

## Die rechtsverbindliche Rückgabezusage\*

Matthias Weller\*\*

### I. Einleitung

Dass die Interessen des Jubilars breit gefächert sind, zeigt sich nicht zuletzt an den verschiedenen Themenabschnitten dieser Festschrift. Es gehört dabei zu den hervorstechenden Eigenschaften des Jubilars, sich auf Neues einzulassen und auch neue Rechtsgebiete zu erschließen. So ließ er es sich beispielsweise auf Anfrage des im Jahre 2006 gegründeten Heidelberger Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V.<sup>1</sup> nicht nehmen, als Beiratsmitglied zu fungieren<sup>2</sup> und dem Institut seine Experti-

se aus Revisionsverfahren mit kunst- und urheberrechtlichem Bezug sowie aus seinem ehrenamtlichen Engagement für Kunst und Kultur zur Verfügung zu stellen. Zudem lieferte der Jubilar mit einem vielbeachteten Beitrag zur Reichweite der Kunstfreiheit im Fall "Esra"<sup>3</sup> den eindrucksvollen Auftakt zur Erstveranstaltung des IFKUR, den Ersten Heidelberger Kunstrechtstag am 8. September 2007<sup>4</sup>, und führte diesen für die Folgeurteile<sup>5</sup> zu "Esra" auf dem Zweiten Heidelberger Kunstrechtstag am 5. und 6. September 2008 fort.<sup>6</sup> Der Verf. möchte dem Jubilar deshalb einen Beitrag aus dem Kunst- und Kulturrecht widmen, der zugleich Schnittstellen zum Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, zum Völkerrecht, zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht wie auch zum Wirtschaftsrecht aufweist, nämlich eine Untersuchung der rechtsverbindlichen Rückgabezusage nach § 20 Kulturgüterschutzgesetz (KultGSchG).<sup>7</sup> Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde einen Verwaltungsakt erlassen, der bewirken soll, dass Leihgaben von Kunstwerken und Kulturgütern aus dem Ausland für Ausstellungen im Inland gleichsam immun gegenüber hoheitlichem Zugriff sind und ganz ähnlich wie Diplomaten „Freies Ge-

\* Nachdruck zu Ehren des IFKUR-Beirats RA beim BGH Prof. Dr. Achim Krämer, Karlsruhe, mit freundlicher Genehmigung aus Uwe Blaurock / Joachim Bornkamm / Christian Kirchberg (Hrsg.), Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, DeGruyter-Verlag Berlin 2009, S. 721 – 736.

\*\* Dr. Matthias Weller, Mag.rer.publ. Wissenschaftlicher Assistent am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, IFKUR-Vorstandsmitglied.

1 Institut für Kunst und Recht IFKUR e.V., www.ifkur.de. Als Gründungsvorstände amtierend Dr. Nicolai B. Kemle und der Verf.

2 Die weiteren Beiräte sind (alphabetisch): Prof. Dr. Burkhard Hess, Geschäftsführender Direktor des Instituts für internationales und ausländisches Privat- und Wirtschaftsrecht; Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme, ebendort, Prof. Dr. Athanassios Kaissis, Aristoteles-Universität Thessaloniki, Griechenland; Prof. Dr. iur. Dr. phil. h.c. Peter Michael Lynen, Leiter des Centrums für Internationales Kunstmanagement an der Hochschule Köln, vormals Kanzler der Kunstakademie Düsseldorf; Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel, Institut für internationales Privatrecht der Universität zu Köln, Prof. em. Harry S. Martin III, vormals Heny N. Ess III Librarian and Professor of Law, Harvard Law School, Cambridge, USA; RAin Dr. Astrid Müller-Katzenburg, Berlin; Prof. Dr. Kerstin Odendahl, Lehrstuhl für Völker- und Europarecht, Universität St. Gallen, Schweiz; Prof. Norman Palmer, Barrister, Lincoln's Inn, London, UK; Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, Prorektor für Lehre der Universität Heidelberg und Direktor des Instituts für internationales und ausländisches Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg; RA Prof. Dr. Peter Raue, Hogan & Hartson Raue Berlin; Prof. Dr. Gerte Reichelt, Jean Monnet Professor für Europarecht Universität Wien, Leiterin des Ludwig Boltzmann Instituts für Europarecht, Wien; Prof. Dr. em. Kurt

Siehr, Universität Zürich/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

3 BGH, Urt. v. 21.06.2005 – VI ZR 122/04; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 – 1 BvR 1783/05.

4 Achim Krämer, Kunstfreiheit vs. Persönlichkeitsrecht – Der Fall "Esra", in Weller/Kemle/Lynen (Hrsg.), Des Künstlers Rechte – die Kunst des Rechts: Tagungsband des Ersten Heidelberger Kunstrechtstags, Schriften zum Kunst- und Kulturrecht Bd. 2, Baden-Baden 2008, S. 11 ff.

5 BGH, Urt. v. 10.06.2008 – VI ZR 252/07, hierzu auch Weller, LMK 2008, 269192; OLG München, Urt. v. 08.07.2008 – 18 U 2280/08, nicht rechtskräftig.

6 Achim Krämer, Kunstfreiheit vs. Persönlichkeitsrecht: Nachlese zum Fall "Esra", in Weller/Kemle/Lynen (Hrsg.), Kulturgüterschutz – Künstlerschutz: Tagungsband des Zweiten Heidelberger Kunstrechtstags am 5. und 6. September 2008, Schriften zum Kunst- und Kulturrecht, Baden-Baden 2009, S. 167 ff.

7 Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Juli 1999 (BGBl. I S. 1754), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 18. Mai 2007 (BGBl. I S. 757).

leit“ genießen.<sup>8</sup> Rechtstechnisch geschieht dies durch den vorübergehenden Ausschluß des Zugangs zu Gericht für Klagen auf Herausgabe einschließlich flankierender hoheitlicher Sicherungsmaßnahmen. Dass ein solcher Verwaltungsakt das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf effektiven Rechtsschutz präsumtiver Eigentümer oder Gläubiger berührt, liegt auf der Hand. Bedenkt man, dass gerade die sogenannten *blockbuster*-Ausstellungen auf hochkarätige Leihgaben aus dem Ausland angewiesen sind, wird zudem klar, dass werthaltige Wirtschaftsgüter und Vermögensinteressen sowohl bei Anspruchstellern als auch bei Ausstellungsveranstaltern betroffen sind.

