



Editorial <i>Dr. Nicolai Kemle</i>	S. 2
XVI. Heidelberger Kunstrechtstage <i>Ankündigung</i>	S. 3
11. Tagung Kunst & Recht 2022 <i>Ankündigung und Programm</i>	S. 4
Urteil „Krimsschatten“ Gerichtshof Amsterdam, 26.10.2021 ECLI:NL:GHAMS:2021:3201 <i>Pressemitteilung &amp; Urteil in Volltext</i>	S. 8
Urteil „Kennzeichnung Reproduktion“ Französischer Kassationshof, 24.11.2021 Az- 19-19-942 <i>Kurzmitteilung &amp; Urteil in Volltext</i>	S. 25
Bundesverfassungsgericht „Verfassungsmäßigkeit des KultGutG“ Beschluss vom 28.06.2021 Az. 1BvR 1727/17 <i>Urteil in Volltext</i>	S. 29
Beschluss , „Dinklager Goldschatz“ OLG Oldenburg, 07.10.2020; Az. 1 W 17/20 <i>Pressemitteilung &amp; Urteil in Volltext</i>	S. 33
Urteil „Plagiat Jeff Koons“ Pariser Berufungsgericht, 23.02.2021 Az- 19/090059 <i>Urteil in Volltext</i>	S. 41
Urteil „Kunst oder Handwerk?“ Verwaltungsgerichts Mainz, 09.12.2021; Az. 1 K 952/20.MZ <i>Pressemitteilung &amp; Urteil in Volltext</i>	S. 58
Urteil „Verkauf von ungenehmigten Nachgüssen durch Kunsthistorikerin“ OLG Düsseldorf, vom 02.02.2021 Az. I-3 U 22/9 <i>Urteil in Volltext</i>	S. 64
Impressum	S. 70

## Editorial



Dr. Nicolai Kemle  
Rechtsanwalt & 1. Vorstand IFKUR e.V.

Liebe Mitglieder und Freunde des Instituts für Kunst und Recht,

nach über 2 Jahren Pandemie lernt die Welt, mit dem Virus umzugehen und zu leben. Die Pandemie hat die Kunstwelt herausgefordert und eingeschränkt, man kann fast sagen, auf den Kopf gestellt. Kunstmessen, Ausstellungen, Theater, Saalauktionen und vieles mehr war nicht mehr möglich. Gleichzeitig hat die Situation Innovationen und neue Möglichkeiten geschaffen. Der Kunstmarkt hat reagiert, Online – Auktionen und Internetapplikationen für virtuelle Rundgänge wurden installiert, die Digitalisierung hat quasi einen Quantensprung vollbracht, man denke nur an den NFT-Hype. Ein Quantensprung, welcher im Gerichtswesen trotz gesetzlich vorgeschriebener Digitalisierung noch auf sich warten lässt.

Die nun aus den Kinderschuhen erwachsene digitale Kunstwelt hat nicht nur neue Interessenten und Käuferschichten aktiviert, sie bietet auch für bisherige Disziplinen, wie beispielhaft der Provenienzforschung, neue Recherchemöglichkeiten.

Die digitalisierte Kunstwelt kann jedoch nur die bisherigen Formen bereichern, und nicht ersetzen. Die Haptik eines Kunstwerks, der Rundgang auf einer Kunstmesse oder das Bietergefecht zweier Menschen in einem Auktionsaal bedarf der Anwesenheit.

Dies gilt umso mehr für Tagungen und Kongresse. Auch das Institut hat sich angepasst und im Jahre 2020 erfolgreich einen reinen virtuellen Kunstrechtstag abgehalten, und das Jubiläumsjahr 2021 mit eingeschränkter Besucheranzahl hybrid gefeiert. Das Konzept der hybriden Kunstrechtstage werden wir beibehalten, wenn gleich das persönliche Kennenlernen und Sehen zentraler Bestandteil der Heidelberger Kunstrechtstage war, ist und bleibt.

So bleibt zu hoffen, dass wir in diesem Jahr die 16. Heidelberger Kunstrechtstage traditionell in Heidelberg abhalten und dies abends gemeinsam feiern können. Auf die anstehende Tagung in Basel „Kunst & Recht 2022“ freue ich mich schon und hier bleibt selbiges zu hoffen. In jedem Fall wird es ein interessantes Jahr für Kunst und Recht und verbleibe mit herzlichen Grüßen aus Heidelberg,

Ihr Nicolai Kemle



# SAVE THE DATE

XVI. Heidelberger Kunstrechtstage

21. und 22. Oktober 2022

Heidelberger Akademie der Wissenschaften  
& Online

mit Abendveranstaltung

# Recht aktuell



Weiterbildungsveranstaltung der Juristischen  
Fakultät der Universität Basel

---

**Kunst & Recht 2022**

**Art & Law 2022**

**Präsenz-Veranstaltung**

Freitag, 17. Juni 2022

09:15 – 17:00 Uhr

**Congress Center Basel**

**MCH Messe Basel**

**Saal Sydney**

**Messeplatz 21**

**CH-4058 Basel**

Die 11. Tagung „Kunst & Recht / Art & Law“ findet nach einer pandemiebedingten Pause wiederum im Congress Center Basel und somit in der inspirierenden unmittelbaren Nachbarschaft zur Art Basel statt. Dank der Unterstützung der Art Basel erhalten alle Tagungsteilnehmer auch in diesem Jahr eine Tageskarte zur Kunstmesse.

Kunst & Recht hat sich in den vergangenen zehn Seminaren dreimal mit der Aneignung in der Kunst befasst. Mit «Copier, Créer» vermittelt Peter Mosimann den Einstieg in das Referat von Volker Dittmann über Kreativität und das Unbewusste – Psychowissenschaftliche Aspekte künstlerischen Schaffens. Bertold Müller erläutert mit viel Erfahrung die Chancen der Digitalisierung auf den Kunstmärkten und insbesondere die On-line-Plattformen und NFTs als Paradigmenwechsel auch zu Gunsten der Künstler. Felix Uhlmann setzt sich mit der faktischen Macht der Cancel Culture auseinander und unterbreitet eine rechtliche Verortung. 2019 wurden die Mechanismen der Third Party Guarantees erläutert; nun analysiert Anne Laure Bandle die rechtliche Einbettung der Third Party Guarantees in der Welt der Auktionen. Markus Müller-Chen analysiert das Bedürfnis nach Einführung einer unabhängigen Kommission für während des Nationalismus gestohlene resp. verfolgungsbedingt entzogene Kulturgüter. Die Tagung beschließt Pascal Grolimund mit einer Darstellung der rechtlichen Möglichkeiten und Risiken der Kunstversicherung.

## Programm

Freitag, 17. Juni 2022

Ab 08:45	Begrüßungskaffee im Foyer
09.15 – 09.30	<b>Begrüßung</b> Peter Mosimann, Beat Schönenberger <b>Grusswort</b> Dr. Ines Goldbach, Direktorin Kunsthaus Baselland
09.30 – 09.45	<b>Intro: «Copier, Créer» – Die Aneignung in der bildenden Kunst als antithematische Behandlung</b> Peter Mosimann, Basel
09.45 – 10.30	<b>Die Kreativität und das Unbewusste – Psychowissenschaftliche Aspekte künstlerischen Schaffens</b> Volker Dittmann, Liestal
10.30 – 11.00	Kaffeepause
11.00 – 11.45	<b>Digitalisierung auf den Kunstmärkten – Online-Plattformen und NFTs als Paradigmenwechsel?</b> Bertold Müller, Zürich
11.45 – 12.30	<b>Cancel Culture – hat eigentlich das Recht etwas dazu zu sagen?</b> Felix Uhlmann, Basel
12.30 – 14.15	Mittagessen
14.15 – 15.00	<b>Third Party Guarantees</b> Anne Laure Bandle, Genf
15.00 – 15.45	<b>Unabhängige Kommission für während des Nationalsozialismus gestohlene resp. verfolgungsbedingt entzogene Kulturgüter?</b> Markus Müller-Chen, St. Gallen
15.45 – 16.15	Kaffeepause
16.15 – 17.00	<b>Die Kunstversicherung</b> Pascal Grolimund, Basel
17.00	<b>Fakultativer Besuch der Art Basel</b>

## Referierende

### [Dr. Anne Laure Bandle](#)

Rechtsanwältin Borel & Barbey; Directrice Fondation pour le droit de l'art, Genève; Dozentin für Kunst- und Urheberrecht an den Universitäten Genf und Freiburg i.Ü.

### [Prof. Dr. med. Volker Dittmann](#)

em. Ordinarius für forensische Psychiatrie und Rechtsmedizin der Universität Basel

### [Dr. Ines Goldbach](#)

Direktorin Kunsthaus Baselland, MuttENZ/Basel

### [Prof. Dr. Pascal Grolimund, LL.M.](#)

Advokat, Kellerhals Carrard, Basel; Titularprofessor an den Universitäten Basel und Zürich

### [Dr. Peter Mosimann](#) (Tagungsleitung sowie Introreferat)

Rechtsanwalt, Konsulent Wenger Plattner, Basel

### [Dr. Bertold Müller, LL.M.](#)

Rechtsanwalt, Managing Director Christie's, EMEA, Zürich

### [Prof. Dr. Markus Müller-Chen](#)

Ordinarius an der Universität St. Gallen, Lehrstuhl für Privatrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht sowie Rechtsvergleichung

### [Prof. Dr. Beat Schönenberger](#) (Tagungsleitung)

Advokat; Titularprofessor für Privatrecht, Kunstrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

### [Prof. Dr. Felix Uhlmann, LL.M.](#)

Ordinarius, Professor an der Universität Zürich, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre; Präsident der Kommission für das Kunstmuseum Basel; Konsulent Wenger Plattner, Basel

## «Recht aktuell» – die Weiterbildungsreihe der Juristischen Fakultät Basel

Die Tagung ist eine Weiterbildungsveranstaltung der Juristischen Fakultät Basel, die unter dem Titel «Recht aktuell» stattfindet.

Sie richtet sich an alle Juristinnen und Juristen, die in der Anwalts-, Gerichts- oder Verwaltungspraxis im Kunstrecht tätig sind oder sich hierfür interessieren, aber auch an Kunstsammler, Galeristen, Kunsthändler und Museumsverantwortliche. Auch interessierte Studierende sind willkommen.

Die Juristische Fakultät Basel will sich mit diesen Veranstaltungen an eine breitere Öffentlichkeit – vor allem an Praktikerinnen und Praktiker – wenden und auf diesem Weg einerseits zur Weiterbildung im Recht beitragen und andererseits Kontakte zur Praxis intensivieren.

## Anmeldung, Teilnahmebedingungen und Hinweise

Freitag, 17. Juni 2022

### Anmeldung

Nur online per Anmeldetool möglich: [www.recht-aktuell.ch](http://www.recht-aktuell.ch)

### Tagungsbeiträge

– CHF 580.– inkl. Tagungsunterlagen, Mittagessen und Pausenverpflegung.

CHF 150.– für Studierende sowie Volontäre und Volontärinnen bei Behörden, Gerichten und in Anwaltsbüros.

### Anmeldefrist

13. Juni 2022 - Über die Teilnahme an der Tagung wird eine Bescheinigung ausgestellt.

### Annullierungsbestimmungen

Bei Abmeldungen, die später als 20. Mai 2022 erfolgen, wird 50% des Tagungsbeitrags in Rechnung gestellt, bei Abmeldungen nach dem 3. Juni 2022 wird der volle Betrag in Rechnung gestellt. Ersatzteilnehmende sind willkommen.

### Auskünfte

Koordinationsstelle «Recht aktuell»

Martine Conus und Marianne Tschudin

Tel. Nr. +41 61 207 25 19

Recht-aktuell-ius@unibas.ch

### Anreise:

Ab Bahnhof Basel SBB mit der Tramlinie 2 Richtung Eglisee, Haltestelle Messeplatz

## **I. Urteil des Amsterdamer Gerichtshofes über das „Krim-Gold“**

### **1. Pressemitteilung des Gerichtshofes Amsterdam, vom 26 Oktober 2021**

The Amsterdam Court of Appeal has ruled that the Allard Pierson Museum (APM) has to hand over the "Crimean Treasures" to the Ukrainian State. Its obligation to return the museum pieces to the Crimean museums has ended. This is the final judgment in the appeal that was lodged against a judgment of the Amsterdam District Court of 14 December 2016. The District Court also granted the claim of the Ukrainian State, but did so on different grounds.

#### Crimean Treasures

Both the Ukrainian State and four Crimean museums lay claim to the Crimean Treasures, a collection of archaeological objects, museum pieces, that the APM obtained on loan from the Crimean museums for an exhibition in 2014. The objects were in Amsterdam when Crimea separated from Ukraine and joined Russia in 2014. It was not clear to the APM to whom the objects should be returned and it accordingly continued to hold the museum pieces pending a ruling by the courts.

#### The Dutch Heritage Act does not apply

In the first instance, the Amsterdam District Court decided that the Crimean Treasures had to be handed over to the Ukrainian State pursuant to the Dutch Heritage Act. The Court of Appeal makes a different finding. The Dutch Heritage Act does not apply in this situation. The museum pieces were brought to Germany and later to the Netherlands under valid export licences, issued by the competent authorities. Accordingly, the Ukrainian State cannot claim the Crimean Treasures on the basis of the Dutch Heritage Act.

#### Ownership is not decisive

The Ukrainian State owns the objects that belong to the collection of Tauric Chersonesos, one of the four museums. The Court of Appeal has been unable to ascertain whether the Ukrainian State owns the objects in the collections of the other three museums. However, it is not necessary to establish the ownership of the Ukrainian State or the Autonomous Republic of Crimea. That is irrelevant to the decision the Court of Appeal has been asked to make, that is to whom the objects should be handed over.

#### Law of Ukraine on Museums and Museum Affairs

Although the museum pieces originate from Crimea and to that extent may be considered a part of Crimean cultural heritage, they are part of the cultural heritage of the Ukrainian State as it has existed as an independent state since 1991. The museum pieces belong to the public part of the State Museum Fund of Ukraine. The Court of Appeal finds that the cultural interest that lies in preserving the museum pieces is a public interest of the Ukrainian State that carries great weight. The Ukrainian State has safeguarded this interest by adopting the Law on Museums and Museum Affairs in 1995. That law provides a protective regime. Even if the museum pieces continue to exist and stay undamaged, the Law on Museums has the purpose of preventing museum pieces such as these from leaving the Ukrainian State's sphere of influence. There is a present danger of this occurring. Public interests of great weight

The protection provided by the Law on Museums is given further detail in a regulation of the Ukrainian Cabinet of Ministers and an Order based on that law. The Order directs that the museum pieces are to be transported to the National Museum of History of Ukraine in Kiev, pending stabilization of the situation in Crimea. This is a temporary measure.

The Court of Appeal finds that the Ukrainian State was allowed to take such a temporary measure to protect its cultural heritage and notwithstanding the museums' right of operational management. The public interests at stake are of great weight and this case is closely connected to the Ukrainian State. Though the regulations encroach on private legal relationships, they do so for the sake of cultural interests that outweigh the interests of the Crimean museums.

It makes no difference that the museum pieces are in the Netherlands at the moment. An article of Dutch law allows for precedence of these Ukrainian rules.

#### Handing over

Because it was reasonable for the APM to doubt - at any rate on 12 June 2014 - whether it had to return the museum pieces to the Crimean museums pursuant to the loan agreements, or to hand them over to the Ukrainian State, the APM was allowed to suspend the handing over of the objects. The Court of Appeal now rules that the rights of the Ukrainian State, based on the Law on Museums, the Regulation and the Order, take precedence. The contractual obligation cannot be performed. On the basis of a provision of Ukrainian law the AMP is no longer obliged to return the objects to the Crimean museums.

The APM has to hand over the Crimean treasures to the Ukrainian State, for safekeeping until the situation in Crimea has stabilized.

End of proceedings at the Court of Appeal

This final judgment concludes the proceedings at the Court of Appeal. The District Court did not rule that its judgment was enforceable notwithstanding any remedy. The Court of Appeal's decision on the point of enforceability is the same. The parties have the right to lodge an appeal at the Netherlands Supreme Court.

**2. Urteil „Krimschaffen“, Gerichtshof Amsterdam, vom 26.10.2021; ECLI:NL:GHAMS:2021:3201**

## GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team 1;  
zaaknummer: 200.212.377/01; zaak-/rolnummer  
rechtbank Amsterdam: C/13/577586 / HA ZA 14-  
1179

**arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 26 oktober 2021**inzake

1. de rechtspersoon naar buitenlands recht THE TAVRIDA CENTRAL MUSEUM, gevestigd te Simferopol,
2. de rechtspersoon naar buitenlands recht THE KERCH HISTORICAL AND CULTURAL PRESERVE, gevestigd te Kerch,
3. de rechtspersoon naar buitenlands recht THE BAKHCHISARAY HISTORY AND CULTURE STATE PRESERVE OF THE REPUBLIC OF CRIMEA, gevestigd te Bakhchisaray,
4. de rechtspersoon naar buitenlands recht THE NATIONAL PRESERVE OF "TAURIC CHERSONESOS", gevestigd te Seastopol, appellanten in principaal appel, geïntimeerden in voorwaardelijk incidenteel appel, advocaat mr. M.M. van Leeuwen te Rotterdam,

tegen

DE STAAT OEKRAÏNE, zetelend te Kiev, geïntimeerde in principaal appel, geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel, advocaat mr. M.P.H. Sanders te Amsterdam,

en tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM, te dezen handelende onder de naam Allard Pierson Museum, gevestigd te

Amsterdam, geïntimeerde in principaal appel, appellante in voorwaardelijk incidenteel appel, advocaat mr. P.L. Loeb te Amsterdam.

**1 Het geding in hoger beroep**

Partijen zullen hierna wederom worden genoemd: de Krimmusea, de Staat Oekraïne en het APM. De Krimmusea zullen hierna afzonderlijk worden genoemd: Tavrida CM, Kerch HCP, Bakhchisaray HCP en NP Tauric Chersonesos.

In deze zaak heeft het hof op 16 juli 2019 een tussenarrest uitgesproken. Voor het verloop van het geding tot die datum wordt verwezen naar dat arrest. Het hof heeft het verzoek om tussentijds cassatieberoep tegen dat arrest open te stellen op 30 augustus 2019 afgewezen.

Ingevolge dat arrest heeft elk van partijen, onder overlegging van nadere producties, een akte genomen. Vervolgens heeft elk van partijen een antwoordakte genomen.

Daarna heeft de Staat Oekraïne een (tweede) wrakingsverzoek ingediend, gericht tegen de voorzitter van de kamer die het tussenarrest heeft gewezen. Bij beslissing van 28 oktober 2020 heeft de wrakingskamer van dit hof het verzoek toegewezen. Daarna is namens het hof aan partijen medegedeeld dat de zaak verder zal worden behandeld door de raadsheren die dit arrest wijzen.

Elk van partijen heeft, na daartoe door het hof in de gelegenheid gesteld te zijn, op 8 december 2020 een akte genomen en op 22 december 2020 een antwoordakte, waarin zij zich hebben uitgelaten over het verdere verloop van de procedure.

Op 22 april 2021 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waarbij partijen hun standpunten nader hebben toegelicht en hebben doen bepleiten door hun advocaten. De Krimmusea hebben bij die gelegenheid nadere producties in het geding gebracht.

Vervolgens hebben partijen wederom arrest gevraagd.

**2 Het geschil in het kort**

In 2014 zijn in het kader van een tentoonstelling ('De Krim - Goud en Geheimen van de Zwarte Zee') in het Allard Pierson Museum in Amsterdam oudheidkundige objecten aan het publiek getoond. Deze objecten waren door vier musea op de Krim aan het APM uitgeleend. Voor die uitleen had het bevoegd gezag in Oekraïne vergunningen afgegeven. Het was de bedoeling dat de objecten

in 2014 zouden worden teruggezonden naar die musea. Ten tijde van de afscheiding van Oekraïne en aansluiting bij de Russische Federatie van de Krim in 2014 bevonden zij zich nog bij het APM. Vanwege de conflicterende verzoeken om afgifte van enerzijds de Krimmusea en anderzijds de Staat Oekraïne heeft het APM de objecten onder zich gehouden. Deze procedure heeft tot inzet aan wie de museumstukken moeten worden afgegeven. Het hof heeft in deze procedure eerder een tussenarrest gewezen. In dat tussenarrest is beslist dat de Erfgoedwet niet van toepassing is en dat het aankomt op de vraag wie naar Oekraïens recht aanspraak heeft op teruggave c.q. afgifte daarvan. Partijen werden in de gelegenheid gesteld daarover een nadere toelichting te geven. Daarna is een van de raadsheren gewraakt. Het hof heeft in een deels andere samenstelling de zaak nog een keer mondeling behandeld en wijst nu eindarrest.

### 3 Verdere beoordeling

#### Toetsingskader - huidige situatie na tussenarrest en wraking

##### 3.1.

Partijen verschillen van inzicht over de (procesrechtelijke) gevolgen die moeten worden verbonden aan de wraking van een van de raadsheren die het tussenarrest hebben gewezen. Het hof heeft, gelet op het belang van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak en het vermijden van de schijn van enig daarmee niet te verenigen procesbeleid, een nieuwe mondelinge behandeling voor de huidige samenstelling van het hof gelast waarbij elk van partijen alles aan de orde kon stellen wat deel uitmaakte van de rechtsstrijd in dit hoger beroep. Partijen hebben deze mondelinge behandeling benut om de zaak in de volle breedte te bespreken. Geen van partijen heeft daarbij, gelet op die context, in strijd gehandeld met de tweeconclusieregel, nu zij hun reeds in de memories van grieven en antwoord ingenomen standpunten slechts nader hebben uitgewerkt en toegelicht, mede in het licht van de overwegingen van het tussenarrest. Dat geldt evenzeer voor de betogen in de (nadere) aktes. Evenmin is sprake van zodanige schending van art. 21 Rv dat aanleiding bestaat om daaraan consequenties te verbinden.

##### 3.2.

De wet verbindt aan een toegewezen wrakingsverzoek na tussenarrest geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van het tussenarrest. Wraking is geen rechtsmiddel, maar een incident, en is slechts erop gericht dat de rechter van wie de wraking

wordt verzocht, de zaak niet verder behandelt. De beslissing van de wrakingskamer houdt ook niet in dat het tussenarrest vernietigd wordt. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen staat eraan in de weg dat door de wraking het tussenarrest niettemin zijn rechtskracht zou hebben verloren.

Wel zal het hof het in artikel 6 EVRM neergelegde recht van partijen op een eerlijke behandeling van de zaak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht eerbiedigen door overeenkomstige toepassing te geven aan de regel die geformuleerd is in de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, rov. 3.4.5, te weten:

De rechter(s) ten overstaan van wie een nadere mondelinge behandeling zal plaatsvinden, en door wie dus een nieuwe uitspraak zal worden gewezen, is (zijn) niet gebonden aan de beslissingen die in de direct voorafgaande tussenuitspraak zijn gegeven, en die rechter(s) kan (kunnen) daarvan dus terugkomen.

Het hof zal het hoger beroep derhalve in dat licht opnieuw beoordelen.

##### 3.3.

Het hof gaat uit van de feiten zoals deze in het tussenarrest zijn weergegeven, nu die niet in geschil zijn, en van de tegen het vonnis van de rechtbank aangevoerde grieven in principaal en incidenteel appel, zoals partijen die nader hebben toegelicht.

#### Erfgoedwet

##### 3.4.

De grieven van de Krimmusea richten zich tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake is van onrechtmatige uitvoer als bedoeld in artikel 6.3 Erfgoedwet. Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, ziet die wet volgens de Krimmusea niet op het hier aan de orde zijnde geval dat de cultuurgoederen (de museumstukken) rechtmatig en overeenkomstig de exportvergunningen zijn uitgevoerd. Hieraan doet volgens de Krimmusea niet af dat de cultuurgoederen na het verstrijken van de in de exportvergunningen genoemde termijn niet naar de verdragsstaat (de Staat Oekraïne) zijn teruggekeerd.

##### 3.5.

Niet in geschil is dat het hier gaat om cultuurgoederen in de zin van de Erfgoedwet, waarbij de Staat Oekraïne de betrokken verdragsstaat is. De objecten zijn vanuit Oekraïne

naar Duitsland en vervolgens binnen Nederland gebracht.

Artikel 6.3 Erfgoedwet luidt:

Het is verboden een cultuurobject binnen Nederland te brengen dat:

a. buiten het grondgebied van een verdragsstaat is gebracht met schending van de bepalingen die in overeenstemming met de doelstellingen van het Unesco-verdrag 1970 door die verdragsstaat zijn vastgesteld ter zake van de uitvoer van cultuurobjecten uit die verdragsstaat of ter zake van eigendomsoverdracht van cultuurobjecten; of

b. in een verdragsstaat is ontvreemd.

