

Kulturgutschutz unter Wirtschaftlichkeitsvorbehalt*

Summary

The legislator has based the new Act on the Protection of Cultural Property on the idea that certain objects should be subject to special protection because of their significance for cultural life. However, the legislator does not live up to his own requirements. Instead he makes the protection of the substance and of the location absolute, regardless if this promotes cultural life. On the one hand this is noticeable for the matter of the protection against the outflow of cultural property. The respective provisions refer to certain value and age thresholds but not to the object's significance for the cultural life. On the other hand the diligence that the art market is obligated to observe largely depends on economic criteria. Thus, if the legislator defines whether an object is worth protecting by applying primarily economic criteria he contradicts his own values. Not least because he considers international interests only to the absolute minimal extend, there will be further cause for thorough discussion about the German approach to the protection of cultural property in the future.

Résumé

Le législateur a conféré à la nouvelle loi sur la protection des biens culturels l'idée fondamentale selon laquelle certains objets méritent une protection particulière en raison de leur signification pour le monde culturel. Le législateur, cependant, ne répond pas à ses propres exigences. Plus précisément il pose en valeur absolue la protection de la substance et de la localisation indépendamment de son utilité réelle pour le monde culturel. C'est ce qu'il est permis d'observer en matière de protection contre l'exode des biens culturels à deux égards. D'une part les dispositions protectrices correspondantes, appliquées au cas par cas, prévoient des limites précises de valeur et d'âge et ne s'attachent pas à la valeur intrinsèque que le bien culturel en question pourrait ajouter au monde de la culture. Par ailleurs, les pratiques minutieusement imposées au marché de l'art intègrent de façon déterminante des critères économiques. Lorsque le législateur définit la capacité d'un bien culturel à être protégé en premier lieu selon des critères économiques, il faillit, ce faisant, au respect des valeurs imposées par lui-même. Mais c'est également parce que le législateur ne tient compte des intérêts internationaux que dans une mesure restreinte au minimum imposé, qu'une discussion approfondie concernant la réglementation allemande sur la protection des biens culturels s'avère déterminante pour l'avenir.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Antike Rechtsgeschichte, Europäische Privatrechtsgeschichte und Zivilrecht der Johann Wolfgang Goethe Universität in Frankfurt am Main.

I. Einleitung

Die Bundesrepublik Deutschland, notorischer Nachzügler in Fragen des Kulturgüterschutzes,¹ hat sich vor knapp zwei Jahren ein neues Gesetz zum Schutz von Kulturgut (KGSG)² gegeben. Dieses löste einerseits eine Reihe recht unübersichtlich miteinander verwobener Vorschriften ab.³ Dabei hat sich der Gesetzgeber andererseits auch angeschiedigt, den Schutz von Kulturgütern umfassender zu regeln, als dies bislang der Fall war. Neu hinzugekommen sind insbesondere Regeln zum Erhalt von Kulturgütern (§§ 18 f. KGSG) sowie zum Kulturguthandel (§§ 40 ff. KGSG). Daher nimmt auch nicht wunder, dass das neue Gesetz Gegenstand kontroverser Debatten ist.⁴ Während die Regelungen den einen nicht weit genug gehen,⁵ sieht vor allem der Kunsthandel seine Felle davonschwimmen.⁶ Jenseits eines meist überzogenen und

- 1 *Von der Decken*, Das Kulturgutschutzgesetz von 2016, in: Weller / Kemle / Dreier (Hrsgg.), Kunst und Recht – Rückblick, Gegenwart und Zukunft, Baden-Baden 2017, S. 87; *Odendahl*, Kulturgüterschutz – Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems, Tübingen 2005, S. 41 ff.
- 2 Gesetz zum Schutz von Kulturgut vom 31.7.2016 (BGBl. I S. 1914; Nr. 39); Sart. Nr. 510.
- 3 Schon 1955 war ein Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung (KultGSchG; BGBl. 1955 I, S. 501) erlassen worden, das in seinem Regelungsbestand auf die Reichsverordnung über die Ausfuhr von Kunstwerken von 1919 (RGBl. 1919 I, S. 1754) zurückging. Hinzu trat 1992 die unmittelbar anwendbare Verordnung des Rates über die Ausfuhr von Kulturgütern (VO 1992/3911/EWG), die 2009 ihrer Form nach eine Novelle (VO 2009/116/EG) erfuhr. Die im Folgejahr erlassene Richtlinie des Rates über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates verbrachten Kulturgütern (RL 1993/7/EWG; Neufassung als RL 2014/60/EU) wurde in Deutschland erst 1998 nach einem Verfahren vor dem EuGH in Form des Kulturgutsicherungsgesetzes (KultGutSiG; BGBl. 1998 I, S. 3162) umgesetzt. Dieses Artikelgesetz brachte sowohl das neue Kulturgüterückgabegesetz (KultGüRückG) als auch eine Novelle des KultGSchG von 1955. Beide Gesetze erfuhren 2007 eine Reform (BGBl. 2007 I, S. 757), mit der nicht zuletzt das UNESCO-Abkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut von 1970 umgesetzt und das schon seit 1957 bestehende Gesetz zur Ausführung der Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut in bewaffneten Konflikten von 1954 erneuert wurden. Ein Jahr später trat noch eine Kulturgüterverzeichnisverordnung (BGBl. 2008 I, S. 2002) hinzu.
- 4 Schon ein in die Öffentlichkeit geratener Referentenentwurf wurde zum gefundenen Fressen; vgl. für andere *Falckenberg*, Was auf dem Spiel steht, FAZ v. 16.7.2015; *Herchenröder*, An der Praxis vorbei, NZZ v. 23.9.2015; *Parzinger*, Genug ist genug, FAZ v. 17.6.2015; *Schönberger*, Der Entwurf des Kulturgutschutzgesetzes, in: Weller / Kemle (Hrsgg.), Kultur im Recht – Recht als Kultur, Baden-Baden 2016, S. 51 ff.; *Siehr*, Die EU-Richtlinie 2014/60/EU vom 15.5.2014 und der Referentenentwurf vom 14.9.2014 für ein deutsches Gesetz zur Neuregelung des Kulturgutschutzrechts, Bulletin Kunst & Recht 2015, S. 5 ff.; *Weiden*, Kulturgutschutzgesetz: Deutsche Bilder nicht mehr handelbar, GRUR 2015, S. 1085 f.; zum Regierungsentwurf dann *Elmenhorst/Wargalla*, Drängende Notwendigkeit oder sinnloser Behördenaufwand? Der Entwurf zur Neuregelung des Kulturgutschutzrechts, ZRP 2016, S. 15 ff.
- 5 *Müller-Karpe*, Antikenhandel./ Kulturgüterschutz – Fortsetzung von KUR 2014, 147 ff., Das „Antikenwäschegesetz“ – zum Kulturgutschutzgesetz vom 31. Juli 2016, KuR 2017, S. 45.
- 6 Konziser Überblick *Elmenhorst/Wiese*, Einführung, in: Dies. (Hrsgg.), KGSG, Kulturgutschutzgesetz – Kommentar, München 2018, S. 15 ff.; vgl. für andere auch *Elmenhorst/Heimann*, Die Neuregelung des Kulturgutschutzrechts – Überblick über die Grundstrukturen des KGSG, NJW 2016, S. 3401; *Sturm*, Aspekte der Novellierung des Kulturgutschutzes aus

hochemotionalen Geschimpfes hat eine unaufgeregte-sachliche Debatte über das neue Gesetz dagegen kaum stattgefunden.⁷ Dabei wäre eine solche gerade auch im Hinblick auf die schon in drei Jahren anstehende Gesetzesevaluation wünschenswert. In diesem Sinne sei nachfolgend der Versuch einer kultur- sowie rechtspolitischen Einordnung und rechtskritischen Bewertung des neuen KGSG unternommen.

II. Kulturgut als Regelungsgegenstand

Die an ein modernes Kulturgutschutzgesetz gestellten und zu stellenden Erwartungen sind alles andere als gering. Der Gesetzgeber hatte erstens eine komplexe Gemengelage aus Interessen von Privatpersonen, Einrichtungen, Staaten sowie der Öffentlichkeit als solcher in Ausgleich zu bringen. Zweitens war es ihm berechtigtes Anliegen, die seit langem am deutschen Recht des Kulturgutschutzes geübte Kritik auszuräumen.⁸ Vor allem aber sollte das Gesetz drittens auch den Besonderheiten von Kulturgütern selbst Rechnung tragen. In diesem Sinne schreibt das Schrifttum ihnen bisweilen eine Doppelnatur zu,⁹ ohne so die angesprochene überaus komplexe Interessenlage adäquat abzubilden. Immerhin kann ein archäologischer Fund dem Begriff des „Kulturguts“ ebenso unterfallen wie das für den internationalen Markt geschaffene Werk eines noch lebenden Künstlers.

Der Begriff der Doppelnatur soll ausdrücken, dass Kulturgüter einerseits Güter mit *ökonomischem Wert* sind. Als solche können sie erworben, gesammelt und veräußert werden, dienen als Statussymbole, Anlageobjekte oder sichern den Lebensunterhalt und unterfallen in dieser Funktion auch der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Doch wird schon zu wenig beachtet, dass sich diese Funktion von Kulturgütern keineswegs auf bloß private Interessen beschränkt. Der Blick auf Staaten wie Griechenland, Italien oder die Türkei zeigt, dass Kulturgüter etwa auch Motor für das Tourismusgeschäft sein können – vom Souvenirhandel bis zur Fremdenverkehrsinfrastruktur an ihrem Belegenheitsort. Kulturgüter sind also ein beachtlicher Wirtschaftsfaktor, an dessen Erschließung durchaus ein allgemeingesellschaftliches Interesse bestehen kann.¹⁰ Die eigentliche Besonderheit von Kulturgütern besteht aber darin, dass sie andererseits auch von *kulturellem Wert* sind. Das Schrifttum behandelt diese Eigenart meist als mysteriöse Größe; was darunter zu verstehen sein soll, bleibt im Vagen. Das ist fatal, ist gerade sie doch für das Recht des Kulturgutschutzes in mindestens zweierlei Hinsicht relevant. Erstens bestimmt der kulturelle Wert dasjenige Spezifikum von Kultur-

Sicht des Kunsthandels und der Sammler, KuR 2016, S. 73 ff.; *Walser*, Gesetz zur Neuregelung des Kulturgutschutzrechts – kein Kunstwerk, KuR 2016, S. 139 ff.