## II. Normtext

§ 20 KultGSchG sieht vor:

(1) Soll ausländisches Kulturgut vorübergehend zu einer Ausstellung im Bundesgebiet ausgeliehen werden, so kann die zuständige oberste Landesbehörde im Einvernehmen mit der Zentralstelle des Bundes dem Verleiher die Rückgabe zum festgesetzten Zeitpunkt rechtsverbindlich zusagen. Bei Ausstellungen, die vom Bund oder einer bundesunmittelbaren juristischen Person getragen werden, entscheidet die zuständige Behörde über die Erteilung der Zusage.

(2) Die Zusage ist vor der Einfuhr des Kulturgutes schriftlich und unter Gebrauch der Worte "Rechtsverbindliche Rückgabezusage" zu erteilen. Sie kann nicht zurückgenommen oder widerrufen werden.

(3) Die Zusage bewirkt, daß dem Rückgabeanpruch des Verleihers keine Rechte entgegengehalten werden können, die Dritte an dem Kulturgut geltend machen.

(4) Bis zur Rückgabe an den Verleiher sind gerichtliche Klagen auf Herausgabe, Arrestverfügungen, Pfändungen und Beschlagnahmen unzulässig.

## III. Normgenese

Den konkreten Anlaß zur Einführung der rechtsverbindlichen Rückgabezusage gab eine bevorstehende Ausstellung von Werken, für die der Leihgeber gesetzlichen Schutz vor Herausgabeansprüchen Dritter zur Bedingung der Leihe machte: die Ausstellung „Schätze der Himmelssöhne“ in der

Bundeskunsthalle in Bonn im Jahre 2003 aus dem Nationalen Palastmuseum Taipeh, Taiwan, mit führenden Exponaten aus dem China der Kaiserzeit, etwa dem kaiserlichen Siegel, das die bei Ausbruch der Kulturrevolution amtierende chinesische Regierung bei ihrer Flucht nach Taiwan aus Peking mitnahm.<sup>9</sup> Taiwan befürchtete deshalb Herausgabeansprüche der Volksrepublik China, zumal weder Deutschland noch die Staaten der Europäischen Union Taiwan als Staat anerkennen, so dass zum einen die unmittelbare Zusicherung Freien Geleits durch die Bundesrepublik Deutschland gegenüber dem verleihenden Staat als *ad hoc*-Sicherungsinstrument nicht in Betracht kam,<sup>10</sup> zum anderen die Frage hätte entstehen können, an wen die Ausstellungsstücke als berechtigten Eigentümer im Prätendentenstreit hätten herausgegeben werden müssen. Ganz ähnlich ist die Normgenese der jüngst in Kraft getretenen englischen Gesetzgebung zum Schutz ausländischer Leihgeber: Die Royal Academy wollte in der für Dezember 2008 geplanten Ausstellung „From Russia“ Leihgaben aus dem Staatlichen Puschkin-Museum zeigen, und zwar unter anderem Werke, die in der Oktoberrevolution enteignet worden waren, so dass mit Herausgabeansprüchen der Erben früherer Eigentümer zu rechnen war. Denn bereits 1994 war anlässlich einer Ausstellung im Centre George Pompidou eine Herausgabeklage vor französischen Gerichten erhoben worden, allerdings ohne Erfolg.<sup>11</sup> Im Übrigen muß Rußland wohl jederzeit

9 Ursula Toyka-Fuong (ed.), Ausstellung Schätze der Himmelssöhne. Die Kaiserliche Sammlung aus dem Nationalen Palastmuseum, Taipeh, Die Großen Sammlungen, vom 18. Juli bis 12. Oktober 2003 im Alten Museum in Berlin und vom 21. November 2003 bis 15. Februar 2004 in Bonn in der Kunst- und Ausstellungshalle der Bundesrepublik Deutschland GmbH, Katalog, Ostfildern-Ruit (2003).

10 Es wird zwar erwogen, dass diplomatische Zusagen des „Freien Geleits“ dem Gaststaat gegenüber von staatlichen Leihgaben hinreichend schützen, vgl. z.B. Norman Palmer, *Adrift on a Sea of Troubles: Cross-Border Art Loans and the Specter of Ulterior Title*, 38 Vand.J. Trans'l. L. 947, 965 (2005), Staatenpraxis hierzu ist aber nicht ersichtlich und die rechtliche Qualifikation ist ungeklärt. Am ehesten käme wohl eine Analogie zum Status eines *ad hoc*-Diplomaten in Betracht.

11 Tribunal de Grande Instance, Paris, Urt. v. 05.03.1993; hierzu z.B. Leila Anglade, *Anti-seizure statutes in art law – the influence of „La Danse“ on French law*, in Oonagh Breen, *Liber memorialis Professor James C. Brady*, Dublin 2001, S. 3 ff.; Ruth Redmond-Cooper, *Art, Antiquity & Law* 1996, 1 ff. Zu der Bedeutung dieses Falles als Staatenpraxis für die völkergewohnheitsrechtliche Regel, dass staatliche Leihgaben zum hoheitlichen Zweck des Kultur-

8 Begründung BT-Drucks. 13/10789, S. 10. Erik Jayme, *Das Freie Geleit für Kunstwerke*, in: Gerte Reichelt (Hrsg.), *Vorlesungen und Vorträge 2001*, Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Wien 2001, S. 3 ff.

mit dem Zugriff verschiedener Gläubiger von Geldforderungen rechnen, wie der – gleichermaßen erfolglose – Vollstreckungsversuch aus einem internationalen Schiedsspruch gegen Rußland anlässlich einer Ausstellung von Leihgaben aus dem Puschkin-Museum an die Fondation Pierre Gianadda in Martigny im Wallis, Schweiz, kürzlich belegt.<sup>12</sup> Dies zeigt, dass Kunstwerke natürlich nicht nur Kulturgüter, sondern auch eine oft höchst wertvolle Haftungsmasse sind: der Marktwert der russischen Leihgaben wurde auf USD 1 Milliarde geschätzt. Dessen ungeachtet ermöglichte das Vereinigte Königreich die für Dezember 2007 geplante Ausstellung, indem es eine entsprechende Regelung in Part 6 des *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* einfügte und das Gesetz am 31. 12. 2007 nach einem ungewöhnlich kurzen, zugleich rechtspolitisch äußerst umstrittenen Gesetzgebungsverfahren verabschiedete.<sup>13</sup>

#### IV. Interessen

Die Normgenese macht den Interessenkonflikt deutlich: auf der einen Seite steht das verfassungsrechtlich garantierte Recht des präsumtiven Eigentümers oder Gläubigers auf effektiven Rechtsschutz. Auf der anderen Seite steht das kulturpolitische Anliegen des internationalen Kulturaustausches und das Interesse der Öffentlichkeit an Zugang zu bedeutenden Kulturgütern – Ziele, zu denen sich die Bundesrepublik Deutschland wie andere Staaten in zahlreichen bi- und multila-

austausches dem Vollstreckungszugriff des Gaststaates entzogen sind Matthias Weller, Immunity for Artworks on Loan? A Review of International Customary Law and Municipal Anti-seizure Statutes in Light of the Liechtenstein Litigation, 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2005, 997 – 1039.