Dat de objecten niet zijn ontvreemd staat vast, zodat onderdeel b toepassing mist.

Evenzeer staat vast dat ten tijde van het buiten het grondgebied van Oekraïne brengen van de museumstukken, geen sprake was van schending van enige bepaling die de Staat Oekraïne had vastgesteld in overeenstemming met de doeleinden van de op 14 november 1970 te Parijs tot stand gekomen Overeenkomst inzake de middelen om onrechtmatige invoer, uitvoer of eigendomsoverdracht te verbieden en te verhinderen (Trb. 1972, nr. 50 en Trb. 1983, nr. 66, hierna: het Unesco-verdrag), tenminste als de zinsnede "buiten het grondgebied brengen" volgens de gebruikelijke betekenis daarvan wordt opgevat, namelijk zo, dat deze uitsluitend betrekking heeft op het moment waarop de museumstukken het grondgebied van de verdragsstaat verlaten en niet mede op de daarop aansluitende periode dat die zich buiten dat grondgebied bevinden. Toen de museumstukken de grens van Oekraïne passeerden, op weg naar Duitsland, waren daarvoor immers geldige exportvergunningen afgegeven, in de vorm van door het bevoegd gezag – het ministerie van Cultuur van de Staat Oekraïne – afgegeven schriftelijke toestemming. Die vergunningen voorzagen in het binnen Nederland brengen van die museumstukken en hun geldigheidsduur was toen nog niet verstreken. Volgens de interpretatie die het meest strookt met de in het normale spraakgebruik gangbare betekenis van de woorden is dus ook onderdeel a niet van toepassing. De Staat Oekraïne meent echter, en de rechtbank heeft hem daarin gevolgd, dat artikel 6.3 Erfgoedwet anders moet worden uitgelegd.

In geschil is dus of artikel 6.3 onderdeel a Erfgoedwet zo moet worden geïnterpreteerd dat dit ook bestrijkt de situatie die ontstond toen de geldigheidsduur van de exportvergunningen verstreek (en de Staat Oekraïne om afgifte had verzocht).

3.6.

Het hof neemt tot uitgangspunt dat de strekking van artikel 6.3 Erfgoedwet moet worden gezien in het licht van het Unesco-verdrag dat niet rechtstreeks werkt in Nederland, maar met artikel 6.3 Erfgoedwet in Nederland is geïmplementeerd. Het komt dan aan op een uitleg van in het bijzonder de artikelen 2, 3 en 6 van het Unesco-verdrag. Deze moeten worden uitgelegd aan de hand van de artikelen 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 (hierna: WVV), en derhalve overeenkomstig de betekenis die de bewoordingen van het Unesco-verdrag in het normale spraakgebruik hebben, met inachtneming van hun context, en in het licht van het voorwerp en doel van het Unesco-verdrag. Vastgesteld moet worden dat het Unesco-verdrag voor zover van belang alleen gericht is tegen de illegale uitvoer of invoer van cultuurobjecten (Nederlandse vertaling gepubliceerd in Trb. 1983, nr. 66, cursivering toegevoegd):

- artikel 2 lid 1: De Staten die partij zijn bij deze Overeenkomst zijn van oordeel dat de onrechtmatige invoer, uitvoer en eigendomsoverdracht van culturele goederen tot de voornaamste oorzaken behoren van de verarming van het culturele erfgoed van de landen van oorsprong van deze goederen (...).

- artikel 3: De invoer, uitvoer of eigendomsoverdracht van culturele goederen die geschiedt in strijd met de bepalingen welke ingevolge deze Overeenkomst door de Staten die daarbij partij zijn, zijn vastgesteld, is onrechtmatig.

- artikel 6, aanhef en onder (b): De Staten die partij zijn bij deze Overeenkomst verbinden zich: (...) (b) de uitvoer van culturele goederen uit hun grondgebied te verbieden, tenzij het bovengenoemde certificaat van uitvoer deze goederen begeleidt; (...).

De betekenis die de woorden "uitvoer" en "invoer" in het normale spraakgebruik hebben, duidt erop dat deze bepalingen van het Unesco-verdrag (afgezien van eigendomsoverdracht) alleen zien op de situatie waarin onrechtmatig wordt gehandeld op het moment waarop de cultuurobjecten vanuit het ene land naar een ander land worden overgebracht en niet mede op de situatie waarin onrechtmatig wordt gehandeld doordat de cultuurobjecten langer dan

toegestaan in het andere land blijven. Voor een geval als het onderhavige is niet kenbaar een specifieke regeling getroffen.

### 3.7.1.

Uitleg van verdragen door de rechter dient te goeder trouw te geschieden, waarbij doel en strekking van het verdrag in aanmerking worden genomen. Het is denkbaar dat het doel van het Unesco-verdrag aanleiding kan geven tot een ruimere uitleg van de begrippen onrechtmatige uitvoer en invoer in die zin dat ook in het geval dat een cultuurgoed overeenkomstig een exportvergunning buiten het land is gebracht, maar vervolgens langer dan in de exportvergunning is bepaald in het ontvangende land blijft, dat aangemerkt moet worden als een onrechtmatige uitvoer, op grond waarvan de verdragsstaat van oorsprong het recht heeft om de zaken op te eisen. Daarvoor is dan wel vereist dat aangenomen kan worden dat het doel van het Unesco-verdrag zich ertegen verzet dat het cultuurgoed langer in het ontvangende land blijft. Blijkens onder meer de inleidende overwegingen van het Unesco-verdrag ziet het verdrag op de bestrijding van diefstal, heimelijke opgravingen en illegale uitvoer:

*Overwegende dat het de plicht is van elke Staat de culturele goederen die zich op zijn grondgebied bevinden te beschermen tegen de gevaren van diefstal, heimelijke opgraving en onrechtmatige uitvoer, (...)*

Van diefstal, heimelijke opgravingen en illegale uitvoer (dan wel van andere illegale praktijken van soortgelijke aard) is hier evenwel geen sprake. In het onderhavige geval bevinden de Krimschatten zich in Nederland zonder dat het bepaalde in de exportvergunningen is nageleefd, niet omdat het APM de Krimschatten beoogt te verduisteren of vanwege andere illegale praktijken, maar omdat de Staat Oekraïne zich ertegen verzet dat de Krimschatten conform het bepaalde in de exportvergunningen aan de Krimmusea worden teruggegeven. Het APM houdt de Krimschatten om die reden rechtmatig onder zich krachtens zijn opschortingsrecht (daarop wordt hierna in rov. 3.34 verder ingegaan). Dat is niet een illegaal geval dat bestreken wordt door het doel van het Unesco-verdrag, tot bestrijding waarvan de betrokken staten zich, volgens artikel 2 lid 2 van het Unesco-verdrag, "met de te hunner beschikking staande middelen" hebben beoogd te verbinden. Voor een zo ruime uitleg als door de Staat Oekraïne voorgestaan bieden de bewoordingen, de context, noch het doel

van het Unesco-verdrag voldoende aanknopingspunten. De travaux préparatoires voor zover overgelegd bieden daaraan evenmin steun. Het Preliminary Report d.d. 8 augustus 1969, het Secretarial Report d.d. 27 februari 1970, noch het Final Report van de Special Committee of Governmental Experts d.d. 14 juli 1970, voor zover overgelegd, bevatten aanwijzingen dat de verdragsluitende partijen zich ook beoogden in te zetten voor een geval als het onderhavige, waarin geen sprake is van enige illegale activiteit.

### 3.7.2.

In dat verband is van belang dat de verplichtingen die verdragsluitende staten aangaan dienen te blijken uit het verdrag, uitgelegd als hiervoor bedoeld. De enkele omstandigheid dat tijdens de onderhandelingen voorafgaand aan de totstandkoming van het verdrag ook andere situaties en/of maatregelen ter sprake zijn geweest is geen reden om in weerwil van de tekst van het verdrag aan te nemen dat de overeenstemming van de verdragsluitende staten zich ook daartoe uitstrekt. Dat geldt evenzeer wanneer die besproken, maar niet opgenomen maatregelen in die andere situaties de doelen van het verdrag zouden kunnen dienen. Voor het opnemen daarvan hebben de verdragsluitende staten immers kennelijk, om welke reden ook, destijds geen aanleiding gezien. Het in het WVV genoemde gezichtspunt van het "voorwerp" van het verdrag levert geen reden op om anders te oordelen, integendeel. Dit verdrag voorziet immers in een verregaand, van het commune Nederlandse internationaal privaatrecht afwijkend, regime dat de verdragsstaat wiens cultuurgoed het betreft mogelijkheden geeft die hij anders niet zou hebben om acties in te stellen voor de rechter van een andere verdragsstaat.

### 3.8.1.

De Staat Oekraïne heeft zich beroepen op een opinie van prof. Patrick J. O'Keefe van februari 2018 waarin hij, kort samengevat, betoogt dat het begrip uitvoer in het Unesco-verdrag niet beperkt is tot het moment dat de zaken de grens overgaan, maar gezien moet worden als een voortdurend proces, zodat ook wanneer de zaken eerst rechtmatig worden uitgevoerd, maar de voorwaarden van de exportvergunning nadien niet worden nageleefd, vanaf dat moment sprake is van illegale uitvoer. Hij schrijft onder meer (op p. 3):

*Export should be seen as a process, which is not concluded until all its elements have been fulfilled. If the object is subject to return and this is not done,*

*then, only from then on, it is an illegal export, in line with Article 3 and 6 of the Convention (...)"*

### 3.8.2.

Naar het oordeel van het hof is deze uitleg van het Unesco-verdrag te ruim. Voortdurend van de afwezigheid van een goed in het land waaruit het is uitgevoerd, is, naar het gewone spraakgebruik, al moeilijk aan te merken als voortdurend van de "uitvoer". Zo al aangenomen moet worden dat na een rechtmatige uitvoer de voortdurende aanwezigheid in het ontvangende land, vanwege een latere schending van de exportvergunning, geduid kan worden als een illegale uitvoer, is het, zoals reeds overwogen in rov. 3.7.1, ten minste nodig dat het doel van het Unesco-verdrag tot een dergelijke uitleg aanleiding geeft, derhalve dat zich een illegale activiteit voordoet of heeft voorgedaan die de betrokken staten met het Unesco-verdrag hebben willen bestrijden. Zoals hiervoor geoordeeld zijn de museumstukken niet alleen rechtmatig uitgevoerd, maar houdt het APM – een museum van onbesproken reputatie, en naar in confesso is beschikkend over de kennis en middelen om de museumstukken naar behoren te bewaren – deze nu ook rechtmatig onder zich. Van enige illegale activiteit waartegen het Unesco-verdrag beoogt op te treden is dan ook geen sprake. Dat daarmee de exportvergunningen tandeloos worden is onjuist. Die vergunningen scheppen immers zelf verplichtingen. Juist bij een partij als het APM, waarvan aangenomen moet worden dat zij zich zal houden aan de regels van het recht, inclusief de regel dat men vergunningsverplichtingen moet naleven, is geen behoefte aan een zo drastische ingreep als die waarin het verdrag in daarvoor in aanmerking komende gevallen voorziet. Overigens heeft O'Keefe in zijn *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (Leicester Institute of Art and Law, Second Edition, 2007) over artikel 12 geschreven:

A related issue is the return of cultural property from museums in the capital of a Federation which has disintegrated or of a unitary country which has split apart. Many States which have emerged from the former Soviet Union (Central Asian States) or even its close political allies (Mongolia) are in the position that some of their most important cultural property is to be found in what is now the Federation of Russia. Other examples are Slovakia (formerly a component of Czechoslovakia), Slovenia, Croatia, Bosnia and

Macedonia (all formerly part of the Federal Republic of Yugoslavia); and Eritrea (formerly part of Ethiopia). Bangladesh split from Pakistan and earlier from British India as part of Pakistan, having lost cultural property to Islamabad, Delhi and London. These issues are not settled by the 1970 Convention and have to be dealt with by applying the laws of State succession or through the procedures of the UNESCO Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation.

Daaruit valt op te maken dat O'Keefe, in een andere context, de mening deelt dat er situaties zijn waarin het verdrag niet voorziet in het terughalen van cultureel erfgoed dat buiten het bereik van een verdragsstaat is geraakt.

### 3.8.3.

De Staat Oekraïne heeft een beroep gedaan op andere opinies, zoals die van dr. F. Francioni. Francioni concludeert dat geen sprake is van illicit export or import en dat in het verdrag een situatie als hier aan de orde niet expliciet is voorzien (not explicitly contemplated, randnummer 9). Een groot deel van zijn opinie ziet op het geval dat een object in het buitenland in een illegale situatie wordt aangetroffen; dat is echter een ander uitgangspunt dan hier aan de orde. Nu hij in het bijzonder benadrukt dat het verdrag verplichtingen van staten jegens elkaar bevat gaat het in zijn opinie met name om de verplichting van de Nederlandse rechter, als deel van de Nederlandse Staat, om het verdrag toe te passen. Daarover bestaat echter geen verschil van inzicht (met dien verstande dat het verdrag in Nederland geen rechtstreekse werking heeft, maar in Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd, zie hiervoor onder rov. 3.6).

De visie van prof. mr. N.J. Schrijver, waaraan de Staat Oekraïne refereert, ziet niet zozeer op de interpretatie van het verdrag. Schrijver geeft met name als zijn visie te kennen dat dit hof niets dient te doen wat een erkenning inhoudt dat de Russische Federatie niet alleen de facto maar ook de iure de controle over de Krim heeft. Het hof dient ervan uit te gaan dat de Krim de iure nog steeds deel uitmaakt van de Staat Oekraïne, aldus Schrijver.

Voor de beoordeling van dit geschil is het niet nodig hierop in te gaan. Afgifte van de museumstukken aan de Krimmusea zou op geen enkele wijze een erkenning inhouden van de afscheiding van de Krim van Oekraïne en haar aansluiting bij de Russische Federatie. Dat geldt ook nu de politieke ontwikkelingen op de Krim van maart 2014 ertoe hebben geleid dat de Krimmusea inmiddels de facto

door Russische entiteiten worden geëxploiteerd. Daarbij komt dat in Nederland de voormalige Wet tot teruggave van cultuurobjecten uit bezet gebied, tegenwoordig de artikelen 6.9-6.13 Erfgoedwet, een regeling bevat voor gevallen waarin cultuurobjecten afkomstig zijn uit bezet gebied (zie ook rov. 3.10 hierna). De remedies die daar worden geboden, en die voorzien in een actieve rol van de Nederlandse staat (op verzoek van de autoriteiten van het bezette gebied), zijn in dit geval niet ingeroepen.

#### 3.8.4.

Ook de opinies van de Nederlandse rechtsgelcerden prof. mr. J.M.J. Chorus en prof. mr. D. Klabbers, beide van 6 april 2021, leiden niet tot een andere uitleg van het Unesco-Verdrag. Beiden doen een beroep op de Operational Guidelines for the implementation of the 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property for the implementation of the 1970 Convention (hierna: de Operational Guidelines), aangenomen op 18-20 mei 2015 tijdens de derde bijeenkomst van verdragsluitende staten en uit openbare bronnen kenbaar.

De Operational Guidelines hebben blijkens hun tekst (nr. 8) het volgende doel:

The Operational Guidelines (...) aim to strengthen and facilitate the implementation of the Convention to minimize risks related to disputes over the interpretation of the Convention as well as to litigation, and thus to contribute towards international understanding. (...) Building upon improved shared understandings and experience, the Operational Guidelines are intended to assist States Parties in implementing the provisions of the Convention, including by learning from the best practices of States Parties geared to enhance the effective implementation of the Convention, and also to identify ways and means to further the achievement of the goals of the Convention through strengthened international cooperation.

Uit artikel 31 lid 3, aanhef en onder b, Verdrag van Wenen volgt dat bij de uitleg van een verdragsbepaling ook rekening dient te worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van verdragspartijen inzake de uitleg van het verdrag is ontstaan. Gelet op het hiervoor weergegeven doel van de Operational Guidelines kan de inhoud ervan echter niet worden aangemerkt als zodanig later gebruik. De Operational Guidelines zijn slechts bedoeld om te bevorderen dat zulk later gebruik tot

stand komt. Daarom brengen de Operational Guidelines het hof niet tot een andere uitleg van het Unesco-Verdrag dan hiervoor overwogen. Of één of meer partijen bij de Operational Guidelines in een eerder stadium heeft/hebben opgemerkt dat hun belang beperkt is kan dus in het midden blijven.

#### 3.9.

De tussenconclusie is dan ook dat het onderhavige geval niet aan te merken is als illegale uitvoer in de zin van het Unesco-verdrag. Bezien moet worden of dit geval niettemin (om andere reden) valt onder het verbod van artikel 6.3 onder a Erfgoedwet.

#### 3.10.

De parlementaire geschiedenis van de Erfgoedwet biedt geen steun voor de opvatting dat artikel 6.3 een geval als het onderhavige beoogt te bestrijken. De Memorie van Toelichting op de (inmiddels vervallen) Wet van 12 juni 2009 tot uitvoering van de op 14 november 1970 te Parijs tot stand gekomen Overeenkomst inzake de middelen om de onrechtmatige invoer, uitvoer of eigendomsoverdracht van culturele goederen te verbieden en te verhinderen (hierna: de Uitvoeringswet), die voorafging aan de Erfgoedwet (Kamerstukken II, 2007-2008, 31255, nr. 3, p. 1-2) bevat, in het verband van implementatie van het Unesco-Verdrag de passage:

Dat is van belang, omdat het Verdrag aan de Verdragsstaten ter zake van de wijze van implementatie een grote mate van vrijheid laat. Van die vrijheid dient evenwel aldus gebruik te worden gemaakt, dat een effectieve bescherming van cultuurobjecten wordt tot stand gebracht. Een dergelijk effectieve bescherming dient te bestaan, ook waar het Verdrag zelf op het betreffende punt geen concrete regels geeft. Het is derhalve onvermijdelijk dat de onderhavige uitvoeringswet regels bevat, die in het Verdrag als zodanig niet te vinden zijn, maar wel nodig zijn om de algemene bepalingen van het Verdrag hun volle werking te geven. Het Verdrag strekt er immers toe om de Verdragsstaten te verplichten om de onrechtmatige invoer, uitvoer of eigendomsoverdracht van culturele goederen met alle te hunner beschikking staande middelen tegen te gaan en de vereiste maatregelen tot herstel te treffen en derhalve kort gezegd: om de illegale handel in cultuurobjecten op effectieve wijze te bestrijden.

De wetgever heeft in het kader van de problemen die kunnen ontstaan in verband met cultuurobjecten uit bezet gebied in de Erfgoedwet de reeds in rov. 3.8.2 genoemde aparte regeling

getroffen, die er, kort samengevat, op neerkomt dat de Nederlandse Staat in voorkomend geval cultuuroederen in bewaring kan nemen (artikel 6.11) en een procedure bij de Nederlandse rechter tot teruggave aan de betrokken vreemde Staat kan entameren (artikel 6.15). Een bredere uitleg van artikel 6.3 is dus niet nodig om de volle werking van het Unesco-verdrag in dit opzicht te bewerkstelligen.

### De Europese Richtlijn

#### 3.11.

De Staat Oekraïne heeft zich beroepen op een Richtlijn van de Europese Unie (Richtlijn 2014/60/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de teruggave van cultuuroederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lidstaat zijn gebracht en houdende wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012, Pb 2014 (herschikking), L 159, hierna: de Europese Richtlijn). De Staat Oekraïne wijst er daarbij op dat in de Memorie van Toelichting Uitvoeringswet is vermeld dat bij de implementatie van het Unesco-verdrag in de Uitvoeringswet zal worden aangesloten bij de Europese Richtlijn en dat het wetsvoorstel is uitgewerkt langs de lijnen van de Europese Richtlijn. In de Europese Richtlijn is het volgende bepaald:

#### Artikel 2

Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

##### 1. (...)

2. "op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lidstaat gebracht":

a) buiten het grondgebied van een lidstaat gebracht, in strijd met de regels van die lidstaat betreffende de bescherming van het nationaal bezit, of in strijd met Verordening (EG) nr. 116/2009; of

b) niet teruggegeven na het verstrijken van een periode van rechtmatige tijdelijke verplaatsing of iedere schending van een andere voorwaarde die aan die tijdelijke verplaatsing verbonden was;

##### 3. (...)

Aldus is in de Europese Richtlijn expliciet opgenomen dat onder op onrechtmatige wijze uitvoeren mede wordt verstaan "het niet terugzenden van een rechtmatige tijdelijke zending na het verstrijken van de termijn". Nu de wet langs die lijn is uitgewerkt, moet die geacht worden ook dit geval te omvatten, aldus de Staat Oekraïne.

#### 3.12.

Het hof stelt voorop dat de Europese Richtlijn hier niet van toepassing is, aangezien deze alleen betrekking heeft op cultuuroederen die buiten het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie zijn gebracht en Oekraïne geen lidstaat van de Europese Unie is of was. Op de vraag wat bedoeld is met "uitwerken langs de lijnen van de richtlijn" is door de Staatsecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap geantwoord (Kamerstukken II, 2004-2005, 29314, nr. 11, p. 6):

Welke elementen van de Richtlijn 93/7/EEG (de voorganger van de Europese richtlijn, opm. hof) onderdeel zullen uitmaken van de implementatiewetgeving valt op dit moment nog niet te zeggen.

Daaruit leidt het hof af dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat alle bepalingen van de Europese Richtlijn in de Erfgoedwet zijn geïmplementeerd. De vraag is derhalve of in de Erfgoedwet ook het bepaalde in artikel 1.2, tweede gedachtestreepje (het niet terugzenden van een rechtmatige tijdelijke zending na het verstrijken van de termijn als een vorm van illegale uitvoer), impliciet is overgenomen. Naar het oordeel van het hof bestaan daarvoor onvoldoende aanwijzingen. Het spreekt immers geenszins vanzelf dat "niet teruggeven" valt onder "buiten het grondgebied brengen". De Erfgoedwet bevat in artikel 1.1 een lijst van begripsbepalingen. Indien de wetgever ook andere begrippen dan in die lijst genoemd, een specifieke betekenis had willen geven in de Erfgoedwet, had het voor de hand gelegen dat hij die ook zou vermelden in artikel 1.1. Dit geldt zeker als die betekenis afwijkt van het algemeen spraakgebruik.

Blijkens het Verslag van een Algemeen Overleg, vastgesteld op 31 mei 2005 (Kamerstukken II 2004-2005, 29314, nr. 13, p. 6) heeft de Staatssecretaris opgemerkt dat de regering "de goede elementen" uit het Unidroit-verdrag in het wetsvoorstel gaat opnemen en dat de Europese Richtlijn "hierbij het uitgangspunt [zal] zijn". Dat is te vaag om daaruit te kunnen afleiden dat het de bedoeling is geweest om aan het centrale begrip "buiten het grondgebied brengen" een van het spraakgebruik afwijkende betekenis te geven. Als dat de bedoeling van de wetgever was geweest, zou, naar in dit verband mag worden aangenomen, een definitie zijn opgenomen in het speciaal daarvoor bedoelde artikel.

#### 3.13.1.

Het hof heeft zich er rekenschap van gegeven dat waar de nationale wet en een richtlijn tekstueel uiteenlopen, de nationale rechter bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, zijn nationale bepalingen zo veel mogelijk richtlijnconform moet uitleggen, tenminste in gevallen die door de richtlijn bestreken worden. Dit noopt evenwel niet tot een uitleg die inhoudt dat artikel 6.3 Erfgoedwet in dit geval van toepassing is. Allereerst is, zoals gezegd, het internationaal geldingsbereik van de Europese Richtlijn beperkt tot situaties waarin de ene lidstaat teruggave vordert van een nationaal cultuurobject dat in een andere lidstaat is ingevoerd. Dat is niet een regime dat zich over de band van richtlijnconforme interpretatie leent voor uitbreiding naar Oekraïne. Het zou doel en strekking van de Europese Richtlijn, gericht op de interne markt van de Unie en bovendien zonder directe werking, te ver te buiten gaan indien met een beroep op die Europese Richtlijn de Staat Oekraïne het recht zou verkrijgen om goederen uit Nederland op te eisen. Het argument van de Staat Oekraïne dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Europese Richtlijn in de Erfgoedwet een mondiaal bereik voorstond, doet daaraan niet af. Niet kan worden aangenomen dat de Nederlandse wetgever beoogde de ruime definitie van de Europese Richtlijn te implementeren en het beginsel van Unietrouw, dat mede ten grondslag ligt aan de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie, brengt niet mee dat een bepaling van nationaal recht ook richtlijnconform uitgelegd moet worden in gevallen die niet door een richtlijn bestreken worden.