7 Versuche u. a. bei *von der Decken* (Fn. 1), S. 71 ff. m. w. N. in Fn. 56; *Jayme*, Nationale Kunst heute – Betrachtungen zum neuen Kulturgutschutzgesetz, in: *Weller / Kemle / Dreier* (Hrsgg.), *Kunst und Recht – Rückblick, Gegenwart und Zukunft*, Baden-Baden 2017, S. 51 ff.; *von Richthofen*, Das Kulturgutschutzgesetz – neue Chancen für die Rechtsgestaltung, NJOZ 2017, S. 1498 ff.

8 Zusammengetragen in BT-Drs. 17/13387.

9 *Von der Decken* (Fn. 1), S. 71 ff. m. w. N.; wohl anknüpfend an *Münnich*, Zur ökonomischen Analyse der Kunst, *Wirtschaftspolitische Blätter* 1980, S. 18.

10 Zutreffend BT-Drs. 17/13378, S. 8.

gütern, das überhaupt erst Anlass bietet, sie einem besonderen, über den Schutz sonstiger Güter hinausreichenden Regelungsregime zu unterwerfen. Im Schrifttum wird die Notwendigkeit eines Erhalts von Kulturgütern dagegen allzuoft *a priori* gesetzt und Kulturgutschutz dann allein von den ihnen drohenden Gefahren her gedacht.¹¹ Ein solches Vorgehen lässt sich zwar auf das Verfassungsrecht stützen, das den Schutz von Denkmälern und Kulturgütern nun einmal zur staatlichen Aufgabe erklärt.¹² Welche Reichweite entsprechenden Schutzbestimmungen zukommen soll, lässt sich auf diese Weise aber nicht begründen. Deshalb sollte bereits die Konturierung eines Rechtsbegriffs „Kulturgut“ zweitens von dem Interesse her erfolgen, das an ihrem kulturellen Wert besteht.¹³ Schließlich dürfte allein dieses Interesse in Betracht kommen, wenn es die mit dem Kulturgutschutz oft verbundenen Beschränkungen auch privater Rechte zu legitimieren gilt.

Worin also besteht dieser kulturelle Wert einzelner Gegenstände, der sie besonders schützenswert werden lässt? Wieso soll beispielsweise manch in Meißen gefertigter Teller erhalten bleiben, nicht aber das Geschirr eines schwedischen Einrichtungshauses? Dass ersterer im Zweifel höheren ästhetischen Maßstäben genügt, kann schwerlich Kriterium sein – dem Staat ist insoweit eine Bewertung verwehrt. Dass es sich bei zweiterem um Massenware handelt, dürfte ebenfalls nicht den Ausschlag geben – einige Exemplare der massenhaft als Tafelgeschirr produzierten *terra sigillata* darf man für nicht minder schützenswert halten. Als Anknüpfungspunkt ungeeignet ist ferner das Alter des fraglichen Gegenstandes – die Schutzwürdigkeit etwa Felix Nussbaums *Orgelmann* kann wohl kaum am Jahreswechsel 2018/2019 hängen.¹⁴ Tatsächlich lässt sich der kulturelle Wert eines Gegenstandes überhaupt nicht nach objektiven Kriterien bemessen. Es handelt sich vielmehr um eine Frage *gesellschaftlicher Wertzuschreibung*.¹⁵ Das kommt auch im Gesetz selbst zum Ausdruck, wo Kulturgüter anlehnend an europarechtliche Vorbilder¹⁶ in Abhängigkeit davon definiert werden, ob sie

von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder aus anderen Bereichen des kulturellen Erbes, insbesondere von paläontologischem, ethnographischem, numismatischem oder wissenschaftlichem Wert

sind. Diese Aufzählung führt zu einem wichtigen Befund. Das Gesetz stellt Gegenstände nicht etwa unter Schutz, weil ihnen aufgrund ihrer äußeren Beschaffenheit ein bestimmter Wert anhaften würde. Sie stehen unter Schutz, wenn und weil sie für das Erleben von Kunst, das (Re)Konstruieren und Erfahren von Geschichte oder für die

- 11 Vgl. von der Decken (Fn. 1), S. 72 ff.; differenzierter Fechner, IV. Kulturgüterschutz, in: Martin / Krautzberger (Hrsgg.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, Teil B, 4. Aufl., München 2017, Rn. 94.
- 12 Martin, II. Verfassungsrecht, in: Ders. / Krautzberger (Hrsgg.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, Teil B, 4. Aufl., München 2017, Rn. 78 ff. m. w. N.
- 13 Anders Walser (Fn. 6), S. 140.
- 14 Aber § 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KGSG; dazu Fn. 77.
- 15 Von der Decken (Fn. 1), S. 72; Elmenhorst/Heimann (Fn. 6), S. 3398; Fechner (Fn. 11), Rn. 82.
- 16 Vgl. Art. 36 AEUV.

Wissenschaft von besonderer Bedeutung sind.¹⁷ Maßgeblich ist demnach nicht, dass solche Gegenstände – wie nahezu alle anderen auch – bloß Ergebnis kultureller Schaffenskraft sind, sondern dass sie selbst am kulturellen Leben teilhaben und deshalb besondere Wertschätzung erfahren. Dahinter scheint ein Verständnis von Kultur als Summe spezifisch menschlicher Tätigkeiten auf, das der Rechtswissenschaft schon seit langem bekannt ist.¹⁸ Ob nun gerade dieses das rechte Kulturverständnis ist, darüber lässt sich trefflich streiten. Die pragmatische Kulturgutdefinition des KGSG setzt es jedenfalls voraus. In letzter Konsequenz führt es zum Schutz von Gegenständen, wenn und weil ihnen für bestimmte *Rezeptions- und Vollzugspraktiken* eine besondere Bedeutung zukommt oder zukommen kann.¹⁹ So kann ohne Meisterwerke eine Kunstszene kaum gedeihen, ohne Funde gelingt keine Archäologie und auch Geschichte wird letztlich nur aus Quellen (re)konstruiert. Ein sich daran orientierender Kulturgutschutz ist vornehmlich Schutz der Grundlagen kulturellen Lebens. Er bewahrt Gegenstände nicht vor, sondern für den Menschen, der schließlich auch im Mittelpunkt unserer Rechtsordnung steht. Gerade deshalb darf aber bezweifelt werden, ob der nicht enumerative Katalog schützenswerter Rezeptionspraktiken in § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG gelungen ist. Die Reichhaltigkeit kulturellen Lebens und der damit verbundenen Wertzuschreibungen gehen weit über die dort genannten Beispiele hinaus: Es reicht von kultischem Gebrauch und nationaler Verehrung, über die Aus- und Darstellung in Museen, deren Leihbetrieb bis hin zum Handeln mit und Sammeln von Objekten.²⁰ Wie weit die Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG reichen soll, ob sie etwa nur kulturelle Praktiken im Zusammenhang mit existenziellen Fragen erfasst oder das kulturelle Leben in seiner ganzen Vielfalt, ist indes nicht ersichtlich.

Maßgebend für die Einordnung des Kulturgutschutzgesetzes ist noch ein Weiteres. Nach den gesetzgeberischen Vorstellungen nehmen Kulturgüter nicht nur in besonderer Weise am kulturellen Leben teil. Vielmehr deuten offizielle Äußerungen immer wieder den Gedanken an, dass Kultur von den Akteuren nicht zuletzt in Auseinandersetzung mit Kulturgütern selbst erst konzeptualisiert wird. So schreibt die Handreichung zum neuen Gesetz den Kultureinrichtungen die Aufgabe zu, „Auskunft über unser kulturelles Selbstbild und über unseren Blick auf die Welt“ zu geben und meint, der Schutz von Kulturgütern diene auch „der Festigung der eigenen Identität“.²¹ Damit wird der *Kulturschutz* selbst zum Kernanliegen des Kulturgutschutzes. Dabei wäre wohl zu beachten, dass Kulturen heute schwerlich noch als monolithische, abgegrenzte Blöcke verstehbar sind.²² Ein moderner Kulturgutschutz sollte schon deshalb verschiedene kulturelle Identitäten – im In- und Ausland – berücksichtigen, für wel-

17 Vgl. *Fechner* (Fn. 11), Rn. 95.

18 Erstmals wohl *Pufendorf*, de iure naturae et gentium, libri octo, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1684, passim.

19 *Müller-Karpe* (Fn. 5), S. 44 f. will für archäologische Kulturgüter die Erforschung privilegieren.

20 Zu den Konsequenzen für Kulturgut bewahrende Einrichtungen *Hilgert*, Materialisierung des Kulturellen, Material Text Culture Blog 2014.2.

21 *Beauftragte für Kultur und Medien* (Hrsg.), Das neue Kulturgutschutzgesetz, Handreichung für die Praxis, Ostbrevern 2017, S. 12 f.

22 *Welsch*, Transkulturalität, Zur veränderten Verfasstheit heutiger Kulturen, Zeitschrift für Kulturaustausch 1995, S. 39.

che Gegenstände die Funktion von Kulturgütern erfüllen. Konsequenz hierzu greift das Gesetz in § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG auch den UNESCO-Begriff des „Kulturellen Erbes“ auf, der über den bloß regionalen, bloß nationalen Blick auf Kulturgüter hinausweist.

