aus der EG ausgeführt werden sollen), so dürfte die erteilte Genehmigung nichtig sein, da ein ande-

4) S. z. B. das deutsche Verzeichnis, das in seiner letzten Fassung vom 30. 11. 1992, BAnz Nr. 243b, nur einige hundert Objekte umfaßt.

5) S. u. II 6.

6) V. 6. 8. 1955, BGBl I, 501, zuletzt geändert durch Gesetz v. 2. 3. 1974, BGBl I, 469.

7) S. im einzelnen Teil A des Anhangs.

8) Der Wert des Ecu betrug am 1. 1. 1993, dem maßgebenden Stichtag für die Umrechnung, 1,9550 DM.

9) So die Fußn. 1 zu Teil A.

10) S. auch u. II 6.

rer, außerdeutscher Hoheitsträger hätte handeln müssen[11]. Da es nicht möglich ist, ein Kulturgut deswegen wieder in die EG zurückzuholen, sieht Art. 9 der Verordnung eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, Verstöße gegen die Verordnung zu ahnden. Die Sanktionen richten sich gegen z. B. die Bürger oder Händler, die ein Kulturgut in einem Mitgliedstaat, der weniger streng verfährt, zur Genehmigung der Ausfuhr angemeldet haben; die zu Unrecht tätig gewordenen Behörden dürften solche Vorschriften nur selten treffen.

4. Maßgebender Zeitpunkt

Der maßgebende Zeitpunkt ist, auch wenn die Verordnung erst am 30. 3. 1993 in Kraft getreten ist, der 1. 1. 1993. Alle unter den Anhang fallenden Kulturgüter, die sich an diesem Tag in einem EG-Mitgliedstaat befanden oder die nach diesem Zeitpunkt rechtmäßig und endgültig in einen EG-Mitgliedstaat verbracht wurden, unterliegen der Genehmigungspflicht, wenn sie ausgeführt werden sollen.

5. Die Durchführungsverordnung

Die von der EG-Kommission erlassene Durchführungsverordnung (DVO) unternimmt den Versuch, ohne Ermächtigungsgrundlage in der Grundverordnung die Geltungsdauer der Ausfuhrgenehmigungen allgemein zwingend auf höchstens ein Jahr zu begrenzen, Art. 9 I DVO. Ausgenommen von dieser Beschränkung sind nach Art. 9 II DVO Ausfuhrgenehmigungen für vorübergehende Zwecke, wie Ausstellungen. Hier darf die Genehmigungsbehörde selbst die Frist bestimmen.

Erwähnenswert erscheint noch, daß diese Durchführungsverordnung in einer Art Elementarunterricht für die Verwaltungen der Mitgliedstaaten nicht nur den Text der Genehmigungsformulare festlegt, sondern dafür auch noch bis auf Millimeter und Gramm Größe und Papiergewicht vorgibt (Art. 3 I und II DVO).

6. Vollziehbarkeit

Einigermaßen durchführbar erscheint das in Deutschland alles nur, wenn die Genehmigungsbehörden, die nicht für Anträge zuständig sind, die sich auf Kulturgüter beziehen, die nach dem 1. 1. 1993 aus anderen Mitgliedstaaten der EG ohne Genehmigung in die Bundesrepublik Deutschland gelangt sind[12], nicht gezwungen werden, ohne konkreten Anlaß Nachforschungen nach der Herkunft der einzelnen Kulturgüter anzustellen, sondern mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon ausgehen dürfen, daß es sich um Kulturgüter handelt, die sich rechtmäßig in Deutschland befinden.

Der Bundesminister der Finanzen hat für den Kunsthandel ein Selbsterklärungsrecht[13] geschaffen, das zur Vereinfachung des Verfahrens beitragen kann. Nach dem Erlaß des BMF vom 10. 3. 1993 Nr. III b 2 – SV 1402 – 6/93 können schriftliche Erklärungen von Kunsthandelsfirmen oder Buchhandlungen, die Mitglied des Bundesverbands des deutschen Kunst- und Antiquitätenhandels sind, wonach es sich bei den zur Ausfuhr angemeldeten Waren nicht um Kulturgut handelt, dessen Ausfuhr genehmigungspflichtig ist, im Regelfall als Nachweise der Ausfuhrfähigkeit anerkannt werden. Eine solche Regelung dürfte zulässig sein; Art. 2 II Unterabs. 1, Art. 3 I gehen nur davon aus, daß die Ausfuhrgenehmigung durch eine Behörde zu erteilen ist, nicht dagegen auch die Negativerklärung.

III. Die Richtlinie

1. Umsetzung in nationales Recht

Anders als die Verordnung gilt die Richtlinie[14] in den Mitgliedstaaten der EG nicht unmittelbar; sie ist von jedem Mitgliedstaat in nationales Recht umzusetzen, Art. 18 der Richtlinie; der Bundesrepublik Deutschland ist dafür eine Frist bis zum 30. 3. 1994 eingeräumt (Art. 18 I der Richtlinie). Zur Umsetzung ist ein Bundesgesetz erforderlich (Art. 74 Nrn. 1, 5 GG), das schon wegen der Änderung des Abwanderungsschutzgesetzes (AbwSchG) der Zustimmung des Bundesrats bedarf. Würde diese Umsetzung durchgeführt werden, so würde, da die deutschen Rechtsvorschriften, wenn sie in Form eines Gesetzes ergehen, das nicht gegen höherrangiges Recht verstößt, für sich Bestand hätten, ein Teil der Rechtsmängel der Richtlinie (Verfahrensmängel beim Erlaß der Richtlinie) unbeachtlich werden, und zwar u. U. auch, soweit der deutsche Gesetzgeber irrtümlich davon ausgegangen sein sollte, zur Umsetzung dieser Vorschriften verpflichtet zu sein.

2. Anwendungsbereich

a) Die EG will eine Rückführung von Kulturgütern, die innerhalb der EG ohne Genehmigung von einem Mitgliedstaat in einen anderen verbracht werden, ermöglichen.

Die Richtlinie gilt (Art. 1 Nr. 1) für Kulturgüter, die in ihrem Anhang aufgeführt sind. Der Anhang[15] ist mit dem Anhang der Verordnung inhaltsgleich. Eine Notwendigkeit dafür, beiden Vorschriften einen übereinstimmenden Anhang zu geben, bestand nicht, da mit dem Vollzug der Richtlinie nicht die Zollbehörden befaßt sind. Die Richtlinie gilt *außerdem* nach Maßgabe des Art. 1 Nr. 1, 2. Spiegelstrich, auch für Kulturgüter aus öffentlichen Sammlungen oder von kirchlichen Einrichtungen. Sie gilt aber nur für Kulturgüter, die nicht nur unter den Anhang fallen oder zu den öffentlichen Sammlungen oder kirchlichen Einrichtungen gehören, sondern die außerdem als „nationales Kulturgut von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert" i. S. des Art. 36 EWGV, d. h. im Sinne der nationalen Gesetzgebung eingestuft sind.