### 3.13.2.

Het hof neemt ook in aanmerking dat artikel 6.3 Erfgoedwet een verbodsbepaling inhoudt: "Het is verboden een cultuurobject binnen Nederland te brengen (...)". Richtlijnconforme interpretatie kent grenzen. Die grenzen moeten worden gevonden in de algemene rechtsbeginselen, in dit geval met name het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Een uitleg die meebrengt dat een rechtmatige invoer van een cultuurobject, zoals die zich hier voordoet, maanden later alsnog wordt aangemerkt als overtreding van een verbod – dat (ingevolge artikel 8.1 sub 2 Erfgoedwet) tot bestuursrechtelijke sancties kan leiden – vanwege "het niet terugzenden (...) na het verstrijken van de termijn (...)" staat met die beginselen op gespannen voet. De tekst van de verbodsbepaling in artikel 6.3 Erfgoedwet "Het is verboden een cultuurobject binnen Nederland te brengen (...)" omvat naar normaal Nederlands taalgebruik niet een verbodsbepaling "het niet terugzenden (...) na het verstrijken van de termijn". De rechtszekerheid wordt

teveel geschaad indien richtlijnconforme uitleg zozeer tegen de tekst van de verbodsbepaling van de Erfgoedwet zou ingaan. Dat zou immers afbreuk doen aan de eis, dat een verbod dat met sancties wordt versterkt voorafgaand aan de beweerde overtreding ervan duidelijk moet zijn voor de overtreder. Anders gezegd, artikel 6.3 Erfgoedwet valt niet zo uit te leggen dat het APM alsnog geacht moet worden een verbod te hebben overtreden door de museumstukken binnen Nederland te brengen. Ook een uitleg die inhoudt dat het APM de verbodsbepaling van artikel 6.3 Erfgoedwet heeft overtreden door zich op zijn opschortingsrecht te beroepen en de museumstukken vooralsnog niet af te geven is te ver verwijderd van de tekst van artikel 6.3 Erfgoedwet. Een richtlijnconforme uitleg van artikel 6.3 Erfgoedwet is hier dan ook niet aangewezen.

### Het Unidroit-verdrag

#### 3.14.

De Staat Oekraïne heeft zich ook beroepen op het in 1995 te Rome gesloten Verdrag van Unidroit inzake gestolen of onrechtmatig uitgevoerde cultuurobjecten (hierna: het Unidroit-verdrag) en erop gewezen dat in artikel 5 lid 2 van het Unidroit-verdrag juist is voorzien in waar het hier om gaat:

Een cultuurobject dat tijdelijk is uitgevoerd uit het grondgebied van de verzoekende Staat, bijvoorbeeld om te worden tentoongesteld (...), krachtens een vergunning die is afgegeven overeenkomstig de wetgeving van de Staat die de uitvoer van cultuurobjecten regelt met het oog op de bescherming van zijn culturele erfgoed en dat niet is teruggekeerd overeenkomstig het in die vergunning bepaalde, wordt geacht onrechtmatig te zijn uitgevoerd.

#### 3.15.

Het hof acht het Unidroit-verdrag evenwel niet van betekenis voor de uitleg van artikel 6.3 Erfgoedwet in de door de Staat Oekraïne verdedigde zin. Het verdrag is door Nederland niet geratificeerd. In de Memorie van Toelichting op de Uitvoeringswet is vermeld (Kamerstukken II, 2007-2008, 31255, nr. 3, p. 2):

(...) Zoals ook reeds in onze voormelde brief van 19 juli 2004 is uiteengezet en bij het algemeen overleg van 28 april 2005 (Kamerstukken II, 2004/05, 29 314, nr. 13) van regeringszijde is herhaald, zijn wij uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat het UNIDROIT-verdrag thans niet voor ratificatie in aanmerking komt. Dat Verdrag heeft enerzijds zeer ingrijpende gevolgen en

gaat anderzijds uit van een zeer ruim, vaag en daardoor moeilijk af te grenzen begrip cultuurgoederen.

Weliswaar is daaraan toegevoegd "dat bij de implementatie daarvan [het Unesco-verdrag, hof] mede gebruik zal worden gemaakt van de goede elementen van het UNIDROIT-verdrag", maar de wetgeschiedenis geeft geen steun aan de gedachte dat de wetgever artikel 5 lid 2 van het Unidroit-Verdrag een dergelijk "goed element" heeft geacht en dat artikel 6.3 Erfgoedwet de strekking zou hebben om mede betrekking te hebben op een geval van tijdelijke uitvoer zoals bedoeld in artikel 5 lid 2 van het Unidroit-verdrag (vergelijk rov. 3.12 hiervoor). Als dat beoogd was, had het in de rede gelegen dat zulks, net als in het Unidroit-verdrag zelf, afzonderlijk zou zijn verwoord. Weliswaar moet worden aangenomen dat Nederland, nu de Nederlandse regering het Unidroit-verdrag wel getekend heeft, zich onthoudt van (wetgevende) activiteiten die daarmee in strijd zijn, maar het enger definiëren van het begrip onrechtmatige uitvoer kan als zodanig niet in strijd met het Verdrag worden geacht.

3.16.

Hieruit volgt dat er onvoldoende aanwijzingen zijn om aan te nemen dat in artikel 6.3 Erfgoedwet een ruim begrip uitvoer, zoals gedefinieerd in de Europese Richtlijn of verwoord in het Unidroit-verdrag, is overgenomen.

3.17.

Ten slotte gaat ook niet op het beroep van de Staat Oekraïne op artikel 4 en 23 van zijn eigen Wet op de export, import en restituties van cultuurgoederen (Law of Ukraine on exportation, importation and restitution of cultural values) waarin is bepaald dat zaken worden beschouwd als onrechtmatig uitgevoerd als deze na het verstrijken van de in de exportvergunningen genoemde termijn niet naar Oekraïne zijn teruggekeerd. Als immers, zoals hiervoor is geoordeeld, artikel 6.3 Erfgoedwet aldus moet worden verstaan dat het niet ziet op rechtmatig uitgevoerde cultuurgoederen waar geen illegale activiteit aan is verbonden, dan kan de wetgeving van Oekraïne daar geen verandering in brengen. Anders gezegd, de wetgeving van Oekraïne is niet bepalend voor de uitleg van de Nederlandse Erfgoedwet. Daaraan doet niet af dat artikel 6.3 Erfgoedwet verwijst naar de bepalingen die door een verdragsstaat zijn vastgesteld, omdat het daar gaat om schending van die bepalingen bij het buiten het grondgebied brengen als bedoeld in de Nederlandse wet, en daarvan is op de hiervoor

vermelde gronden geen sprake. Deze verwijzing kan niet zo ruim worden opgevat dat de bepalingen van de verdragsstaat beslissend zijn voor de vraag wat moet worden verstaan onder "buiten het grondgebied brengen". Dat de inhoud van de wetgeving van Oekraïne in ander verband (zie rov. 3.24-3.26 en 3.32 hierna) wel van belang is doet aan het voorgaande niet af.

Ook de omstandigheid dat er andere staten dan Oekraïne zijn die de visie van de Staat Oekraïne delen (in de praktijk of volgens hun wetgeving) doet niet ter zake. De stelling dat het hier een meerderheid van de staten betreft dan wel dat dit een algemeen geaccepteerde visie is, heeft de Staat Oekraïne niet voldoende onderbouwd en hebben de Krimmusea en het APM betwist. Zoals hiervoor in 3.8.4 is overwogen, geven ook de Operational Guidelines niet voldoende steun aan die stelling.

### Conclusie Erfgoedwet

3.18.

De conclusie is dat artikel 6.3 Erfgoedwet in deze zaak niet van toepassing is. Het betoog van de Staat Oekraïne dat artikel 6.7 Erfgoedwet tot op zekere hoogte los moet worden gezien van artikel 6.3 Erfgoedwet, nu evident is dat de normadressaat niet gelijk is en het hier gaat om onhandig geformuleerde wetgeving, faalt. Artikel 6.7 Erfgoedwet luidt:

Van een cultuurgoed dat in strijd met het verbod, bedoeld in artikel 6.3, binnen Nederland is gebracht, kan met inachtneming van de artikelen 1011a tot en met 1011d van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teruggave worden gevorderd door de verdragsstaat waaruit het cultuurgoed afkomstig is of door de rechthebbende op dat cultuurgoed.

Dit artikel vermeldt uitdrukkelijk dat een verdragsstaat waaruit een cultuurgoed afkomstig is, teruggave kan vorderen van een cultuurgoed dat in strijd met het verbod, bedoeld in artikel 6.3, binnen Nederland is gebracht. Indien het cultuurgoed binnen Nederland is gebracht zonder strijd met dat verbod, biedt dit artikel geen grondslag voor een vordering. In het midden kan blijven wie het cultuurgoed binnen Nederland heeft gebracht. Het hof verwijst naar zijn hiervoor gegeven uitleg van artikel 6.3 Erfgoedwet.

De grieven 1 aanhef en 1a tot en met 1c zijn derhalve in beginsel gegrond.

3.19.

Met grief 1d betogen de Krimmusea dat de Staat Oekraïne ook geen recht toekomt om de

museumstukken op grond van de Erfgoedwet als zijn cultureel erfgoed op te eisen omdat de museumstukken niet tot het cultureel erfgoed van Oekraïne behoren, maar tot het cultureel erfgoed van de Krim. Bij behandeling van deze grief hebben de Krimmusea, gelet op voorgaande oordelen, in het kader van de Erfgoedwet geen belang meer.

Grief 1e is aan te merken als een concluderende slotgrief van de grieven 1a tot en met 1d en behoeft derhalve geen afzonderlijke behandeling.

3.20.

Grief 2 strekt ten betoge dat de Staat Oekraïne zich om verschillende redenen niet mag beroepen op de Erfgoedwet. Nu hiervoor is geoordeeld dat de Erfgoedwet in dit geval geen toepassing vindt, behoeft deze grief geen verdere behandeling.

3.21.

Met grief 3 betogen de Krimmusea dat de rechtbank artikel 1012 Rv niet had mogen toepassen dan wel verkeerd heeft uitgelegd.

Weliswaar heeft de Staat Oekraïne aan zijn vordering artikel 6.7 Erfgoedwet en artikel 1011a Rv ten grondslag gelegd, maar toch is artikel 1012 Rv niet van toepassing. Uit de woorden “na de teruggave” in artikel 1012 Rv blijkt immers dat artikel 1012 Rv alleen van toepassing is op een op artikel 6.7 Erfgoedwet en artikel 1011a Rv gebaseerde vordering, indien die vordering op grond van die bepalingen toewijsbaar is. Anders is er geen teruggave als in artikel 1012 Rv bedoeld. De museumstukken zijn echter niet in strijd met het verbod van artikel 6.3 Erfgoedwet binnen Nederland gebracht. De vordering is daarom niet toewijsbaar op de voet van artikel 6.7 Erfgoedwet en artikel 1011a Rv. Artikel 1012 Rv is dus niet van toepassing en staat er niet aan in de weg dat het hof in deze procedure beslissingen geeft over de eigendom van de museumstukken, mocht dat nodig zijn voor de beoordeling van de vorderingen.

Rechten op museumstukken van vermogensrechtelijke aard (en naar Oekraïens recht geldende beperkingen daarop )

3.22.

Naast het hierboven verworpen beroep op de artikelen 6.3 en 6.7 Erfgoedwet jo. artikel 1011a Rv grondt de Staat Oekraïne zijn aanspraak op de afgifte door het APM van de museumstukken op de stellingen dat deze zijn eigendom zijn en tot zijn cultureel erfgoed behoren.

Wat de objecten betreft die behoren tot de collectie van NP Tauric Chersonesos is niet in geschil dat deze eigendom zijn van de Staat Oekraïne. Wat de objecten die deel uitmaken van de collecties van de drie andere Krimmusea (Tavrída CM, Kerch HCP en Bakhchisaray HCP) betreft betwisten de Krimmusea het standpunt van de Staat Oekraïne met betrekking tot diens eigendomsrechten en stellen zij dat deze in eigendom toebehoren aan de Autonome Republiek van de Krim (verder: de ARK) die deze aan de drie musea in operationeel beheer heeft gegeven.

Tussen partijen is niet in geschil dat alle aan het APM in bruikleen gegeven objecten in het Oekraïens Museumfonds waren opgenomen en vallen onder het regime van de Oekraïense Museumwet (hierna: de Museumwet) zoals ook op te maken valt uit diverse bescheiden die in het kader van de uitleen van de museumstukken aan het APM zijn opgemaakt. Zie in dit verband bijvoorbeeld de bij de bruikleenovereenkomsten behorende lijsten, alsmede de door het Ministerie van Cultuur van de Staat Oekraïne afgegeven exportvergunningen waarin wordt verwezen naar de “Regulations on the Museum Fund of Ukraine”.

Het hof zal eerst de goederenrechtelijke aanspraken op de museumstukken bespreken. De verbintenisrechtelijke aanspraak van de Krimmusea tot teruggave van de goederen op grond van de bruikleenovereenkomsten komt hierna onder 3.34 tot en met 3.38 aan de orde.

Museumstukken afkomstig uit collectie NP Tauric Chersonesos

3.23.

Zoals tussen partijen niet in geschil is en ook in de door de Krimmusea in het geding gebrachte oprichtingsakte/statuten van dit museum valt te lezen is het museum te Sebastopol door de Staat Oekraïne opgericht en is zijn collectie eigendom van de Staat Oekraïne.

De Krimmusea voeren aan dat van afgifte van de museumstukken aan de Staat Oekraïne niettemin geen sprake kan zijn omdat deze laatste aan NP Tauric Chersonesos met betrekking tot deze stukken een recht van operationeel beheer heeft verleend, welk recht moet worden aangemerkt als een beperkt zakelijk recht (vergelijkbaar met vruchtgebruik), dat slechts in zich hier niet voordoende gevallen kan worden beëindigd en welk recht door de operationeel beheerder kan worden ingeroepen tegen de eigenaar. Hoewel de Staat Oekraïne zich aanvankelijk op het standpunt stelde dat bedoeld recht van operationeel beheer

door middel van Order No. 292 is ingetrokken, erkent hij in hoger beroep dat van een beëindiging van dit recht geen sprake is.

### 3.24.

De beantwoording van de vraag in hoeverre het bestaan van een recht van operationeel beheer in de weg zou kunnen staan aan een veroordeling tot afgifte van roerende zaken als de onderhavige aan de Staat Oekraïne als (revindicerende) eigenaar daarvan kan in de gegeven omstandigheden echter in het midden blijven. Daarvoor is het volgende redengevend.

#### 3.25.1.

Zoals reeds is overwogen is niet in geschil dat de museumstukken behoren tot het Oekraïens Museumfonds en vallen onder het regime van de (in 1995 ingevoerde en in 1999 en 2009 gewijzigde) Museumwet. Deze wet strekt tot bescherming van Oekraïens cultureel erfgoed en voorziet onder meer in beperkingen ten aanzien van de uitoefening van (zakelijke) rechten op museumstukken die daartoe behoren. Zo gelden krachtens de Museumwet beperkingen met betrekking tot de vervreemding van objecten die tot het publieke deel van het Museumfonds behoren en is op basis van deze wet op 20 juli 2000 een 'Regulation of the Cabinet of Ministers of Ukraine on the Museum Fund of Ukraine' (No. 1147) door de Ministerraad aangenomen die onder meer een regeling inhoudt met betrekking tot de verplaatsing van museumstukken. Deze Regulation is gewijzigd op 23 maart 2014, in die zin dat artikel 41.1 is toegevoegd dat erin voorziet dat in geval van een force-majeure situatie, gevaar van tenietgaan, verlies of beschadiging van museumstukken de Minister van Cultuur van Oekraïne bevoegd is om een besluit te nemen met betrekking tot de overbrenging ter bewaring daarvan. De Minister van Cultuur van Oekraïne heeft op 13 mei 2014 (Order No. 292) een dergelijk besluit genomen onder verwijzing naar bedoelde regelgeving. Dit houdt in dat de museumstukken in afwachting van de stabilisatie van de situatie op de Krim naar het Nationaal Historisch Museum van Oekraïne te Kiev worden overgebracht.

#### 3.25.2.

Het hof verwerpt het betoog van de Krimmusea dat een situatie als bedoeld in artikel 41.1 van genoemde Regulation zich niet voordoet. In het licht van het door de Staat Oekraïne gestelde en door de Krimmusea niet voldoende gemotiveerd betwiste feit

dat het museum thans door een andere (Russische) entiteit wordt geëxploiteerd en de collectie daarmee buiten de macht van de Staat Oekraïne is geraakt, hebben de Krimmusea hun standpunt dat in de gegeven omstandigheden desondanks geen gevaar bestaat voor verlies van de museumstukken (als bedoeld in de Regulation) onvoldoende toegelicht. Het hof wijst er in dit verband op dat het bepaalde in artikel 15 Museumwet er mede toe strekt te voorkomen dat museumstukken die tot het publieke deel van het Oekraïens Museumfonds behoren 'alienated' worden. Het buiten de invloedssfeer van de Staat Oekraïne raken van museumstukken moet daarom ook worden beschouwd als verlies in de zin van de Regulation, ook als de museumstukken wel blijven bestaan en onbeschadigd blijven.

#### 3.25.3.

Voorts verwerpt het hof het betoog van de Krimmusea dat bedoelde Regulation en/of de daarop gebaseerde Order No. 292 onverbindend zijn wegens strijd met Oekraïense en Krimse wetgeving (waaronder artikel 29 Museumwet, artikel 137 van het Oekraïens Economisch Wetboek en artikel 11 van de Bezettingwet), uit welke wetgeving volgt dat zakelijke rechten worden gerespecteerd en niet zonder wettelijke basis beëindigd kunnen worden. Hoewel in (de Engelse vertaling van) Order No. 292 wordt gesproken over permanent keeping at the National Historical Museum of Ukraine volgt uit de zinsnede die daarop volgt dat het om tijdelijke bewaring gaat, immers in afwachting van de stabilisatie van de situatie op de Krim. Dat de hier bedoelde Order het karakter heeft van een onteigening en/of de strekking heeft het aan het museum verleende recht van operationeel beheer te beëindigen kan gelet hierop niet als juist worden aanvaard; ook de Staat Oekraïne stelt zich (in hoger beroep) op het standpunt dat de door de Minister genomen maatregel van tijdelijke aard is en dat niet is beoogd daarmee het recht van operationeel beheer in te trekken.

#### 3.26.

Aangenomen moet worden dat de Staat Oekraïne in de gegeven omstandigheden – ter bescherming van zijn cultureel erfgoed en in weerwil van het bestaan van een aan het museum toekomend recht van operationeel beheer – een dergelijke tijdelijke maatregel mocht nemen; dat een en ander in strijd is met toepasselijke (Oekraïense) wetgeving vindt in de feitelijke stellingen die de Krimmusea daartoe aanvoeren onvoldoende steun. Voor zover het betoog van de Krimmusea inhoudt dat naar

Nederlands internationaal privaatrecht wel het bestaan (naar Oekraïens recht) van een recht van operationeel beheer wordt erkend, maar niet de restricties die met betrekking tot de uitoefening daarvan krachtens de Museumwet gelden, wordt dit verworpen. De rechten van operationeel beheer van de objecten waren immers reeds onderworpen aan het regime van de Museumwet toen de objecten werden overgebracht naar Duitsland en Nederland. Hierna onder rov. 3.32 wordt nader toegelicht dat het bepaalde in de artikelen 10:127 en 10:130 BW er ook overigens niet aan in de weg kan staan dat de door de Krimmusea gepretendeerde goederenrechtelijke aanspraken van NP Tauric Chersonesos op de uit zijn collectie afkomstige museumstukken worden doorkruist door (publiekrechtelijke) aanspraken van de Staat Oekraïne die voortvloeien uit op grond van de Museumwet genomen maatregelen.

Ten slotte kan ook het beginsel dat museumcollecties bij elkaar gehouden dienen te worden de Krimmusea niet baten.

3.27.

Het onder 3.23 bedoelde betoog van de Krimmusea dat de museumstukken afkomstig uit de collectie van NP Tauric Chersonesos aan haar dienen te worden afgegeven en het daarop gebaseerde verweer van de Krimmusea (en het APM) tegen de afgifte daarvan aan de Staat Oekraïne wordt derhalve verworpen.

Museumstukken afkomstig uit collecties Tavrida CM, Kerch HCP en Bakhchisaray HCP

3.28.

De Krimmusea hebben betoogd dat deze museumstukken niet aan de Staat Oekraïne in eigendom toebehoren maar aan de ARK. Blijkens de door de Krimmusea bij conclusie van antwoord op de eis in tussenkomst overgelegde oprichtingsaktes van de musea gaat het hier (anders dan in het geval van NP Tauric Chersonesos) om "Crimean Republic Institutions" en wordt daarin vermeld dat "the property of the Preserve is part of the property of the Autonomous Republic of Crimea" of woorden van gelijke strekking.

De Staat Oekraïne bestrijdt dat de ARK eigenaar is van de museumstukken. Hij beroept zich in dit verband met name op het feit dat de museumstukken deel uitmaken van het Oekraïens Museumfonds en stelt dat krachtens de Museumwet de daartoe behorende objecten die niet in particuliere handen zijn in eigendom toebehoren

aan de (centrale) staat. In de visie van de Staat Oekraïne kan de relatie van de ARK tot de museumstukken hoogstens als een vorm van operationeel beheer worden aangemerkt.

De Staat Oekraïne beroept zich in dit verband voorts op artikel 13 van de Oekraïense Grondwet en artikel 18 van de Archeologiewet (waaruit volgt dat, kort gezegd, archeologische vondsten publiek bezit zijn). Daarnaast heeft hij aangevoerd dat de ARK naar Oekraïens recht geen drager van eigendomsrechten kan zijn, althans dat de ARK (mogelijk) eigenaar kan zijn van bijvoorbeeld de gebouwen waarin musea zijn gevestigd, maar, mede gelet op de bepalingen van de Museumwet, niet van de zich daarin bevindende en tot het Oekraïens Museumfonds behorende objecten.

3.29.

Dat met de Museumwet (in 1995) is beoogd civielrechtelijke eigendomsrechten te vestigen wordt door de Krimmusea bestreden en valt in de artikelen van de Museumwet waarnaar de Staat Oekraïne ter staving van zijn standpunt verwijst niet, althans niet voldoende duidelijk, te lezen. Zoals de Krimmusea betogen, lijkt het hier veeleer te gaan om een regeling van publiekrechtelijke aard, in 1995 ingevoerd om het cultureel erfgoed te beschermen dat zich in de musea bevindt die op het grondgebied van Oekraïne zijn gelegen. Het hof is er niet van overtuigd dat met state-owned part (ook vertaald als public share, zie bijvoorbeeld productie 17 van het APM) slechts bedoeld kan zijn: in eigendom toebehorend aan de Staat Oekraïne en dat daarmee niet mede bedoeld kan zijn: in eigendom toebehorend aan de ARK (zoals gelet op de status van deze laatste als Autonome Republiek ook in de rede ligt). De Staat Oekraïne heeft niet voldoende gemotiveerd bestreden dat in de in 1995 ingevoerde versie van de Museumwet – zoals de Krimmusea onder verwijzing naar een opinie van prof. V.G. Rotan van 1 oktober 2015 (Rotan I) betogen – was vermeld dat de eigendom van musea en de zich daarin bevindende artefacts ook "republican" kon zijn (dit wil in die context zeggen: van de ARK). Wat hiervoor is vermeld over de reikwijdte van het begrip "state-owned" geldt ook voor het gebruik van soortgelijke termen in genoemde artikelen van de Oekraïense Grondwet en de Archeologiewet.

3.30.

De Krimmusea hebben zich in het kader van hun betoog dat de eigendom van de objecten behorend tot de collecties van Tavrida CM, Kerch HCP en Bakhchisaray HCP aan de ARK toebehoort

(onder meer) beroepen op de Verordening van het Kabinet van Ministers van Oekraïne nr. van 29 augustus 1994 "On the transfer of state-owned national property into the ownership of the Crimea" en de daaraan toegevoegde lijst van state-owned national assets transferred into the ownership of the Republic of Crimea waarin onder het hoofd "culture" is vermeld 'museums'. De Krimmusea hebben zich voorts beroepen op diverse Oekraïense en Krimse regelgeving van formele en materiële aard die steun biedt aan hun standpunt dat de ARK wel degelijk eigenaar kon zijn van museumstukken behorend tot het Oekraïens Museumfonds. Zij hebben in dit verband onder meer gewezen op de artikelen 318 jo. 2 lid 2 en 168 van het Oekraïens Burgerlijk Wetboek (verder: CCU), artikel 138 van de Oekraïense Grondwet, artikelen 3, 18 en 26 van de Grondwet van de ARK uit 1998, (goedgekeurd door de Staat Oekraïne bij wet van 23/12/1998 no. 350-XIV) en artikel 8 van de Oekraïense wet inzake de autonome status van de Krim Republiek uit 1995.