12 Matthias Weller, Freies Geleit für die Kunst – Die Schweiz setzt einen Maßstab für Leihgaben im Völkerrecht, FAZ, 25. November 2005, Nr. 275, S. 35 (Feuilleton).; Matthias Weller, Völkerrechtliche Grenzen der Zwangsvollstreckung – vom Botschaftskonto zur Kunstleihgabe, Rpfleger 2006, 364 – 373; Kerstin Odendahl, Immunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter – Eine Analyse der Affäre um die Beschlagnahme der Gemälde aus dem Puschkin-Museum im November 2005, AJP/PJA 10/2006, 1175 ff.; Hansjörg Peter, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, Schuldbeitreibung und Konkurs 70 (2006), S. 61 ff.

13 Vgl. z.B. Marc Stephens, A common thief does not obtain ownership of stolen goods, and it is no different when the thieves are bolsheviks, *The Art Newspaper*, 31. 1.2008; ihm erwidert Sir Norman Rosenthal, History is history and it is time that everyone learned to put historical events behind them, *The Art Newspaper*, 06.03.2008.

teralen völkerrechtlichen Verträgen verpflichtet hat,<sup>14</sup> sowie die Erkenntnis, dass sich die zwischenstaatlichen und sonstigen Konflikte, die dem internationalen Leihverkehr entgegen stehen, nicht kurzfristig lösen lassen und die in zahlreichen Staaten<sup>15</sup> mittlerweile erlassenen Schutzgesetze im Kern lediglich den status quo vor der Leihgabe erhalten, nicht aber die Rechtsposition des präsumtiven Anspruchstellers verschlechtern.

#### V. Regelungsgehalt

Die rechtsverbindliche Rückgabezusage ist ein Verwaltungsakt i.S.v. § 35 VwVfG. Zuständig sind regelmäßig die Kultusministerien der Länder, Zentralstelle des Bundes ist der Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien.<sup>16</sup> Rechtstechnisch wird die Sicherung der Rückgabe vor allem prozessual durch den vorübergehenden Ausschluß der Klagbarkeit von Herausgabeansprüchen und des Zugriffs der Vollstreckungsorgane auf den Leihgegenstand bewirkt. Hinzu tritt die materiellrechtliche Suspension jeglicher Rechte präsumtiver Anspruchsteller außerhalb des vertraglichen Leihverhältnisses, die dem Rückgabeanspruch entgegen gesetzt werden können. Der auf den ersten Blick nicht deutliche und auch vom

14 Etwa Art. 4 Convention culturelle européenne de Paris, 19. 12. 1954: "Chaque Partie contractante devra, dans la mesure du possible, faciliter la circulation et l'échange des personnes ainsi que des objets de valeur culturelle aux fins d'application des articles 2 et 3"; Art. 5: "Chaque Partie contractante considérera les objets présentant une valeur culturelle européenne qui se trouveront placés sous son contrôle comme faisant partie intégrante du patrimoine culturel commun de l'Europe, prendra les mesures nécessaires pour les sauvegarder et en facilitera l'accès". Weitere Nachweise bei Matthias Weller (N. 11), S. 1010.

15 Alphabetisch: Alberta (Kanada), (mit Einschränkungen) Australien, Belgien, British Columbia (Kanada), Frankreich, (mit Einschränkungen) Irland, Manitoba (Kanada), New York (USA), Ontario (Kanada), Österreich, Quebec (Kanada), Rhode Island (USA), Schweiz, USA (Bundesebene), Texas (USA), Vereinigtes Königreich. Selbst Israel hat kürzlich ein entsprechendes Gesetz erlassen, hierzu Shoshana Berman, Protection of Cultural Objects on Loan: the Israeli Perspective, *Art, Antiquity & Law* 2008, S. 116 ff.

16 Katrin Schenk, Die Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens von 1970 in Deutschland aus der Sicht des Gesetzgebers, in Weller/Kemle/Lynen (Hrsg.), Kulturgüterschutz – Künstlerschutz: Tagungsband des Zweiten Heidelberger Kunstrechtstags am 5. und 6. September 2008, Schriften zum Kunst- und Kulturrecht, Baden-Baden 2009, S. 75.

Gesetzgeber in seiner Entwurfsbegründung nicht erläuterte Mehrwert von Abs. 3 gegenüber Abs. 4 der Vorschrift für den Leihgeber könnte zunächst darin liegen, auch vor Feststellungsklagen und nicht nur vor Herausgabeklagen geschützt zu sein. Eine Klage auf Feststellung des Eigentums wäre dann bei erteilter Rückgabezusage nach § 20 Abs. 3 KultGSchG als derzeit unbegründet abzuweisen. Dies setzt freilich voraus, dass das Gegenrecht des Eigentums durch § 20 Abs. 3 KultGSchG nicht nur in Ansehung des Rückgabeanspruchs, sondern insgesamt suspendiert ist – ein Eingriff in die Rechtsstellung des Anspruchstellers, der dem Wortlaut nicht unmittelbar zu entnehmen ist, der über den Zweck der Sicherung der Rückführung der Leihgabe hinausgeht und daher nicht von der Teleologie der Norm getragen ist.<sup>17</sup> Jedenfalls verhindert § 20 Abs. 3 KultGSchG, dass die vorübergehende Belegenheit des Leihgegenstands in Deutschland Anlaß für Klagen im Ausland, insbesondere im Sitzstaat des Verleihers, gibt. Denn da die Kollisionsrechtsordnungen wohl fast aller Staaten für Sachenrechte auf die *lex rei sitae* verweisen,<sup>18</sup> führt die internationale Leihgabe zu einem Statutenwechsel, sobald der Leihgegenstand die Grenze zu Deutschland überschreitet. Die Änderung der auf die sachenrechtliche Rechtslage anwendbaren Vorschriften könnte es dem Kläger ermöglichen, im Sitzstaat des Verleihers nunmehr erfolgreich auf Herausgabe zu klagen und nach Rückkehr der Leihgabe in den Sitzstaat zu vollstrecken. Dem beugt aber § 20 Abs. 3 KultGSchG dadurch vor, dass es auch materiellrechtlich das Recht des Eigentümers oder des Inhabers eines beschränkten dinglichen oder eines sonstigen Gegenrechts suspendiert. Voraussetzung für die Wirksamkeit dieses Schutzes ist natürlich, dass das ausländische Kollisionsrecht die Suspendierung als Wirkung der *lex rei sitae* anerkennt. Im Übrigen lässt sich § 20 Abs. 3 KultGSchG die international zwingende Verdrängung von Gegenrechten aus dem Vertragsstatut entnehmen. Im inländischen Verfahren bleibt dies wegen des ohnehin schon bestehenden Ausschlusses des Voll-