Diese nationale Gesetzgebung ist jedenfalls bis jetzt sehr unterschiedlich: Während einige Mitgliedstaaten, vor allem „Südstaaten" riesige Komplexe vn Kulturgütern, z. T. geradezu die gesamte historische Erbschaft (ohne Einzelfallentscheidung) durch Gesetz zu nationalen Kulturgütern bestimmt haben, hat die Bundesrepublik Deutschland ein sehr liberales Abwanderungsschutzgesetz[16], das nur für Kulturgüter und Archive, deren Abwanderung einen wesentlichen Verlust für den deutschen Kulturbesitz bedeuten würde und die deshalb durch Verwaltungsakt in das Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes oder in das Verzeichnis national wertvoller Archive eingetragen wurden, eine Ausfuhrgenehmigung[17] notwendig macht[18]. Andere Mitgliedstaaten (Frankreich, Großbritannien) arbeiten mit einem Vorkaufsrecht bestimmter Museen für Kulturgüter von besonderem Wert und besonderer Bedeutung[19]. Die Richtlinie wirkt sich also je nach der Herkunft der Kulturgüter unterschiedlich aus. Das wäre im Prinzip dadurch zu rechtfertigen, daß Art. 36 EWGV es den Mitgliedstaaten überläßt, ihre nationale Erbschaft selbst zu definieren.

b) Zurückzugeben sind die unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten, als nationales Kulturgut von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert eingestuften Gegenstände (Art. 2 i. V. mit Art. 1 Nr. 1, 1. Spiegelstrich der Richtlinie). Für zwei Fallgruppen

---

11) S. *Kopp*, VwVfG, 5. Aufl. (1991), § 44 Rdnr. 11a.

12) S. o. II 3.

13) Ähnlich dem bisher schon bestehenden Abs. 3 der Dienstanweisung des BMF, Vorschriftensammlung der Bundesfinanzverwaltung VuB Schutz des Kulturgutes 14 02 Nr. 1; vgl. *Kleeberg/Eberl*, Kulturgüter in Privatbesitz, 1990, Rdnr. 260.

14) Zu deren Erlaß die EG nicht verpflichtet war, da Art. 36 EWGV keine Gemeinschaftsvorschriften verlangt oder voraussetzt.

15) Für den das o. unter II 2 Ausgeführte gilt.

16) S. o. Fußn. 6.

17) Durch das BMI, §§ 5 I, 12 I AbwSchG.

18) S. dazu im einzelnen *Kleeberg/Eberl* (o. Fußn. 13), Rdnrn. 248 ff.

19) *Frankreich:* loi des finances vom 31. 12. 1921, Art. 37, und Gesetz Nr. 79.18 vom 3. 1. 1979, Art. 20; *Großbritannien:* Gewohnheitsrecht „Waverley criteria".

bestimmt die Richtlinie, daß eine rechtmäßig erfolgte Verbringung nachträglich unrechtmäßig wird:

aa) Unrechtmäßig ist eine Verbringung nach Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie dann, wenn sie aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entgegen dessen Rechtsvorschriften für den Schutz nationaler Kulturgüter erfolgt. Unrechtmäßig ist eine Verbringung auch dann, wenn sie entgegen der Verordnung über die Ausfuhr von Kulturgütern[20] erfolgt, d. h. wenn ein Kulturgut ohne Genehmigung aus der EG ausgeführt wurde. Dies soll aber nicht nur für Kulturgüter gelten, die bereits vor ihrer Verbringung zu nationalen Kulturgütern erklärt wurden, sondern auch für solche Kulturgüter, bei denen die Erklärung zum nationalen Kulturgut erst nach ihrer ungenehmigten Verbringung erfolgte (Art. 1 Nr. 1, 1. Spiegelstrich der Richtlinie). Nun kann aber die Ausfuhr über die Außengrenzen der EG nur untersagt werden, wenn ein Kulturgut im Zeitpunkt der Ausfuhr bereits als nationales Kulturgut eingestuft war[21]. Eine materiell unrechtmäßige Verbringung von Kulturgütern, die im Zeitpunkt der Ausfuhr nicht nationale Kulturgüter sind, kann es also nicht geben; Art. 1 Nr. 2, 1. Spiegelstrich der Richtlinie läuft insoweit leer. Allerdings ist, wie oben dargelegt[22], auch für diejenigen Kulturgüter, die (ohne nationale Kulturgüter zu sein) nur unter den Anhang der Verordnung fallen, eine Ausfuhrgenehmigung erforderlich; eine Ausfuhr ohne eine solche Genehmigung ist (auch wenn die Genehmigung hätte erteilt werden müssen) unrechtmäßig i. S. des Art. 1 Nr. 2, 1. Spiegelstrich der Richtlinie. Wenn solche Kulturgüter nachträglich als nationales Kulturgut eingestuft werden, sollen sie[23] dem Rückgabeanspruch der Richtlinie unterliegen. Allerdings widerspricht eine solche Regelung dem Rechtsstaatsgrundsatz von der Vorhersehbarkeit von Belastungen, die auf den Bürger zukommen (können), in besonders krasser Weise.

bb) Nicht weniger merkwürdig und bedenklich ist die Bestimmung im vorletzten Absatz des Teils B des Anhangs, wonach „die Erfüllung der Voraussetzungen in bezug auf den finanziellen Wert bei der Einreichung des Antrags auf Rückgabe zu beurteilen" ist. Die Richtlinie gilt stets nur für nationales Kulturgut. Sofern es sich nicht um Gegenstände handelt, die zu öffentlichen Sammlungen gehören oder die im Bestandsverzeichnis kirchlicher Einrichtungen aufgeführt sind (vgl. Art. 1 Nr. 1, 1. Spiegelstrich der Richtlinie mit beiden Unterspiegelstrichen), ist die Richtlinie aber nur auf Gegenstände anwendbar, die unter eine der im Anhang genannten Kategorien fallen. Nimmt man an (was nach der Überschrift des Anhangs geboten erscheint), daß die Wertschwellen des Teiles B des Anhangs notwendig zu den Kategorien des Teils A des Anhangs gehören und beide Teile zusammen die Kategorien i. S. des Art. 1 Nr. 1, 2. Spiegelstrich, bilden, dann kann Art. 1 Nr. 1 der Richtlinie nur nationale Kulturgüter erfassen, die die angegebenen Wertschwellen übersteigen. Ebenso kann Art. 1 der Verordnung nur für Kulturgüter gelten, die die Wertschwellen des Anhangs überschreiten. Eine unrechtmäßige Ausfuhr (i. S. des Art. 1 Nr. 2, 1. Spiegelstrich der Richtlinie) geringerwertiger Gegenstände aus der EG kann es also nicht geben. Denkbar ist eine Verbringung innerhalb der EG, die gegen die Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats über den Schutz nationaler Kulturgüter verstößt. Eine solche Verbringung ist nach Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie unrechtmäßig. Ein Rückgabeanspruch kann aber in diesen Fällen nur entstehen, wenn das nationale Kulturgut unter eine der Kategorien des Anhangs fällt. Dies kann nach der zitierten Stelle des Teils B des Anhangs auch infolge von Wertsteigerungen der Fall sein, die nach der Verbringung des Kulturguts eintreten. Da der Rückgabeanspruch je nach Lage des Falles 30 oder sogar 75 Jahre lang erhoben werden kann (Art. 7 I Unterabs. 2 der Richtlinie), werden, wenn die Kunstpreise in Zukunft nur annähernd so steigen wie dies in den vergangenen Jahrzehnten der Fall war, Kulturgüter erfaßt, die bei ihrer Verbringung in einen anderen Mitgliedstaat der EG nur einen Bruchteil des nach dem Anhang der Richtlinie maßgebenden Werts hatten, so daß niemand sich träumen lassen konnte oder gar mußte, daß jemals die Vorschriften der Richtlinie auf sie anwendbar sein würden.