Exkurs: Archäologisches Kulturgut und „Naturgut“

Schon die Definition archäologischen Kulturguts in § 2 Abs. 1 Nr. 1 KGSG erweist sich vor diesem Hintergrund als systemwidrig. Sie wird zu Recht kritisiert.²³ Denn archäologische Kulturgüter werden dort allein anhand äußerer Merkmale definiert, nicht aufgrund ihres spezifisch kulturellen Wertes. Das hat nicht nur zur Konsequenz, dass nach dem Gesetzeswortlaut nahezu jede illegale Abfalldeponie besonderen Schutz erföhre. Dieses Problem lässt sich noch recht einfach durch teleologische Reduktion lösen. Es führt vielmehr auch dazu, dass archäologische Kulturgüter keine Teilmenge der Kulturgüter i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG sind. Dabei sind sie vom Wortlaut letzterer Norm zweifelsfrei umfasst. Weil sie aber den Zentralbegriff des gesamten Gesetzes definiert, dürfte, um Friktionen zu vermeiden, § 2 Abs. 1 Nr. 1 KGSG so zu verstehen sein, dass damit überhaupt nur von Nr. 10 erfasste Gegenstände gemeint sein sollen.²⁴

Differenziert ist die Kritik daran zu bewerten, dass § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG auch Gegenstände von „paläontologischem Wert“ zum Kulturgut rechnet. Zwar trifft zu, dass sich die Paläontologie mit biologischen Erscheinungsformen in geologischer Vergangenheit beschäftigt, die begriffsnotwendig dem Bereich der *Natur*, nicht der Kultur angehören. Obgleich Gegenstände paläontologischen Werts also Natur-, nicht Kulturerzeugnisse sind, ist ihre Kulturguteigenschaft damit aber noch nicht ausgeschlossen. Für eine solche bedarf es auch keines Arguments der Art „Osterhase im Sinne des Gesetzes ist auch der Weihnachtsmann“.²⁵ Vielmehr wird Kulturgut gem. § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG nicht danach bestimmt, ob es aus menschlichen Handlungen hervorgegangen ist,²⁶ sondern danach, ob es an bestimmten Rezeptions- und Vollzugspraktiken teilnimmt oder teilnehmen kann.²⁷ Oft unterscheidet sich der kulturelle Umgang mit paläontologischen Objekten in nichts von dem mit Kulturerzeugnissen. Auch sie werden gesammelt, konserviert, museal ausgestellt, wissenschaftlich untersucht, bisweilen sogar kultisch verehrt. Daher ist nicht nur sachgemäß, paläontologi-

23 *Von Cube*, Ist das Kunst oder kann das weg?, NJW 2018, S. 787.

24 Münzen sind für bestimmte Bereiche gem. §§ 24 Abs. 2 S. 2, 42 Abs. 3 S. 2 KGSG vom Begriff des archäologischen Kulturguts ausgenommen, wenn sie zahlreich existieren und ihnen kein relevanter Erkenntniswert zukommt. Das Erkenntnisinteresse der Archäologie konzentriert sich allerdings nicht nur auf die Untersuchung einzelner Objekte selbst, sondern etwa auch auf ihre Verteilungsmuster. Die Ausnahmetatbestände dürften daher praktisch von beschränkter Bedeutung sein; vgl. *Müller-Karpe* (Fn. 5), S. 47.

25 Frei nach *Wolf*, Die Gesetzswidrigkeit von Fernsehübertragungen aus Gerichtsverhandlungen, NJW 1994, S. 685.

26 So aber *Walser* (Fn. 6), S. 140.

27 Zu Recht verweist *Fechner* (Fn. 11), Rn. 81 auf fließende Übergänge zwischen Kulturgutschutz einerseits und Natur-/Umweltschutz andererseits.

sche Objekte ebenfalls dem Kulturgutschutz zu unterwerfen, sondern durchaus folgerichtig.

III. Die Objektbezogenheit des Kulturgutschutzgesetzes

Wird das Kulturgutschutzgesetz an diesem Kulturgutverständnis gemessen, fällt zunächst seine alles dominierende Objektbezogenheit auf. So werden bereits von § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG ausschließlich „Sachen und Sachgesamtheiten“ als Kulturgüter definiert. Diese Beschränkung des Kulturgutschutzes auf körperliche Gegenstände, also auf *materielles Kulturgut*, ist durchaus typisch.²⁸ Sie hat insoweit ihre Berechtigung, als das Kulturgüterschutzrecht Fragen der Ein- und Ausfuhr sowie der Rückgabe von Kulturgütern regelt. Diese Fragen stellen sich naturgemäß bei immateriellen Kulturgütern nicht. Ob das aber berechtigt, Fragen ihres Schutzes für einen Fremdkörper im Recht des Kulturgüterschutzes zu halten,²⁹ darf bezweifelt werden. Auf diese Weise werden zwar überkommene, ausgetretene Pfade beibehalten. Mit dem in der Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG zum Ausdruck kommenden Verständnis von Kulturgütern, ist das aber nur schwer in Einklang zu bringen:

Die Objektbezogenheit des Gesetzes äußert sich zum Einen darin, dass Kulturgüter in ihrer bloßen Substanz unter Schutz gestellt sind. Dem entspricht, wenn das Schrifttum ihre Körperlichkeit als Gefahrenquelle analysiert.³⁰ Konkreten Niederschlag fand dieses Anliegen im kompetenzrechtlich fragwürdigen³¹ *Beschädigungs- und Veränderungsverbot* des § 18 KGSG für als national wertvoll³² verzeichnetes Kulturgut. In seiner Absolutheit ist es mehr als zweifelhaft. Denn sollen bestimmte Sachen gerade aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für das kulturelle Leben geschützt werden, sollte sich die Schutzrichtung des Gesetzes auch am Vollzug dieses kulturellen Lebens orientieren. Ein reiner Substanzschutz mag daher für Gemälde und Skulpturen sinnvoll sein, bei welchen die galeristisch-museale Aus- und Darstellung im Vordergrund steht. Doch schon Gegenstände religiöser Verehrung erfordern eine differenziertere Betrachtung. Bei ihnen dürfte das Interesse an einer Verfügbarkeit für kultische Handlungen nicht selten das bloße Bewahrungsinteresse überwiegen, sodass sich das Verbot des § 18 KGSG auf mutwillige Beschädigungen beschränken sollte. Erst Recht gilt dies für eine „Stradivari“, die überhaupt nur im Konzerteinsatz zur vollen Geltung gelangen kann, selbst wenn sie dabei langfristig den Weg alles Irdischen gehen wird. Aufgabe des Gesetzgebers wäre deshalb gewesen, die mitunter gegenläufigen Interessen an Kulturgütern abzuwägen und einen Ausgleich herbeizuführen, der im Besonderen auch dem jeweiligen Gegenstand selbst gerecht wird.³³ Obgleich ihm das Problem augenscheinlich bewusst war,³⁴ bleiben dahingehende Regelungen auf einem ausgesprochen rudimentären Niveau. So hat der Gesetzgeber einerseits pauschal in das

28 Vgl. *Fechner* (Fn. 11), Rn. 95.

29 A. a. O., Rn. 83 m. w. N.

30 *Von der Decken* (Fn. 1), S. 73 m. w. N.

31 Der Gesetzgeber will es auf eine Annexkompetenz stützen; vgl. BT-Drs. 18/7456, S. 81.

32 Dazu unten, S. 158 ff.

33 Anders *Fechner* (Fn. 11), Rn. 96, der für einen Vorrang des Objektschutzes plädiert.

34 Vgl. BT-Drs. 18/7456, S. 88.

Ermessen der Religionsgemeinschaften gestellt, ob sie ihre Kulturgüter überhaupt dem staatlichen Schutzregime unterwerfen wollen (§ 9 KGSG). Mit Blick speziell auf den Abwanderungsschutz wurde andererseits die Möglichkeit einer wiederholten Ausfuhr einzelner Kulturgüter geschaffen, wenn diese regelmäßig im Ausland verwendet werden sollen (§ 26 KGSG). Im Übrigen hat der Gesetzgeber aber das reine Bewahrungsinteresse zum Zwecke privaten oder öffentlichen Sammelns, museal-galeristischen Zurschaubietens und wissenschaftlichen Erforschens verabsolutiert. Allein in diese Richtung zielen auch die Ausnahmen für restauratorische, konservatorische und wissenschaftliche Zwecke. Zusätzliche Brisanz erhält diese Beschränkung auf den reinen Substanzschutz durch die Strafbewehrung in § 83 Abs. 3 KGSG,³⁵ die deshalb wohl auf Fälle direkten Vorsatzes zu beschränken sein wird.

Zum Anderen äußert sich die Objektbezogenheit des Gesetzes darin, dass die Mehrheit seiner Regelungen die bloße *Sachbelegenheit* erhalten soll. Dem entspricht, wenn im Schrifttum die Beweglichkeit von Kulturgütern als Gefahr für ihre kulturelle Bindung analysiert wird.³⁶ Als Regelungsziel dürfte dies differenziert zu bewerten sein. Einerseits sind dahingehende Bestimmungen sinnvoll, soweit es um den Schutz vor illegaler Besitzerlangung oder -entziehung gegenüber Privaten oder Staaten geht. In dieser Hinsicht sind etwa die Vorschriften zur Einfuhrkontrolle (§§ 28 ff. KGSG) und für den Kulturguthandel (§§ 40 ff. KGSG)³⁷ kaum zu beanstanden, bei welchen Kulturgutschutz und der Schutz von Eigentum bzw. Aneignungsrechten oft Hand in Hand gehen. Probleme treten jedoch im Bereich des Abwanderungsschutzes auf, auf die so gleich zurückzukommen sein wird.

Auch vom neuen Kulturgutschutzgesetz werden Kulturgüter also vorwiegend in ihrer bloßen Sacheigenschaft geschützt. Das entspricht einer Perspektive auf Kulturgüter, die sie vor allem als materiell wertvolle Dinge behandelt und so allenfalls für – in der Praxis sicher im Vordergrund stehende – Galerie- und Museumsexponate als sachgemäß gelten kann. Die gesetzliche Definition von Kulturgut reicht jedoch weit über diese Objekte hinaus. Dem Anspruch, Kulturgüter als Gegenstände von besonderer Bedeutung für das kulturelle Leben zu schützen, wird der Gesetzgeber kaum gerecht. Vielmehr bedient er allein ein *Bewahrungs- und Besitzinteresse*, das freilich schon im nicht enumerativen Katalog des § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG angelegt ist. Dass daneben besonders schützenswerte andere, bisweilen tieferliegende und gegenläufige Interessen bestehen können und eines Ausgleichs bedürfen, wird kaum beachtet. Schon deshalb dürfte das neue Kulturgutschutzgesetz als zu undifferenziert zu kritisieren sein.

35 § 83 Abs. 3 KGSG soll selbständig neben § 304 StGB treten und die Strafbarkeitslücke für Kulturgüter schließen, die nicht Sammlungsgut sind; BT-Drs. 18/7456, S. 81. Dass § 304 StGB davon nicht verdrängt wird (§ 18 Abs. 1 S. 2 KGSG) mag Abgrenzungsschwierigkeiten verhindern. Worin aber der zusätzliche Strafzweck des § 83 Abs. 3 KGSG zu sehen sein soll, bleibt schleierhaft. Einfacher wäre wohl gewesen, die Aufbewahrung in öffentlichen Sammlungen als Tatbestandsvoraussetzung des § 304 StGB etwa durch die Unterschutzstellung als nationales Kulturgut zu ersetzen.