Ten slotte valt, zoals gezegd, uit de oprichtingsaktes van de musea op te maken dat het Krimse instituties betreft, die aan de ARK een recht van operationeel beheer ontlenden.

### 3.31.

Dat de ARK geen eigenaar kon zijn van de onderhavige museumstukken is in het licht van het voorgaande niet voldoende aannemelijk geworden. Het standpunt van de Staat Oekraïne dat de onderhavige museumstukken aan hem in eigendom toebehoren en reeds daarom aan hem teruggegeven moeten worden ontbeert daarmee een voldoende solide basis. Het hof kan niet vaststellen of de Staat Oekraïne moet worden aangemerkt als eigenaar van de museumstukken. Blijkens hetgeen hierna wordt overwogen, is het echter, voor een beslissing op de vorderingen zoals zij voorliggen, ook niet nodig dat het hof beslist over de vraag of de Staat Oekraïne dan wel de ARK als eigenaar van de museumstukken moet worden aangemerkt.

### 3.32.1.

Ook de onderhavige museumstukken behoren immers tot het Oekraïens Museumfonds en vallen daarmee onder het (beschermende) regime van de Museumwet, ongeacht of zij eigendom van de Staat Oekraïne zijn of eigendom van de ARK. Het hof verwijst naar hetgeen hierboven in rov. 3.25 is overwogen met betrekking tot, kort gezegd, de rechtsgeldigheid van de krachtens de Museumwet vastgestelde Resolution, de op basis daarvan door de Minister van Cultuur gegeven Order No. 292 en

het bestaan van een gevaar als in die Order bedoeld. Dit geldt mutatis mutandis ook waar het de onderhavige museumstukken betreft.

### 3.32.2.

De betekenis die aan de gelding van dit regime toekomt wordt onder meer geïllustreerd doordat het, zoals hiervoor overwogen, het Ministerie van Cultuur van Oekraïne is geweest dat onder strikte voorwaarden en, onder verwijzing naar de Regulations on the Museum Fund of Ukraine, de exportvergunningen heeft verleend die aan de uitleen aan het APM van de onderhavige museumstukken ten grondslag liggen.

### 3.32.3.

Hoewel de museumstukken afkomstig zijn uit de Krim en in zoverre ook als Krims erfgoed zijn te beschouwen, maken zij deel uit van het cultureel erfgoed van Oekraïne zoals deze laatste sinds 1991 als onafhankelijke staat heeft bestaan. In het licht hiervan moet het cultureel belang bij het behoud van de museumstukken als zwaarwegend openbaar belang van de Staat Oekraïne worden beschouwd.

De Staat Oekraïne heeft dit belang gewaarborgd door in 1995 de Museumwet in te voeren, inhoudend, zoals hierboven uiteengezet, een beschermend regime met betrekking tot cultuurgoederen die tot het Oekraïens Museumfonds behoren, met daarbij de mogelijkheid om in een op deze wet gebaseerde Ministeriële Regulation aan die bescherming verdere invulling te geven. Daaraan is gevolg gegeven door op 20 juli 2000 die Regulation in te voeren en deze vervolgens op 23 maart 2014 te amenderen in de hierboven onder 3.25.1 vermelde zin. Dat artikel 41 van de Regulation eerst in 2014 in aangevuld met de thans ingeroepen mogelijkheid tot afgifte tot bewaring is niet van belang voor de materiële werkingssfeer daarvan en voor het daaraan te verbinden rechtsgevolg.

In het licht van dit zwaarwegende openbare belang van de Staat Oekraïne leidt het bepaalde in artikel 10:7 BW ertoe dat aan het regime van de Museumwet met de daarop gebaseerde Regulation en Order No. 292 gevolg moet worden toegekend. Het hof heeft zich hierbij rekenschap gegeven van het feit dat niet snel tot de toepasselijkheid van een zogenoemde voorrangregel (bepaling van bijzonder dwingend buitenlands recht) kan worden besloten. Dat dit onder omstandigheden wel mogelijk is, blijkt echter uit het feit dat de wetgever deze mogelijkheid in de wet heeft opgenomen.

Dat het hier gaat om handhaving van zwaarwegende openbare belangen en dat het onderhavige geval nauw met de Staat Oekraïne is verbonden valt gelet op het doel en de strekking van de Museumwet en de daarop gebaseerde maatregelen (zoals gezegd de bescherming en het behoud van Oekraïens cultuurbezit) in redelijkheid niet te betwisten. Het gaat hier dan ook ontegenzeggelijk om voorschriften die ingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ter wille van zwaarwegende culturele belangen welke belangen geacht moeten worden zwaarder te wegen dan die van de daarbij betrokken rechtssubjecten, in dit geval de Krimmusea, ook als het belang van het bijeenhouden van de collecties wordt meegewogen.

Dat het feit dat de museumstukken inmiddels in Nederland verblijven niettemin zou meebrengen (op grond van artikel 10:127 en 10:130 BW) dat het beschermende regime van de Museumwet (en de mogelijkheid om op basis daarvan maatregelen te nemen gericht op de bescherming daarvan) niet meer zou gelden, kan niet worden aanvaard. De Staat Oekraïne heeft zijn grote belang bij het intact laten van zijn nationaal cultureel erfgoed voldoende overtuigend toegelicht en zoals gezegd moet aan de maatregelen ter waarborging daarvan in de gegeven omstandigheden voorrang worden toegekend. Er is voorts des te meer reden om bedoelde Oekraïense publiekrechtelijke regels toe te passen in dit geschil tussen de Staat Oekraïne en de Krimmusea, die Oekraïense rechtssubjecten zijn.

Het hof verwerpt in dit verband ten slotte het betoog van de Krimmusea dat het feit dat Order No. 292 slechts is gericht op het veiligstellen van de onderhavige museumstukken en geen (verdere) externe werking heeft eraan in de weg staat dat aan het hier besproken beschermende regime, waarvan deze maatregel een constitutief element is, voorrang wordt toegekend. Het Nederlandse IPR stelt geen nadere regels aan de reikwijdte van de ingeroepen voorrangregel.

Positie van het APM als contractspartij van de Krimmusea en bewaarder van de museumstukken

### 3.33.

Blijkens het voorgaande zal in beginsel afgifte van de museumstukken aan de Staat Oekraïne dienen plaats te vinden. Hieraan ligt ten grondslag een op de Museumwet gebaseerde Order van de Minister van Cultuur van Oekraïne die is gegeven in verband met de door de afscheiding van de Krim ontstane situatie en het als gevolg daarvan bestaande gevaar van verlies van de tot het Oekraïense

Museumfonds behorende objecten. Afgifte aan de Staat Oekraïne zou echter achterwege moeten blijven indien dat zou volgen uit de hierna te bespreken contractuele grondslag van de vordering van de Krimmusea.

### Opschorting

#### 3.34.

Nadat de Staat Oekraïne zich bij brief van 31 maart 2014 tot het APM had gericht met de mededeling dat de objecten tot het Museumfonds van Oekraïne behoorden en aan de Staat Oekraïne dienden te worden teruggegeven is het APM bij brief van 22 mei 2014 van de hierboven bedoelde Order in kennis gesteld. Na ontvangst daarvan was sprake van redelijke twijfel omtrent de vraag wie als de ware creditor met betrekking tot de teruggave van de museumstukken kon worden aangemerkt, de Krimmusea als zijn contractuele wederpartij dan wel de Staat Oekraïne. Toen mocht het APM zijn verplichting daartoe, ingevolge het op de contractuele relatie toepasselijke Oekraïens recht, op de voet van artikel 527 lid 2 CCU opschorten, hetgeen hij heeft gedaan, zoals hij bij brieven van 14 juli 2014 aan de Staat Oekraïne en de Krimmusea heeft medegedeeld. Het hof verwijst in dit verband naar de door het APM bij memorie van antwoord overgelegde opinie van de Oekraïense advocaat Olexander Droug van 28 maart 2018, waarin wordt uiteengezet dat als een debiteur aanwijzingen heeft dat er een wijziging is gekomen in de gerechtigdheid tot zaken die hij krachtens overeenkomst dient af te geven, hij die zaken niet zonder meer aan zijn contractuele wederpartij mag afgeven, omdat hij anders handelt in strijd met de beginselen van fairness, reasonableness and justice. Aangenomen moet worden dat zich in het onderhavige geval in redelijkheid een dergelijke situatie voordeed en dat het APM met betrekking tot die gerechtigdheid in zodanige onzekerheid verkeerde dat hij een rechterlijk oordeel daaromtrent mocht afwachten. Die onzekere situatie bestond op grond van voornoemde brieven van de Staat Oekraïne, mede gezien tegen de achtergrond van de ontwikkelingen op de Krim en het door de Krimmusea in correspondentie ingenomen standpunt, in ieder geval reeds op 12 juni 2014, de datum waarop het APM ingevolge artikel 2.2.11 van de in 2013 met de Krimmusea gesloten bruikleenovereenkomsten de museumstukken uiterlijk diende terug te geven. In het licht hiervan kan de status/betekenis van de door het APM en de Krimmusea ondertekende aanvullende overeenkomsten van 6 februari 2014, waarin is neergelegd dat de periode van inbruikleengeving

van de museumstukken tot 20 september 2014 werd verlengd, in het midden blijven.

3.35.

Voor de vraag aan wie het APM de museumstukken moet teruggeven en de door de Krimmusea op contractuele basis gevorderde teruggave komt het aan op de betekenis van die contractuele verplichting in de gegeven situatie. Die biedt onvoldoende grond voor toewijzing van de vordering. Aangenomen moet immers worden dat de hiervoor besproken rechten van de Staat Oekraïne op afgifte ter bescherming van museumstukken die tot zijn Museumfonds behoren (naar het in deze toepasselijke Oekraïens recht) voorrang hebben boven verbintenisrechtelijke aanspraken van de Krimmusea en deze in zoverre doorkruisen. In zoverre is inderdaad sprake van een "impossibility of (...) performance" als bedoeld in artikel 607 CCU die leidt tot beëindiging van de teruggaveverplichting.

Gelet hierop valt het APM geen (relevante) toerekenbare tekortkoming/verzuim te verwijten met betrekking tot het niet teruggeven van de museumstukken aan de Krimmusea en de afgifte daarvan aan de Staat Oekraïne. Het feit dat het APM de tijdige teruggave van de museumstukken jegens de Krimmusea heeft gegarandeerd maakt dit niet anders.

3.36.

In het licht van het voorgaande valt niet in te zien welk belang het APM heeft bij de door hem gevorderde en door de rechtbank toegewezen ontbinding van de bruikleenovereenkomsten. Daarbij komt dat de tussen partijen gesloten bruikleenovereenkomsten van bepaalde duur waren en reeds in 2014 geëindigd waren. Ook in zoverre bestond er onvoldoende grond om bij vonnis van 14 december 2016 de ontbinding daarvan uit te spreken. Daarom zal het vonnis op dit punt worden vernietigd.

3.37.

Het voorgaande brengt mee dat de door de Krimmusea jegens het APM ingestelde vordering tot schadevergoeding terecht niet toewijsbaar is geacht. Van een (relevante) tekortkoming/verzuim aan de zijde van het APM in verband met het niet teruggeven van de museumstukken kan immers niet worden gesproken.

3.38.

De slotsom is dat de Krimmusea aan de met het APM gesloten overeenkomsten geen aanspraak op teruggave van de museumstukken kunnen ontlenen en hun daartoe strekkende vordering terecht door de rechtbank is afgewezen. Het vonnis zal op het punt van de onder 5.8 in reconventie uitgesproken ontbinding worden vernietigd. De door het APM subsidiair gevorderde verklaring voor recht dat de verplichting tot teruggave van de museumstukken aan de Krimmusea is geëindigd, zal worden toegewezen. In de gegeven situatie heeft hij daarbij voldoende belang. Dat geldt niet voor de primair gevorderde verklaring voor recht dat de bruikleenovereenkomsten zijn geëindigd; aan hun belang is voldoende recht gedaan door toewijzing van de subsidiair gevorderde verklaring voor recht.

3.39.

De rechtbank heeft in haar vonnis (rov. 4.36) uiteengezet welke door het APM in het kader van het onderhavige geschil opgevoerde kostenposten voor vergoeding door de Staat Oekraïne in aanmerking komen. Daarover bestaat in hoger beroep geen discussie, behoudens dat artikel 1011a Rv blijkens het voorgaande niet als grondslag voor de afgifte geldt en artikel 1011c Rv in zoverre rechtstreekse toepassing mist. Dat deze kosten van het APM door de Staat Oekraïne bij afgifte aan hem moeten worden vergoed staat echter tussen partijen vast, zodat de vraag wat daarvan de rechtsgrondslag is bij gebrek aan belang geen nadere bespreking behoeft. Het hof gaat ervan uit dat ook de na het vonnis door het APM gemaakte kosten die in dezelfde categorieën vallen als de in het vonnis als toewijsbaar genoemde kostenposten door de Staat Oekraïne aan het APM zullen worden vergoed.

3.40.

Partijen hebben geen feiten gesteld en te bewijzen aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, hun bewijsaanbiedingen worden derhalve gepasseerd.

slotsom

3.41.

Het voorgaande brengt mee dat de door de Krimmusea tegen het bestreden

vonnis gerichte grieven niet tot een andere uitkomst van het geding leiden en, hoewel gedeeltelijk gegrond, geen doel treffen. Het vonnis voor zover in conventie gewezen zal worden bekrachtigd.

Voor zover in reconventie gewezen zal het vonnis op het punt van de uitgesproken ontbinding van de

bruikleenovereenkomsten worden vernietigd en voor het overige worden bekrachtigd. Voorts zal de door het APM in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht in de hierna te vermelden zin worden toegewezen.

Het hof ziet, gelet op de betrokken belangen, geen aanleiding om, anders dan de rechtbank heeft gedaan, de beslissing tot afgifte aan de Staat Oekraïne uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

#### proceskosten

3.42.

De Krimmusea dienen, als in het ongelijk gestelde partij, de kosten van het principaal appel te dragen. In het incidenteel appel zullen de kosten worden gecompenseerd, nu het APM en de Krimmusea als over en weer deels in het ongelijk kunnen worden beschouwd. Nu het incidenteel appel zich inhoudelijk niet richt tegen de Staat Oekraïne en hij in dat kader (afgezien van een akte zonder bijzondere inhoud) ook geen kosten heeft gemaakt behoeft in zoverre niet over de proceskosten beslist te worden.

#### **4 Beslissing**

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover daarbij in reconventie onder 5.8 de ontbinding van de bruikleenovereenkomsten is uitgesproken; verklaart voor recht dat de verplichting tot teruggave van de museumstukken aan de Krimmusea is geëindigd; bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige; veroordeelt de Krimmusea in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van het APM begroot op € 716,- aan verschotten en op € 3.342,- voor salaris en op € 163,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 85,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan en aan de zijde van de Staat Oekraïne op € 716,- aan verschotten en op € 3.342,- voor salaris; verklaart de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; compenseert de kosten van het incidenteel appel aldus, dat elke partij de eigen kosten draagt; wijst af het anders of meer gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, E.E. van Tuyl van Serooskerken-Röell en G.C.C. Lewin en uitgesproken op 26 oktober 2021.

**II. Ledigliche Kennzeichnung einer „Reproduktion“ gewährleistet urheberrechtlichen Schutz; Urteil des französischen Kassationshofes, vom 24.11.2021; Az-19-19-942**

C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des modalités de réparation de l'atteinte aux droits d'auteur qu'elle avait retenue qu'une cour d'appel a estimé, en application des dispositions de l'article L. 331-1-4, alinéa 1, du code de la propriété intellectuelle, que l'apposition de la mention "REPRODUCTION" au dos d'un tableau contrefaisant, de manière visible à l'oeil nu et indélébile, suffisait à garantir l'éviction de cette oeuvre des circuits commerciaux

**Texte de la décision**

COUR DE CASSATION

Audience publique du 24 novembre 2021

Rejet

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 726 FS-B

Pourvoi n° U 19-19.942

Aide juridictionnelle totale en demande au profit de M. [C]. Admission du bureau d'aide juridictionnelle près la Cour de cassation en date du 1er septembre 2020.

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE  
CHAMBRE CIVILE, DU 24 NOVEMBRE 2021

1°/ M. [N] [C], domicilié [Adresse 2], agissant en qualité d'héritier de [V] [I],

2°/ M. [O] [V] [A], domicilié [Adresse 5] (Suisse), agissant en qualité d'ayant droit de [V] [I],

3°/ Mme [L] [M] [A], épouse [E], domiciliée [Adresse 5] (Suisse), agissant en qualité d'héritière de [V] [I],

4°/ Mme [Z] [M] [A], veuve [X], domiciliée [Adresse 3] (États-Unis), agissant en qualité d'ayant droit de [V] [I],

5°/ l'Association pour la défense et la promotion de l'oeuvre de [V] [I] dite Comité [V] [I], dont le siège est [Adresse 1],

ont formé le pourvoi n° U 19-19.942 contre l'arrêt rendu le 15 février 2019 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 2), dans le litige les opposant à M. [J] [H], domicilié [Adresse 4] (République Tchèque), défendeur à la cassation.

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Le Gall, conseiller référendaire, les observations de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de MM. [C] et [A], et de Mmes [L] et [Z] [A], en qualité d'ayants droit et de l'Association pour la défense et la promotion de l'oeuvre de [V] [I] dite Comité [V] [I], de la SCP Bernard Hémerly, Carole Thomas-Raquin, Martin Le Guerer, avocat de M. [H], et des avis de M. Chaumont, avocat général, après débats en l'audience publique du 5 octobre 2021 où étaient présents M. Chauvin, président, Mme Le Gall, conseiller référendaire rapporteur, Mme Duval-Arnould, conseiller doyen, MM. Girardet, Avel, Mornet, Chevalier, Mmes Kerner-Menay, Bacache-Gibelli, M. Bruyère, conseillers, M. Vitse, Mmes Dazzan, Kloda, M. Serrier, Mme Champ, conseillers référendaires, M. Chaumont, avocat général, et Mme Tinchon, greffier de chambre, la première chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

**Exposé du litige**

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 15 février 2019), MM. [C] et [A] et Mmes [L] et [Z] [A], ayants droit de l'artiste [V] [I] (les consorts [C]-[A]), ont constitué l'Association pour la défense et la promotion de l'oeuvre de [V] [I], dite Comité [V] [I] (le comité).

2. Le 25 mai 2012, M. [H] a saisi le comité d'une demande de certification et lui a remis à cette fin un tableau intitulé « Femme nue à l'éventail » portant la signature « M. Ch. P ».

3. Estimant qu'il s'agissait d'une oeuvre contrefaisante, les consorts [C]-[A] et le comité,

autorisés judiciairement, ont fait procéder à la saisie réelle du tableau, puis ont assigné M. [H] en contrefaçon et destruction de l'oeuvre.

4. A l'issue d'une mesure d'expertise, il a été jugé que le tableau n'était pas de la main de [V] [I] et constituait une oeuvre contrefaisante.

### **Moyens**

Examen des moyens

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

5. Les consorts [C]-[A] et le comité font grief à l'arrêt d'ordonner l'apposition, de manière visible à l'oeil nu et indélébile, au dos de l'oeuvre contrefaisante, de la mention « REPRODUCTION », par un huissier de justice qui pourra se faire assister du technicien de son choix, et de rejeter leur demande de destruction de l'oeuvre contrefaisante, alors :

« 1°/ que le contrôle de proportionnalité imposé par la Convention européenne des droits de l'Homme n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de conflits entre deux droits protégés par celle-ci et non entre un droit de propriété licite et la détention illicite d'une oeuvre contrefaisante ; que le propriétaire d'une oeuvre contrefaisante n'est pas fondé à bénéficier des dispositions de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que l'oeuvre litigieuse méconnaît les droits d'auteurs appartenant aux ayants droits de l'auteur de l'oeuvre originale contrefaite ; qu'en jugeant que M. [H] propriétaire d'une oeuvre contrefaisante, ne devait pas être sanctionné par la destruction du tableau litigieux, dès lors qu'une telle sanction serait disproportionnée et en mettant, ainsi, en balance les droits licites des ayants droits de [V] [I] et un « droit » illicite, de M. [H] sur une oeuvre contrefaisante, la cour d'appel a violé les articles 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et L. 122-1, L. 122-3 et L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle ;

2°/ qu'en présence de conflits entre deux droits protégés par la convention il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ; qu'en jugeant que M. [H], propriétaire d'une oeuvre contrefaisante, ne devait pas être sanctionné par la destruction du tableau litigieux dès lors qu'une telle sanction serait disproportionnée, sans prendre en compte les

intérêts légitimes des ayants droit de l'artiste et de la protection des oeuvres artistiques, et comparer, in concreto, la légitimité des intérêts en présence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et L. 122-1, L. 122-3 et L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle.

### **Motivation**

#### Réponse de la Cour

6. D'une part, il n'a pas été soutenu, devant les juges du fond, que le droit de propriété de M. [H] sur le support de l'oeuvre serait illégitime.

7. D'autre part, la cour d'appel n'était pas tenue de procéder à une recherche relative à une mise en balance des intérêts en présence, qui ne lui était pas demandée.

8. Le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit en sa première branche, et comme tel irrecevable, n'est pas fondé pour le surplus.

### **Moyens**

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

9. Les consorts [C]-[A] et le comité font le même grief à l'arrêt, alors :

« 1°/ que toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayant cause est illicite et doit être sanctionnée ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que le tableau litigieux était une « reproduction de l'oeuvre faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits » et donc une « contrefaçon », la cour d'appel a jugé qu'il convenait de le restituer à M. [H] après avoir fait procéder « à l'apposition de la mention "REPRODUCTION" au dos du tableau » ; qu'en statuant de la sorte et en ne sanctionnant pas la contrefaçon dont elle a constaté l'existence, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a violé les articles L. 122-1, L. 122-3 et L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle ;

2°/ que toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayant cause est illicite et doit être sanctionnée ; que la mention selon laquelle une oeuvre constitue la reproduction d'une oeuvre originale informe le public qu'il ne s'agit pas d'un original mais d'une copie mais ne lui permet pas savoir que cette copie a été, ou non, faite avec

l'accord de l'auteur ou de ses ayants droits et donc si elle est, ou non, licite ; qu'en jugeant, après avoir constaté que le tableau litigieux était une « reproduction de l'oeuvre faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits » et donc une « contrefaçon », qu'il convenait de le restituer à M. [H] après avoir fait procéder « à l'apposition de la mention "REPRODUCTION" au dos du tableau », la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L. 122-1, L. 122-3 et L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle.

### **Motivation**

#### Réponse de la Cour

10. C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des modalités de réparation de l'atteinte retenue que la cour d'appel a estimé, en application des dispositions de l'article L. 331-1-4, alinéa 1er, du code de la propriété intellectuelle, que l'apposition de la mention « REPRODUCTION » au dos de l'oeuvre litigieuse, de manière visible à l'oeil nu et indélébile, suffisait à garantir une éviction de ce tableau des circuits commerciaux.

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

### **Dispositif**

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne MM. [C] et [A] et Mmes [L] et [Z] [A], et l'Association pour la défense et la promotion de l'oeuvre de [V] [I], dite Comité [V] [I], aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre novembre deux mille vingt et un.

### **Moyens annexés**

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat aux Conseils, pour MM. [C] et [A] et Mmes [L] et [Z] [A], et l'Association pour la défense et la promotion de l'oeuvre de [V] [I].