Auch diese Regelung ist mit dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit in keiner Weise vereinbar. Es kommt hinzu, daß nach dem letzten Satz des vorletzten Absatzes des Teils B des Anhangs auf den Wert des Kulturguts in dem ersuchten Mitgliedstaat (Art. 1 Nr. 4 der Richtlinie) abzustellen ist, so daß auch Kulturgüter betroffen sein können, die im Hoheitsgebiet des ersuchenden Mitgliedstaats (Art. 1 Nr. 3 der Richtlinie) die Wertschwellen des Anhangs auch im Zeitpunkt der Einreichung des Antrags auf Rückgabe gar nicht erreichen.

cc) Zu berücksichtigen ist schließlich, daß das für die Ausfuhr über die Außengrenzen der EG geltende Privileg für archäologisches „Kleinzeug" (Art. 2 II Unterabs. 2 der Verordnung)[24] innerhalb der EG nicht eingeführt wurde, so daß die Richtlinie auf archäologische Funde aller Art (auch auf Scherben, Münzen und andere Metallgegenstände von geringem Wert) anzuwenden ist, da der Anhang für archäologische Gegenstände die Wertschwelle Null vorsieht. Gerade in Fällen dieser Art dürfte es für den Erwerber häufig unmöglich sein, die Unrechtmäßigkeit der Verbringung zu erkennen.

3. Der Rückgabeanspruch

Anders als die Verordnung, deren Nachteile vor allem in dem mit ihrer Anwendung verbundenen bürokratischen Aufwand liegen, soll die Richtlinie zu einschneidenden Änderungen des materiellen Rechts aller Mitgliedstaaten führen.

Die Richtlinie führt einen bisher soweit ersichtlich im Bereich der EG nirgends bestehenden[25] sog. Rückgabeanspruch ein. Danach sollen Kulturgüter, die unter Art. 1 Nr. 1 fallen[26], wenn sie nach dem 1. 1. 1993 ohne Genehmigung in einen anderen Mitgliedstaat der EG verbracht werden, zurückverlangt werden können; dieser Anspruch (Art. 2, 8 der Richtlinie) steht allerdings keineswegs dem Veräußerer oder dem früheren Eigentümer zu, sondern nur dem Staat, aus dem ein Kulturgut weggebracht wurde (ersuchender Mitgliedstaat, Art. 1 Nr. 3 der Richtlinie). Die Richtlinie räumt also jedem Mitgliedstaat das Recht ein, Sachen, die zum nationalen Kulturgut gehören, unabhängig von den Eigentumsverhältnissen, von zivilrechtlichen Ansprüchen und auch gegen den Willen des zivilrechtlich Berechtigten wieder auf sein Gebiet zurückzuführen.

Wenn der staatliche Rückgabeanspruch mit zivilrechtlichen Herausgabeansprüchen privatrechtlich berechtigter Personen, insbesondere des Eigentümers (bei gestohlenen, unterschlagenen oder sonst ohne ein rechtswirksames Zivilrechtsgeschäft außer Landes gekommenen Kulturgütern) konkurriert, dürfte folgendes gelten: Hat der frühere Besitzer im ersuchenden Mitgliedstaat ein Kulturgut freiwillig abgegeben (veräußert), dann hat er regelmäßig keine Ansprüche gegen den Erwerber; in diesen Fällen kann nur ein Rückgabeanspruch nach der Richtlinie in Frage kommen. Ist ein Kulturgut dem Eigentümer im ersuchenden Staat gestohlen worden oder hat es der Eigentümer auf sonstige Weise unfreiwillig verloren, dann muß sein Anspruch (in Deutschland aus §§ 985 ff. BGB)

---

20) S. o. II.
21) S. o. II 1.
22) S. o. II 1.
23) Wenn sie später in einen anderen Mitgliedstaat der EG wieder eingeführt wurden.
24) S. o. II 2.
25) Und über Art. 36 EWGV hinausgehenden, vgl. *Siehr*, NJW 1993, 2206 (Abschn. II).
26) S. dazu im einzelnen o. II.

dem Rückgabeanspruch nach der Richtlinie vorgehen; andernfalls würde der ersuchende Staat Nutznießer des Diebstahls sein. Einen Anspruch gegen den ersuchenden Mitgliedstaat auf Herausgabe des auf Grund der Richtlinie erlangten Kulturguts hat der bestohlene Eigentümer auf Grund der Richtlinie nicht[27]. Ist dem Dieb die Rückgabe nicht mehr möglich, weil er das Kulturgut an den ersuchenden Mitgliedstaat herausgegeben hat, so bestehen gegen ihn in Deutschland Ansprüche nach den §§ 990, 989 BGB, darüber hinaus auch nach §§ 992, 823 BGB.

a) Der Rückgabeanspruch ist in den Fällen gegeben, in denen Kulturgüter unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats in einen anderen Mitgliedstaat verbracht wurden (Art. 2 der Richtlinie). Dabei ist, wie schon ausgeführt, unter unrechtmäßiger Verbringung jede Verbringung entgegen den Kulturgutschutzvorschriften des Herkunftsstaats oder entgegen der Verordnung über die Ausfuhr von Kulturgütern zu verstehen (Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie). Nach der Richtlinie ist innerhalb der gesamten EG der gesamte Verkehr mit Kulturgütern, die in einem Mitgliedstaat als nationales Kulturgut eingestuft wurden, unrechtmäßig, sofern nicht die Überführung in einen anderen Mitgliedstaat ausdrücklich genehmigt wurde. Auf zivilrechtliche Abmachungen kommt es nicht an. Mit dieser Regelung wird ein erheblicher Teil des seriösen und bisher rechtmäßigen Kunsthandels in der EG diskriminiert.

b) Der Rückgabeanspruch richtet sich gegen den Besitzer, auch wenn dieser gutgläubig ist und unabhängig davon, ob er das Kulturgut im Herkunftstaat, im eigenen Land, in einem anderen Mitgliedstaat der EG oder auch außerhalb der EG erworben hat. Der Anspruch trifft nicht nur den Ersterwerber, sondern ebenso alle weiteren Personen, die durch Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge entgeltlich oder unentgeltlich in den Besitz eines geschützten Kulturguts gekommen sind. Zur Umsetzung der Richtlinie wäre damit eine Änderung der Regelung der §§ 932, 935 II, 937 BGB notwendig, eine solche Umsetzung könnte z. B. durch eine Ergänzung des AbwSchG vorgenommen werden.