streckungszugriffs nach § 20 Abs. 4 KultGSchG jedoch ohne praktische Bedeutung. Im ausländischen Verfahren tritt die schützende Wirkung nur ein, wenn das ausländische Gericht bereit ist, die fremde Eingriffsnorm durchzusetzen, und dies ist eher selten. Von deutscher Seite hat der Gesetzgeber dessen ungeachtet alles ihm Mögliche getan, um erfolgreiche Herausgabeklagen gegen Verleiher oder Entleiher im In- und Ausland zu verhindern. Ohne weiteres klagbar bleiben allerdings Schadensersatzansprüche des präsumtiven Eigentümers. Dann jedoch stellt sich bei Klagen des präsumtiven Eigentümers die bisher ungeklärte Frage, inwieweit § 20 Abs. 3 KultGSchG nicht nur das „Gegenrecht“ des Eigentums in Ansehung des Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB, sondern dadurch insgesamt das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis suspendiert.

## VI. Anfechtung

Hat die zuständige Behörde den Verwaltungsakt der Rückgabezusage erteilt, sind Rücknahme und Widerruf nach §§ 48, 49 VwVfG ausgeschlossen, § 20 Abs. 2 KultGSchG. Dies soll den Bestand des Verwaltungsaktes sichern. Allerdings ist ein Dritter dadurch keineswegs gehindert, Anfechtungsklage zu erheben, § 42 Abs. 1 VwGO.<sup>19</sup> Das Widerspruchsverfahren entfällt dabei nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO. Nach § 80 Abs. 1 VwGO hat die Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Der Verleiher kann allerdings nach § 80a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 VwGO die Anordnung der sofortigen Vollziehung beantragen. Das öffentliche Interesse an der Sicherung der Rückführung, die der Gesetzgeber durch § 20 KultGSchG zum Ausdruck brachte, dürfte sich durchsetzen, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Besser wäre freilich gewesen, wenn der Gesetzgeber bereits in § 20 KultGSchG ausdrücklich angeordnet hätte, dass die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage entfällt. Denn schon das Verfahren hierüber wird ausländische Leihgeber nicht wenig verunsichern. Ihnen ist deswegen zu raten, zugleich mit der rechtsverbindlichen Rückgabezusage die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit zu beantragen oder vorsorglich den Antrag nach § 80a VwGO zu stellen. Allerdings könnte der präsumtive Eigentümer selbst dann noch nach §§ 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO die Anordnung bzw. bei erfolgreichem Antrag des Verleihers auf Anordnung der sofortigen Vollziehung die

17 Weitergehend hingegen die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 20 Abs. 3 KultGSchG, BT-Drucks. 13/10789, S. 10: „Die Geltendmachung privater Rechte an den Leihgaben muss für die Dauer des Aufenthaltes im Bundesgebiet zurückstehen“.

18 Zur internationalen Verbreitung der *lex rei sitae* vgl. nur die rechtsvergleichenden Nachweise bei Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 763 ff.; Dirk Looschelders, Internationales Privatrecht, Art. 3-46 EGBGB, Berlin 2004, S. 635 Rz. 13 ff., dort auch zur zunehmenden Verbreitung von Sonderanknüpfungen für Mobilien.

19 Zum folgenden Bernhard Kempen, Internationaler Kulturgüteraustausch: die Bedeutung der „Rechtsverbindlichen Rückgabezusage“, in Michael Brenner (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Tübingen 2004, S. 1079, 1092 ff.

Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragen. Die Entscheidung hierüber hängt nicht zuletzt von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache ab. Größte Hürde des Antragstellers dürfte dabei die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO sein. Diese fehlt, wenn subjektive Rechte des Antragstellers nicht betroffen sind. Teilweise wird von vornherein vertreten, dass § 20 KultGSchG keine Schutznorm ist.<sup>20</sup> Allerdings verlangt die pflichtgemäße Ermessensausübung durch die zuständige Behörde auch die Berücksichtigung der Interessen des Anspruchstellers und präsumtiven Eigentümers oder Gläubigers beim Eingriff in sein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf effektiven Rechtsschutz und, wenn ausländische Staaten Herausgabe auf völker- oder europarechtliche Ansprüche stützen, deren kulturgüterschutzrechtlichen Rückführungsansprüche, so dass die Frage nach der Vereinbarkeit des Klagbarkeitsausschlusses mit höherrangigem Recht auch auf die Klagebefugnis i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO zumindest ausstrahlen dürfte. Wenn dies richtig ist,<sup>21</sup> dann kommt es für die Aufrechterhaltung der Wirkung der Rückgabezusage im Anfechtungsverfahren darauf an, inwieweit ihre Anfechtung im Übrigen im Ergebnis erfolgreich sein kann:

## VII. Europa- und völkerrechtliche Rückführungsansprüche

Kollisionen mit europa- und völkerrechtlichen Rückführungsansprüchen sind vor allem im Hinblick auf die Herausgabeansprüche nach der Kulturgüterückgaberichtlinie<sup>22</sup> sowie des UNESCO-Übereinkommens von 1970 denkbar,<sup>23</sup> beide umgesetzt in § 6 des – ursprünglich allein der Richtlinienumsetzung dienenden und jüngst für die Transformation des UNESCO-Übereinkommens neu gefassten<sup>24</sup> – Kulturgüterückgabegesetzes

20 Bernhard Kempen, (N. 19), S. 1092.

21 Zum komplexen, nicht abschließend geklärten Verhältnis der Grundrechte zum einfachen Gesetzesrecht bei der Frage nach der Klagebefugnis vgl. nur Wahl/Schütz, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Erg.-Lfg. 2008, § 42 Rz. 58 ff. und Wahl, aaO., vor § 42 Rz. 44 ff.