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR, après avoir dit que l'oeuvre n'était pas de la main de [V] [I] et constituait une oeuvre contrefaisante, ordonné

l'apposition, de manière visible à l'oeil nu et indélébile, au dos de l'oeuvre contrefaisante de la mention "REPRODUCTION", en présence des parties ou de tout mandataire de leur choix, aux frais de M. [H], par un huissier de justice qui pourra se faire assister du technicien de son choix et d'AVOIR rejeté la demande des exposants tendant à la destruction du tableau contrefaisant ;

AUX MOTIFS QU'aucun élément n'est de nature à réellement remettre en cause les conclusions suffisamment précises et circonstanciées de l'expert judiciaire qui est d'avis que l'huile sur carton litigieuse n'est pas de la main de [V] [I] ; que la contrefaçon, définie par la reproduction de l'oeuvre faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits, est ainsi à suffisance caractérisée et le jugement du 23 mars 2017 sera confirmé sur ce point ; qu'en revanche, la mesure de remise du tableau aux fins de destruction présente, au regard des circonstances de la cause, un caractère disproportionné, et il convient dès lors de faire droit, dans les termes du dispositif ci-après, à la demande subsidiaire de M. [H] tendant à obtenir la main levée de la saisie et la remise du tableau litigieux sauf à ce qu'il soit procédé, préalablement à cette restitution du tableau à son propriétaire, à l'apposition de la mention "REPRODUCTION" au dos du tableau, une telle disposition suffisant à garantir une éviction de ce tableau des circuits commerciaux ;

1°) ALORS QUE le contrôle de proportionnalité imposé par la Convention européenne des droits de l'Homme n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de conflits entre deux droits protégés par celle-ci et non entre un droit de propriété licite et la détention illicite d'une oeuvre contrefaisante ; que le propriétaire d'une oeuvre contrefaisante n'est pas fondé à bénéficier des dispositions de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que l'oeuvre litigieuse méconnaît les droits d'auteurs appartenant aux ayants droits de l'auteur de l'oeuvre originale contrefaite ; qu'en jugeant que M. [H] propriétaire d'une oeuvre contrefaisante, ne devait pas être sanctionné par la destruction du tableau litigieux, dès lors qu'une telle sanction serait disproportionnée et en mettant, ainsi, en balance les droits licites des ayants droits de [V] [I] et un « droit » illicite, de M. [H] sur une oeuvre contrefaisante, la cour d'appel a violé les articles 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et L. 122-1, L. 122-3 et L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle ;

2°) ALORS QU'en toute hypothèse, en présence de conflits entre deux droits protégés par la convention il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ; qu'en jugeant que M. [H], propriétaire d'une oeuvre contrefaisante, ne devait pas être sanctionné par la destruction du tableau litigieux dès lors qu'une telle sanction serait disproportionnée, sans prendre en compte les intérêts légitimes des ayants droit de l'artiste et de la protection des oeuvres artistiques, et comparer, in concreto, la légitimité des intérêts en présence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et L. 122-1, L. 122-3 et L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle du code de la propriété intellectuelle.

#### SECOND MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR, après avoir dit que l'oeuvre n'était pas de la main de [V] [I] et constituait une oeuvre contrefaisante, ordonné l'apposition, de manière visible à l'oeil nu et indélébile, au dos de l'oeuvre contrefaisante de la mention "REPRODUCTION", en présence des parties ou de tout mandataire de leur choix, aux frais de M. [H], par un huissier de justice qui pourra se faire assister du technicien de son choix ;

AUX MOTIFS QU'aucun élément n'est de nature à réellement remettre en cause les conclusions suffisamment précises et circonstanciées de l'expert judiciaire qui est d'avis que l'huile sur carton litigieuse n'est pas de la main de [V] [I] ; que la contrefaçon, définie par la reproduction de l'oeuvre faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits, est ainsi à suffisance caractérisée et le jugement du 23 mars 2017 sera confirmé sur ce point ; qu'en revanche, la mesure de remise du tableau aux fins de destruction présente, au regard des circonstances de la cause, un caractère disproportionné, et il convient dès lors de faire droit, dans les termes du dispositif ci-après, à la demande subsidiaire de M. [H] tendant à obtenir la mainlevée de la saisie et la remise du tableau litigieux sauf à ce qu'il soit procédé, préalablement à cette restitution du tableau à son propriétaire, à l'apposition de la mention "REPRODUCTION" au dos du tableau, une telle disposition suffisant à garantir une éviction de ce tableau des circuits commerciaux ;

1°) ALORS QUE toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayant cause est

illicite et doit être sanctionnée ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que le tableau litigieux était une « reproduction de l'oeuvre faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits » et donc une « contrefaçon » (arrêt, p. 7, al. 5), la cour d'appel a jugé qu'il convenait de le restituer à M. [H] après avoir fait procéder « à l'apposition de la mention "REPRODUCTION" au dos du tableau » (arrêt p. 7, al. 6) ; qu'en statuant de la sorte et en ne sanctionnant pas la contrefaçon dont elle a constaté l'existence, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a violé les articles L. 122-1, L. 122-3 et L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle

2°) ALORS QU'en toute hypothèse, toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayant cause est illicite et doit être sanctionnée ; que la mention selon laquelle une oeuvre constitue la reproduction d'une oeuvre originale informe le public qu'il ne s'agit pas d'un original mais d'une copie mais ne lui permet pas savoir que cette copie a été, ou non, faite avec l'accord de l'auteur ou de ses ayants droits et donc si elle est, ou non, licite ; qu'en jugeant, après avoir constaté que le tableau litigieux était une « reproduction de l'oeuvre faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits » et donc une « contrefaçon » (arrêt, p. 7, al. 5), qu'il convenait de le restituer à M. [H] après avoir fait procéder « à l'apposition de la mention "REPRODUCTION" au dos du tableau » (arrêt p. 7, al ; 6), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L. 122-1, L. 122-3 et L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle.

**III. Verfassungsbeschwerde gegen einzelne Vorschriften des Kulturgutschutzgesetzes Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des ersten Senats vom 28.06.2021; Az. 1 BvR 1727/17**

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvR 1727/17 -

- 1 BvR 1728/17 -

- 1 BvR 1729/17 -

- 1 BvR 1746/17 -

In den Verfahren

über

die Verfassungsbeschwerden

I. der G... GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer P... und P...,

gegen § 21 Nummer 2, Nummer 3, § 24, § 28, § 30, § 32 Absatz 1, § 40, § 42 Absatz 1, § 44, § 83, § 84 des Gesetzes zum Schutz von Kulturgut (Kulturgutschutzgesetz – KGSG) vom 31. Juli 2016 (Bundesgesetzblatt I Seite 1914), zuletzt geändert durch Artikel 40 des Gesetzes vom 20. November 2019 (Bundesgesetzblatt I Seite 1626)

**- 1 BvR 1727/17 -,**

II.

1. der K... KG, vertreten durch den geschäftsführenden Gesellschafter Prof. H...,

2. der V... KG, vertreten durch die geschäftsführenden Gesellschafter Prof. H... und K...,

gegen § 21 Nummer 2, Nummer 3, § 24, § 28, § 30, § 32 Absatz 1, § 40, § 42 Absatz 1, § 44, § 83, § 84 des Gesetzes zum Schutz von Kulturgut (Kulturgutschutzgesetz – KGSG) vom 31. Juli 2016 (Bundesgesetzblatt I Seite 1914), zuletzt geändert durch Artikel 40 des Gesetzes vom 20. November 2019 (Bundesgesetzblatt I Seite 1626)

**- 1 BvR 1728/17 -,**

III. der J... OHG, vertreten durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter Dr. A..., - Bevollmächtigte zu I. bis III.: ... -

gegen § 21 Nummer 2, Nummer 3, § 24, § 28, § 30, § 32 Absatz 1, § 40, § 42 Absatz 1, § 44, § 83, § 84 des Gesetzes zum Schutz von Kulturgut (Kulturgutschutzgesetz – KGSG) vom 31. Juli 2016 (Bundesgesetzblatt I Seite 1914), zuletzt geändert

durch Artikel 40 des Gesetzes vom 20. November 2019 (Bundesgesetzblatt I Seite 1626)

**- 1 BvR 1729/17 -,**

IV. der V... GmbH & Co. KG, vertreten durch die V... GmbH, diese vertreten durch ihren alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer E...,- Bevollmächtigte: ... -

gegen § 24 Absatz 1 Nummer 2, Absatz 2, § 42 Absatz 1, § 44 Satz 1 Nummer 1, § 45 Absatz 1, Absatz 2 des Kulturgutschutzgesetzes (KGSG) vom 31. Juli 2016 (Bundesgesetzblatt I Seite 1914), zuletzt geändert durch Artikel 40 des Gesetzes vom 20. November 2019 (Bundesgesetzblatt I Seite 1626)

**- 1 BvR 1746/17 -**

hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch die Richter Paulus, Christ und die Richterin Härtel gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 28. Juni 2021 einstimmig beschlossen:

**Die Verfassungsbeschwerden werden nicht zur Entscheidung angenommen.**

**Gründe:**

I. Die Beschwerdeführerinnen wenden sich mit ihren Verfassungsbeschwerden gegen einzelne Vorschriften des Gesetzes zum Schutz von Kulturgut (Kulturgutschutzgesetz – KGSG).

1. Das Kulturgutschutzgesetz vom 31. Juli 2016 trat am 6. August 2016 in Kraft (BGBl I S. 1914 <1936>). Mit ihm wurde eine umfassende Neuregelung des Rechts des Kulturgutschutzes angestrebt (vgl. BTDrucks 18/7456, S. 1). Kern des Gesetzes sind Regelungen über die Ein- und Ausfuhr von Kulturgütern, die Rückgabe von unrechtmäßig verbrachten Kulturgütern sowie Regelungen über das Inverkehrbringen von Kulturgütern und die dabei vom Handel zu beachtenden Sorgfaltspflichten.

2. Das Ausfuhrverbot aus § 21 Nr. 2, § 24 Abs. 1 KGSG verbietet die Ausfuhr jeglichen Kulturguts, das die in § 24 KGSG angeführten Wert- und Altersgrenzen überschreitet. Das Ausfuhrverbot unterliegt jedoch einem Genehmigungsvorbehalt. Die Beantragung einer solchen Ausfuhrgenehmigung nach § 24 Abs. 1 und Abs. 5 KGSG gibt den Behörden Gelegenheit, von Amts wegen ein Verfahren zur Eintragung des Kulturguts in ein Verzeichnis national wertvollen Kulturguts gemäß § 7 KGSG einzuleiten.

§ 28 KGSG normiert ein Einfuhrverbot bei illegaler Ausfuhr aus dem Herkunftsstaat. Gemäß § 29 Nr. 1

KGSG ist das Einfuhrverbot nicht anzuwenden auf Kulturgut, das sich zum 6. August 2016 rechtmäßig im Bundesgebiet befunden hat, soweit nicht unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Union Abweichendes anordnen. Verstöße gegen das Einfuhrverbot werden gemäß § 83 Abs. 1 Nr. 3 KGSG mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Gemäß § 30 Satz 1 KGSG sind zum Nachweis der Rechtmäßigkeit der Ausfuhr aus dem Herkunftsstaat des Kulturguts entsprechende Unterlagen mitzuführen. Gemäß § 84 Abs. 2 Nr. 1 KGSG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 30 Satz 1 KGSG bei der Einfuhr von Kulturgut, von dem er weiß oder hätte wissen müssen, dass es von einem Mitgliedstaat oder Vertragsstaat als nationales Kulturgut eingestuft oder definiert worden ist, eine dort verlangte Unterlage nicht mit sich führt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 100.000 Euro geahndet werden (§ 84 Abs. 3 KGSG).

§ 21 Nr. 3 KGSG regelt ein Ausfuhrverbot nach einer unrechtmäßigen Einfuhr im Sinne von § 32 Abs. 1 KGSG.

§ 40 KGSG verbietet das Inverkehrbringen von abhandengekommenem, rechtswidrig ausgegrabenem oder unrechtmäßig eingeführtem Kulturgut und knüpft umfangreiche zivilrechtliche Folgen daran, unter anderem die Nichtigkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften über solches Kulturgut.

§ 42 Abs. 1 KGSG regelt besondere Sorgfaltspflichten für das gewerbliche Inverkehrbringen von Kulturgut. Diese werden gemäß § 44 KGSG noch gesteigert, wenn das Kulturgut vermutlich aufgrund von Verfolgung durch den Nationalsozialismus entzogen wurde, es aus einem Staat stammt, der auf der Roten Liste gefährdeter Kulturgüter des Internationalen Museumsrats aufgeführt ist, oder für das Verbot zur Ein- oder Ausfuhr eine EU-Verordnung maßgebend ist.

3. Bei den Beschwerdeführerinnen handelt es sich um Kunst- und Antiquitätenhändler sowie Auktionshäuser. Sie sehen sich durch einzelne Regelungen unter anderem in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und in ihrem Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzt. Sie machen zudem überwiegend einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG geltend.

II. Die Verfassungsbeschwerden sind nicht zur Entscheidung anzunehmen. Annahmegründe nach § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Den Verfassungsbeschwerden kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist ihre Annahme

zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Grundrechte der Beschwerdeführerinnen angezeigt, da sie unzulässig sind.

Das Vorbringen einzelner Beschwerdeführerinnen verfehlt teilweise die Anforderungen an die eigene Betroffenheit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG (1.). Die Verfassungsbeschwerden genügen zudem nicht dem Subsidiaritätsgrundsatz (vgl. BVerfGE 150, 309 <326 ff. Rn. 42 bis 47> m.w.N.). Die angegriffenen Regelungen enthalten auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe, zu deren Auslegung und Anwendung zunächst die Fachgerichte berufen sind. Erst nach der fachgerichtlichen Klärung kann beurteilt werden, inwieweit die Beschwerdeführerinnen durch die angegriffenen Regelungen tatsächlich und rechtlich beschwert sind (2.). Zu dem geltend gemachten „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ fehlt es bereits an der Darlegung, dass dieses unter das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG fällt (3.).

1. Hinsichtlich der Rügen einer unzulässigen Mischverwaltung zwischen Bund und Ländern fehlt es bereits an einer unmittelbaren Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführerinnen. Die Beschwerdeführerinnen der Verfahren 1 BvR 1727/17, 1 BvR 1728/17, 1 BvR 1729/17 beanstanden eine objektive Verfassungswidrigkeit des Gesetzes im Hinblick auf den Verwaltungsausschuss nach § 4 Abs. 3 bis 5 KGSG, auf das Benehmen mit der für Kultur und Medien zuständigen obersten Bundesbehörde bei Entscheidungen nach § 73 Abs. 1 Satz 1 KGSG und § 74 Abs. 1 Satz 1 KGSG sowie auf das Vorschlagsrecht der Bundesbehörde für ein Mitglied der Sachverständigenkommission nach § 14 Abs. 2 Satz 5 KGSG. Warum die Beschwerdeführerinnen dadurch aber unmittelbar in eigenen Grundrechten verletzt sein sollen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG), erschließt sich nicht.

Das Fehlen einer unmittelbaren Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführerinnen gilt auch für die angegriffene Verordnungsermächtigung des für Kultur und Medien zuständigen Mitglieds der Bundesregierung durch § 24 Abs. 3 KGSG, die, soweit vorgetragen oder ersichtlich, noch nicht wahrgenommen wurde. Darauf, ob diese den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG entspricht, obwohl als Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien eine Staatsministerin im Rang einer Parlamentarischen Staatssekretärin gemäß § 8 ParlStG fungiert, kommt es daher nicht mehr an.

2. Die Verfassungsbeschwerden erfüllen zudem nicht die Subsidiaritätsanforderungen (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).

a) Der Grundsatz der Subsidiarität erfordert grundsätzlich, vor Einlegung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern. Das gilt auch, wenn zweifelhaft ist, ob ein entsprechender Rechtsbehelf statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann. Damit soll erreicht werden, dass das Bundesverfassungsgericht nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weitreichende Entscheidungen treffen muss, sondern zunächst die für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts primär zuständigen Fachgerichte die Sach- und Rechtslage vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts aufgearbeitet haben (vgl. BVerfGE 150, 309 <326 Rn. 42> m.w.N.).

Wenn sich eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz wendet, kann daher gegebenenfalls auch die Erhebung einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage zu den zuvor zu ergreifenden Rechtsbehelfen gehören (vgl. BVerfGE 150, 309 <326 Rn. 43> m.w.N.). Entscheidend ist, ob die fachgerichtliche Klärung erforderlich ist, um zu vermeiden, dass das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage trifft. Ein solcher Fall wird in der Regel dann gegeben sein, wenn die angegriffenen Vorschriften auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe enthalten, von deren Auslegung und Anwendung es maßgeblich abhängt, inwieweit ein Beschwerdeführer durch die angegriffenen Vorschriften tatsächlich und rechtlich beschwert ist (vgl. BVerfGE 150, 309 <326 f. Rn. 43 f.> m.w.N.).

Allerdings verlangt der Grundsatz der Subsidiarität nicht, dass Betroffene vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine straf- oder bußgeldbewehrte Rechtsnorm verstoßen und sich dem Risiko einer entsprechenden Ahndung aussetzen müssen, um dann im Straf- oder Bußgeldverfahren die Verfassungswidrigkeit der Norm geltend machen zu können (vgl. BVerfGE 81, 70 <82 f.>; 97, 157 <165>; 138, 261 <271 f. Rn. 23>). Doch genügt eine Verfassungsbeschwerde auch dann nicht dem Grundsatz der Subsidiarität, wenn die Möglichkeit besteht, fachgerichtlichen Rechtsschutz außerhalb eines Straf- oder Bußgeldverfahrens zu erlangen (vgl. BVerfGE 145, 20 <54 Rn. 85>).

b) Demgemäß waren die Beschwerdeführerinnen vor Erhebung der Verfassungsbeschwerden zumutbar gehalten, fachgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, um eine Klärung der verfassungsrechtlich relevanten Sach- und Rechtsfragen herbeizuführen.

aa) Dies gilt zunächst in Bezug auf die erhöhten Sorgfaltspflichten beim gewerblichen Inverkehrbringen von Kulturgütern gemäß § 44 KGSG. Eine fachgerichtliche Auslegung des „zumutbaren Aufwands“ gemäß § 42 Abs. 1 Satz 3 KGSG und seiner Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeit der Anforderungen des § 44 KGSG ist hier zur Klärung der fachrechtlichen Maßstäbe erforderlich. So enthalten die Gesetzesmaterialien den Gedanken, dass bei einem höheren Grad der beruflichen Spezialisierung der zumutbare Aufwand entsprechend höher angesetzt werden könne (vgl. BTDrucks 18/7456, S. 98). Vorstellbar ist ferner, dass auch andere Faktoren wie Einfachheit des Informationszugangs, Erfolgswahrscheinlichkeit, Validität der potentiell zu gewinnenden Erkenntnisse oder die voraussichtliche Dauer weiterer Ermittlungen den im konkreten Fall geforderten zumutbaren Aufwand mitbestimmen. Nur nach Klärung dieser Anforderungen durch die dafür zuständigen Fachgerichte ist eine verfassungsgerichtliche Beurteilung möglich.

bb) Dies gilt ebenso für das Merkmal des Abhandenkommens in § 40 Abs. 1 KGSG mit seinen Bezügen zum allgemeinen Sachenrecht (vgl. § 935 BGB), das anzuwendende ausländische Fachrecht gemäß § 28 Nr. 1, § 30 KGSG sowie die Aufzeichnungspflicht nach § 45 KGSG. Zum Abhandenkommen setzen sich die Verfassungsbeschwerden allein mit einer Auslegung auseinander, derzufolge darunter ein irgendwann einmal einem Eigentümer abhanden gekommenes Kulturgut zu verstehen ist, ohne sich mit anderen möglichen Auslegungen auseinanderzusetzen, nach denen nur Kulturgüter gemeint sind, die dem letzten Eigentümer abhandengekommen sind, denen also die Eigenschaft „abhandengekommen“ aktuell anhaftet (vgl. Jayme, in: Festschrift für Peter Michael Lynen, 2018, S. 239 <243>; Jauß, NJOZ 2018, S. 561 <563>). Indem die Beschwerdeführerinnen diese alternative Auslegung noch nicht einmal in Betracht ziehen, versäumen sie es, einen möglichen Verfassungsverstoß nachvollziehbar darzulegen.

cc) Für die Beurteilung der Frage, ob das Ausfuhrverbot mit Genehmigungsvorbehalt aus § 21 Nr. 2, § 24 Abs. 1 KGSG – wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen – vielfach Fälle erfasst, bei denen sich das Kulturgut als in die Liste der national wertvollen Kulturgüter nicht

eintragungsfähig erweist und daher zur Ausfuhr freizugeben ist, ist ohne fachgerichtliche Klärung nicht zu erkennen, ob massive Verzögerungen in einer signifikanten Anzahl von Fällen auftreten, die kurzfristige Ausfuhr unmöglich machen. Bei den von den Beschwerdeführerinnen genannten Beispielen handelt es sich um Einzelfälle aus dem Jahr 2017, in einer Phase der Etablierung der neuen Regeln, in der aus nachvollziehbaren Gründen zunächst mit einer langsameren Bearbeitung zu rechnen war. Darüber hinaus bleibt zu klären, ob die in § 24 Abs. 7 KGSG vorgeschriebene Zehn-Tages-Frist für die Bearbeitung der Ausfuhranträge und die Möglichkeit der Inanspruchnahme von verwaltungsgerichtlichem Eilrechtsschutz nicht ausreichen, um Beschleunigungserfordernissen des Handels ausreichend Rechnung zu tragen.

Die Verfassungsbeschwerden tragen die Befürchtung vor, wegen ungewisser oder mangelnder Ausfuhrfähigkeit eines Kulturguts sinke die Nachfrage aus dem Ausland, so dass ein erheblicher Wettbewerbsnachteil im international ausgerichteten Kunsthandel entstehe. Hingegen fehlt es an mit konkreten Zahlen belegten Darlegungen zur Relevanz solcher Veräußerungsgeschäfte. Auch das Eintreffen dieser Prognose bleibt zunächst fachgerichtlicher Klärung überlassen.

dd) Ebenso wenig kann ohne fachgerichtliche Prüfung der Erfahrungen seit Inkrafttreten des Gesetzes beurteilt werden, inwiefern angesichts der Stichtagsregelungen des § 29 Nr. 1 und des § 32 Abs. 1 KGSG, nach denen die Regelung auf am Tag des Inkrafttretens des Gesetzes in Deutschland vorhandenes Kulturgut nicht anzuwenden und eine Rückwirkung des Verbots in weitem Umfang ausgeschlossen ist, die Beschwerdeführerinnen durch das Ausfuhrverbot unverhältnismäßig belastet sind.

ee) Auch der wirtschaftlich zumutbare Aufwand zur Erfüllung der Prüfungspflicht für die Provenienz von Kulturgut gemäß § 42 Abs. 1 Satz 3 KGSG kann erst nach fachgerichtlicher Prüfung der Entwicklung seit Inkrafttreten festgestellt werden. Dies gilt insbesondere auch für die Feststellung einer kumulativ erdrosselnden Wirkung des Zusammentreffens der genannten Pflichten (vgl. BVerfGE 145, 20 <81 f. Rn. 156 f.>), zumal ein völliger Niedergang des Kunsthandels weder vorgetragen noch ersichtlich ist.

c) Die Rüge eines Verstoßes der angegriffenen Vorschriften gegen Art. 12 Abs. 1 GG mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes befreit nicht von der Erfüllung der Anforderungen an die

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerden. Erst nach der weiteren Aufklärung der Sachlage wäre das Bundesverfassungsgericht in der Lage, nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu entscheiden, inwieweit die Bestimmungen unter die Freizügigkeit des Warenverkehrs (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG) oder den Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung ins Ausland (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a GG) fallen. Das Bundesverfassungsgericht soll nicht genötigt werden, auf ungesicherter Grundlage weitreichende Entscheidungen zu erlassen (vgl. BVerfGE 74, 102 <113 f.>; 77, 381 <401>; 86, 15 <27>; 102, 197 <207>; 114, 258 <280>), sodass auch insoweit zunächst Rechtsschutz vor den Fachgerichten zu suchen ist.

Ein Verstoß der Regelungen gegen die Bundeskompetenzen folgt allerdings nicht ohne Weiteres aus der – aus dem Fehlen entsprechender Kompetenzen des Bundes zu schließenden (Art. 70 GG, dazu vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 25. März 2021 - 2 BvF 1/20 -, Rn. 82 m.w.N.) – Kulturkompetenz der Länder; die dem Bund zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen enden nicht ohne Weiteres dort, wo Institutionen, Güter oder Akteure des Kulturbereichs betroffen sind (vgl. BVerfGE 135, 155 <196 ff.> m.w.N.). So hat das Bundesverfassungsgericht für Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 Var. 4 GG festgestellt, dass ein kultureller Bezug der Einordnung eines Gegenstands als Ware nicht entgegensteht (vgl. BVerfGE 33, 52 <60 f.>). Auch schließt allein die Möglichkeit von „Kooperationen der Länder“ auf Grundlage gleichlautender Landesregelungen eine Bundeskompetenz nicht aus, da der Sinn der Verfassungssystematik gerade darin liegt, Raum für partikular-differenzierte Regelungen zu eröffnen (vgl. BVerfGE 106, 62 <150>; 111, 226 <254>; 125, 141 <154>).