Das nachfolgende (erfundene) Beispiel möge die Auswirkungen dieser EG-Regelung verdeutlichen: Auf einer Versteigerung in den USA, auf der es als deutscher Privatbesitz angeboten wird, erwirbt ein deutscher Händler im Sommer 1993 ein Gemälde von Beckmann zum Preis von mehreren Mio. DM. Er verkauft das Bild im Jahre 1994 an einen deutschen Sammler, der das Bild 25 Jahre lang bis zu seinem Tode in Deutschland behält. Im Jahre 2019 geben die Erben des Sammlers das Gemälde auf eine Versteigerung in Deutschland. Erwerber ist ein deutsches Museum, das das Bild sogleich in seiner Ausstellung zeigt. Nach drei Jahren, im Jahre 2022, verlangt ein zu den Mitgliedstaaten der EG gehörender Mittelmeerstaat die Rückgabe des Bildes mit der Behauptung, es sei auf Grund seines Kulturgutschutzgesetzes als nationales Kulturgut anzusehen; es habe sich am 1. 1. 1993 auf seinem Hoheitsgebiet befunden; von dort sei es ohne Ausfuhrgenehmigung über Deutschland in die USA verbracht worden. Nachforschungen ergeben, daß diese Angaben zutreffen. Allerdings war das Gemälde in dem Mittelmeerstaat Eigentum eines Deutschen, der einige Jahre vorher in diesen Staat verzogen war und der das Bild in sein Landhaus mitgenommen hatte. Unerwartete Entwicklungen zwangen ihn 1993 zum Verkauf des Bildes. „Rück"gabe!

c) Zurückzugeben ist nur der Besitz. Der bisherige Eigentümer bleibt Eigentümer; er kann nicht verlangen, daß ihm der anspruchsberechtigte Staat das Eigentum abnimmt. Er kann also das Kulturgut im Herkunftstaat seinen Freunden stolz als sein Eigentum vorführen – vorausgesetzt, es ist in einem Museum ausgestellt und das Museum hat gerade geöffnet (was bekanntlich nicht in allen Mitgliedstaaten mit der gleichen Regelmäßigkeit der Fall ist). Der ersuchende Mitgliedstaat erhält damit[28] bei Erfüllung des Rückgabeanspruchs etwas, was er vor der Verbringung des Kulturguts aus seinem Hoheitsgebiet nicht hatte, nämlich den dauernden Besitz an dem ohne seine Genehmigung in einen anderen Mitgliedstaat verbrachten Kulturgut.

d) Der Rückgabeanspruch soll nach Art. 7 I der Richtlinie normalerweise in 30 Jahren, bei Kulturgütern aus öffentlichen Sammlungen (wozu schon Sammlungen gehören, die die öffentliche Hand zu einem beträchtlichen Teil finanziert, s. im einzelnen die detaillierte Beschreibung in Art. 1 Nr. 1, 2. Spiegelstrich) und in bestimmten Fällen bei kirchlichen Gütern in 75 Jahren (Art. 7 Abs. 1, Unterabs. 2 der Richtlinie) erlöschen. Ist der Rückgabeanspruch in einem Mitgliedstaat unverjährbar, so soll dies über sein Hoheitsgebiet hinaus in der ganzen EG gelten („ewige Rechtsunsicherheit", Art. 7 I Unterabs. 2). Die Richtlinie verlangt also auch eine Änderung der Regelung der §§ 197 ff. BGB, die gleichfalls durch eine Ergänzung des AbwSchG erfolgen könnte. Eine Umsetzung der Richtlinie würde den Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit in außergewöhnlichem Umfang nachhaltig und auf breiter Basis beeinträchtigen.

e) Für bestimmte Fälle sieht Art. 9 der Richtlinie eine Pflicht des ersuchenden Mitgliedstaats zur Entschädigung des zur Rückgabe Verpflichteten vor. Nach Art. 9 I der Richtlinie setzt das Gericht eine Entschädigung fest, sofern es davon überzeugt ist, daß der Eigentümer beim Erwerb mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen ist; die Beweislast dafür liegt nach der Fassung des Art. 9 I der Richtlinie beim Eigentümer. Gelangt das Gericht nicht zu dieser Überzeugung, so hat die Besitzüberlassung entschädigungslos zu erfolgen; der Eigentümer wird bestraft.

Der Entschädigungsanspruch dürfte sich, auch wenn Art. 9 I der Richtlinie davon spricht, daß das Gericht eine Entschädigung in der Höhe zu gewähren hat, die es im jeweiligen Fall für angemessen erachtet, nach dem nationalen Recht des ersuchten Staates, also desjenigen Staates richten, in dem der zur Rückgabe Verpflichtete zur Herausgabe verurteilt wird.

Nach Art. 14 GG dürfte die Entschädigung, auch wenn nur der Besitz zurückgegeben wird, regelmäßig in Höhe des Verkehrswerts des Kulturguts zu gewähren sein, weil bei der Rückgabe des Kulturguts an einen anderen Staat und ohne Möglichkeit, mit dem Kulturgut nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB), insbesondere es selbst in der ursprünglich beabsichtigten zulässigen Weise zu nutzen oder es wieder zurückzuholen, das Eigentum allein mehr oder weniger nur Papierwert hat[29]. Die Höhe des Entschädigungsanspruchs kann sich, wenn schon für die Geltendmachung des Rückgabeanspruchs der Wert im ersuchten Mitgliedstaat im Zeitpunkt der Einreichung des Rückgabeantrags maßgebend ist, nur nach dem Wert richten, den das Kulturgut im ersuchten Mitgliedstaat im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung hat, und nicht etwa nach dem vor Jahrzehnten und evtl. im Ausland gezahlten, bei wiederholter Rechtsnachfolge meist kaum mehr feststellbaren Erwerbspreis.

f) Zuständig für die Entscheidung über einen von einem anderen Mitgliedstaat erhobenen Rückgabeanspruch dürften die Zivilgerichte sein[30]; jedenfalls ist durch Bundesgesetz eine Zuweisung an die Zivilgerichte möglich, § 40 I 1 VwGO, und wegen des Zusammenhangs mit der Entscheidung über die Gewährung einer Entschädigung im Hinblick auf Art. 14 III 4 GG auch zweckmäßig.