22 RL 93/7/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates verbrachten Kulturgütern, Abl. L 74 vom 27.3.1993, S. 74–79.

23 UNESCO-Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut vom 14. November 1970, 10 I.L.M. 289.

24 Hierzu Matthias Weller, Zur Umsetzung der UNESCO-Konvention von 1970 aus deutscher Sicht, in Gerte Reichelt (Hrsg.), Rechtsfragen der Restitution

(KultGüRückG).<sup>25</sup> Voraussetzung ist allerdings zunächst, dass die Rückgabezusage überhaupt gegenüber öffentlich-rechtlichen Rückführungs- oder Herausgabeansprüchen schützt. Nach dem Wortlaut ist dies der Fall, jedoch lässt sich aus den Materialien ein Argument zur teleologischen Reduktion ableiten, denn dort ist von „privaten Rechten“ die Rede, die nach Erteilung der Rückgabezusage zurückstehen sollen.<sup>26</sup> Allerdings schließt schon diese Erläuterung nicht zwingend öffentlich-rechtlich begründete Rechte aus, sondern benennt lediglich den Regelfall, der dem Gesetzgeber vor Augen war. Außerdem dürfte aus der klar erkennbar werdenden objektiven Teleologie der Vorschrift das stärker wiegende Argument erwachsen, so dass anzunehmen ist, dass auch derjenige, der seinen Herausgabeanspruch auf öffentliches Recht stützt, etwa ausländische Staaten nach § 6 KultGüRückG, der Zugang zu den Gerichten verwehrt sein soll. Ob dies freilich mit der Kulturgüterückgaberichtlinie vereinbar ist, wird unterschiedlich beurteilt. Fuchs etwa hält die richtlinienkonforme teleologische Reduktion von § 20 KultGSchG dahingehend für geboten, dass trotz verbindlicher Rückgabezusage der Herausgabeanspruch anderer EG-Mitgliedstaaten nicht suspendiert und der Zugang zum Gericht nicht verwehrt ist und will den gesetzgeberischen Willen zur solchermaßen richtlinienkonformen Umsetzung gerade aus dem vorzitierten Verweis auf die „privaten Rechte“ in den Materialien ableiten.<sup>27</sup> Ob die Kulturgüterückgaberichtlinie hierzu wirklich zwingt, ist zweifelhaft. Denn die Richtlinie ist ihrerseits im Lichte des Primärrechts auszulegen, und Art. 151 Abs. 2 Spie-

von Kulturgütern, Symposium des Ludwig Boltzmann Instituts für Europarecht am 12. Oktober 2007 im Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur Wien, Wien 2008, S. 27 - 38; ferner eingehend die Beiträge – z.T. aus rechtsvergleichender Perspektive – von Katrin Schenk, Kurt Siehr, Marc-André Renold, Vitulia Ivone und Karl-Sax Feddersen in: Matthias Weller et al. (Hrsg.), Kulturgüterschutz – Künstlerschutz, Tagungsband des Zweiten Heidelberger Kunstrechtstags am 5. und 6. September 2008, Baden-Baden 2009, S. 49 ff.

25 Gesetz zur Ausführung des UNESCO-Übereinkommens vom 14. November 1970 über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut und zur Umsetzung der Richtlinie 93/7/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern) i.d.F.v. 18.5.2007, BGBl I 2007, 757.

26 BT-Drucks. 13/10789, S. 10.

27 Angelika Fuchs, Kulturgüterschutz im Kulturgütersicherungsrecht, IPRax 2000, 281, 286.

gelstrich 4 EG, wonach die Europäische Gemeinschaft durch ihre Tätigkeit die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördert, unterstützt und erforderlichenfalls ergänzt u.a. in dem Bereich des „*nichtkommerziellen Kulturaustausches*“, legt nahe, dass der Kulturaustausch durch Leihgaben unter den Mitgliedstaaten mit dem primärrechtlichen Querschnittsziel der Kulturförderung mindestens vereinbar ist, eine Sekundärrechtsmaßnahme zur Regelung dieser Form des Kulturaustauschs hingegen ohne Kompetenzgrundlage wäre.<sup>28</sup> Zu bedenken ist freilich, dass sich ein Argument aus Art. 151 Abs. 2 Spiegelstrich 4 EG nur für den nichtkommerziellen Kulturaustausch ableiten lässt, die rechtsverbindliche Rückgabepflicht indes keineswegs auf nichtkommerzielle Leihgaben beschränkt ist und für Leihgaben von Hauptwerken für *blockbuster*-Ausstellungen durchaus Entgelt geleistet wird und Gewinnerzielungsabsicht besteht. Im Übrigen definiert die Kulturgüterrichtlinie, die auf unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates verbrachte Kulturgüter Anwendung findet, nach ihrem Art. 1 Nr. 2 Spiegelstrich 2 die Unrechtmäßigkeit der Verbringung als „*jede nicht erfolgte Rückkehr nach Ablauf der Frist für eine vorübergehende rechtmäßige Verbringung*“, und die Leihe ist nichts anderes als ein Beispiel für eine vorübergehende rechtmäßige Verbringung. Ganz eindeutig ist die Rechtslage daher nicht, auch wenn manches für die Richtlinienkonformität einer erteilten Rückgabepflicht selbst im Fall eines bestehenden Rückgabeanpruchs nach § 6 Abs. 1 KultGüRückG spricht. Zu entscheiden hat dies der EuGH. Bis dahin dürfte die rechtsverbindliche Rückgabepflicht (einschließlich der sofortigen Vollziehbarkeit) auch unter der Abwägung nach § 80 Abs. 5 VwGO europarechtsfest sein. Im Ausgangspunkt Entsprechendes dürfte für Ansprüche auf Herausgabe anderer Mitgliedstaaten aus der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Rechtshilfeinstrumente gelten.<sup>29</sup> Ähnliche Probleme stel-