3. Das Vorbringen zu einem Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG besteht im Wesentlichen aus einer Rüge einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, ohne dass die Verfassungsbeschwerden darlegen, dass diese Rechtsposition überhaupt von der Eigentumsfreiheit geschützt ist (vgl. BVerfGE 143, 246 <331 f. Rn. 240>).

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

## **VI. Kein Anspruch auf Herausgabe oder Finderlohn: Beschluss des OLG Oldenburg, „Dinklager Goldschatz“, vom 07.10.2020; Az. 1 W 17/20**

Wer auf einem Friedhofsgelände Wertsachen (hier: Goldmünzen und Bargeld) entdeckt, die den Umständen nach erst vor kurzem dort versteckt wurden, ist nicht Finder im Sinne der §§ 965 ff. BGB; ebenso wenig handelt es sich um einen Schatzfund gem. § 984 BGB.

Gleiches gilt, wenn ein Mitarbeiter des dort tätig gewordenen Gartenbauunternehmens einen Teil der Wertsachen in Grünabfällen entdeckt, die von dem Friedhof auf das Betriebsgelände verbracht worden waren.

Ein Eigentumserwerb des Entdeckers scheidet in solchen Fällen selbst dann aus, wenn sich ein Empfangsberechtigter nicht ermitteln lässt; eine analoge Anwendung der §§ 973, 984 BGB kommt hier nicht in Betracht.

Ein Anspruch auf Finderlohn ist ebenfalls zu verneinen; § 971 Abs. 1 sowie § 978 Abs. 2 und 3 BGB sind weder unmittelbar einschlägig noch entsprechend anwendbar.

### **Tenor**

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss der 5. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg vom 14.5.2020, durch den der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt worden ist, wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die nicht ermäßigte Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren zu tragen; außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet (§§ 97 Abs. 1, 127 Abs. 4 ZPO i. V. m. Nr. 1812 KV zum GKG).

### **Gründe**

I. Der Antragsteller begehrt mit seinem am 31.12.2019 bei dem Landgericht Oldenburg eingegangenen Prozesskostenhilfesuch Prozesskostenhilfe für die Durchführung eines Klageverfahrens gegen die Antragsgegnerin, in dem er Ansprüche wegen eines Fundes geltend machen will.

Der Antragsteller war bei einem Gartenbauunternehmen beschäftigt, das beauftragt war, auf dem Friedhofsgelände der katholischen Kirchengemeinde (...) in Ort1 Gebüsch und Strauchwerk zwischen dem Friedhofszaun und der daneben belegenen Grabreihe zu entfernen. Als der Chef des Antragstellers am frühen Nachmittag des TT.MM.2016 mit einem Minibagger das Wurzelwerk

aus der gerodeten Fläche herausarbeitete und das zu entsorgende Strauchwerk anschließend mit einer Baggerschaufel auf einen Anhänger lud, entdeckte der Antragsteller in der Baggerschaufel eine Kunststoffbox. Er behauptet, er habe diese zunächst an sich genommen und auf einem benachbarten Grab deponiert. In der Box befanden sich 105.800,- € Bargeld. Der Antragsteller verständigte unverzüglich die Polizei. Bis zum Eintreffen der Polizei entdeckte er im oberen Erdreich hinter einer Grabstelle eine weitere Kunststoffbox, die er dort beließ. In ihr befanden sich 67 Goldmünzen. Die Polizei stellte nach ihrem Eintreffen in dem Areal zwei weitere Kunststoffboxen sicher, die ebenfalls mit Goldmünzen gefüllt waren. Hinsichtlich der Örtlichkeiten wird auf die Lichtbilder Bl. 7-12 der Ermittlungsakte (800 AR 56349/16) Bezug genommen.

Am Folgetag durchsuchte der Antragsteller mit weiteren Personen die zwischenzeitlich auf das Gelände des Gartenbaubetriebs verbrachten Grünabfälle und entdeckte dort zwei weitere mit Goldmünzen gefüllte Kunststoffboxen, die er ebenfalls der Polizei übergab. Nach dem Eintreffen der Polizei wurde eine weitere Kunststoffbox aufgefunden. Wegen der Auffindesituation auf dem Betriebsgelände wird auf die Lichtbilder Bl. 18-20 der o.g. Ermittlungsakte Bezug genommen.

Insgesamt befanden sich in den Boxen 450 Goldmünzen verschiedener Prägungen, denen im Jahr 2016 ein Wert von über 500.000,- € zukam. Das jüngste Prägejahr der aufgefundenen Goldmünzen war 2016.

Bis heute ist ungeklärt, wer Eigentümer der Wertsachen war und wer diese auf dem Friedhofsgelände abgelegt hat. Die Antragsgegnerin hat diese am 18.10.2016 in amtliche Verwahrung genommen.

Der Antragsteller macht in erster Linie die Herausgabe der in Verwahrung befindlichen Wertsachen geltend. Er meint, er sei gem. § 965 BGB Finder der Wertsachen und, nachdem sich kein Berechtigter gemeldet habe, nach Ablauf von sechs Monaten deren Eigentümer geworden, § 973 BGB. Falls die Wertsachen nicht als verloren anzusehen seien, habe es sich um herrenlose Sachen gehandelt, an denen der Eigentümer seine Rechte habe aufgeben wollen. In diesem Fall sei er gem. § 958 BGB Eigentümer geworden. Hilfsweise macht er geltend, es handele sich um einen Schatzfund im Sinne des § 984 BGB mit der Folge, dass er zur Hälfte Eigentum erworben habe.

Er begehrt Hilfsweise für den Fall, dass die Antragsgegnerin die Wertsachen verwertet haben

sollte, Auskunft über den Verwertungserlös sowie die Herausgabe des Erlöses, und für den Fall, dass die Beklagte die Gegenstände unter Wert veräußert haben sollte, die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 14.5.2020 den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zurückgewiesen. Gegen den dem Antragstellervertreter am Folgetag zugestellten Beschluss wendet der Antragsteller sich im Wege der sofortigen Beschwerde, die am 15.6.2020 beim Landgericht eingegangen ist. Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

II. Die gem. §§ 114, 127 Abs. 2, 567 ff. ZPO zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte, sofortige Beschwerde ist in der Sache nicht begründet.

Gem. § 114 ZPO kann Prozesskostenhilfe nur bewilligt werden, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Hinreichende Erfolgsaussicht besteht, wenn es aufgrund der Sachdarstellung des Antragstellers und der vorhandenen Unterlagen bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage möglich erscheint, dass dieser mit seinem Klagebegehren durchdringt.

Das Landgericht hat den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu Recht zurückgewiesen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Erfolgsaussicht bietet.

1. Der Antragsteller hat gegen die Antragsgegnerin keinen eigentumsrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des am TT. und TT.MM.2016 auf dem Friedhofsgelände bzw. dem Betriebsgelände des Gartenbauunternehmens aufgefundenen Bargeldes sowie der aufgefundenen Goldmünzen gem. § 985 BGB, weil er weder ursprünglich Eigentümer war noch infolge des Auffindens Eigentümer der Sachen geworden ist.

a. Der Antragsteller ist nicht dadurch Eigentümer geworden, dass er einen Teil der Boxen entdeckt und der Polizei übergeben hat. Zwar sehen die Vorschriften über den Fund (§§ 965 ff. BGB) einen Eigentumserwerb des Finders vor, wenn sich nicht innerhalb von sechs Monaten nach Anzeige des Fundes ein Empfangsberechtigter gemeldet hat, § 973 BGB.

Das Fundrecht zielt auf die Wahrung der Vermögensintegrität des Verlierers. Gegenstand des Fundrechts sind verlorene Sachen; diese sollen dem Berechtigten wieder zugeführt werden. Versteckte

Sachen verbleiben dagegen zunächst im Besitz desjenigen, der sie versteckt hat. Der Besitz endet gem. § 856 Abs. 1 BGB erst durch den Untergang der tatsächlichen Sachherrschaft, wobei eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt den Besitz nicht beendet, § 856 Abs. 2 BGB. Hat der Besitzer die Sache versteckt oder an einem entfernten Ort zurücklassen müssen, kommt es darauf an, ob ihm nach den äußeren Umständen die Rückkehr an den Belegenheitsort auf eine Weise möglich ist, die die Wiederausübung der tatsächlichen Sachherrschaft ermöglicht (MüKoBGB/Oechsler, 8. Aufl. 2020, § 965 Rn. 4).

Derjenige, der Rechte aus § 973 BGB geltend macht und unter Berufung auf seinen gesetzlichen Eigentumserwerb die Sache herausverlangt, hat die Voraussetzungen seines Eigentumserwerbs darzulegen und zu beweisen (OLG Hamburg, Beschluss vom 16.11.1981 - 1 U 83/81 - MDR 1982, 409; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schuschke, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2019, § 973 Rn 1; MüKoBGB/Oechsler, 8. Aufl. 2020, § 973 Rn 2). Der Antragsteller hat mithin darzulegen und ggfs. zu beweisen, dass es sich bei den aufgefundenen Sachen um verlorene Sachen handelt, die nicht (mehr) im Besitz eines Dritten stehen. Der Senat verkennt nicht die Darlegungsnot des Antragstellers, hinreichende tatsächliche Umstände für einen fehlenden Besitz eines Dritten im Zeitpunkt des Auffindens zu benennen, zumal es sich hierbei um eine negative Tatsache handelt. Selbst wenn vor diesem Hintergrund keine übertriebenen Anforderungen hinsichtlich der Darlegung der fehlenden Besitzverhältnisse im Zeitpunkt des Auffindens zu stellen sind, muss aber zumindest aufgrund der unstreitigen bzw. der vom Antragsteller behaupteten Umstände eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass die Sachen im Zeitpunkt ihres Auffindens durch den Antragsteller nicht (mehr) im Besitz einer anderen Person standen. Dies wäre der Fall, wenn aufgrund der Umstände nicht mehr damit zu rechnen wäre, dass der letzte Besitzer die Sachen wieder an sich nimmt.

Der Antragsteller hat keine hinreichenden Tatsachen vorgebracht, die für eine Besitzlosigkeit der Gegenstände im Zeitpunkt ihres Auffindens sprechen. Vielmehr deuten insbesondere der Auffindeort sowie das Prägedatum der jüngsten Goldmünzen darauf hin, dass der letzte Besitzer die Wertsachen erst kurz vor dem Auffinden durch den Antragsteller dort versteckt hat und nur vorübergehend an der Ausübung der tatsächlichen Sachgewalt gehindert war.

### *aa. Besitzverhältnisse auf dem Friedhofsgelände*

Die Gegenstände waren auf dem Friedhofsgelände im Bereich zwischen Friedhofsmauer und der anschließenden Grabreihe hinter einem Grabstein im Gebüsch bzw. der darunter befindlichen oberen Erdschicht abgelegt. Ungeklärt ist, wie und unter welchen Umständen sie dorthin gelangt sind und welche Beweggründe des letzten Besitzers dazu geführt haben. Allerdings steht aufgrund des Prägedatums der jüngsten Münzen aus dem Jahr 2016 fest, dass zumindest ein Teil der Wertsachen erst kurz zuvor dorthin verbracht worden sein kann. Auch spricht der Auffindeort gegen die Annahme, der letzte Besitzer könne die Gegenstände unbeabsichtigt dort verloren haben. Die Boxen befanden sich hinter einer Grabreihe in einem mit Büschen und Sträuchern zugewachsenen Bereich und damit verborgen an einem Ort, an dem sie nicht ohne Weiteres dem Zugriff Dritter ausgesetzt waren. Auch wenn diese nur oberflächlich mit Erde bedeckt waren, war mit einem alsbaldigen Auffinden der Sachen durch Dritte den äußeren Umständen nach nicht zu rechnen. Es ist daher den Umständen nach davon auszugehen, dass diese dort gezielt vor dem Zugriff Dritter verborgen werden sollten.

Dass sich der letzte Besitzer bis heute nicht gemeldet hat, lässt keinen zuverlässigen Schluss auf eine bereits im Zeitpunkt des Auffindens erfolgte Besitzaufgabe des letzten Besitzers zu. Denn es erscheint ebenso möglich, dass dieser erst nach dem Auffinden der Wertgegenstände durch den Antragsteller davon abgesehen hat, seinen Besitz weiter auszuüben, möglicherweise weil er den Besitz selbst nicht rechtmäßig erlangt hatte. Für die Besitzverhältnisse ist unerheblich, ob der Eigentümer, dem eine Sache gestohlen oder auf andere Weise abhandengekommen ist, weiß, wo sich diese aktuell befindet, solange dem letzten Besitzer, sei er rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Besitzer, der Ablageort bekannt ist. Selbst der Besitz eines Diebes, der seine Beute vergraben hat, dauert fort (Staudinger/Gursky/Wiegand (2017) BGB, § 965 Rn 3).

Schließlich bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte, dass der letzte Besitzer den Ablageort vergessen haben könnte oder sich aus anderen Gründen nicht mehr an diesen erinnern konnte. Da aufgrund des jüngsten Prägedatums davon auszugehen ist, dass zumindest einige der Wertsachen erst kürzlich dort abgelegt worden sind, ist davon auszugehen, dass der Ablageort dem letzten Besitzer noch bekannt und er dementsprechend in der Lage war, seine tatsächliche Sachherrschaft auszuüben. Selbst wenn der letzte Besitzer zwischenzeitlich verstorben sein sollte, wäre der Besitz gem. § 857 BGB auf die Erben

übergegangen, und zwar auch dann, wenn die Erben von dem Aufbewahrungsort keine Kenntnis gehabt haben (OLG Hamburg, MDR 1982, 409).

Bei einer Gesamtbetrachtung der gegebenen Umstände ist von einer fortdauernden tatsächlichen Sachgewalt des letzten Besitzers auszugehen, weil die Wertsachen von diesem an dem Auffindeort versteckt und nicht etwa verloren worden sind. Bei versteckten Sachen ist bei Fehlen anderweitiger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass der letzte Besitzer bis auf Weiteres die tatsächliche Sachherrschaft ausgeübt hat. Die tatsächliche Sachgewalt des früheren Besitzers wurde auch nicht dadurch aufgehoben, dass die Boxen infolge der Baggerarbeiten auf dem Friedhofsgelände bewegt wurden, solange sie sich örtlich im Bereich des ursprünglichen Verstecks befanden.

### *bb. Besitzverhältnisse auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers*

Zwar endete die tatsächliche Sachherrschaft des früheren Besitzers mit dem Verbringen der Erdaushubs mitsamt den darin befindlichen weiteren Boxen zum Betriebsgelände. Dennoch ist der Antragsteller nicht Finder der am Folgetag auf dem Betriebsgelände seines Arbeitgebers entdeckten Boxen geworden, da zwischenzeitlich sein Arbeitgeber Besitz an diesen begründet hatte. In wessen tatsächlicher Herrschaftsgewalt sich eine Sache befindet, hängt maßgeblich von der Verkehrsanschauung ab, d.h. von der zusammenfassenden Wertung aller Umstände des jeweiligen Falls entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens (BGH, Urteil vom 24.6.1987 – VII ZR 379/86 – NJW 1987, 2812). Der Grünabfall mitsamt den darin befindlichen Boxen war auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers abgelegt und befand sich mithin in dessen generellem Herrschaftsbereich. Dem steht nicht entgegen, dass letzterer bis zum Auffinden der Boxen keine positive Kenntnis davon hatte, dass sich in dem Grünabfall weitere Boxen mit Wertgegenständen befanden. Nach der Verkehrsanschauung erstreckte sich der generelle Besitzwille des Arbeitgebers gleichwohl auch auf etwaige in dem Bodenaushub befindliche Wertsachen. Denn nachdem tags zuvor mehrere Boxen in dem Grünabfall entdeckt worden waren, war den Umständen nach nicht ausgeschlossen, dass sich ggfs. weitere Wertsachen in dem Grünabfall befinden könnten. Dass der Arbeitgeber diese nicht dem Zugriff jedes Beliebigen aussetzen wollte, zeigt sich auch daran, dass er sich selbst tags darauf an der Nachsuche nach Wertsachen in dem Grünsaub beteiligt hat. Die mit Wertsachen gefüllten Boxen waren daher bereits vor ihrem

Auffinden von einem generellen Besitzerwerbswillen des Arbeitgebers umfasst, der durch seine Beteiligung an der Nachsuche auch hinreichend nach außen hervorgetreten ist.

Nach alledem war der Antragsteller weder Finder der auf dem Friedhofsgelände noch der tags darauf auf dem Betriebsgelände des Gartenbauunternehmens aufgefundenen Wertsachen. Dass der Antragsteller subjektiv davon ausging, auch bei Auffinden von im Besitz Dritter stehenden Gegenständen Finder im Rechtssinne zu sein, stellt einen im Ergebnis unbeachtlichen Rechtsirrtum dar.

b. Der Anspruchsteller ist auch nicht gem. § 958 BGB Eigentümer der Wertsachen geworden, da diese nicht herrenlos waren. Herrenlos sind Sachen, an denen Eigentum noch nie bestanden hat, aufgegeben oder sonst erloschen ist (Palandt/Herrler, BGB, 79. Aufl. 2020, § 958 Rn 1). Auch insoweit trägt der Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast

(Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schuschke, aaO, § 958 Rn 1). Vorliegend bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass der frühere Eigentümer sein Eigentum aufgegeben hat oder dieses sonst erloschen wäre; im Gegenteil sprechen die Werthaltigkeit der Gegenstände sowie die Auffindesituation dafür, dass der bisherige Eigentümer sein Eigentum auch künftig behalten und nicht wahllos einer potentiellen Aneignung durch Dritte preisgeben wollte.

c. Schließlich hat der Antragsteller auch nicht gem. § 984 BGB hälftiges Eigentum an den Wertsachen erworben. Danach erlangt derjenige, der eine Sache entdeckt, die so lange verborgen gelegen hat, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), zur Hälfte Eigentum. Um einen Schatz handelt es sich nur, wenn der Eigentümer infolge der langen Zeitdauer, nicht aus einem anderen Grund, nicht mehr zu erreichen ist (Soergel/Henssler, BGB, 13. Aufl. 2002, § 984 Rn 5). Wer unter Berufung auf § 984 BGB das Mit- oder Alleineigentum einer Sache für sich reklamiert, muss die Voraussetzungen dieser Norm nachweisen (OLG Hamburg, aaO; Staudinger/Gursky/Wiegand (2017) BGB, § 984 Rn 22; Baumgärtel/Laumen/Prütting, aaO, § 984 Rn 1; Soergel/Henssler, aaO, § 984 Rn 5). Vorliegend ist zwar der Eigentümer nicht zu ermitteln. Allerdings steht aufgrund des jüngsten Prägedatums der Münzen fest, dass die Nichtermittelbarkeit des Eigentümers nicht auf Zeitablauf beruht, sondern auf anderen, letztlich nicht bekannten Umständen, so dass ein Schatzfund im Sinne des § 984 BGB nicht vorliegt.

d. Auch die Voraussetzungen einer analogen Anwendung der Vorschrift über den Eigentumserwerb beim Fund (§ 973 BGB) sind nicht gegeben. In Anbetracht des numerus clausus der Sachenrechte erscheint eine analoge Anwendung gesetzlicher Eigentumserwerbstatbestände von vornherein zweifelhaft. Selbst wenn man eine solche für zulässig erachten wollte, fehlt es hier an einer planwidrigen Regelungslücke, wie sie für eine Analogie erforderlich ist. Die Motive des Gesetzgebers bezogen sich ausdrücklich nur auf verlorene, nicht auf versteckte Sachen. Ausweislich der Beratungen zum BGB wollte der Gesetzgeber „dem Zustande, in welchem nach dem Empfangsberechtigten einer verlorenen Sache gesucht und die Sache für denselben verwahrt und erhalten wird, eine zeitliche Grenze“ setzen und „nach Überschreitung dieser Grenze eine von dem früheren Rechtsbestande unabhängige Neuregelung des Rechtes an der Sache“ herbeiführen. „Der Grund der Rechtsnorm liegt in dem Bedürfnisse, die tatsächliche Herrenlosigkeit der gefundenen Sache bei Erfolglosigkeit der Nachforschungen zu beenden“ (Mugdan, Mat. Bd. III, Seite 212 unter 1., 213 unter 2.). Auch ist die jeweilige Interessenlage bei verlorenen und versteckten Sachen nicht vergleichbar. Bei verlorenen Sachen sinkt mit zunehmendem Zeitablauf die Wahrscheinlichkeit, dass der Berechtigte Ansprüche an der verlorenen Sache geltend machen wird. Nach den Erfahrungen der Fundbüros melden sich Verlierer, wenn überhaupt, ganz überwiegend in den ersten Monaten nach dem Verlust und in durchschnittlich nur 1 % der Fälle erst nach Ablauf von sechs Monaten (vgl. die Gesetzesbegründung zur Verkürzung der Frist zum Eigentumserwerb des Finders von ursprünglich zwölf auf sechs Monate im Jahr 1976, BT-Drucks 7/3559, Seite 4 unter 3.). Eine Neuordnung der Eigentumsverhältnisse nach Ablauf von sechs Monaten erscheint vor diesem Hintergrund gerechtfertigt. Hat der Berechtigte die Sache dagegen versteckt, wird er, da er weiß, wo sich die Sache befindet, diese ggfs. über Jahre oder gar Jahrzehnte unangetastet in dem Versteck belassen. Solange die versteckte Sache dort und damit in der Herrschaftsgewalt des Berechtigten verbleibt, besteht kein Bedürfnis nach einer Neuregelung der Eigentumsverhältnisse.

e. Ähnliche Erwägungen sprechen gegen eine analoge Anwendung der Vorschrift über den Eigentumserwerb beim Schatzfund (§ 984 BGB). Hier muss ausweislich der Motive des historischen Gesetzgebers „die Art und Weise ihrer Verbergung ... dafür sprechen, dass dieser Zustand eine so lange

Zeit gedauert hat, dass jede Hoffnung auf die Ermittlung des Eigentümers als eine vergebliche erscheint.“ Von einem „allgemeinen Okkupationsrecht in Ansehung der Schätze“ hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen (Mugdan, aaO, S. 217 unter 1.). Ein solches wäre auch nicht interessengerecht, da das Herrschaftsinteresse des eine Sache Verbergenden schutzwürdig erscheint, solange mit seinem Zugriff auf die Sache den tatsächlichen Umständen nach noch zu rechnen ist. Ist dagegen die Sache so lange verborgen, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist, erscheint auch der unmittelbare Eigentumserwerb des Entdeckers (im Gegensatz zu dem erst nach sechs Monaten eintretenden Eigentumserwerb des Finders) in der Sache gerechtfertigt. Da vorliegend den Umständen nach damit zu rechnen war, dass der letzte Besitzer die Sache wieder an sich nehmen würde, erscheint ein sofortiger Eigentumserwerb des die Boxen Auffindenden nicht gerechtfertigt.

2. Dem Antragsteller steht kein öffentlich-rechtlicher Herausgabeanspruch gegen die Antragsgegnerin zu. Zwar ist anerkannt, dass ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis entsteht, wenn eine Behörde in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben Gegenstände in Besitz nimmt, die im Eigentum einer Privatperson stehen (Jülich in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. (Stand: 01.02.2020), § 688 BGB Rn 43ff., m.w.N.). Der Antragsteller ist jedoch nicht empfangsberechtigt. Wenn der Finder eine Fundsache an die zuständige Behörde abgeliefert hat, erwirbt er mit dem Eigentum einen Herausgabeanspruch gegen die betreffende Gemeinde (MüKoBGB/Oechsler, aaO, § 973 Rn 6; Staudinger/Gursky/Wiegand, aaO, § 973 Rn 8). Der Antragsteller hat indes, wie dargelegt, kein Eigentum an den Gegenständen erlangt und ist auch sonst nicht empfangsberechtigt. Ein etwa zwischenzeitlich erlangter Besitz berechtigt den Antragsteller gegenüber der Antragsgegnerin nicht zum Empfang der Wertgegenstände, weil er den Besitz mit der Übergabe an die Polizei freiwillig aufgegeben hat und ihm sein fehlendes Besitzrecht bei Besitzerwerb bekannt war, § 1007 Abs. 3 Satz 1 BGB.

3. Ebenso wenig kommen Ansprüche des Antragstellers gegen die Antragsgegnerin aufgrund eines privatrechtlichen Verwahrungsvertrages gem. § 695 Satz 1 BGB in Betracht. Dass der Antragsteller nach dem Auffinden der ersten Boxen die Polizei verständigt und dadurch ermöglicht hat, dass diese sowie die weiteren durch die Polizeibeamten aufgefundenen Boxen letztlich in den Gewahrsam der Antragsgegnerin gelangt sind, kann nicht als stillschweigendes Angebot zum Abschluss eines

Verwahrungsvertrages gewertet werden, wollte der Antragsteller mit der Anzeige bei der Polizei vielmehr offenkundig allein seinen gesetzlichen Pflichten als Finder nachkommen.