Die Zulässigkeit der Klage kann nach Maßgabe des Art. 4 Nr. 6 der Richtlinie durch Vorschriften des nationalen Rechts

27) Man müßte dem bestohlenen Eigentümer wohl Ansprüche aus einem Eingriff mit enteignender Wirkung zugestehen.

28) Soweit es sich nicht um die Rückführung ihm gehörender Kulturgüter handelt.

29) Sofern es nicht sogar zu Belastungen, etwa im Bereich der Vermögen- und Erbschaftsteuer oder bei Aufwendungen für eine Restaurierung oder die Versicherung des Kulturguts, führt.

30) Vgl. *Wolff/Bachof,* VerwR I, 9. Aufl. (1974), § 22a 7c.

von der vorherigen Durchführung eines Schiedsverfahrens abhängig gemacht werden.

Wird eine Rückgabeklage nach Art. 5 der Richtlinie erhoben, so hat das deutsche Gericht (nur) zu prüfen (was der klagende ausländische Staat beweisen muß), ob es sich um ein unter die Richtlinie fallendes, zum nationalen Kulturgut des klagenden Staates gehörendes Kulturgut handelt, das nach dem 1. 1. 1993 (Art. 13 der Richtlinie) ohne Genehmigung dieses Staates aus dessen Hoheitsgebiet verbracht wurde (vgl. Art. 8 der Richtlinie). Ergibt sich, daß der Rückgabeanspruch gem. Art. 7 der Richtlinie erloschen ist, so ist die Klage abzuweisen, auch wenn sich der Beklagte nicht auf den Zeitablauf beruft. Ergibt sich, daß das zurückverlangte Kulturgut zwar ohne Genehmigung, aber aus einem anderen als dem klagenden (ersuchenden) Staat verbracht wurde, so ist die Klage gleichfalls nicht begründet (vgl. Art. 1 Nr. 3 der Richtlinie)

Offen ist die Frage, ob die deutschen Gerichte die Erklärung von Sachen zu nationalen Kulturgütern durch einen anderen Mitgliedstaat ohne weiteres hinzunehmen haben, etwa im Extremfall ein Gesetz, das alle Sachen, die unter den Anhang der Richtlinie fallen oder die zu öffentlichen Sammlungen oder kirchlichen Einrichtungen i. S. des Art. 1 Nr. 1 der Richtlinie gehören, zu nationalen Kulturgütern macht. Eine rechtsmißbräuchliche Ausdehnung des Begriffs „nationales Kulturgut von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert" (Art. 1 Nr. 1 der Richtlinie) und seine Anwendung auf Kulturgüter, deren Bedeutung für die nationale Kunst, Geschichte oder Archäologie nur eine geringe ist, wird von den deutschen Gerichten nicht hinzunehmen sein[30a] (vgl. dazu u. 4baa, wonach nationale Regelungen, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen, unzulässig – und damit nichtig – sind[31]).

g) Die Herausgabe des Besitzes hat Zug um Zug gegen Zahlung der Entschädigung zu erfolgen (Art. 9 IV der Richtlinie). Allerdings sagt die Richtlinie nicht, bis wann der ausländische Staat ein obsiegendes Urteil vollstrecken muß. Würde die Vollstreckung, wie nach deutschem Recht zulässig (sofern nicht Verwirkung eingetreten ist), erst nach annähernd 30 Jahren erfolgen, so müßte bei wesentlicher Änderung des Kunstpreisniveaus Vollstreckungsabwehrklage wegen nachträglicher Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts (vgl. Art. 9 IV der Richtlinie) erhoben werden können (§ 767 ZPO, evtl. über § 167 VwGO).

4. Rechtswidrigkeit infolge von Verstößen gegen den EWG-Vertrag

Die Richtlinie ist aus mehreren Gründen, die teils die gesamte Regelung, teils einzelne Vorschriften erfassen, rechtswidrig, so daß ihre Umsetzung unterbleiben kann und unterbleiben sollte.

a) *Verfahrensfehler.* Infolge eines Verfahrensfehlers ist die Richtlinie nicht wirksam zustandegekommen. Die von der EG selbst angeführte Rechtsgrundlage des Art. 100a EWGV trägt die Richtlinie nicht, da[32] die Regelung nicht dazu dient, Hindernisse für den freien Warenverkehr, die sich aus Vorschriften der Mitgliedstaaten ergeben, zu beseitigen. Vielmehr soll durch die Richtlinie die Wirksamkeit nationaler Vorschriften gewährleistet werden, die dem freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft entgegenstehen. Art. 100a EWGV enthält keine umfassende Ermächtigung für die Gemeinschaft zum Erlaß von Ausgleichsmaßnahmen für den Wegfall der Kontrollen an den Binnengrenzen; die Rückgaberegelung geht im übrigen weit über einen Ausgleich des Wegfalls der Grenzkontrollen hinaus; denn für das unrechtmäßige Verbringen von Kulturgütern in andere Mitgliedstaaten kann der Wegfall der Grenzkontrollen nicht als ursächlich angesehen werden. Bei aller Anerkennung der Berechtigung der Bewahrung des nationalen Kulturerbes i. S. des Art. 36 EWGV besteht auch die Notwendigkeit, das gegenseitige Verständnis unter den Mitgliedstaaten der EG zu pflegen und zu vertiefen, und zwar besonders auch durch Förderung der Verbreitung von Kultur und Kunst der europäischen Völker (vgl. Art. 128 EWGV i. d. F. der Maastrichter Verträge).

Die Richtlinie hätte daher nur auf Art. 235 EWGV gestützt und nur mit den Stimmen aller Mitgliedstaaten erlassen werden können[33]. Im EG-Binnenmarktrat hat jedoch Griechenland gegen den Erlaß der Richtlinie gestimmt, Deutschland hat sich der Stimme enthalten. Die nach Art. 235 EWGV erforderliche Einstimmigkeit war damit nicht gegeben; die Richtlinie ist nicht wirksam zustandegekommen.

b) *Materielle Rechtswidrigkeit.* Die Richtlinie widerspricht mit ihren maßlosen Regelungen[34] auch dem materiellen Inhalt des EWG-Vertrags: Ihre Kernbestimmungen (Einführung eines grenzüberschreitenden staatlichen Rückgabeanspruchs, Art. 2, 5, 8; Ausschluß der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs, Art. 8; außergewöhnlich lange Verjährungsfristen, Art. 7; Beschränkung der Entschädigung auf bestimmte Fälle, Art. 9) sind nicht durch Art. 36 EWGV gedeckt und widersprechen den Grundgedanken der europäischen Einigung. Da die übrigbleibenden Bestimmungen für sich keine sinnvolle Regelung darstellen, ist die Richtlinie im ganzen nichtig.

aa) Kunst war in Europa zu keiner Zeit an nationale Grenzen gebunden. Trotz aller dynastischen, religiösen und später nationalen Auseinandersetzungen und Kriege war Europa im künstlerischen Bereich eine Einheit. Kunstrichtungen und Kunststile entwickelten sich über die Grenzen hinweg.