len sich schließlich für das Verhältnis der Rückgabepflicht zum Herausgabeanspruch von Vertragsstaaten des UNESCO-Übereinkommens von 1970 nach § 6 Abs. 2 KultGüRückG. Auch dieser Anspruch wird grundsätzlich von § 20 KultGSchG erfasst. Bei der Ermessensausübung unterliegt die zuständige Behörde gleichermaßen dem Gebot völkerrechtskonformer Ermessensausübung wie dem der richtlinienkonformen Ermessensausübung. Es kommt also auch hier darauf an, welche Verpflichtung die Bundesrepublik völkervertraglich durch den Beitritt zum UNESCO-Übereinkommen von 1970 in Bezug auf Leihgaben aus Vertragsstaaten eingegangen ist, um abschätzen zu können, welche Erfolgsaussichten die Anfechtungsklage eines Vertragsstaates unter Berufung auf das UNESCO-Übereinkommen hat. In Bezug auf illegal aus einem Vertragsstaat ausgeführtes Kulturgut enthält das Übereinkommen keine Rückführungspflicht anderer Vertragsstaaten, sondern lediglich Mitteilungs- und allgemeine Kooperationspflichten, Artt. 7 lit. a S. 2 bzw. 13 lit. b.<sup>30</sup> Allerdings ergibt sich aus Art. 7 lit. b ii, dass Kulturgüter, die aus einem Museum oder einem öffentlichen weltlichen oder religiösen Bauwerk oder einer ähnlichen Einrichtung in einem Vertragsstaat gestohlen wurden, vom Importstaat gegen eine angemessene Entschädigung des gutgläubigen Erwerbers zurückzugeben sind. Ob sich diese Verpflichtung auf Leihgaben im Importstaat erstreckt, lässt sich dem Wortlaut des Übereinkommens nicht entnehmen, er steht einer Auslegung dahingehend jedenfalls nicht unmittelbar entgegen.<sup>31</sup> Allerdings drängt der Vereinheitlichungszweck des multilateralen Völkerrechts zur Zurückhaltung bei teleologischer Auslegung. Unter diesen Umständen dürfte die Abwägung nach § 80 Abs. 5 VwGO erneut zugunsten des Verleihers ausfallen, solange keine gegenteilige Gerichtsentscheidung zur Konventionsauslegung ergangen ist. Europa- und völkerrechtliche Rückführungsansprüche anderer Staaten werden nach alledem durch die Rückgabepflicht derzeit auch im Hinblick auf § 80 Abs. 5 VwGO verlässlich

28 Bernhard Kempen, (N. 19) S. 1096; Julia El-Bitar, Das Verhältnis zwischen „Freiem Geleit“ und gemeinschaftsrechtlicher Rückgabeklage, EuZW 2005, 173; Erik Jayme, Das Freie Geleit für Kunstwerke, in: Gerte Reichelt (Hrsg.), Vorlesungen und Vorträge 2001, Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Wien 2001, S. 3 ff.

29 Z.B. Rahmenbeschluss 2003/577/JI des Rates vom 22. Juli 2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln der Europäischen Union, Abl. EG Nr. L 196, S. 45, umgesetzt durch Art. 1 Nr. 19 des Gesetzes v. 06.06.2008, BGBl. I, 995, welches das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) anpaßt. Nach diesen Instrumenten ergeben sich allerdings nur An-

sprüche auf vorläufige Beschlagnahme und Sicherung zur Unterstützung eines laufenden Strafverfahrens. In welchem Verhältnis diese zu einem Rückführungsanspruch nach § 5 Abs. 1 KultGüRückG stehen, ist offen, hierzu Katrin Schenk, (N. 16), S. 77.

30 Sabine Boos, Kulturgut als Gegenstand des grenzüberschreitenden Leihverkehrs, Berlin 2006, S. 211.

31 Sabine Boos, (N. 30) S. 52 ff., die sich im Ergebnis für eine teleologisch gestützte Erstreckung auf Leihgaben ausspricht, weil die ratio der Konvention die Verhinderung jeglicher Formen des rechtswidrigen Kulturgüteraustausches bezwecke.

ausgesetzt. Zu fragen ist daher nur noch, ob dies auch im Lichte des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs des Anspruchstellers als Eigentümer oder Gläubiger auf effektiven Rechtsschutz ausnahmslos gilt:

### VIII. Grundrechte

*Bodo Pieroth* und *Bernd Hartmann* haben in einem aus einem Gutachtauftrag hervorgegangenen Beitrag zutreffend dargelegt, dass die mit der rechtsverbindlichen Rückgabezusage einhergehende Beschränkung des Zugangs zu gerichtlichem Rechtsschutz zwar in den Schutzbereich des grundrechtlich garantierten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz eingreift, dieser Eingriff jedoch – wie für die Verfassungskonformität der Vorschrift erforderlich – aus einem legitimen Grund geschieht und der Eingriff verhältnismäßig ist.<sup>32</sup> Dies entspricht zu Recht der herrschenden Meinung:<sup>33</sup> Zwar ist der im Kern seit langem<sup>34</sup> anerkannte<sup>35</sup> Justizanspruch notwendiges Korrelat zum Gewaltmonopol des Staates. Normativer Anknüpfungspunkt ist zunächst Art. 20 Abs. 3 GG und das dort angesprochene Rechtsstaatsprinzip,<sup>36</sup> das eine erste verfahrensrechtliche Ausprägung für Verfahren im Verhältnis Staat – Bürger in Art. 19 Abs. 4 GG erhält.<sup>37</sup> Flankieren lässt sich die Herleitung aus dem Grundgesetz überdies mit dem Verweis auf Artt. 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG. Die dort garantierten Ansprüche auf einen gesetzlichen Richter und auf sein Gehör implizieren den