4. Ihm steht auch kein Anspruch gegen die Antragsgegnerin wegen eines gemeinsam angestrebten, aber nicht eingetretenen Erfolges der Rückgabe der Wertsachen an den Berechtigten gem. §§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2, 818 Abs. 1 BGB zu. Es fehlt an der erforderlichen tatsächlichen Einigung zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin über den Zweck der Leistung. Weder hat der Anspruchsteller die endgültige Übergabe der Boxen davon abhängig gemacht, dass diese tatsächlich an den ursprünglich Berechtigten zurückgegeben werden können noch hat die Antragsgegnerin mit der Entgegennahme eine entsprechende Zustimmung zum Ausdruck gebracht. Nachdem der Empfangsberechtigte unbekannt geblieben ist, handelte es sich um unanbringbare Sachen im Sinne des § 983 BGB, zu deren Verwertung die öffentlichen Behörden im Rahmen der geltenden Vorschriften (§§ 979 ff. BGB) berechtigt sind. Zur Herausgabe an den Antragsteller, der die Sache aufgefunden und abgeliefert hat, wäre sie dagegen nur verpflichtet, wenn dieser infolge Eigentumserwerbs empfangsberechtigt geworden wäre. Aufgrund der Gesetzesbindung der öffentlichen Verwaltung kann die Entgegennahme nicht als Zustimmung gewertet werden, die Sache an den Anspruchsteller zurückzugeben, sofern der Empfangsberechtigte nicht ausfindig gemacht werden kann.

5. Auch stehen dem Antragsteller keine Ansprüche nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu, weil dieser mit dem Auffinden und der Übergabe der Wertsachen an die Polizei kein Geschäft der Antragsgegnerin geführt hat. Selbst wenn die Vorschriften der §§ 677, 683, 670 BGB anwendbar wären, könnte er als Rechtsfolge nur Aufwendungsersatz, nicht aber die Herausgabe der Wertsachen verlangen.

6. Da dem Antragsteller keine Rechte an den Wertgegenständen zustehen, haben auch die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche auf Herausgabe des Erlöses sowie Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Antragsgegnerin keine Aussicht auf Erfolg.

7. Der Antragsteller hat auch keinen Anspruch auf Finderlohn gegen die Antragsgegnerin. Einen Anspruch auf Finderlohn gem. § 971 Abs. 1 BGB hat nur der Finder im Rechtssinne, also derjenige, der eine besitzlose Sache findet. Der Anspruch besteht zudem nur gegenüber dem Empfangsberechtigten, dem

die Sache abhandengekommen ist, nicht aber gegenüber der zuständigen Behörde, bei der der Finder die Sache abgeliefert hat. Entschädigt werden soll der ehrliche Finder, der die Rückführung einer verlorenen Sache an den Berechtigten ermöglicht. Vorliegend ist der Antragsteller indes weder Finder im Rechtssinne noch war die Rückführung der Sache an den Empfangsberechtigten möglich.

Auch eine analoge Anwendung des § 971 Abs. 1 BGB erscheint nicht veranlasst, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Wie dargelegt, beziehen sich die Vorschriften über den Fund gem. §§ 965 ff. BGB nach dem Willen des historischen Gesetzgebers nur auf verlorene, nicht auf versteckte Sachen. Belohnt werden soll die Ermöglichung der Rückführung verlorener, d.h. besitzloser Sachen. Bei versteckten Sachen besteht dagegen das tatsächliche Herrschaftsverhältnis des Besitzers fort, der weiß, wo sich die Sache befindet und dementsprechend seine Herrschaftsgewalt ausüben kann. Ihm wird in der Regel nicht geholfen, wenn ihm die Sache durch einen Dritten wieder zugeführt wird. Der Finder soll nach dem Willen des Gesetzgebers einen Finderlohn zudem nur erhalten, wenn die Rückführung an den Empfangsberechtigten möglich ist. Meldet sich dagegen binnen einer Frist von sechs Monaten kein Empfangsberechtigter, wird der Finder selbst Eigentümer und kann die Herausgabe von der die Sache verwahrenden Behörde verlangen, § 973 BGB. Ein Anspruch auf Finderlohn besteht auch dann nicht, wenn die Behörde die Sache verwertet, vielmehr tritt der Erlös an die Stelle der Sache, § 979 Abs. 3 BGB.

Ein Anspruch auf Finderlohn gegen die Behörde, die eine unanbringbare Sache verwertet, besteht nur unter den speziellen Voraussetzungen des § 978 Abs. 3 BGB, wenn die Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt aufgefunden wird. Vorliegend wurden die Wertsachen auf dem Friedhof der katholischen Gemeinde aufgefunden, der nicht zu den Geschäftsräumen der Antragsgegnerin gehört.

Auch eine analoge Anwendung des § 978 Abs. 3 BGB kommt mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht. Die Vorschrift wurde erst 1976 in das BGB eingeführt. Bis dahin ging derjenige, der in den Geschäftsräumen einer Behörde Sachen auffand und abgab, stets leer aus, unabhängig davon, ob die Sache an den Berechtigten zurückgeführt werden konnte oder die Behörde die Sache am Ende

verwertete. Er erhielt weder Finderlohn noch wurde er nach Fristablauf Eigentümer der Sache.

Ausweislich der Gesetzesbegründung wollte der Gesetzgeber auch beim Auffinden liegengebliebener Sachen in Behördengeschäftsräumen und Verkehrsbetrieben einen Anreiz setzen, diese abzugeben. Da der Begriff der Geschäftsräume weit auszulegen sei, könne „heute nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass eine liegengebliebene Sache auch ohne das Zutun des Finders wieder in die Hände des Verlierers gelangt. Es erscheint daher angebracht, auch in diesen Fällen die Ehrlichkeit und die Aktivität des Finders zu belohnen. Allerdings ist hier ein geringerer Finderlohn, als ihn der Finder sonst beanspruchen kann, angemessen“ (BT-Drucks. 7/3559, S. 5 unter 4.b). Der Gesetzgeber hat zudem für den Fall, dass kein Empfangsberechtigter sein Recht anmeldet, bewusst von einem Eigentumserwerb des Finders abgesehen, „da hier die mit der Ablieferung für den Finder verbundene Mühe geringer ist als bei einem Fund an anderen Orten und ein gewisses Maß an Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass auch ohne das Zutun des Finders die Sache in den Besitz der Behörde oder Verkehrsanstalt gelangt wäre“ (BT-Drucks. aaO). Der Gesetzgeber wollte mithin mit der Einführung des Finderlohns für den speziellen Fall des Fundes in öffentlichen Behörden und Verkehrsanstalten gegenüber der bisherigen Rechtslage eine gewisse Besserstellung des ehrlichen Finders gegenüber der bisherigen Rechtslage herbeiführen, keineswegs aber einen allgemeinen Anspruch auf Finderlohn schaffen, wenn Behörden gem. § 983 BGB unanbringbare Sachen versteigern.

Dieses Auslegungsergebnis ergibt sich auch aus systematischen Erwägungen, da § 983 BGB nur auf die §§ 979 bis 982 BGB verweist, nicht aber auf § 978 Abs. 3 BGB. Hätte der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Anspruch auf Finderlohn schaffen wollen, wenn Behörden unanbringbare Sachen verwerten, wäre eine entsprechende Normierung in § 983 BGB oder zumindest eine gesetzliche Verweisung in § 983 BGB auf § 978 Abs. 3 BGB angezeigt gewesen.

8. Im Ergebnis stehen dem Anspruchsteller mithin keinerlei Ansprüche gegen die Antragsgegnerin zu, obwohl er sich in jeder Hinsicht redlich verhalten hat. Indem er die aufgefundenen Wertsachen unverzüglich bei der Polizei gemeldet hat, hat er alles getan, um eine Rückführung der Wertsachen an den Berechtigten zu ermöglichen. Zuzugeben ist, dass es dem Rechtsempfinden zunächst widersprechen mag, dass der Anspruchsteller leer ausgegangen

wäre, wenn eine Rückführung der Wertsachen gelingen und der Berechtigte die Wertsachen zurückerhalten hätte. Auch mag es auf den ersten Blick dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufen, dass, nachdem die Wertsachen unanbringbar sind, nunmehr die Antragsgegnerin diese verwerten und den Erlös in Gänze für sich vereinnahmen darf, ohne Ansprüchen des Antragstellers ausgesetzt zu sein.

Der Wille des Gesetzgebers erscheint indes aus den dargelegten Gründen eindeutig und lässt sich jedenfalls im Ausgangspunkt damit rechtfertigen, dass es regelmäßig nicht im öffentlichen Interesse liegen dürfte, versteckte Sachen abzuliefern, solange davon auszugehen ist, dass der letzte Besitzer seine tatsächliche Sachherrschaft weiterhin ausübt und damit die Sache auf diese Weise dem letzten Besitzer zugeordnet bleibt. Ein Bedürfnis für eine gesetzliche Neuordnung der Eigentums- und Verwertungsbefugnisse an einer Sache entsteht erst, wenn feststeht, dass eine Sachherrschaft des letzten Besitzers dauerhaft nicht mehr besteht, entweder, weil er die Sache verloren hat, oder infolge Zeitablaufs nicht mehr damit zu rechnen ist, dass dieser seine Sachherrschaft noch ausübt.

Zwar mag es, wenn das Versteck durch äußere Einflüsse, wie hier die Rodungsarbeiten auf dem Friedhof, zerstört und die Sache dadurch dem Zugriff Dritter preisgegeben wird, im Interesse des letzten Besitzers liegen, dass diese bei öffentlichen Stellen abgegeben wird, um sie vor unberechtigtem Zugriff Dritter und einem endgültigen Verlust zu bewahren. Zudem hat der Eigentümer gestohlener Sachen ein generelles Interesse daran, dass sie, wenn sie von Dritten aufgefunden werden, nicht in ihrem Versteck belassen, sondern abgeliefert werden und auf diese Weise eine Rückführung an den wahren Berechtigten ermöglicht wird. Gleichwohl hat der Gesetzgeber bislang davon abgesehen, die genannten Interessen der Empfangsberechtigten durch die gesetzliche Normierung einer Ablieferungspflicht, eines Finderlohns oder der Aussicht auf Eigentumserwerb des Auffindenden zu schützen.

Die restriktive gesetzliche Normierung eines Anspruchs auf Finderlohn wirft im Übrigen auch an anderer Stelle die Frage nach der inhaltlichen Rechtfertigung auf. So ergibt sich z.B. die berechtigte Frage, warum ein Anspruch auf Finderlohn gem. § 978 BGB nur besteht, wenn Gegenstände in den dort genannten Geschäftsräumen und Beförderungsmitteln öffentlicher Behörden und Verkehrsanstalten aufgefunden werden, und sonstige Geschäftsräume nicht erfasst sind (vgl. Eith, MDR 1981, 189 ff.; Rother, BB 1965, 247 ff.). Diese Begrenzung auf bestimmte Auffindeorte führt dazu,

dass derjenige, der Wertsachen in einem Supermarkt auffindet und abgeliefert, weder einen Anspruch auf Finderlohn noch eine Aussicht auf Eigentumserwerb hat, wenn der Berechtigte nicht ausfindig zu machen ist, da von einem generellen Besitzwillen des Betreibers des Supermarktes an den in seinen Geschäftsräumen verlorenen Gegenstände auszugehen ist und daher auch die allgemeinen Fundvorschriften gem. §§ 965 ff. BGB nicht anwendbar sind (BGH, NJW 1987, 2812). Gleiches gilt für sonstige Orte, die einem generellen Besitzwillen unterstehen. Diese vom Gesetzgeber getroffenen Abgrenzungen sind vom Rechtsanwender indes hinzunehmen und können mangels planwidriger Regelungslücke nicht im Wege einer Analogie geschlossen werden.

Nicht zu prüfen war in dem vorliegenden Verfahren, ob es der Antragsgegnerin - ebenso wie einem privaten Empfangsberechtigten - möglich ist, dem Antragsteller unabhängig von einem gesetzlich normierten Anspruch eine immaterielle - ggfs. aber auch materielle - Anerkennung zukommen zu lassen, nachdem sich dieser in jeder Hinsicht redlich verhalten und so unter Umständen einen ganz erheblichen Vermögenszuwachs bei der Antragsgegnerin und damit letztlich zugunsten des Gemeinwohls herbeigeführt hat.

**V. Gartenzwerge verstoßen gegen Denkmalschutz?  
Urteil des Amtsgericht Wiesbaden, vom 05.12.2016;  
Az. 94 C 4622/13**

**Pressemitteilung des AG Wiesbaden, 06.12.16**

Das Amtsgericht Wiesbaden entschied am 05.12.16 in dem Verfahren 93 C 4622/13, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Wiederaufstellung der Gartenzwerge auf dem Vordach des gemeinsam mit dem Beklagten bewohnten Anwesens hat.

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin die Wiederaufstellung der am 21.09.13 durch den Beklagten eigenmächtig entfernten 40 Gartenzwerge.

Das Gericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass die Aufstellung der Gartenzwerge auf dem Vordach gegen denkmalschutzrechtliche Vorschriften verstoße.

Im Hinblick auf die Art der Befestigung der Gartenzwerge auf dem Vordach sowie der auf Dauer angelegten Umgestaltung des Vordachs, durch das Anbringen der Gartenzwerge, handle es sich nicht um eine nur vorübergehende Dekoration. Es sei vielmehr von einer denkmalrechtlichen Umgestaltung auszugehen, die einer Genehmigungspflicht gemäß § 16 Abs.1 Nr. 3 HDSchG unterliege.

Nach einer Auskunft der Denkmalschutzbehörde im anhängigen Verfahren, kann die entsprechende und erforderliche Genehmigung im konkreten Fall jedoch nicht erteilt werden, da die Zwerge eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung des historischen Erscheinungsbildes darstellten.

Nach der Auffassung des erkennenden Gerichts ist die Aufstellung der Gartenzwerge, ohne behördliche Genehmigung, verboten und kann daher dem Beklagten nicht zugemutet werden.

Die Klage war daher abzuweisen.

**VI. Plagiatvorwurf gegen Jeff Koons und das Centre Pompidou, Urteil des Pariser Berufungsgerichts, vom 23.02.2021, No. 19/090059**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS  
COUR D'APPEL DE PARIS  
Pôle 5 – Chambre 1  
ARRÊT DU 23 FEVRIER 2021  
(n° 034/2021, 29 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général :  
19/09059 – N° Portalis 35L7-V-B7D-B727S  
Décision déferée à la Cour : Jugement du 08  
Novembre 2018 -Tribunal de Grande Instance de  
PARIS  
(3e chambre- 1re section) – RG n° 15/02536

**APPELANTS**

[...]

[...]

**COMPOSITION DE LA COUR :**

En application des dispositions de l'article 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 09 Décembre 2020, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant

Mme Françoise BARUTEL, Conseillère et Mme Isabelle DOUILLET, Présidente de chambre, chargée du rapport.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :  
Mme Isabelle DOUILLET, Présidente de chambre  
Mme Françoise BARUTEL, Conseillère  
Mme Déborah BOHÉE, Conseillère  
Greffier, lors des débats : Mme Karine ABELKALON  
ARRET :

- Réputé contradictoire
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Isabelle DOUILLET, Présidente de chambre et par Karine ABELKALON, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire

**EXPOSÉ DU LITIGE**

Monsieur H Y se présente comme un directeur artistique dans le domaine des médias et de la

publicité et indique avoir commencé, en 1984, à travailler pour la marque 'NAF-NAF' en 'free lance' et avoir eu l'idée d'introduire, dès cette époque, dans la publicité de la marque, l'image d'un petit cochon, la dénomination de cette marque évoquant le conte pour enfants mettant en scène trois

célèbres petits cochons.

Il indique être l'auteur d'un visuel pour une publicité imaginée pour la société NAF-NAF au titre de l'année 1985 et publiée dans différents magazines de la presse féminine tels que 'Elle' et 'M N', mettant en scène une jeune femme brune aux cheveux courts, allongée dans la neige, un petit

cochon penché au dessus d'elle avec un tonneau de chien Saint Bernard autour du cou, ce visuel étant intitulé 'Fait d'hiver', titre que M. X indique avoir également créé.

Sur la photographie de la publicité, figurent, outre en haut à gauche, tel un titre, les termes 'Fait d'hiver', en bas à droite, le logo de la marque 'NAF-NAF' et le slogan 'NAF-NAF. Le grand méchant look', tous les deux déposés à titre de marque et propriétés de la société NAF-NAF. Le 26 novembre 2014, le Centre national d'art et de culture O P (ci-après, le CENTRE POMPIDOU) a inauguré, à Paris, une exposition rétrospective de l'oeuvre de Q A. Parmi les oeuvres exposées figurait une sculpture en faïence intitulée 'Fait d'hiver' présentée comme ayant été créée par ce dernier en 1988 et faisant partie de la série 'Banality' :

Estimant que cette sculpture contrefaisait le visuel dont il était l'auteur, M. Y a, par requête du 27 novembre 2014, sollicité du président du tribunal de grande instance de Paris l'autorisation de faire procéder par huissier de justice, notamment, à la remise de la sculpture de Q A intitulée 'Fait d'hiver' entre les mains du CENTRE POMPIDOU afin qu'il la conserve en qualité de séquestre. Par ordonnance du même jour, le président du tribunal a rejeté cette requête. M. Z a interjeté appel de cette décision. Par requête du 9 décembre 2014, M. Y a de nouveau saisi le président du tribunal de grande instance de Paris aux fins d'être autorisé à faire procéder à la 'saisie descriptive' de la sculpture par un huissier et y a été autorisé par une ordonnance du même jour. Cette saisie descriptive a été réalisée le 11 décembre 2014.

C'est en cet état que par acte du 9 janvier 2015, M. Y a fait assigner devant le tribunal de grande instance de Paris, en contrefaçon de ses droits d'auteur, M. G A, la société de droit américain Q A, le

CENTRE POMPIDOU, l'association de droit italien STICHTING K L, propriétaire de la sculpture litigieuse (épreuve d'artiste), et la société FLAMMARION, editrice d'un ouvrage reproduisant cette sculpture. Par un arrêt du 23 juin 2015, la cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance du président du tribunal de grande instance du 27 novembre 2014 et a finalement autorisé M. Y ' à faire procéder, par tout huissier (...), dans les locaux du Centre national d'art et de culture O Pompidou (...) à la remise de la sculpture de M. Q A intitulée "Fait d'Hiver ' entre les mains du Centre (...) Pompidou afin qu'il la conserve après la rétrospective en qualité de séquestre". Cette saisie s'est

toutefois avérée impossible à mettre en oeuvre, la sculpture ayant été retirée du CENTRE POMPIDOU.

M. Y a assigné en intervention forcée Mme I D, directrice artistique, le 29 novembre 2017, puis M. J C, photographe, le 22 juin 2018, ces derniers étant présentés comme les co-auteurs de la photographie revendiquée.

Par un jugement rendu le 8 novembre 2018, le tribunal de grande instance de Paris a :

- rejeté les demandes tendant à ce que soient écartées des débats les pièces n° 7.7 à 7.11, et aux fins d'annulation du procès-verbal de saisie-descriptive du 11 décembre 2014 et de l'assignation du 9

janvier 2015 ;

- dit que M. H E est titulaire de droits d'auteur sur la photographie 'Fait d'hiver' et, à ce titre, recevable à agir en contrefaçon de ses droits d'auteur ;

- rejeté la fin de non recevoir fondée sur la prescription de l'action en contrefaçon ;

- dit que M. Q A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU et la société FLAMMARION ont commis des

actes de contrefaçon de la photographie 'Fait d'hiver' en reproduisant ce visuel dans le cadre de l'exposition rétrospective consacrée à Q A et en le diffusant dans le catalogue, l'album et le portfolio de l'exposition, ainsi que dans l'ouvrage 'Entretiens avec Norman Rosenthal', et sur le site internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com) ;

- rejeté l'exception de parodie et le moyen tiré de la liberté d'expression de M. Q A ;

- interdit en tant que de besoin à M. Q A et à la société Q A la poursuite de ces agissements ;

- dit n'y avoir lieu à astreinte ;

- condamné in solidum M. Q A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU, ce dernier dans la limite de 40 % des sommes, à payer à M. H Y :

- 110 000 euros en réparation des atteintes à son

droit de représentation ainsi qu'à son droit de paternité sur la photographie 'Fait d'hiver', causées par l'exposition rétrospective de l'oeuvre de Q A,

- 25 000 euros en réparation des atteintes à son droit de reproduction ainsi qu'à son droit de paternité sur la photographie 'Fait d'hiver', causées par l'édition du catalogue, de l'album et du portfolio de l'exposition rétrospective ;

- condamné la société FLAMMARION à payer à M. H Y 2 000 euros en réparation des atteintes à son droit de reproduction ainsi qu'à son droit de paternité sur la photographie 'Fait d'hiver', causées par

l'édition de l'ouvrage 'Entretiens avec Norman Rosenthal' ;

- condamné la société Q A à payer à M. H Y 11 000 euros en réparation des atteintes à son droit de reproduction ainsi qu'à son droit de paternité sur la photographie 'Fait d'hiver', causées par la reproduction de la sculpture contrefaisante sur le site internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com) ;

- rejeté les demandes de confiscations et de publications ;

- condamné in solidum M. Q A, la société Q A, la STICHTING K L, le CENTRE POMPIDOU et la société FLAMMARION, à payer à M. H Y, 70 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, cette somme se répartissant entre les parties perdantes à concurrence d'un cinquième chacune dans leurs rapports entre elles ;
- condamné in solidum M. Q A, la société Q A, la STICHTING K L, le CENTRE POMPIDOU et la société FLAMMARION aux dépens dont distraction au profit de Me AITOUARES conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile ;

- ordonné l'exécution provisoire du jugement.