36 *Von der Decken* (Fn. 1), S. 73 f. m. w. N.; skeptisch *Fechner* (Fn. 11), Rn. 84.

37 Zweifelhaft ist die Ausgestaltung der dortigen Sorgfaltspflichten, dazu unten S. 167 sowie die an § 935 Abs. 1 BGB angelehnte Fassung der Tatbestände von §§ 40 f. KGSG, dazu *Verf.*, Archäologische Zufallsfunde, Schatzregalien und das neue KGSG, KuR 2018, S. 58 f.

IV. Ökonomisierter Abwanderungsschutz

Besonders fragwürdig wird diese Perspektive im Bereich des Abwanderungsschutzes. Dort hat das Gesetz erhebliche Neuerungen gebracht, die auf einen Kulturgutschutz durch Verfahren zielen. Der schon nach der VO 2009/116/EU bestehende Genehmigungsvorbehalt für die Ausfuhr bestimmter Kulturgüter in Drittstaaten wird nunmehr gem. § 21 Nr. 2 i. V. m. § 24 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 KGSG auf die Ausfuhr in den EU-Binnenmarkt erstreckt. So soll sichergestellt werden, dass die zuständigen Behörden künftig Kenntnis von abwandernden, womöglich aber schutzbedürftigen Kulturgütern erhalten.³⁸ Auf einen Genehmigungsantrag hin muss gem. § 24 Abs. 5, 7 S. 1 KGSG binnen zehn Tagen eine Ausfuhrgenehmigung erteilt werden, wenn die Ausfuhr nicht gem. § 21 KGSG generell verboten ist, etwa weil das nämliche Objekt illegal nach Deutschland gelangt ist oder ein Verfahren zur Eintragung in das Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes³⁹ eröffnet wurde. Wird ein Kulturgut dort eingetragen, rechnet es entsprechend dem schon bisher geltenden *Listenprinzip* gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 KGSG zum nationalen Kulturgut. Dasselbe gilt gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2–4 KGSG pauschal auch für alle im öffentlichen Eigentum stehenden Kulturgüter.

Wird ein Objekt so zum *nationalen Kulturgut* deklariert, hat dies weitreichende Folgen. Denn dann unterfällt das jeweilige Stück Art. 36 AEUV, welcher überhaupt erst Regelungen zur Beschränkung des innerhalb der EU an sich freien Warenverkehrs gestattet. Auf dieser Grundlage unterwirft das KGSG die Ausfuhr nationalen Kulturguts einem verschärften Genehmigungsvorbehalt. So besteht nach § 22 KGSG lediglich dann noch ein Genehmigungsanspruch für eine höchstens fünfjährige Ausfuhr auch in den EU-Binnenmarkt, wenn eine fristgerechte und unbeschadete Rückkehr garantiert ist. Eine längerfristige Ausfuhr kann gem. § 23 KGSG überhaupt nur von der bzw. dem Beauftragen der Bundesregierung für Kultur und Medien und zwar nur dann genehmigt werden, wenn dem nicht wesentliche Belange des deutschen Kulturbesitzes entgegenstehen. Zudem unterfällt nationales Kulturgut der EU-Rückgaberichtlinie (RL 2014/60/EU) sowie der UNESCO-Konvention von 1970, wonach es von seinem Besitzer in EU-Mitgliedstaaten und UNESCO-Vertragsstaaten klageweise herausverlangt werden kann, wenn es ohne Genehmigung aus dem Herkunftsstaat ausgeführt wurde. Im Übrigen ist erst eingetragenes Kulturgut vom Substanzschutz nach § 18 KGSG umfasst.

Zentral für eine tatsächliche Beschränkung der Ausfuhr ist also die Eintragung des jeweiligen Objektes in das Verzeichnis national wichtigen Kulturguts. Die Voraussetzungen einer solchen Eintragung geben deshalb in erheblichem Maße die Stoßrichtung des Abwanderungsschutzrechts vor. Weil davon aber notwendig das Grundrecht aus Art. 14 GG betroffen ist, müssen gerade diese Stoßrichtung einem legitimen Ziel entsprechen und die Ausfuhrbeschränkungen zu seiner Erreichung erforderlich und geeignet, im Einzelfall auch angemessen sein.

38 Vgl. BT-Drs. 17/13387, S. 24; 18/7456, S. 85; Jayme (Fn. 7), S. 56.

39 Abrufbar unter <http://www.kulturgutschutz-deutschland.de>.

1. Voraussetzungen

Diesen Anforderungen trägt das Gesetz scheinbar Rechnung, wenn § 7 Abs. 1 Nr. 2 KGSG fordert, der Verbleib des fraglichen Kulturgutes müsse im öffentlichen Interesse liegen, weil „seine Abwanderung einen wesentlichen *Verlust* für den deutschen Kulturbesitz“ bedeutet. Freilich dürften Ausfuhrbeschränkungen überhaupt nur unter dieser Voraussetzung ein legitimes Ziel verfolgen. Wann dies der Fall sein soll, worin also das legitime Ziel des Abwanderungsschutzes liegt, bleibt damit offen. Rechtstechnisch hat der Gesetzgeber so schlechterdings Anforderungen, denen seine eigene Regelung genügen muss, nach Art einer Generalklausel zum Tatbestandsmerkmal gemacht. Wenngleich dieser sog. Abwanderungsverlust daher kaum einen materiellen Aussagegehalt hat, wird betont, er sei vor Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung gesondert zu prüfen.⁴⁰ Auf diese Weise wird die Festlegung der entscheidenden Kriterien im grundrechtsrelevanten Bereich von der Legislative in die Hände von Exekutive, besonders der Sachverständigenausschüsse i.S.d. § 14 KGSG und Judikative gelegt, ein mit Blick auf Bestimmtheiterfordernis und Parlamentsvorbehalt durchaus zweifelhafter Vorgang. Nicht viel klarer ist die Leitlinie, die § 7 Abs. 1 Nr. 1 KGSG vorgibt: Für den Abwanderungsschutz soll demnach entscheidend sein, ob das Kulturgut „besonders *bedeutsam für das kulturelle Erbe* Deutschlands, der Länder oder seine historischen Regionen“ ist. Der Gesetzgeber wollte so an die bisherige Verwaltungspraxis anknüpfen,⁴¹ die darauf abstellte, ob das Kulturgut für die Kunst- oder Kulturgeschichte, die allgemeine Historie oder Wissenschaft besondere Bedeutung hat.⁴²

Schon der alten Rechtslage hatte man deshalb eine hässliche, nationalistische Fratze unterstellt, die geprägt von den Erfahrungen zweier Weltkriege und den Demütigungen der Nachkriegszeit vor allem auf eine Restriktion des Kulturgüterverkehrs ziele.⁴³ Nach diesen Kriterien würden nicht national wertvolle, sondern allenfalls kunst- oder kulturhistorisch wertvolle Kulturgüter vor Abwanderung geschützt.⁴⁴ An solchen bestünde aber ein Interesse der gesamten Menschheit, weshalb das Interesse am bloßen Verbleib dieser Güter im Bundesgebiet schwerlich Inhalts- und Schrankenbestimmungen tragen könne. Man will eine dahingehende Legitimation bisweilen zwar aus der Kompetenzzuweisung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 a GG ableiten.⁴⁵ Dieses formalistische Argument vermag aber schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sich daraus nur die Zulässigkeit eines Abwanderungsschutzes als solche herleiten lässt. Dagegen bleibt völlig im Unklaren, zu welchem Zweck, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Belegenheit eines Kulturgutes erhalten werden soll.⁴⁶ Nur bedingt überzeugen kann auch die vom Gesetzgeber mit § 18 KGSG aufgegriffene Idee, den

40 BT-Drs. 18/7456, S. 69.

41 Ebd.

42 Ausführlich *Elmenhorst*, in: *Elmenhorst/Wiese* (Hrsgg.), *KGSG, Kulturgutschutzgesetz, Kommentar*, München 2018, § 7 Rn. 9–22.

43 *Lenski*, *Der uneingestandene Nationalismus des deutschen Kulturgüterschutzes*, DÖV 2015, S. 677.

44 A. a. O., S. 682.

45 *Heimann*, in: *Elmenhorst/Wiese* (Hrsgg.), *KGSG, Kulturgutschutzgesetz, Kommentar*, München 2018, § 5 Rn. 4 a. E.

46 Schon die Reichweite des Begriffs 'deutsches Kulturgut' ist unklar; dazu unlängst VG Frankfurt, Beschl. v. 01.02.2018, KuR 2018, 64 f.

Abwanderungsschutz flankierend zu Substanzschutzmaßnahmen einzusetzen.⁴⁷ So lässt sich zwar die widersprüchliche Konsequenz vermeiden, dass die Ausfuhr von Kulturgütern verboten, ihre Zerstörung jedoch erlaubt ist.⁴⁸ Doch ist zweifelhaft, dass einem Kulturgut im Safe eines deutschen Sammlers mehr Pflege zuteil wird, als im Safe einer amerikanischen Sammlerin oder gar in den Beständen des ‚Musée du Louvre‘. Ferner belegen die barbarischen Zerstörungen bedeutender Kulturgüter weltweit, dass sich die Substanz von Kulturgut wohl am besten bei einer dezentralen Lagerung vor Terror, Krieg und Katastrophen schützen lässt. Im Übrigen würde einmal mehr der reine Substanzschutz verabsolutiert und nicht mit den weiteren Interessen in Ausgleich gebracht, die an Kulturgütern bestehen können.