Anspruch darauf, überhaupt zunächst Zugang zu ihm zu haben.<sup>38</sup> Da der Justizanspruch auf die Verwirklichung materieller Rechte zielt und damit unabdingbare Voraussetzung zur freien Entfaltung der Persönlichkeit durch die Ausübung von Rechten sowie durch Unrechtsabwehr ist, muss der Justizanspruch schließlich auch als Bestandteil der grundgesetzlichen Freiheitsgarantien verstanden werden,<sup>39</sup> so dass auch die einzelnen Freiheitsverbürgungen des Grundgesetzes sowie subsidiär die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG mit zur verfassungsrechtlichen Grundlage des Justizanspruchs beitragen. Hieraus folgt aber nun nicht, dass der Justizanspruch nicht eingeschränkt werden könnte. Dies folgt mittelbar bereits daraus, dass der Justizanspruch der rechtlichen Ausgestaltung durch Verfahrensregeln bedarf, denn jeder einfachgesetzlichen Inhaltsbestimmung ist eine gewisse Beschränkungswirkung immanent. Darüber hinaus ist es aber auch anerkannt, dass selbst nicht wenig einschneidende Beschränkungen im Ergebnis verfassungskonform sein können, wie etwa die §§ 18 ff. GVG zeigen. Entscheidend ist die Verhältnismäßigkeit, die ihrerseits die Verfolgung eines legitimen Ziels voraussetzt. Dass der internationale Kulturaustausch ein solches legitimes Ziel ist, lässt sich schon mit Blick auf die bereits genannten, zahlreichen völkervertraglichen Verpflichtungen der Bundesrepublik kaum ernsthaft bestreiten,<sup>40</sup> ebensowenig, dass § 20 KultGSchG zur Verwirklichung dieses Ziels beiträgt. Auch an der Erforderlichkeit kann kein Zweifel bestehen, denn weniger belastende Alternativen sind nicht ersichtlich. Für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne spricht der Umstand, dass die Beschränkung nur vorübergehend und zwar für einen relativ kurzen Zeitraum besteht und dass ohne die Rückgabezusage das Kulturgut nicht nach Deutschland gelangt wäre, so dass dem präsumtiven Anspruchsteller nichts von seinem status quo genommen wird. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne allein fraglich ist deswegen die Konstellation, dass der Anspruchsteller nirgendwo sonst Zugang zu effektivem Rechtsschutz findet, so dass die rechtsverbindliche Rückgabezusage zu einer vollständigen Justizverweigerung führt. Denkbar sind solche

32 Bodo Pieroth/Bernd Hartmann, Rechtswegbeschränkung zur Sicherung des Leihverkehrs mit ausländischen Kulturgütern, NJW 2000, 2129, 2132 ff.

33 Keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken äußern etwa Bernhard Kempen, aaO., S. 1079 ff.; Susanne Schoen, Die rechtsverbindliche Rückgabezusage – Das „Freie Geleit“ für Kulturgut, in: Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste Magdeburg, Im Labyrinth des Rechts – Wege zum Kulturgüterschutz, Magdeburg 2007, S. 79, 97; a.A. Eva Stumpf, Kulturgüterschutz im internationalen Recht unter besonderer Berücksichtigung der deutsch-russischen Beziehungen, 2003, S. 303.

34 Z.B. Leo Rosenberg, ZPO, 3. Aufl. 1931, § 2 II 3, S. 7.

35 Z.B. Brehm, in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, vor § 1 Rz. 289 m.w.N.

36 BVerfG 30. 4. 2003 – 1 PBvU 1/02, NJW 2003, 1924, 1926; BVerfGE 54, 277: „Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes ist auch für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten im materiellen Sinn die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten“; ferner z. B. K.-H. Schwab/P. Gottwald, Verfassung und Zivilprozess (1984), S. 31.

37 BVerfG 30. 4. 2003 – 1 PBvU 1/02, NJW 2003, 1924.

38 So schon F. Baur, AcP 153 (1954), 393, 396.

39 Z. B. R. Stümer, Aufklärungspflichten der Parteien (1976), S. 40: Vollzug der freien Entfaltung der Persönlichkeit liege „wesentlich in der Wahrnehmung von Rechten“; Stefan Smid, Rechtsprechung: zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozeß, Köln 1990, S. 127: abzuleiten aus dem „Zusammenhang von Privatautonomie und Prozessrecht“.

40 Oben N. 14.

Konstellationen, wenn es um den Rechtsschutz gegen Enteignungsmaßnahmen und anderer Entziehungen des Eigentums durch Unrechtsregime geht, deren „Gerichte“ dem Rechtsinhaber keinen effektiven Rechtsschutz gewähren. Verfassungsrechtlich gebotener Grundsatz des Internationalen Zuständigkeitsrechts beispielsweise ist, ungeachtet der eigenen Zuständigkeitsordnung immer dann eine Notzuständigkeit zu eröffnen, wenn der Kläger kein anderes Forum findet.<sup>41</sup> Für die Handhabung von Vorschriften über den Ausschluß der Klagbarkeit von Ansprüchen vor deutschen Gerichten gelten im Kern dieselben Grundsätze. Eine verfassungskonforme Ermessensausübung liegt daher nahe: im Fall der Justizverweigerung darf die zuständige Behörde die rechtsverbindliche Rückgabezusage nicht erteilen. Tut sie es trotzdem, ist es nicht mehr von vornherein ausgeschlossen, dass die Abwägung unter § 80 Abs. 5 VwGO zugunsten der Aussetzungsinteressen des Anfechtungsklägers ausfällt, so dass die Schutzwirkung der rechtsverbindlichen Rückgabezusage noch während der Leihe entfällt und Dritte auf die Leihgaben zugreifen können.

## IX. Europäische Menschenrechte

Hinzu tritt die völkervertragliche Gewährleistung eines Rechts auf Zugang zu justizförmigem Rechtsschutz aus Art. 6 Abs. 1 EMRK,<sup>42</sup> so dass

41 Z. B. Matthias Weller, *Ordre-public-Kontrolle internationaler Zuständigkeitsvereinbarungen*, Tübingen 2005, S.183 m.w.N. Ferner die ausdrückliche Regelung dieses allgemeinen Rechtsgedankens z.B. in Art. 3 schweiz. IPRG: „Notzuständigkeit: Sieht dieses Gesetz keine Zuständigkeit in der Schweiz vor und ist ein Verfahren im Ausland nicht möglich oder unzumutbar, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Ort zuständig, mit dem der Sachverhalt einen genügenden Zusammenhang aufweist“; prägnant P. H. Neuhaus, *Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht – Eine Skizze*, RabelsZ 20 (1955), 201, 265: „Wo sonst kein Gericht zuständig ist, soll jedes Gericht zuständig sein“.