Kunst diente immer dem gegenseitigen Verständnis. Das jüngste Beispiel dafür ist der Ost-West-Konflikt der vergangenen Jahrzehnte; in dieser Zeit waren Kunst und Kultur nahezu das einzige verbindende Element zwischen den beiden Machtblöcken.

Kunstwerke wurden zu allen Zeiten geschätzt und überall auch über die Landes- und Staatsgrenzen hinweg ver- und gekauft, verschenkt und vererbt. Der Deutsche Kaiser *Rudolf II.* sammelte für Prag und Wien Gemälde von *Dürer;* andere Bilder von *Dürer* gingen nach England; der Bayerische Kurfürst *Max Emanuel* kaufte Gemälde von *Rubens* auf; russische Bürger trugen Werke französischer Impressionisten zusammen. *Raffael* als Heiratsgut, *Rembrandt* in der Petersburger Eremitage, Kunstsammlungen geistlicher Würdenträger als Erbschaften – selbst in den Zeiten, in denen der Nationalismus seine schlimmsten und unsinnigsten Blüten trieb, durften Kunstwerke die Grenzen überschreiten, konnte die Kunst völkerverbindend wirken.

Dies alles soll sich nun radikal ändern nach dem Willen der EG-Kommission und der (meisten) EG-Binnenmarkt-(= Wirtschafts-)minister – kaum nach den Intentionen des EWG-Vertrags. Der EWG-Vertrag, dessen großes Ziel, die Beseitigung der Grenzen zwischen den EG-Mitgliedstaaten war und ist, führt in den Art. 30ff. den freien grenzüberschreitenden Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten ein und versucht, ihn durch verschiedene Regelungen zu schützen. Zugunsten des nationalen Kulturguts von künstlerischer, geschichtlicher und archäologischer Bedeutung enthält er eine Ausnahme, die – wie Ausnahmebestimmungen regelmäßig – eng auszulegen ist[35].

Der Ausnahmecharakter des Art. 36 EWGV erfordert es, eine zu treffende Regelung so anzulegen, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt, insbesondere daß keine Hindernisse für die Ausfuhr geschaffen werden, die zu

30a) *Grabitz/Grabitz,* EWGV (Stand: 5. Erg.-Lieferung 1992) Art. 189 Rdnr. 41b; *EuGH,* Slg. 1980, 1979 (1987). S. nunmehr auch die ausdrückliche Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art. 3b III EWGV.

31) S. *Müller-Graff,* in: *v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann,* EWGV, 4. Aufl. (1991) Art. 36 Rdnr. 55.

32) Wie schon der Deutsche Bundesrat in seinem Beschluß vom 15. 5. 1992, BR-Dr 137/92 (unter II 1) ausgeführt hat.

33) S. dazu auch *Röttinger,* EuZW 1993, 117 (118).

34) So *Schütte,* in: Festschr. f. Sieghardt v. Köckritz, 1993, S. 330f.

35) *EuGH,* Slg. 1984, 2727; *EuGH,* Slg. 1985, 1 = NJW 1985, 1615; *EuGH,* Slg. 1986, 1760; st. Rspr. seit *EuGH,* Slg. 1968, 633 (644).

den Zielen des Gemeinsamen Markts außer Verhältnis stehen[36]. Eine nationale Regelung fällt nicht unter die zugelassene Ausnahme vom Grundsatz des freien Warenverkehrs, wenn die mit dieser Regelung verfolgten Ziele mit weniger einschneidenden Maßnahmen genauso erreicht werden können[37]. Dieser Gedanke muß auch für die von der EG selbst getroffenen Regelungen gelten. Es kommt hinzu, daß Art. 36 S. 2 EWGV zusätzliche Einschränkungen für die ausnahmsweise zulässigen Ausfuhrverbote festlegt: Sie dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

Insgesamt gesehen ist das europäische Kulturerbe nach wie vor unermeßlich groß. In jedem Mitgliedstaat der EG gibt es Kulturgüter, die für das Bewußtsein der Nation (oder wenigstens des sich für solche Dinge überhaupt interessierenden Teils der Bürger), für die nationale Geschichte und Kunst, kurz für die nationale Identität, die ja auch in der EG nicht aufgegeben werden soll, wesentlich und unverzichtbar sind. Je nach der Kulturdichte in den einzelnen Mitgliedstaaten, die z. B. in Griechenland geringer ist als in Italien, können diese Kulturgüter von größerer oder geringerer objektiver Bedeutung sein. Dort, wo wenig vorhanden ist, werden prozentual mehr Kulturgüter schützenswert sein als in Staaten und Gegenden, die sich durch großen Reichtum an Kulturgütern auszeichnen[38]. Aber mit Sicherheit können in keinen Mitgliedstaat der EG alle in Art. 1 der Richtlinie und in deren Anhang aufgeführten Kulturgüter oder auch nur der größere Teil davon wesentlich für die nationale Identität sein. Um ein Beispiel zu nennen: Allein in der Erzdiözese München-Freising gibt es heute etwa 10000 von Augsburger Silberschmieden seit dem 18. Jahrhundert gefertigte Kelche. Einige davon mögen von besonderer künstlerischer Bedeutung, ein paar andere vielleicht mit wichtigen geschichtlichen Ereignissen in Verbindung zu bringen sein – einige, mehr sicher nicht.

Der Rückgabeanspruch, den es bisher nicht gab, und der sich in Verbindung mit der nationalen Gesetzgebung auf viele Kulturgüter erstrecken kann, die für die nationale Identität eines Mitgliedstaats ohne Bedeutung sind, führt zu massiven verschleierten Beschränkungen des europäischen Kunsthandels (und damit auch zu einer Benachteiligung gegenüber dem außereuropäischen Kunsthandel). Die Zahl der Fälle, in denen ein Kunsthändler guten Gewissens versichern kann, von ihm angebotene Kulturgüter würden nicht dem EG-Rückgabeanspruch unterliegen, ist viel geringer als die Zahl der Kulturgüter, die sich im legalen Handel befinden. Sie wird noch geringer, je länger die Vorschriften in Kraft sein werden; in hundert Jahren wird es Kunsthändlern noch viel weniger möglich sein als heute, die erforderlichen Nachweise zu erbringen. Gerade seriöse Händler, die durch die Regelung ohne sachlichen Grund diskriminiert werden, aber auch seriöse Kunden, werden in vielen Fällen von einem Ankauf Abstand nehmen. Der Kunsthandel wird sich möglicherweise in wesentlichem Umfang in Staaten außerhalb der EG verlagern.