2. Abwanderungsschutz als Teil sinnvoller Kulturpolitik

Der Gesetzgeber hat immerhin einen anderen Weg angedeutet und sich den Gedanken zu eigen gemacht, dass bestimmte Kulturgüter von Menschen reklamiert werden, um daraus ihre Identität abzuleiten.⁴⁹ Das bringt § 7 Abs. 1 Nr. 1 KGSG zum Ausdruck, wo es heißt, dass ein solches Kulturgut „damit *identitätsstiftend* für die Kultur Deutschlands“ sei.⁵⁰

Diese etwas unerfindliche Formulierung bereitet dem Juristen erhebliche Probleme. Sie führt zunächst zur Frage, ob die identitätsstiftende Wirkung denn nicht *eigenständiges Tatbestandsmerkmal* von § 7 Abs. 1 Nr. 1 KGSG ist.⁵¹ Dann wäre ferner zu klären, in welchem Verhältnis dieses Erfordernis zur besonderen Bedeutung des jeweiligen Objektes für das kulturelle Erbe steht. Im Grundsatz stellt die Norm nämlich auf jene Bedeutung ab, verknüpft sie aber durch die Konjunktion „damit“ mit der identitätsstiftenden Wirkung. Daraus wollten Teile des Schrifttums ableiten, dass zwischen der besonderen Bedeutung und der identitätsstiftenden Wirkung eine Kausalbeziehung bestehen müsse.⁵² So sei etwa Dürers ‚Elisabeth Tucher‘ nicht eintragungsfähig, weil sie allenfalls wegen des 20 DM-Scheins identitätsstiftend wirke, nicht aber aufgrund einer besonderen Bedeutung für das kulturelle Erbe Deutschlands.⁵³ Dieser Gedanke verfängt nicht. Er missachtet, dass „damit“ eine modale Konjunktion ist, keine kausale. In der Gesetzesbegründung finden sich für eine derartige Spitzfindigkeit auch keine Anhaltspunkte.⁵⁴ Ihr lässt sich schon kaum entnehmen, dass die Identitätsstiftung eigenständiges Tatbestandsmerkmal sein soll. Vielmehr dürfte darin zum Ausdruck kommen, aus welchem Grund eine Eintragung erfolgen kann und somit ein Ziel des Abwanderungsschutzes. In seinem Lichte ist daher die Generalklausel des § 7 KGSG auszulegen.⁵⁵ Das freilich führt zur weiteren Frage, was denn unter einer

47 Lenski (Fn. 43), S. 685.

48 Sie folgt aus der unterschiedlichen Reichweite des bundesrechtlichen Kulturgut- und des landesrechtlichen Denkmalbegriffs; vgl. BT-Drs. 17/13378, S. 39.

49 Von der Decken (Fn. 1), S. 77; Fechner (Fn. 11), Rn. 102.

50 Vgl. ferner *Beauftragte für Kultur und Medien* (Fn. 21), S. 12 f.

51 Elmenhorst (Fn. 42), § 7 Rn. 23.

52 Von Cube (Fn. 23), S. 788.

53 Ebd.

54 Vgl. BT-Drs. 18/7456, S. 68 f.

55 Ähnlich Elmenhorst (Fn. 42), § 7 Rn. 23 a. E.

„Identitätsstiftung für die Kultur Deutschlands, seiner Länder und Regionen“ zu stehen sein soll.⁵⁶ Die Gesetzesbegründung bleibt wiederum im Vagen und verweist abermals auf die kunst- oder kulturhistorische Bedeutung oder die Verbindung mit der Geschichte, die als „deutsch“ näher beschrieben werden, im Übrigen auch auf die Seltenheit des Kulturguts.⁵⁷ Als Beispiel dafür wird immer wieder die ‚Himmelsscheibe von Nebra‘ genannt.⁵⁸ Wieso aber gerade diese für die deutsche Kultur im vorgenannten Sinne identitätsstiftend sein soll, ist nicht recht einzusehen. Eine Bedeutung für die spezifisch deutsche Kunst- oder Kulturgeschichte kommt ihr schon deshalb schwerlich zu, weil sie im kurzen Zeitraum seit ihrer Entdeckung keine rechte Rezeptionsgeschichte entfalten konnte. Bezüge gerade zur deutschen Geschichte kann ferner allenfalls behaupten, wer völlig überholte nationalistisch-völkische Vorannahmen zugrunde legt. Damit verbliebe nur die Einzigartigkeit dieses Artefakts, die als solche aber kaum einen Verbleib gerade im Bundesgebiet zu rechtfertigen vermag. Tatsächlich ist das Merkmal der Identitätsstiftung für die „Kultur Deutschlands“ als solches zweifelhaft. Sind moderne Kulturen keine monolithischen Blöcke innerhalb nationaler Grenzen,⁵⁹ verfügt die plurale Gesellschaft schon über multiple kulturelle Identitäten, die sich zunehmend lokal wie global verbreiten und vernetzen, kann von einer „Kultur Deutschlands“ kaum noch die Rede sein. Erfasst der Abwanderungsschutz Kulturgüter gleichwohl vor allem dann, wenn sie eine nationalistische Konzeptualisierung von Kultur erlauben, vermag dies eine Grundrechtsbeschränkung im 21. Jahrhundert wohl nicht mehr zu tragen.

In Ansehung des mit § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG ausgedrückten Kulturgutverständnisses dürfte letztlich nur ein Ansatz tragfähig sein, der danach fragt, ob der Verbleib eines bestimmten Kulturgutes an seinem Ort für das dortige kulturelle Leben von erheblicher Bedeutung ist. Dieser Gedanke wird in der Gesetzesbegründung angesprochen, wenn es heißt, es solle auch „die Bedeutung [eines Kulturguts] für das künftige kulturelle Leben in Deutschland“⁶⁰ Berücksichtigung finden. Als Bezugspunkt werden im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 KGSG praktisch meist die Länder und Regionen, weniger die Bundesrepublik als solche eine Rolle spielen.⁶¹ Ein so verstandener Abwanderungsschutz zielt dann auf den *Erhalt einer Kulturlandschaft*, in welche Kulturgüter nicht nur eingebunden sind, sondern die ihrerseits von bestimmten Kulturgütern nachhaltig geprägt wird. Solange die damit angesprochene Objekt-Kontext-Relation selbst Gegenstand besonderer Wertzuschreibung ist oder – falls das Kulturgut gerade erst bekannt oder zugänglich wurde – eine solche zu erwarten steht, kommt ein Schutz der Belegenheit des Kulturgutes in Betracht. Den ‚Barberinischen Faun‘ wird man also nicht schon wegen seiner unbestrittenen kunsthistorischen Bedeutung einem Abwanderungsschutz unterwerfen dürfen. Ein solcher ist aber zulässig, solange er integraler Bestandteil des Ensembles ‚Königsplatz‘ ist, zu dem sich jährlich zehntausende Menschen begeben, um verschiedenste kulturelle Handlungen vorzunehmen. Auch die

56 Elmenhorst/Heimann (Fn. 6), S. 3399 halten den Begriff für zu unbestimmt.

57 BT-Drs. 18/7456, S. 68.

58 A. a. O., S. 67; *Beauftragte für Kultur und Medien* (Fn. 21), S. 12, 131.

59 Welsch (Fn. 22), S. 39.

60 BT-Drs. 18/7456, S. 68.

61 Das spricht für einen den bundesrechtlichen Abwanderungsschutz flankierenden Belegenheitsschutz auf landes- oder kommunalrechtlicher Ebene.

„Himmelsscheibe von Nebra“ verdient Abwanderungsschutz, solange um sie eine Museums- und Forschungslandschaft existiert, die einen als wertvoll angesehenen Teil des kulturellen Lebens in Halle (Saale) bildet. Nicht minder wird man die „Sonnenorgel“ unter Schutz stellen dürfen, weil sie erstens nur in der Görlitzer Peterskirche zur vollen Geltung gelangt und zweitens ihr Spiel wichtiger Teil des dortigen kulturellen Lebens ist, wie die Unsummen zeigen, die in seine Ermöglichung geflossen sind. Entsprechendes gilt für den „Heiligen Rock“, solange zum kulturellen Leben Triers gehört, dass Menschen dorthin pilgern, um ihm Aufwartung zu machen und kultisch-religiöse Verehrung angedeihen zu lassen. In diesem Sinne dürfte dann auch schützenswert sein, wenn ein Kulturgut an seinem Ort identitätsstiftend wirkt.

Abwanderungsschutz lässt sich also vor allem als Kontextschutz begründen und trägt dem Umstand Rechnung, dass Kulturgüter nicht nur an einem vergangenen, sondern auch am kontemporären kulturellen Leben teilnehmen. Er kann dazu beitragen, die Vielfalt kultureller Rezeptions- und Vollzugspraktiken zu erhalten, in dem er ihre Voraussetzungen bewahrt. Daran setzen der steuerliche Anreize des § 10 g EStG oder die Ankaufsoption des § 23 Abs. 6 S. 2 KGSG an, die Kulturgüter dem kulturellen Leben⁶² zuführen können. Ein so verstandener Abwanderungsschutz fügt sich also in das § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG zugrunde liegende Kulturgutverständnis ein und ist als Teil sinnvoller Kulturpolitik durchaus geeignet, auch Beschränkungen privater Rechte zu rechtfertigen.

Exkurs: Das Problem des „Herkunftsstaates“

Ein solches Kulturgutverständnis reflektiert in Ansätzen auch die Definition des Herkunftsstaates in § 2 Abs. 1 Nr. 8 KGSG, dessen Ausfuhrgenehmigung künftig gem. § 30 KGSG zur Einfuhr ins Bundesgebiet vorzulegen ist. Wenn diese Definition dann gleichwohl an formale wie kulturelle Kriterien anknüpft, führt dies indes zu erheblichen Problemen. Als Herkunftsstaat gilt demnach einerseits derjenige „Mitglied- und Vertragsstaat, in dem das Kulturgut entstanden ist“. Bereits das kann zweifelhaft sein: Ist demnach für eine Leihgabe des 1901 in Chuzestan gefundenen, dorthin schon in der Antike aus dem Südirak verschleppten und heute im Louvre ausgestellten „Codex Hammurapi“ die Ausfuhrgenehmigung des Iran oder des Irak erforderlich? Soll stattdessen eine Ausfuhrgenehmigung Frankreichs genügen oder zusätzlich erforderlich sein? Immerhin soll andererseits auch derjenige Staat Herkunftsstaat sein, der eine so enge Beziehung zu dem Kulturgut hat, dass es dort als nationales Kulturgut unter Schutz steht. Das Verhältnis dieser offenbar konkurrierenden Definitionen ist unklar.⁶³ Das Gesetz deutet zu dieser Frage auch keine Antwort an, im Besonderen erfasst § 32

62 Die öffentliche Zugänglichkeit wird von § 7 Abs. 1 KGSG nicht als Schutzvoraussetzung gefordert. Das wäre in vielen Fällen auch unsachgemäß, etwa weil bestimmte schützenswerte kulturelle Praktiken – wie intensive wissenschaftliche Untersuchung – ohnehin nur einem begrenzten Personenkreis vorbehalten sind. In Einzelfällen dürfte ein Substanzschutzinteresse auch so sehr überwiegen, dass das Kulturgut der Öffentlichkeit unzugänglich bleiben muss.