42 So schon z. B. EGMR 21. 2. 1975, EuGRZ 1975, 91 – Golder; EGMR 9. 10. 1979, EuGRZ 1979, 626 – Airey; ferner die – allerdings völkerrechtlich unverbindliche – Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948; Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966; auch das BVerfG sieht in Art. 6 Abs. 1 EMRK die europäische Rechtsgrundlage des Justizanspruchs, zuletzt BVerfG 30. 4. 2003 – 1 PBvU 1/02, sub C II 1, NJW 2003, 1924; diese Gewährleistung übernimmt Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta, die durch Art. 1 Ziff. 8 Lissaboner Vertrag durch Änderung von Art. 6 EUV verbindlich erklärt werden

der Justizanspruch außer im Grundgesetz auch völkerrechtlich und insbesondere europarechtlich Stützen findet. Hier gilt nun aber ganz ähnliches wie unter deutschem Verfassungsrecht: Dass auch Art. 6 Abs. 1 EMRK keinen absoluten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gewährt, ist anerkannt. Es gilt vielmehr ebenso das Verhältnismäßigkeitsgebot, das seinerseits einen legitimen Zweck zur Beschränkung der aus Art. 6 Abs. 1 EMRK fließenden Garantie voraussetzt. Entscheidend ist also erneut, ob das Ziel des internationalen Kulturaustausches – nunmehr allerdings im Lichte der EMRK – als legitim erscheint und ob die konkrete Beschränkung der Rechtsschutzgarantie verhältnismäßig ist. Eine Entscheidung des EGMR unmittelbar zur rechtsverbindlichen Rückgabezusage liegt nicht vor. Allerdings läßt die Entscheidung des EGMR im Fall *Liechtenstein ./. Deutschland*<sup>43</sup> den Rückschluß zu, dass das Freie Geleit für internationale Leihgaben auch menschenrechtlich Bestand haben wird: Das tschechische Denkmalamt Brno hatte das Gemälde „Römische Szene um einen Kalkofen“ von Pieter van Laer an das Wallraf-Richartz-Museum in Köln für die Ausstellung „I bamboccianti“<sup>44</sup> ausgeliehen. Prinz Hans-Adam II verlangte als Eigentümer Herausgabe und machte geltend, das Gemälde sei nach dem Zweiten Weltkrieg rechtswidrig als deutsches Feindvermögen unter Benesch-Dekret Nr. 12 durch die Tschechoslowakei enteignet worden. Obwohl das persönliche Eigentum des Staatsoberhauptes des Fürstentums Liechtensteins unter keinem denkbaren Gesichtspunkt als im Ausland belegenes Vermögen eines Deutschen gelten und damit für Reparationsenteignungen herhalten konnte, entschieden sämtliche der befaßten deutschen Gerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts, dass Ansprüche im Zusammenhang mit Reparationsenteignungen nach dem Überleitungsvertrag<sup>45</sup>

soll; Burkhard Heß, EMRK, Grundrechte-Charta und europäisches Zivilverfahrensrecht, in Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme* Bd. I, München 2004, S. 339 ff.

43 EGMR, Urt. v. 12.07.2001, no. 42527/98 – Prinz Hans-Adam II von Liechtenstein ./. Deutschland, NJW 2003, 649-654, hierzu z.B. Dieter Blumenwitz, AVR 40, 215-242 (2002); Bardo Fassbender, EuGRZ 2001, 459-466. Vorgehend BVerfG, Beschl. v. 28. Januar 1998, Az: 2 BvR 1981/97; BGH, Beschl. v. 25. September 1997, Az: II ZR 213/96; OLG Köln 22. Zivilsenat, 9. Juli 1996, Az: 22 U 215/95.

44 David A. Levine/Ekkehard Mai (Hrsg.), *I bamboccianti – Niederländische Malerrebellen im Rom des Barock*, Mailand 1991.

45 Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. März 1955, BGBl II 1955, 405, Teil 6

vor deutschen Gerichten nicht klagbar seien. Der EGMR erklärte diese Beschränkung des Justizanspruchs mit Art. 6 Abs. 1 EMRK für vereinbar und hielt dabei für abwägungsrelevant, dass sich die Möglichkeit zur Klage für Prinz Hans-Adam II vor deutschen Gerichte nur zufällig durch die Leihe ergeben habe und die Streitigkeit damit nur geringe Verbindung zu Deutschland aufweise.<sup>46</sup> Diese ratio lässt sich unmittelbar auf ausländische Leihgaben insgesamt übertragen – soweit die Leihgabe nicht über die vorübergehende Belegenheit in Deutschland hinaus weitere Verbindungen zu Deutschland hat, wie dies natürlich z.B. für jedes Kunstwerk der Fall ist, das durch nationalsozialistische Verfolgung entzogen wurde. Ist dies nicht der Fall, kommt es nur noch darauf an, ob der mit dem Ausschluss der Klagbarkeit verfolgte Zweck des internationalen Kulturaustauschs auch unter der EMRK als legitimer Zweck anzuerkennen ist. Dies wird man erwarten dürfen.

## X. Schluß

Die rechtsverbindliche Rückgabebezugung wirft eine Fülle wenig aufgearbeiteter Fragen an Schnittpunkten des Kunst- und Kulturrechts mit dem Zivilverfahrensrecht, Verwaltungsverfahrensrecht, Völker- und Europarecht und dem Verfassungsrecht auf und berührt das Wirtschaftsrecht, wenn es um Spitzenwerke für *blockbuster*-Ausstellungen mit Gewinnerzielungsabsicht und den Vollstreckungszugriff auf Leihgaben geht. Mit der Forderung nach Zugang der Weltgesellschaft zu Kulturgütern jenseits ungelöster Streitigkeiten und politischer Spannungen, die sich in der weltweit zunehmenden Zahl von Gesetzen zum Freien Geleit von Kunstleihgaben widerspiegelt, vollzieht das Kunst- und Kulturrecht einen weiteren Schritt von der komplexen Querschnittsmaterie zur Spezialdisziplin mit eigenständiger Wertungsgrundlage, die zum Ausgleich mit widerstreitenden Wertungen wie derjenigen des Zugangs zu effektivem Rechtsschutz drängt. Es ist nicht zuletzt dem Engagement des Jubilars zu danken, dass sich nicht nur

im anglo-amerikanischen Rechtsraum, sondern auch in Deutschland das Kunst- und Kulturrecht fortentwickelt.

---

Art 3 Abs 1 und Abs 3. Fortgeltung aufgrund des Vertrags über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12. September 1990 (BGBl II 1990, 1318) Art 7 Abs 1 und Abs 2.

46 EGMR, aaO., Tz. 67 f.: „For the applicant, the possibility of instituting proceedings in the Federal Republic of Germany to challenge the validity and lawfulness of the expropriation measures (...) was a remote and unlikely prospect“, daher lediglich „fortuitous connection between the factual basis of the applicant's claim and German jurisdiction“.