Wird schon privaten Sammlern das Sammeln erschwert, so scheiden in noch größerem Umfang die öffentlichen Museen als Interessenten auf dem Kunstmarkt aus. Welcher Museumsdirektor und noch mehr welcher Oberbürgermeister oder Minister als Repräsentant eines Museumsträgers kann es sich leisten, Kunstwerke anzukaufen, die dann später, obwohl vom Eigentümer, unter Umständen sogar wenn auf einer öffentlichen Versteigerung erworben, plötzlich ins Ausland abgegeben werden müssen? Der Kunsthandel verliert dadurch wichtige Kunden; er wird in seinen Möglichkeiten und Aktivitäten beschränkt.

bb) Die Motive, die die EG zu ihrer Regelung veranlaßt haben dürften, tragen die Richtlinie nicht:

Es ist durchaus einsichtig, daß die EG versuchen will, Kunstdiebstähle (auch solche aus Museen und Kirchen) und Entwendungen aus archäologischen Fundstätten dadurch zu erschweren, daß die Absetzbarkeit der durch solche Taten erlangten Kulturgüter eingeschränkt wird. Aber wenn es der EG wirklich um die gestohlenen und unterschlagenen Kulturgüter gegangen wäre, dann hätte eine Regelung in der Richtlinie, (wenn es überhaupt noch zusätzlicher Regelungen bedurft hätte), daß bei *diesen* Kulturgütern der gutgläubige Eigentumserwerb ausgeschlossen ist und daß insoweit ein Rückgabeanspruch eingeführt wird (falls ein solcher Anspruch des Eigentümers nicht ohnehin bereits überall besteht), völlig ausgereicht. Es wäre ausreichend gewesen, den Rückgabeanspruch des Bestohlenen in dieser oder sonst auf geeignete Weise auszubauen; der Einführung eines „Rückgabe"anspruchs zugunsten des Staates hätte es nicht bedurft. Daß dem Staat ein vorher niemals bestehender Anspruch eingeräumt wurde, der den Staat in die Lage versetzt, Kulturgüter in Besitz zu nehmen, die er niemals besaß und die er ohne die Richtlinie nur durch Kauf oder Enteignung erlangen könnte, läßt die Vermutung aufkommen, daß es der EG gar nicht um die Wiedergutmachung des durch Straftaten entstandenen Schadens gegangen sein könnte.

Daß die EG in der Richtlinie nicht einen Rückgabeanspruch des Eigentümers festlegt, sondern einen davon unabhängigen Anspruch des Staates eingeführt hat, zeigt, daß die Richtlinie der Entprivatisierung von Kulturgütern dienen soll. In einigen Mitgliedstaaten scheint das Verlangen des Staates nach Kulturgütern, die Jahrhunderte im Besitz privater Eigentümer überdauert haben, beträchtlich zu sein. Vorschriften, die langfristig eine Sozialisierung von Kunstbesitz zum Ziel haben oder die einer solchen Sozialisierung oder der Schaffung von Volksbesitz dienen, sind weder durch Art. 36 EWGV noch durch eine sonstige Bestimmung des EWG-Vertrages gedeckt.

Eine Regelung, die versucht hätte, kapitale Kunstwerke und Kulturgüter, die für die nationale Identität eines Mitgliedstaats von wirklicher Bedeutung sind, im Lande zu halten, wäre verständlich und durch Art. 36 EWGV gedeckt. Dieses Ziel hätte sich erreichen lassen durch Schutzvorschriften zugunsten von Kulturgütern, die in für alle zugänglichen Verzeichnissen aufgeführt sind; auch Vorkaufsrechte nationaler Museen hätten dazu beitragen können, dieses Anliegen zu unterstützen. Nicht gedeckt durch den EWG-Vertrag ist aber eine Regelung, die durch eine schier uferlose und von der EG kaum steuerbare Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs geeignet ist, den Großteil der in einem Mitgliedstaat vorhandenen Kulturgüter de facto weitgehend zu res extra commercium zu machen und gleichzeitig nicht nur europaweit, sondern auf der ganzen Welt dauernde Verunsicherung zu produzieren und damit den Kulturbesitz zu immobilisieren.

Schließlich könnte ein Motiv der EG gewesen sein, die Anlage von Schwarzgeldern zu erschweren. Dies mag eine durchaus lobenswerte Absicht sein, aber ist der gewählte Weg einer mittelbaren Kontrolle durch einen Rückgabeanspruch (statt einer unmittelbaren Kontrolle der Verwendung und Anlage solcher Gelder) ein taugliches Mittel dazu? Da Erwerbungen mit legalen Geldern in gleicher Weise von dem Rückgabeanspruch betroffen werden wie solche mit Schwarzgeld, ist die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt und die Richtlinie auch aus diesem Grunde nichtig[39].

Welche Motive die EG sonst dazu bewogen haben könnten, bisher

---

36) *EuGH,* Slg. 1984, 2727; eindringlich dazu *Geiger,* EWGV, 1993, Art. 36 Rdnrn. 12ff..

37) *EuGH,* Slg. 1986, 3935.

38) Und die deswegen auch im Bereich der Denkmalpflege und des Denkmalschutzes vor allem die wichtigeren Monumente erhalten.

39) *Schweitzer/Hummer,* EuropaR, 2. Aufl. (1985), § 9 III 3, S. 240ff.; *Grabitz/Grabitz* (o. Fußn. 30a).

legale Geschäfte zu illegalen Geschäften zu machen und dadurch den europäischen Kunsthandel aufs Haupt zu schlagen und zu lähmen, ist nicht erkennbar.

IV. Zusammenfassung

Die Richtlinie ist nicht ordnungsgemäß zustandegekommen[40].

Art. 1 I, 1. Spiegelstrich der Richtlinie verstößt zum Teil gegen den Vorhersehbarkeitsgrundsatz, der Teil des Rechtsstaatsprinzips ist[41].

Der Rückgabeanspruch des Art. 2 der Richtlinie mit dem Ausschluß der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs (Art. 8 der Richtlinie) und den außergewöhnlich langen Erlöschensfristen (Art. 7 der Richtlinie) widerspricht dem Art. 36 EWGV (Verbot von Handelsbeschränkungen, Diskriminierungsverbot)[42].

Art. 9 I der Richtlinie ist nicht mit dem Schutz des Eigentums zu vereinbaren[43].

Der vorletzte Absatz des Teils B des Anhangs verstößt gegen den Vorhersehbarkeitsgrundsatz[44].

Während die Verordnung[45] zwar unzweckmäßig, aber nicht rechtswidrig ist, ist die Richtlinie im ganzen nichtig, da die wesentlichen Bestimmungen der Richtlinie gegen übergeordnetes Recht verstoßen.