63 *Von Cube* (Fn. 23), S. 787.

Abs. 2 KGSG schon seinem Wortlaut nach nur Fälle unklarer Herkunft, nicht mehrerer bekannter Herkunftsstaaten.

Immerhin knüpfen die Rückgabevorschriften der §§ 50–52 KGSG nicht an den Begriff des Herkunftsstaates an. Ob deren Abstellen auf das Hoheitsgebiet geglückter ist, kann indes ebenfalls bezweifelt werden. Zu welcher Verwerfung ein solcher Ansatz führen kann, zeigt der in den Niederlanden ausgefochtene Streit um die Rückführung des sog. ‚Krim Goldes‘. Tatsächlich sieht § 60 KGSG den Fall kollidierender Rückgabeersuchen ausdrücklich vor und knüpft die Rückgabe dann an die Einigung der betroffenen Staaten. Ob dieses auf den ersten Blick salomonische Urteil aber im Streitfall nicht zur Folge haben wird, dass eine Rückgabe überhaupt nicht erfolgt und jeder Rückgabeanspruch irgendwann ausgeschlossen ist, bleibt abzuwarten. Dass sich ein Dritter freuen darf, wenn zwei sich streiten, ist als Grundsatz dem deutschen Recht so eigentlich fremd. Zumindest in solchen Fällen mag das Abstellen auf die Einbindung des fraglichen Artefakts in das kulturelle Leben einen alternativen Ausweg bieten.⁶⁴ Dies indes dürfte an den nationalstaatlichen Fesseln europarechtlicher Vorgaben und internationaler Abkommen scheitern, obgleich das Völkerrecht insoweit durchaus auch andere Anknüpfungspunkte kennt.⁶⁵

3. Die gesetzgeberische Perspektive auf Kulturgut

Die Idee eines das kulturelle Leben bewahrenden Kulturgutschutzes spielt in der Gesetzesbegründung indes eine deutlich untergeordnete Rolle. Überblickt man die öffentlichen Äußerungen zu diesem Thema, offenbart dies vielmehr, dass sich der Gesetzgeber von völlig anderen Erwägungen leiten ließ. Denn auf die Bedeutung von Kulturgütern für das kulturelle Leben wird nur in einer knappen Randnotiz verwiesen.⁶⁶

Im Übrigen hält der Gesetzgeber eine Bedeutung für das kulturelle Erbe beispielsweise dann für gegeben, wenn das Kulturgut selten oder gar einzigartig ist.⁶⁷ Die Seltenheit solle dann auch für die Frage eine Rolle spielen, ob dessen Abwanderung einen wesentlichen Verlust für den deutschen Kulturbesitz bedeutet.⁶⁸ Weil letztlich jedes Artefakt ein Unikat ist, soll es bei Kunstwerken in diesem Sinne darauf ankommen, ob sich das Werk maßgeblich vom Œvre des Künstlers abhebt.⁶⁹ Von mehreren gleichartigen Kulturgütern solle gerade dasjenige im Bundesgebiet verbleiben, das möglichst unbeschädigt oder im Originalzustand erhalten ist.⁷⁰ Zur Beurteilung des kulturellen Wertes sollen also überwiegend solche Kriterien herangezogen werden,

64 Das dürfte in der Regel auch dem Interesse der Verleiher entsprechen.

65 Erfrischend weitsichtig das Abstellen auf das Herkunftsgebiet in Abschnitt I Nr. 3, II Nr. 5 des Ersten Protokolls zum Haager Abkommen von 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten.

66 BT-Drs. 18/7456, S. 68.

67 Ebd.

68 A. a. O., S. 69 a. E.

69 *Beauftragte für Kultur und Medien* (Fn. 21), S. 135.

70 BT-Drs. 18/7456, S. 70.

die für die Bildung des *Marktwertes* entscheidend sind.⁷¹ Das kommt auch ganz unverhohlen zum Ausdruck, wenn es in der Handreichung zum Gesetz heißt:

*Die Alters- und Wertuntergrenzen des § 24 Absatz 2 [...] sind zwar kein Ausschlusskriterium für eine Eintragung, sie belegen aber die Sichtweise des Gesetzgebers, unter welchen Vorbedingungen eine Eintragung wenig wahrscheinlich ist. Sollen diese Alters- und Wertgrenzen bei einer Eintragung unterschritten werden, wird dies einer besonderen Begründung bedürfen.*⁷²

Hält der Gesetzgeber damit vor allem alte und wertvolle Sachen für kulturell bedeutsam und deshalb erhaltenswert, setzt er sich in Widerspruch zum eigentlichen Regelungsziel.⁷³ Ein hieran geknüpfter Abwanderungsschutz ist allenfalls noch ein bedingt probates Mittel, die Voraussetzungen des kulturellen Lebens zu erhalten.

Nicht unterschlagen werden soll, dass in öffentlichen Äußerungen immer wieder noch ein zweites Regelungsziel aufscheint. Danach soll die Abwanderung auch solchen Kulturguts verhindert werden, das „für die *nationale Identität*“ bedeutsam ist.⁷⁴ Mit dem Gesetzeswortlaut lässt sich dieser Gedanke wohl überhaupt nur in Einklang bringen, werden „nationale Identität“ und „kulturelle Identität“ gleichgesetzt. Ungeachtet der Frage, ob ein solches Kulturverständnis⁷⁵ dem Gesetzgeber des 21. Jahrhunderts gut zu Gesichte steht, hat der Gedanke jedenfalls eines für sich: Er kann unschwer begründen, wieso ein Kulturgut gerade innerhalb der bundesrepublikanischen Grenzen verbleiben sollte. In der Tat wird man die nationale Identifikation als eine Vollzugs- und Rezeptionspraxis, an welcher Kulturgüter teilhaben können, auch durchaus für schützenswert halten dürfen. Es sei insoweit nur an die enorme integrative Wirkung erinnert, die das Kulturgut ‚Fußball‘ im 4jährigen Turnus auf diese Weise entfaltet. Die eigentliche Schwäche eines solchen Ansatzes ist jedoch, dass er eine einzige kulturelle Praxis privilegiert. Alle anderen Dimensionen kulturellen Lebens werden ausgeblendet, obgleich sich der Gesetzgeber ihren Schutz mit § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG auf die Fahne geschrieben hat.

Die volle Tragweite der ökonomisierten Perspektive auf Kulturgüter zeigt erst § 24 Abs. 2 KGSG. In dieser Norm werden Alters- und Wertuntergrenzen definiert, ab welchen die Ausfuhr bestimmter Kulturgüter einer Genehmigung bedarf. Diese Regelung ist im Zusammenhang mit der EU-Ausfuhrverordnung zu sehen, auf welche ausdrücklich Bezug genommen wird, etwa wenn es „die Kategorien nach Absatz 2 Satz 1 im Lichte der Auslegung der Kategorien des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 116/2009 anzuwenden“ gilt. Sein Anliegen bringt der Gesetzgeber jedenfalls deutlich zum Ausdruck:⁷⁶ Die Kulturgutkategorien des EU-Verordnungsgebers werden aufgegriffen, seine Wertuntergrenzen für die Ausfuhr in den EU-Binnenmarkt aber

71 So wohl auch *Jayme* (Fn. 7), S. 55.

72 *Beauftragte für Kultur und Medien* (Fn. 21), S. 134.

73 Nicht geklärt werden kann hier, inwiefern diese ökonomisierte Perspektive dem Versuch geschuldet ist, das neue KGSG auch auf die Bundeskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu stützen.

74 BT-Drs. 18/7456, S. 68.

75 Grundlegend ist wohl *Herder*, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* / hrsg. von Bollacher, Frankfurt am Main 1989, passim.

76 Wohl anders *von Cube* (Fn. 23), S. 790.

heraufgesetzt.⁷⁷ Vorsorglich wurde auch gleich das für Kultur und Medien zuständige Kabinettsmitglied in Abs. 3 ermächtigt, diese Untergrenzen weiter anzuheben. Wieso der Gesetzgeber bei Kulturgütern, deren Abwanderung gerade aus dem Bundesgebiet als besonderer Verlust eingestuft wurde, zwischen der Ausfuhr in den EU-Binnenmarkt und in Drittstaaten differenziert, bleibt schleierhaft.

Der Schutz eines Kulturgutes, das an den Wert- oder Altersgrenzen scheitert, ist damit nahezu ausgeschlossen. Wie misslich dies sein kann, zeigen etwa Bruchstücke der ‚Berliner Mauer‘ oder die Guillotine Johann Reichharts, denen eine zentrale Bedeutung für die nationale Erinnerungskultur zukommen kann.⁷⁸ Sie unterfallen weder den Kategorien der VO 2009/116/EU, noch haben sie einen nennenswerten Marktwert. Vom Genehmigungsvorbehalt der §§ 21 Nr. 2, 24 KGSG sind sie deshalb nicht umfasst. Die zuständigen Behörden werden also auch künftig keine Kenntnis von ihrer drohenden Abwanderung erhalten. Zwar ist die Eintragung in das Verzeichnis national wichtigen Kulturgutes weder an die Kategorien und Wert- bzw. Altersgrenzen der VO 2009/116/EU, noch an die des § 24 Abs. 2 KGSG als Voraussetzung geknüpft. Praktisch eröffnet der vorwiegend an ökonomische Kriterien geknüpfte Genehmigungsvorbehalt der §§ 21 Nr. 2, 24 KGSG aber überhaupt erst den Weg zum Eintragungsverfahren. Gleichwohl soll die Einschätzung des kulturellen Wertes eines Kulturguts dort dann ebenfalls vorwiegend nach ökonomischen Kriterien erfolgen.