Alles in allem widerspricht die Richtlinie mit ihren weit in die Handlungsfreiheit von Kunsthändlern, Museen und Sammlern eingreifenden und weithin Verstimmung auslösenden Regelungen auch dem Grundgedanken der EG, die europäische Einheit zu pflegen und zu fördern, auf krasse Weise; sie ist geeignet, einen Rückschritt in der Gemeinsamkeit europäischen Denkens und Fühlens herbeizuführen.

40) S. o. III 4a.
41) S. o. III 2aa.
42) S. o. III 4b.
43) S. o. III 3e.
44) S. o. III 2bb.
45) S. o. II.

Assessor im Kirchendienst Rainer Mainusch, Hannover

Staatliche Rechnungsprüfung gegenüber kirchlichen Einrichtungen

Der moderne Sozialstaat ist zur Erfüllung seiner vielfältigen Aufgaben auf die Arbeit von Einrichtungen der Kirchen und anderer Träger der freien Wohlfahrtspflege angewiesen. Aus diesem Grunde unterstützt er die soziale Arbeit kirchlicher Einrichtungen durch Zuschüsse in Millionenhöhe. Im Gegenzug nehmen die staatlichen Rechnungshöfe eine Kompetenz zur Überprüfung kirchlicher Zuwendungsempfänger in Anspruch. Die Reichweite dieser Prüfungskompetenz ist in letzter Zeit ins Gerede gekommen. Der Verfasser des nachfolgenden Beitrags vertritt die Ansicht, daß sich eine Prüfung in der Regel auf die bestimmungsgemäße Verwaltung und Verwendung der Zuwendungen beschränken muß. Eine Prüfung der wirtschaftlichen Verwaltung und Verwendung der Mittel kommt nach Ansicht des Verfassers nur ausnahmsweise, eine Prüfung der sonstigen Haushalts- und Wirtschaftsführung von Zuwendungsempfängern überhaupt nicht in Betracht.

I. Rechtsgrundlagen staatlicher Rechnungsprüfung

1. § 91 I Nr. 3 BHO

Staatliche Leistungen zur Förderung der Arbeit kirchlicher sozialer Einrichtungen fallen in der Regel unter den Zuwendungsbegriff des § 23 BHO[1]. Die staatliche Rechnungsprüfung gegenüber kirchlichen Einrichtungen beruht daher meistens auf der Bestimmung des § 91 I Nr. 3 BHO, die eine Prüfung *bei* Empfängern staatlicher Zuwendungen ermöglicht. Die Organisationsform des jeweiligen kirchlichen Zuwendungsempfängers spielt dabei keine Rolle. Eine Prüfung nach § 91 BHO wird von der Regelung des § 55 HGrG[2], die die als Körperschaft des öffentlichen Rechts konstituierte sog. verfaßte Kirche von der staatlichen Rechnungsprüfung ausnimmt, nicht erfaßt[3].

Eine Prüfung *bei* Empfängern staatlicher Zuwendungen erstreckt sich auf die bestimmungsmäßige und wirtschaftliche Verwaltung und Verwendung der Zuwendungen (§ 91 II 1 BHO) sowie auf die sonstige Haushalts- und Wirtschaftsführung des Zuwendungsempfängers (§ 91 II 2 BHO). Sie ist von ihrer Zielsetzung her aber begrenzt. Gegenstand der Prüfung nach § 91 BHO bleibt die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Staates. Die Prüfung richtet sich nicht gegen die betroffene kirchliche Einrichtung, sondern stellt nur ein zusätzliches Erkenntnismittel für die Prüfung der staatlichen Vergabebehörde dar[4].

2. § 104 I Nr. 3 BHO

Mit Rücksicht auf die bereits erwähnte Exemtion in § 55 I HGrG ist eine Prüfung *der* kirchlichen Zuwendungsempfänger ausgeschlossen, soweit diese gem. Art. 140 GG i. V. mit Art. 137 V WRV als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind. Diese Organisationsform bildet im Bereich der kirchlichen Diakonie allerdings eher die Ausnahme. Bei den meisten diakonischen Einrichtungen handelt es sich infolge der historischen Entwicklung im 19. Jahrhundert[5] um eingetragene Vereine oder rechtsfähige Stiftungen, die im katholischen Bereich im Deutschen Caritasverband und im evangelischen Bereich in den Diakonischen Werken zusammengeschlossen sind[6]. Gegenüber derartigen privatrechtlich organisierten Zuwendungsempfängern sehen die staatlichen Behörden zunehmend von einer Gewährung der Zuwendungen durch Verwaltungsakt ab. Statt dessen schließen sie mit den Zuwendungsempfängern öffentlichrechtliche Zuwendungsverträge, in denen sie gem. § 104 I Nr. 3 BHO ein Prüfungsrecht des jeweiligen Rechnungshofes vereinbaren. Ein solches Prüfungsrecht richtet sich gezielt gegen die betroffene kirchliche Einrichtung und erfaßt deren gesamte Haushalts- und Wirtschaftsführung.

1) Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19. 8. 1969 (BGBl I, 1284, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. 7. 1990, BGBl I, 1447). Die Bundeshaushaltsordnung wird den folgenden Ausführungen im Interesse einer einheitlichen Darstellung für alle Bundesländer zugrunde gelegt. Da Zuwendungen an kirchliche Einrichtungen nahezu ausschließlich von den Ländern gewährt werden, wird sich die rechtliche Beurteilung von Prüfungsbefugnissen in den meisten konkreten Fällen aber nach den in der Regel wortgleichen Bestimmungen der Landeshaushaltsordnungen richten. Gegenüber weitergehenden Prüfungsrechten, wie sie beispielsweise in der Neufassung von § 104 I Nr. 1 SchlHLHO enthalten sind, bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken: *Delbrück*, Gutachten zu den Prüfungsrechten des Landesrechnungshofes Schleswig-Holstein gegenüber den Freien Wohlfahrtsverbänden, hrsg. von der Landesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtsverbände Schleswig-Holstein e. V., 1993, S. 5, 17 m. w. Nachw.

2) Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz – HGrG) vom 19. 8. 1969 (BGBl I, 1273, zuletzt geändert durch EinigungsV vom 31. 8. 1990, BGBl II 889 [890]).

3) *Heuer*, Komm. zum HaushaltsR (Stand: Mai 1993), § 55 HGrG Rdnr. 3.

4) *Heuer* (o. Fußn. 3), Art. 114 GG Rdnr. 85; § 1 BHO Rdnr. 12; *Piduch*, BundeshaushaltsR (Stand: Januar 1993), § 91 BHO Rdnr. 1.

5) *v. Campenhausen*, in: *ders./Erhardt*, Kirche – Staat – Diakonie. Zur Rechtsprechung des BVerfG im diakonischen Bereich, 1982, S. 10 (17ff.) m. w. Nachw.

6) Übersichten über die Organisationsstrukturen von Caritas und Diakonie bei *Rinken*, in: HdbStKirchR II, 1975, 383 (389ff.), und *v. Tiling*, in: HdbStKirchR II, 1975, 401 (406ff.).