4. Zwischenbilanz

Die Unangemessenheit eines solchen Mechanismus entlarvt schon das Modell der Doppelnatur von Kulturgut. Denn statt den Schutz des kulturellen Lebens mit den widerstreitenden ökonomischen Interessen in einen Ausgleich zu bringen, hat der Gesetzgeber die ökonomischen Interessen zur Voraussetzung für den Schutz des kulturellen Lebens gemacht. Nur in diesem Rahmen eröffnen §§ 22 f. KGSG tatsächlich noch die Möglichkeit eines angemessenen Interessenausgleichs. Dort verdienen nicht nur ökonomische Interessen des Veräußerers und kulturelle Interessen des Herkunfts-ortes Beachtung. Vielmehr dürfte auch zu bedenken sein, dass das Kulturgut beim intendierten Empfänger ebenfalls erhebliche Bedeutung für das kulturelle Leben haben kann. Auch dem schenkt das Gesetz nur rudimentär Beachtung, etwa indem es mit § 25 KGSG den Leihverkehr der Museen oder mit § 23 Abs. 3 KGSG die Restitution von NS-Raubkunst erleichtert. Im Übrigen ist die Berücksichtigung ausländischer Interessen auf das zwingende Minimum begrenzt, wie es sich aus nunmehr zwei UN-Resolutionen⁷⁹ und den europarechtlichen sowie internationalen Verpflichtungen ergibt. Ein Wille zur Aufarbeitung etwa des imperialen Erbes und zur Berücksichtigung internationaler Interessen ist insoweit nicht ersichtlich.⁸⁰ Auch in Zukunft wird man

77 Gemälde sind nach Anhang I der Verordnung z.B. ab einem Alter von 50 Jahren und einem Wert von 150.000,- € erfasst. Demgegenüber stellt sie § 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KGSG erst ab einem Alter von 75 Jahren und einem Wert von 300.000,- € unter Schutz. Auch andere Untergrenzen für einen Substanz- und Abwanderungsschutz werden verdoppelt.

78 Differenziert zum Ausschluss nach 1945 geschaffener Kulturgüter *Jayme* (Fn. 7), S. 64 f.

79 Vgl. Res. 2199 (2015), insbes. Ziff. 15–17 und Res. 2253 (2015).

80 Kritisch auch *Müller-Karpe* (Fn. 5), S. 45.

also mit unschönen Szenen zu rechnen haben, wie sie sich etwa im Vorfeld der Rückführung der sog. „Sphinx von Hattuša“ ereigneten. Wie insoweit ein Interessenausgleich gelingen kann, ist jedoch eine andere Frage, die hier nicht im Zentrum der Überlegungen stehen soll. Den zuständigen Stellen werden jedenfalls auch in Zukunft überaus komplexe Einzelfallentscheidungen abzuverlangen sein.

Umso zweifelhafter ist die überaus restriktive Tendenz, die § 7 Abs. 1 KGSG den Behörden vorgibt. Denn für das kulturelle Leben eines Ortes sind ohnehin nur ausgesprochen wenige Kulturgüter von so erheblicher Bedeutung, dass an ihrem Erhalt ein beachtliches öffentliches Interesse besteht. Das berücksichtigt der Gesetzeswortlaut unzureichend, wenn dort jedes einzelne Tatbestandsmerkmal weiter restringiert wird. So soll ein einzutragendes Kulturgut gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 KGSG für das kulturelle Erbe „besonders“ bedeutsam sein. Mit § 7 Abs. 1 Nr. 2 KGSG fordert der Gesetzgeber weiter, dass die Abwanderung des fraglichen Kulturguts einen „wesentlichen“ Verlust darstellen und sein Verbleib im Bundesgebiet deshalb im „herausragenden“ kulturellen öffentlichen Interesse liegen müssen. Die Anwaltschaft sah darin schon einen Hinweis darauf, dass gegenüber der bisherigen Rechtslage noch zurückhaltender von der Eintragungsmöglichkeit Gebrauch zu machen sei.⁸¹ Diesem Wortlautargument ist entgegen zu halten, dass bisher überhaupt keine Definition national wertvollen Kulturguts existierte, die hätte eingeschränkt werden können. Der Gesetzesbegründung lässt sich jedenfalls entnehmen, dass nur die bisherige Praxis in Gesetzesform gegossen werden sollte.⁸² Zu überzeugen vermag die Formulierung des Gesetzes indes schon deshalb nicht, weil das Verhältnis dieser Kriterien zueinander im Dunkeln bleibt. Es ist schwer vorstellbar, wieso der Verbleib eines Kulturguts im Bundesgebiet nicht von herausragendem Interesse sein sollte, wenn schon seine Abwanderung einen wesentlichen Verlust darstellt. Ebenso ist schleierhaft, wieso die Abwanderung keinen wesentlichen Verlust darstellen sollte, wenn das nämliche Kulturgut doch für das kulturelle Erbe besonders bedeutsam ist.⁸³ Im Ganzen hat sich der Gesetzgeber also sichtlich bemüht, die Eintragungsmöglichkeit selbst solcher Kulturgüter schwach auszugestalten, die für das kulturelle Leben von zentraler Bedeutung sind. Dabei hat er sich überwiegend an der alten Rechtslage orientiert, aufgrund deren seit Ende des Ersten Weltkrieges gerade einmal 2.700 Eintragungen in das Verzeichnis national wichtigen Kulturgutes erfolgten.⁸⁴ Dass dies sachgemäß ist, darf bezweifelt werden. Vielmehr steht einerseits zu befürchten, dass den zuständigen Behörden entsprechende Kulturgüter nicht nur unbekannt geblieben sind, sondern die Anwendung der Eintragungsvoraussetzungen ihrerseits Probleme bereitete. Andererseits wird man wohl davon ausgehen dürfen, dass in Anbetracht der restriktiven Tendenz des § 7 KGSG Entscheidungen im Zweifel zum Nachteil des Kulturgutschutzes ausfallen. Das mag im Interesse des Kunsthandels liegen,⁸⁵ der sich wohl ohnehin eine Regelung nach dem Schweizer Vorbild gewünscht hätte. Dem Anspruch, die widerstreitenden Interessen angemessen

81 *Von Cube* (Fn. 23), S. 788.

82 BT-Drs. 18/7456, S. 67.

83 *Beauftragte für Kultur und Medien* (Fn. 21), S. 135 a. E. lässt vermuten, dass die Tatbestandsmerkmale sich wechselseitig indizieren sollen.

84 Vgl. BT-Drs. 17/13378, S. 24.

85 Dieser hat über die Sachverständigenausschüsse des § 14 Abs. 2 KGSG ohnehin einen erheblichen Einfluss auf die Eintragung.

und sachgerecht auszugleichen, das heißt auch die Belange des kulturellen Lebens zu wahren, wird das Kulturgutschutzgesetz so aber schwerlich gerecht.⁸⁶

V. Sorgfalt im Kunsthandel nur wenn es sich lohnt?!

Dieselbe Tendenz lässt sich auch an den Sorgfaltspflichten ablesen, die der Gesetzgeber mit §§ 41 ff. KGSG dem Kulturguthandel auferlegt hat. Sie ergänzen § 40 KGSG, der als *lex perfecta* Geschäfte mit illegal eingeführten oder ausgegrabenen sowie abhanden gekommenen Kulturgütern untersagt und Nichtigkeit darüber anordnet,⁸⁷ durch § 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG aber zusätzlich strafbewehrt ist. Präventiv hierzu geben sie dem Veräußerer von Kulturgut auf, dafür Sorge zu tragen, dass Stücke zweifelhafter Herkunft erst gar nicht auf den Markt gelangen. Zu diesen Regeln sah sich der Gesetzgeber aufgrund von Schätzungen veranlasst, wonach der illegale Handel mit Kulturgütern nach dem illegalen Drogen- und Waffenhandel und noch vor dem Menschenhandel an dritter Rangstelle der internationalen Kriminalität stehen soll.⁸⁸ Zudem wird besonders der Antikenhehlerei nachgesagt, wichtige Finanzquelle für Terrororganisationen zu sein.⁸⁹ Auch vor diesem Hintergrund erfassen die Sorgfaltspflichten der §§ 41 ff. KGSG sämtliche Kulturgüter, unabhängig von Alter, Wert oder Herkunft. Ihre Verzahnung mit den weiteren Bestimmungen des KGSG ist Beispiel für die sich zunehmend auflösende Trennung von Zivilrecht und öffentlichem Recht.⁹⁰ Einerseits definieren sie den Fahrlässigkeitsmaßstab i. S. d. § 276 Abs. 2 BGB im Rahmen des Aufwendungs- und Schadensersatzanspruchs aus § 40 Abs. 4 KGSG. Dieser bringt die Interessen der an einer illegalen Kulturgütertransaktion Beteiligten auf sekundärer Ebene zum Ausgleich und ist damit zivilrechtlicher Natur. Andererseits ist die Missachtung der Sorgfaltspflichten auch Anknüpfungspunkt für die Ordnungswidrigkeitstatbestände des § 84 Abs. 1 Nr. 2–4, Abs. 3 KGSG für den gewerblichen Kulturguthandel. Inwiefern ihre Missachtung darüberhinaus auch originär gewerberechtliche Konsequenzen entfalten soll, ist noch ungeklärt.⁹¹ In der Sache hat der Gesetzgeber jedenfalls eine differenzierte Regelung getroffen, wonach die Sorgfaltspflichten von der Person des Veräußerers, der Art des Kulturguts und der jeweiligen Branche abhängen.

Als Ausgangspunkt der Regelung dient § 41 KGSG, der Sorgfaltsanforderungen für *jedermann*, unabhängig von seiner Profession begründet. Mit ihm hat sich der Gesetzgeber gegen eine generelle Sorgfaltspflicht entschieden. Eine solche soll gem. § 41 Abs. 1, 2 S. 1 KGSG vielmehr erst entstehen, wenn sich bestimmte Verdachtsmomen-

86 Von der Decken (Fn. 1), S. 90 geht ebenfalls von einer Verschärfung der Eintragungsvoraussetzungen aus.

87 Zur Reichweite *Verf.*, Zur Frage des Erwerbs abhandengekommener, rechtswidrig ausgegrabener oder unrechtmäßig eingeführter Kulturgüter, NJOZ 2018, S. 561 ff.

88 Vgl. BT-Drs. 17/13378, S. 7, 11; skeptisch *Elmenhorst/Wiese* (Fn. 6), S. 3; *Elmenhorst*, Der Sechs-Milliarden-Dollar-Mythos, Handelsblatt v. 31.7–2.8.2015.

89 BT-Drs. 18/7456, S. 47.

90 Wiederholt kritisiert, etwa von *Elmenhorst* (Fn. 42), Vor §§ 40–48 Rn. 4; *Strobl*, Sorgfaltspflichten im Kulturgutschutzgesetz: Herausforderungen für die Praxis, NJOZ 2017, S. 816.

91 Dazu *Strobl* (Fn. 90), S. 815.

te geradezu aufdrängen. Zur Beurteilung dieser Verdachtsmomente wurde auf die aus dem *common law* stammende, dem deutschen Recht bislang aber fremde Figur der *reasonable person* zurückgegriffen.⁹² Zudem formuliert das Gesetz in § 41 Abs. 2 S. 2 KGSG zwei Regelbeispiele, die je an einen „früheren Erwerb“ anknüpfen. Damit ist wohl ausschließlich derjenigen Erwerbsvorgang gemeint, durch welchen der Veräußerer selbst in Besitz des Kulturguts gelangt ist.⁹³ Der Verdacht eines illegal gehandelten Kulturguts solle sich dem Veräußerer demnach aufdrängen, wenn es ihm zuvor grundlos für einen besonders niedrigen Preis angeboten oder bei einem Kaufpreis von mehr als 5.000,- € Barzahlung verlangt wurden. Den Umfang der Sorgfaltspflichten bestimmt dann § 41 Abs. 3 KGSG, wobei sich Gesetzeswortlaut und -begründung widersprechen. Ersterem zufolge ist eine Prüfung solcher Informationen gefordert, die mit zumutbarem Aufwand zu beschaffen sind, jedenfalls aber solche, die einer *reasonable person* in der jeweiligen Lage abzuverlangen sind. In der Gesetzesbegründung kommt hingegen die Idee zum Ausdruck, dass die einer *reasonable person* abzuverlangende Sorgfalt bloß als Faktor im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung zu behandeln sei.⁹⁴ Bei dieser sei im Übrigen vor allem auf ökonomische Gesichtspunkte abzustellen, das heißt auf den Wert des Kulturgutes, die seit seinem Erwerb verstrichene Zeit und die Entgeltlichkeit der geplanten Weitergabe. Dabei dürfte übersehen worden sein, dass hohe Verkaufserlöse überhaupt nur bei Kulturgütern mit zweifelsfrei nachgewiesener Provenienz zu erzielen sind.⁹⁵ Weil das Entwehrungsrisiko im Übrigen den Kaufpreis drückt, wird eine an ökonomischen Kriterien ausgerichtete Zumutbarkeitsprüfung gerade bei Kulturgütern zweifelhafter Herkunft nur begrenzte Nachforschungspflichten begründen. Das aber steht im Widerspruch zum gesetzgeberischen Ziel, solche Kulturgüter vom Markt fernzuhalten. Deshalb werden die an eine *reasonable person* zu stellenden Anforderungen eher als Mindestmaß der Sorgfalt gelten dürfen, das seine Grenze erst in der Unzumutbarkeit findet. Praktisch wird dies wohl die wichtigere Alternative des § 41 Abs. 3 KGSG sein.⁹⁶

Nur für gewerbliche Händler wird in den §§ 41 ff. KGSG eine abgestufte Regelung getroffen. So sind in § 42 KGSG grundlegende Sorgfaltsanforderungen umschrieben, während § 43 KGSG den Primärmarkt entlastet und § 44 KGSG verschärfte Regeln für NS-Raubkunst, Kulturgut aus Staaten mit Roter Liste und bei europarechtlichen Verboten formuliert. Hinzu treten in §§ 45 ff. KGSG flankierende Aufzeichnungs- und Auskunftspflichten sowie Einsichtsrechte. Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem der Grundsatz des § 42 KGSG von Interesse. Danach wird selbst von gewerblichen Händlern e cont. § 42 Abs. 1 S. 3 KGSG zunächst nur eine Beschreibung und Abbildung des Kulturguts sowie die namentliche Dokumentation der am Geschäft Beteiligten gefordert. Dies ist wohl vor der Kritik zu sehen, das nach bisheriger Rechtslage geschützte Kulturgüter für Grenzbehörden schon nicht identifizierbar waren.⁹⁷

92 Kritisch dazu von *Cube* (Fn. 23), S. 792.

93 So auch *Elmenhorst* (Fn. 42), § 41 Rn. 11; *Strobl* (Fn. 90), S. 811.

94 BT-Drs. 18/7456, S. 97.

95 Selbst die ‚Himmelsscheibe von Nebra‘ wurde zunächst für nur 31.000 DM verkauft; auch der letzte gezahlte Kaufpreis von 200.000 DM lag bei gerade einmal 0,1 % des Versicherungswertes von rund 100 Mio. €.

96 Anders *Elmenhorst* (Fn. 42), § 41 Rn. 17.

97 BT-Drs. 17/13378, S. 26.

Weitergehende Sorgfaltspflichten sind auch für professionelle Händler e cont. § 41 Abs. 3 KGSG nur für archäologische Kulturgüter⁹⁸ sowie für Kulturgüter mit einem Wert von mehr als 2.500,- € und auch dann nur im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren vorgesehen. Nur dann und nur in diesem Rahmen sollen die Provenienz eines Kulturguts ermittelt, Dokumente und etwaige Verbote geprüft, Datenbanken eingesehen und der Veräußerer nach seiner Verfügungsbefugnis befragt werden. Das ist wenig überzeugend. Denn nicht nur wird der Schutz des spezifisch kulturellen Interesses durch ökonomische Interessen gedeckelt, nicht mit ihnen in Ausgleich gebracht. Vielmehr ist die Regelung im Detail auch unsachgemäß. So sollen selbst gewerbliche Händler gem. § 42 Abs. 3 S. 1 i. V. m Abs. 1 S. 1 Nr. 4 KGSG überhaupt nur zur Prüfung einschlägiger Dokumente verpflichtet sein, wenn ihnen dies wirtschaftlich zuzumuten ist. Gerade das Fehlen einer Dokumentation dürfte zumindest für Antiken aber den Verdacht einer illegalen Herkunft begründen.⁹⁹ Es wäre daher wohl eher als weiteres Regelbeispiel in § 41 Abs. 2 S. 3 KGSG angebracht. Immerhin bürdet das Gesetz dem Veräußerer die Darlegungs- und Beweislast für eine legale Herkunft auf. Daran wird bisweilen zwar kritisiert, der Gesetzgeber habe so mit dem Grundsatz des § 1006 BGB gebrochen.¹⁰⁰ Diese Kritik übersieht jedoch, dass § 1006 BGB auf dem Rechtscheingedanken beruht, der hier nicht passt. Denn insoweit wird nur das Eigentum des Besitzers vermutet. Dass aber, wer Kulturgut ohne jegliche Dokumentation besitzt, den Besitz aus legaler Quelle erlangt hat, kann weder auf § 1006 BGB, noch auf eine sonstige tatsächliche Vermutung gestützt werden.

Im Ganzen hängen auch die Sorgfaltspflichten der §§ 41, 42 KGSG vom Kriterium der Wirtschaftlichkeit ab. Für Privatleute werden sie zusätzlich restringiert, indem gefordert wird, der Verdacht einer illegalen Herkunft müsse sich „aufdrängen“. Ob eine derartige Entlastung auch privater Veräußerer sachgemäß ist, kann erstens bezweifelt werden. In vielen Fällen dürfte auch diesen bewusst sein, was sie veräußern. Zweitens steht zu befürchten, dass sich der Kunsthandel allgemein aus seiner Verantwortung stehlen wird, indem er auf das Kriterium der Zumutbarkeit verweist.¹⁰¹

VI. Fazit

Das neue Kulturgutschutzgesetz ist gut gemeint, aber wenig gelungen. Inhaltlich setzt es ganz überwiegend die bisherige Rechtslage fort, hat diese aber immerhin in Teilen präzisiert. Dadurch wurde vor allem die Stellung der Kulturguteigentümer und -eigentümerinnen verbessert.¹⁰² Im Übrigen werden die Belange des Kulturgutschutzes nur unzureichend gewürdigt. Sie werden überwiegend nur in denjenigen Teilbereichen¹⁰³

98 Zum Begriff oben, S. 155 f., insbes. auch Fn. 24.

99 Ebenso *Dietrich*, Antiken, Recht und Markt, Kunstrechtsspiegel 2008, S. 178; *Müller-Karpe* (Fn. 5), S. 48 f.; wohl auch *Oechseler*, in: Säcker et al. (Hrsgg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 7. Aufl., München 2016, § 932 Rn. 64; zu den Auswirkungen des § 41 KGSG aber *Verf.* (Fn. 37), S. 59 f.

100 *Walser* (Fn. 6), S. 139.

101 Vgl. *Müller-Karpe* (Fn. 5), S. 49.

102 Vgl. *von der Decken* (Fn. 1), S. 100.

103 A. a. O., S. 74.

geschützt, die museal-galeristisch auszustellende Kulturgüter betreffen. Doch selbst dabei bleibt das KGSG oft hinter dem europäischen Standard zurück. Ferner macht der Gesetzgeber nahezu jede Schutzregel zunächst von ökonomischen Kriterien abhängig. Das mag zwar dem Umstand geschuldet sein, dass letztlich jeder Gegenstand potenziell bedeutendes Kulturgut ist und daher weder Kunsthandel, noch Behörden stets umfangreiche und teure Nachforschungen betreiben können. Dies hat jedoch einerseits zur Folge, dass schützenswerte Kulturgüter mitunter schon gar nicht ins Blickfeld geraten. Andererseits stehen Erschwernisse für den Handel auch mit nur wertvollen Objekten zu befürchten, die offenkundig keines Schutzes bedürfen. Ob hier nicht andere Anknüpfungspunkte denkbar sind, wird künftig zu diskutieren sein. Wenn der Gesetzgeber Kulturgutschutz dagegen gernell unter einen Wirtschaftlichkeitsvorbehalt stellt, ist im Anschluss an Erik Jayme überspitzt zu fragen, ob Kultur denn vor allem dann Teil der Identität Deutschlands ist, wenn sich ihr Wert in Geld taxieren lässt.¹⁰⁴ Seinen eigenen Anforderungen, Kulturgüter vor allem in ihrer Bedeutung für das kulturelle Leben zu bewahren, wird er so jedenfalls nicht gerecht. Insofern erweist sich die Definition von Kulturgut in § 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG als weit aus klüger, als die sich anschließenden Bestimmungen.

104 Vgl. Jayme (Fn. 7), S. 70.