Par déclaration du 24 avril 2019, M. Q A et la société Q A ont interjeté appel de ce jugement. Dans leurs dernières conclusions numérotées 3 transmises le 20 octobre 2020, M. A et la société Q A demandent à la cour :

- d'infirmé le jugement en ce qu'il a :

- déclaré recevable à agir M. Y en contrefaçon de droit d'auteur sur une 'uvre dénommée « Fait d'Hiver », en considérant M. Y titulaire de droits et la prétendue 'uvre invoquée comme originale,

- retenu l'application de la loi française pour régir l'entier litige,

- considéré non prescrites les demandes en contrefaçon de M. Y,

- retenu l'existence d'une contrefaçon, en ce compris l'existence d'une atteinte au droit à la paternité, et condamné M. A et la société A à des dommages et intérêts pour contrefaçon de droits

d'auteur sur l'œuvre « Fait d'Hiver », et leur a interdit la poursuite d'actes de contrefaçon, — rejeté les moyens tirés de l'exception de parodie et de la liberté d'expression artistique de Q A, — condamné M. Q A et la société Q A au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens, — en conséquence, statuant à nouveau, — de déclarer M. Y irrecevable à agir en contrefaçon des éléments qu'il revendique sur la photographie et/ou la mise en scène « Fait d'Hiver » dans la mesure où (i) les éléments invoqués ne sont pas originaux et éligibles à la protection par le Livre I du code de la propriété intellectuelle, (ii) les éventuels droits dont s'agit ne sont pas la propriété de M. Y pour porter sur une œuvre collective et/ou avoir été dévolus à la société NAF-NAF, (iii) M. Y ne dispose pas de la qualité d'auteur, — de déclarer inopposable aux appelants le protocole d'accord transactionnel et son avenant conclus entre Mme I D et M. H Y, — subsidiairement, de juger que la loi américaine est applicable à l'appréciation d'une éventuelle contrefaçon et sa prescription, à l'exclusion de la loi française, — en conséquence, de déclarer irrecevables comme prescrites les demandes de M. Y à l'encontre de la création de la sculpture et le site Internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com), — de juger que les actes litigieux soumis à la loi américaine sont éligibles au fair use, — subsidiairement également, de débouter M. Y du surplus de ses demandes en contrefaçon dirigées contre la Sculpture « Fait d'Hiver », sa reproduction et sa diffusion, — encore plus subsidiairement, de juger que l'œuvre « Fait d'Hiver » de Q A constitue une parodie de la photographie « Fait d'Hiver », — de juger que l'œuvre « Fait d'Hiver » de Q A relève de la liberté d'expression pour être une œuvre d'art à part entière, qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur et porteuse d'un message artistique qui lui est propre et s'inscrit dans un débat d'intérêt général, — de juger en conséquence qu'aucune des valeurs démocratiques dont les juges doivent assurer la préservation n'impose que l'Etat français, par la voie de ses juges, au nom du peuple français, interdise la reproduction, la représentation et plus généralement toute exploitation de cette œuvre sur le territoire français, — de juger en conséquence non fondées les

demandes de M. Y et les rejeter dans leur intégralité, — de débouter M. Y de toutes ses demandes, — à titre infiniment subsidiaire, de constater que le préjudice dont M. Y pourrait éventuellement se prévaloir consiste en une perte de chance de ne pas avoir réalisé personnellement une adaptation de la photographie sous forme de sculpture et que le préjudice patrimonial ne peut être supérieur à 430 euros et moral à 1 euro, — de confirmer le jugement pour le surplus et notamment en ce qu'il a considéré que la sculpture « Fait d'Hiver » était une œuvre originale de l'esprit et débouté M. Y de ses demandes : — en rejet des pièces n°7.1 à 7.11 — en atteinte à l'intégrité de l'œuvre, — tendant à la publication judiciaire et la confiscation (de la sculpture et des recettes), — en tout état de cause, de condamner M. Y à payer à Q A et à la société Q A la somme de 50 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens dont distraction au profit de la SCP Grappotte-Benetreau. Dans ses dernières conclusions numérotées 4 transmises le 27 novembre 2020, le CENTRE POMPIDOU demande à la cour : — de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté les demandes de publications et de confiscations, — de réformer le jugement et de statuer à nouveau : — à titre principal, — de dire recevable le CENTRE POMPIDOU en ses demandes, — d'écarter des débats les attestations des frères B du 27 octobre 2011 (Pièce F. Y n°24) et de M. C (Pièce F. Y n°6) pour non-respect des prescriptions légales et subsidiairement dire et juger qu'elles sont insincères, de même que l'attestation de M. B du 29 novembre 2017 (Pièce F. Y n°25), — de juger que M. Y ne démontre ni sa qualité d'auteur, ni sa qualité de titulaire de droits patrimoniaux et moraux sur le visuel revendiqué ; qu'en conséquence, il ne démontre ni sa qualité ni son intérêt à agir, — en conséquence, de juger irrecevable l'action de M. Y, en vertu des dispositions des articles 6, 9, 31, 32, 117 et 122 du code de procédure civile, et de le débouter de toutes ses demandes, — à titre subsidiaire, — de juger que le CENTRE POMPIDOU, en organisant une rétrospective des œuvres de l'artiste Q A, en exposant l'œuvre litigieuse et en publiant des ouvrages consacrés à cette exposition, a rempli sa mission légale de service public, mission d'intérêt général, — de juger que la mission du CENTRE POMPIDOU relève de la liberté d'informer protégée par

l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales,

— de juger que le CENTRE POMPIDOU n'avait aucun moyen d'identifier par lui-même la photographie revendiquée dans la sculpture 'Fait d'hiver' de A,

— de juger qu'en exposant et reproduisant l'œuvre litigieuse dans le catalogue, le portfolio et l'album de l'exposition consacrée à Q A, le CENTRE POMPIDOU accomplissait ses missions légales de bonne

foi, ayant été tenu dans l'ignorance de la revendication de M. Y par celui-ci comme par Q A et son studio,

— en conséquence, d'infirmer le jugement et de débouter M. Y de toutes ses demandes à l'encontre du CENTRE POMPIDOU,

— à titre infiniment subsidiaire,

— de juger que M. Y, qui n'est ni titulaire ni cessionnaire du droit moral, et qui n'a jamais exploité l'œuvre revendiquée, n'a subi aucun préjudice du fait de l'exposition et de la reproduction de l'œuvre « Fait d'hiver » dans le catalogue, le portfolio et l'album de l'exposition coédités par le CENTRE POMPIDOU, et de lui accorder un euro symbolique,

— de juger que Q A et la société Q A devront seuls indemniser M. Y, à l'exclusion du CENTRE POMPIDOU,

— à titre encore plus subsidiaire,

— de juger que le préjudice de M. Y ne saurait être supérieur à la somme forfaitaire de 1180 euros, en application de l'article L.331-1-3 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle,

— de juger que Q A et la société Q A devront seuls indemniser M. Y, à l'exclusion du CENTRE POMPIDOU,

— en tout état de cause,

— de condamner M. Y au paiement :

— de la somme de 10 000 € au titre de la procédure abusive,

— de la somme de 87 344, 80 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour la première instance, et 40 000 euros en appel,

— de tous les dépens d'instance, dont ceux dont distraction au profit de Me TEYTAUD en application de l'article 699 du code de procédure civile.

Dans des conclusions numérotées 3 transmises le 16 novembre 2020, la STICHTING K L et la K L, celle-ci intervenant volontairement à la procédure, demandent à la cour :

— de mettre hors de cause la STICHTING K L et de déclarer recevable la K L en son intervention volontaire,

— de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté les demandes de publications et de confiscation,

— de réformer le jugement, pour le surplus, et statuant à nouveau :

— à titre principal :

— de constater que M. Y n'est pas titulaire des droits d'auteur sur la photographie publicitaire « Fait d'hiver » qui appartient à la société NAF-NAF pour le compte de laquelle elle a été créée,

— ou à tout le moins, de constater que M. Y ne rapporte pas la preuve de la titularité des droits d'auteur qu'il invoque sur la photographie publicitaire « Fait d'hiver » et qu'il en serait le seul titulaire,

— en tout état de cause, de constater que M. Y ne démontre pas que la photographie publicitaire « Fait d'hiver » est originale,

— en conséquence,

— de déclarer M. Y irrecevable en son action en contrefaçon de droit d'auteur,

— de débouter M. Y de l'intégralité de ses demandes,

— à titre subsidiaire :

— de juger qu'au regard du principe de proportionnalité, quand bien même la contrefaçon de droit

d'auteur serait matérialisée, le droit à la liberté d'expression artistique de Q A doit primer sur le droit de propriété d'auteur de M. Y,

— en conséquence, de juger que la sculpture « Fait d'hiver » de Q A ne constitue pas une contrefaçon de la photographie publicitaire « Fait d'hiver » et de débouter M. Y de l'intégralité de ses demandes,

— de juger que la sculpture « Fait d'hiver » de Q A ne crée aucun risque de confusion avec la photographie publicitaire « Fait d'hiver » en transmettant un message substantiellement différent de

telle sorte que la sculpture bénéficie de l'exception de parodie,

— en conséquence, de débouter M. Y de l'intégralité de ses demandes,

— de constater l'absence de toute opposition par M. Y à l'utilisation de la sculpture « Fait d'hiver » de Q A durant près de trente ans ainsi que l'absence d'atteinte à l'intégrité de la photographie publicitaire « Fait d'hiver »,

— en conséquence, de juger que la prétendue atteinte au droit moral M. Y n'est pas caractérisée et de débouter M. Y de l'intégralité de ses demandes,

— en tout état de cause :

— de constater que les seuls actes pouvant être pris en considération au titre de la réparation du prétendu préjudice de M. Y se limitent à la représentation de la sculpture « Fait d'hiver » au

## CENTRE

POMPIDOU dans le cadre de l'exposition « Q A. La Rétrospective », entre le 26 novembre et le 23 décembre 2014, la reproduction de la sculpture « Fait d'hiver » dans les ouvrages édités par le CENTRE POMPIDOU et par FLAMMARION, ainsi que la commercialisation desdits ouvrages,

— de constater l'absence totale de préjudices économique et moral de M. Y,  
— de constater le caractère manifestement disproportionné et injustifié des demandes de confiscation de la sculpture « Fait d'hiver » et des recettes tirées par Q A de l'exploitation de cette 'uvre,

— de constater le caractère manifestement disproportionné et injustifié des demandes de d'interdiction de représentation et de reproduction de la sculpture « Fait d'hiver » ou à tout le moins de la limiter au seul territoire français,  
— de constater le caractère non approprié et disproportionné de la mesure de publication,  
— de juger que la K L et/ou la STICHTING K L ne saurait être solidairement tenues d'indemniser M. Y au titre de l'article 700 du code de procédure civile,  
— en conséquence, de débouter M. Y de l'intégralité de ses demandes,

— de condamner M. Y à verser à la K L la somme 80 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

— de condamner M. Y aux entiers dépens qui seront recouverts par Me Grégoire TRIET, avocat, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Dans ses dernières conclusions numérotées 6 transmises le 20 novembre 2020, M. Y demande à la cour :

— de confirmer le jugement du 8 novembre 2018 en ce qu'il a :

— dit que M. Y était titulaire des droits d'auteur sur la photographie « Fait d'hiver » et, à ce titre, recevable à agir en contrefaçon de droits d'auteur sur ladite 'uvre,

— rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en contrefaçon,

— rejeté l'exception de parodie et le moyen tiré de la liberté d'expression de M. Q A,

— dit que M. Q A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU et la société FLAMMARION ont commis des

actes de contrefaçon de la photographie « Fait d'hiver » en reproduisant ce visuel dans le cadre de l'exposition rétrospective consacrée à Q A et en le diffusant dans le catalogue, l'album et le portfolio de l'exposition ainsi que dans l'ouvrage « Entretien avec Norman Rosenthal », et sur le site Internet

www.jeffkoons.com,

— interdit, en tant que de besoin, à M. A à la société Q A la poursuite de ces agissements,  
— condamné in solidum M. A, la société Q A, la STICHTING K L, la K L et le CENTRE POMPIDOU et la société FLAMMARION à payer à M. Y 70 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

— de l'infirmier pour le surplus et statuant de nouveau :

— de dire irrecevables les prétentions de Q A et de la société Q A quant au droit applicable et, en tout état de cause, de dire que le droit français est seul applicable à l'espèce,

— de condamner le CENTRE POMPIDOU, la société Q A et M. A in solidum à payer à M. Y :

— une somme de 150 000 euros en réparation de l'atteinte portée au droit de représentation,

— une somme de 30 000 euros en réparation de l'atteinte portée au droit au respect de l'uvre du fait de la représentation d'une 'uvre contrefaisante portant atteinte à l'intégrité de l'uvre première,

— une somme de 30 000 euros en réparation de la représentation d'une 'uvre contrefaisante en violation du droit à la paternité de l'auteur de l'uvre première,

— de condamner le CENTRE POMPIDOU, la société Q A et M. A in solidum à payer à M. Y :

— une somme de 37 000 euros en réparation de l'atteinte portée au droit de reproduction du fait de l'édition du catalogue, de l'album et du portfolio de l'exposition rétrospective de l'oeuvre de Q A,

— une somme de 12 000 euros en réparation de l'atteinte résultant de la reproduction, dans le catalogue, l'album et le portfolio de l'exposition rétrospective de l'oeuvre de Q A, d'une 'uvre contrefaisante portant atteinte à l'intégrité de l'uvre première,

— une somme de 12 000 euros résultant de la reproduction, dans le catalogue, l'album et le portfolio de l'exposition rétrospective de l'oeuvre de Q A, d'une 'uvre contrefaisante dans des conditions violant le droit à la paternité de l'auteur de l'uvre première,

— de condamner M. A et la société Q A à payer à M. Y :

— une somme de 8 000 euros au titre de l'atteinte portée aux droits de reproduction et de représentation du fait de l'exploitation du site Internet www.jeffkoons.com,

— de condamner M. A et la société Q A à payer à M. Y :

— une somme de 8 000 euros au titre de l'atteinte portée aux droits de reproduction et de représentation du fait de l'exploitation du site Internet www.jeffkoons.com,

— une somme de 3 000 euros au titre de l'atteinte résultant de la reproduction et représentation sur le site Internet www.jeffkoons.com

d'une 'uvre contrefaisante au droit à l'intégrité de l'uvre première,

- une somme de 3 000 euros résultant de la reproduction et représentation sur le site Internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com) d'une 'uvre contrefaisante dans des conditions violant le droit à la paternité de l'auteur de l'uvre première,
- de faire interdiction, à compter de la décision à intervenir :
- au CENTRE POMPIDOU, à la société Q KOONS et à M. A de procéder à l'exposition de la sculpture intitulée 'Fait d'hiver' sous astreinte de 10 000 euros par infraction et par jour,
- au CENTRE POMPIDOU, à M. A et à la société Q A de procéder à quelque reproduction que ce soit de la sculpture intitulée 'Fait d'hiver' sous astreinte de 10 000 euros par infraction constatée,
- à M. A de reproduire et représenter la sculpture intitulée 'Fait d'hiver' sur le site Internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com) ou sur tout autre site Internet qu'il éditerait sous astreinte de 10 000 euros par infraction et par jour,
- d'ordonner la confiscation, au profit de M. Y, de la sculpture 'Fait d'hiver', épreuve d'artiste détenue par la STICHTING K L ou la K L, étant précisé que celui-ci en fera donation à l'Etat français, si ce dernier l'accepte, et sous réserve que l'uvre ne puisse être exposée ni exploitée d'une quelconque manière avant l'extinction des droits d'auteur sur l'uvre première,
- de prononcer la confiscation, entre les mains de la STICHTING K L et de la K L, au profit de M. Y, de l'exemplaire de la sculpture 'Fait d'hiver', que l'une et/ou l'autre détient et dont l'une et/ou l'autre est propriétaire, étant précisé que celui-ci en fera donation à l'Etat français, si ce dernier l'accepte, et sous réserve que l'uvre ne puisse être exposée ni exploitée d'une quelconque manière avant l'extinction des droits d'auteur sur l'uvre première,
- d'ordonner la confiscation, au profit de M. Y, de l'intégralité des recettes tirées par M. A du fait de la vente et l'exploitation, sous quelque forme que ce soit, de la sculpture 'Fait d'hiver',
- d'ordonner la publication de la décision à intervenir, par extraits ou en intégralité, dans deux journaux ou magazines d'information générale, deux journaux ou magazines du secteur de l'art et deux services de communication électronique du choix du demandeur, aux frais du CENTRE POMPIDOU, de la société Q A et de M. A in solidum, dans la limite de 35 000 euros hors taxes au total,
- de débouter M. A et la société Q A de l'ensemble de leurs demandes,
- de juger la demande en procédure abusive du CENTRE POMPIDOU irrecevable,

- de débouter le CENTRE POMPIDOU de l'ensemble de ses demandes,
- de débouter la U K L et la K L de l'ensemble de leurs demandes,
- de condamner M. A, la société Q A, la STICHTING K L, la K L et le CENTRE POMPIDOU in solidum au paiement d'une somme de 80 000 euros au titre des frais irrépétibles d'appel en application de l'article 700 du code de procédure civile,
- de condamner M. A, la société Q A, la STICHTING K L, la K L et le CENTRE POMPIDOU in solidum aux entiers dépens d'appel dont distraction au profit de Me AITTOUARES, SELARL OX, en application de l'article 699 du code de procédure civile. Mme D, M. C et la société FLAMMARION n'ont pas constitué avocat. L'ordonnance de clôture est du 1er décembre 2020.

**MOTIFS DE L'ARRET**

En application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, il est expressément renvoyé, pour un exposé exhaustif des prétentions et moyens des parties, aux conclusions écrites qu'elles ont transmises, telles que susvisées. Sur les chefs du jugement non contestés La cour constate que le jugement n'est pas contesté en ce qu'il a :

- rejeté la demande de M. Y tendant au rejet des pièces n° 7.7 à 7.1 de M. A et de la société Q A,
- rejeté la demande du CENTRE POMPIDOU et de la STICHTING K L de nullité du procès-verbal de saisie-descriptive du 11 décembre 2014,
- rejeté la demande du CENTRE POMPIDOU de nullité de l'assignation du 9 janvier 2015,

— dit que la société FLAMMARION a commis des actes de contrefaçon de la photographie 'Fait d'hiver' en reproduisant ce visuel dans l'ouvrage 'Entretiens avec Norman Rosenthal' qu'elle a édité. Le jugement sera confirmé de ces chefs pour les justes motifs qu'il contient. Sur les demandes relatives à la mise hors de cause de la STICHTING K L et à l'intervention volontaire de la K L L'association STICHTING K L, partie au présent litige, indique qu'elle est en cours de dissolution et que l'association de droit italien K L vient désormais à ses droits. Celle-ci intervient volontairement à la procédure. Il y a lieu, en conséquence, de prononcer la mise hors de cause la STICHTING K L et de recevoir la K L en son intervention volontaire. Sur la demande du CENTRE POMPIDOU de rejet des pièces 6, 24 et 25 de M. Y Le CENTRE POMPIDOU demande que soient écartées des débats les attestations de MM. B

(pièces 24 et 25) et de M. C (pièce 6), produites par M. Y, pour non respect des prescriptions légales et, subsidiairement, de juger qu'elles sont insincères. La cour rappelle que le fait que des attestations ne répondent pas aux prescriptions de l'article 202 du code de procédure civile ne doit pas conduire à les écarter a priori, ces dispositions n'étant pas prescrites à peine de nullité, et qu'il lui appartient d'apprécier le caractère probant des témoignages concernés, au regard notamment de leur sincérité, dans le cadre de l'examen des pièces au fond. La demande sera donc rejetée. Sur la loi applicable M. A et la société Q A soutiennent, pour la première fois en cause d'appel, au visa de l'article 8.1 du règlement UE 864/2007 (dit Rome II), que la loi américaine est applicable à l'appréciation d'une éventuelle contrefaçon et de sa prescription, à l'exclusion de la loi française. Ils font valoir que les actes de contrefaçon allégués découlent de l'adaptation litigieuse aux Etats-Unis, par un artiste américain, de la photographie 'Fait d'hiver', que la sculpture litigieuse a été créée en 1988 aux Etats-Unis et publiée en ce pays, que l'exposition, de nature itinérante, a également été conçue aux Etats-Unis et a connu sa première étape au musée Whitney de New York, que le site Internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com) est en langue anglaise exclusivement et s'adresse en priorité au public du lieu de résidence et d'exercice professionnel de l'artiste, à savoir les Etats-Unis. M. Y répond que la demande est irrecevable en application de l'article 564 code de procédure civile, alors que les appelants ont accepté l'application du droit français en première instance. Il objecte, sur le fond, que le pays pour lequel la protection est réclamée, au sens des dispositions invoquées par les appelants, est la France. Sur la recevabilité Aux termes de l'article 564 code de procédure civile, 'A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait'. M. A et la société Q A soutiennent à juste raison que l'application de la loi américaine étant sollicitée comme moyen de défense, leur demande est recevable même si présentée pour la première fois en cause d'appel.

Sur le bien fondé Le règlement UE 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit Rome II) prévoit en son article 8.1 : 'La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée'. Il est constant qu'en vertu de cette disposition, la législation applicable est celle de l'Etat sur le territoire duquel se sont produits les agissements litigieux (lex delicti). En l'espèce, les faits de contrefaçon allégués concernent la représentation de la sculpture de Q A à l'occasion d'une exposition rétrospective au CENTRE POMPIDOU, à Paris, et la reproduction de cette sculpture dans des ouvrages édités par le CENTRE POMPIDOU et la société FLAMMARION en français et vendus en France, ainsi que sur le site internet de Q A à l'adresse [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com) accessible en France, notamment par le public français anglophone.

La France est donc bien le pays où se sont produits les agissements reprochés et, de surcroît, celui où a été subi le dommage. M. Y, auteur revendiqué de l'oeuvre prétendument contrefaite, étant de nationalité française et résidant en France. Le droit français est en conséquence applicable, à l'exclusion du droit américain, la nationalité de l'auteur de l'oeuvre contrefaisante, comme le lieu de création de celle-ci ou de sa première divulgation, au demeurant non justifié, et la circonstance que la rétrospective au CENTRE POMPIDOU a été précédée d'une exposition dans un musée new-yorkais, étant indifférents. Est également sans emport la notice of intent a copyright restored en date du 27 janvier 2015 adressée à M. A et la société Q A par un avocat américain pour le compte de M. Y, dès lors que cette note est postérieure à l'assignation délivrée en France dans le cadre du présent litige et qu'il est constant que M. Y n'a engagé aucune action judiciaire aux Etats-Unis. La demande tendant à voir appliquer la loi américaine aux faits de l'espèce sera, en conséquence, rejetée.

Sur la recevabilité de l'action en contrefaçon de M. Y

Sur la qualité à agir de M. Y M. A et la société Q A soutiennent que M. Y est irrecevable à agir dès lors, d'une part, que la

photographie 'Fait d'hiver' prise dans son ensemble constitue une oeuvre collective dont les droits ont été dévolus à la société NAF-NAF sous le nom de laquelle elle a été divulguée, d'autre part, que les cessions de droit produites aux débats sont inopérantes pour établir la preuve de création par M. Y, la transaction conclue frauduleusement avec Mme D leur étant inopposable. Le CENTRE POMPIDOU soutient que M. Y, qui n'est pas même en possession de la photographie revendiquée et qui n'identifie pas clairement ladite photographie, ne démontre pas qu'il en est l'auteur, les attestations de MM. B et C, mensongères et dictées pour les besoins de la cause, échouant à rapporter cette preuve, que son intervention dans la campagne NAF-NAF se borne à la

création du slogan 'Le grand méchant look' et à une idée, non protégeable, d'utiliser un cochon pour illustrer la marque de l'annonceur. Il ajoute que M. Y est intervenu dans la campagne NAF-NAF en tant qu'agent de publicité et qu'il a cédé les droits sur le visuel à son client NAF-NAF, conformément à la loi du 11 mars 1957 alors applicable, les prétendues cessions de droits intervenues a posteriori de la part de M. C et de Mme D ne lui donnant ni qualité ni intérêt à agir. La K L fait siennes les conclusions des appelants et du CENTRE POMPIDOU.

M. Y demande la confirmation du jugement qui a reconnu sa qualité à agir en contrefaçon, pour les motifs qu'il contient. Sur l'identification de la photographie revendiquée M. Y produit (sa pièce 3bis) un tirage d'une photographie représentant le buste d'une femme brune,

allongée sur le dos, dans la neige, une mèche de cheveux collés sur la joue gauche, les yeux et la bouche entrouverts, les mains posées à la hauteur de sa tête, paumes vers le haut, un petit cochon penché au dessus d'elle avec un tonneau de chien Saint Bernard autour du cou. Cette photographie comporte la mention 'FAIT D'HIVER', en haut et à gauche, et, en bas à droite, le logo de la marque NAF-NAF et la mention 'NAF-NAF. Le grand méchant look'. Elle est accompagnée d'un document portant les mentions : 'NAF-NAF – Conception : H Y – photographie : J C'.

Il ressort clairement des écritures de M. Y (notamment, page 7), que c'est ce visuel qui est revendiqué, et non pas les visuels apparaissant dans les articles de presse que l'intimé fournit par ailleurs pour justifier qu'il est l'auteur de la campagne 'Le grand méchant look' réalisée pour la société NAF-NAF en 1984. Sur la qualification de l'oeuvre

M. Y verse aux débats : — l'attestation de M. S B, co-fondateur de la société NAF-NAF et son dirigeant à l'époque des faits, qui déclare le 29 novembre 2017, avoir confié dès 1984 les campagnes de publicité NAF-NAF à M. Y en qualité de créateur indépendant, que ce dernier a créé les slogans 'Le grand méchant look' et 'Fait d'hiver', que pour la photographie en cause, M. Y a proposé la scénographie du cochon en Saint-Bernard et du mannequin allongé dans la neige, que la mise en scène, la création, le choix du mannequin, le choix du photographe, J C, et des autres collaborateurs, la conception ont été réalisés par M. Y qui a travaillé en toute indépendance, son travail ayant été validé a posteriori ;

titre 'Fait d'hiver', original en soi, constitué d'un jeu de mots évoquant à la fois le fait divers que constituerait l'accident survenu à l'occasion d'une avalanche, la saison dudit accident ainsi que celle de la collection vantée par la campagne ; confrontation inhabituelle, particulièrement dans une image publicitaire, entre une élégante jeune femme et un cochon, animal réputé sale et peu connu

pour se porter au secours des accidentés. Il a été dit supra que l'oeuvre revendiquée était clairement identifiée dans les écritures de M. Y . C'est par des motifs exacts et pertinents, que la cour adopte, que le tribunal a retenu que la photographie était originale. Il sera ajouté que l'expression 'Fait d'hiver' n'est pas revendiquée en tant que titre par M. Y , qui ne forme pas de demande particulière à cet égard, mais comme l'un des éléments du visuel qu'il revendique.

Sur la contrefaçon Sur l'étendue de la saisine de la cour M. A et la société Q A observent à juste raison que, nonobstant la présentation que fait M. Y des développements consacrés dans ses écritures à la caractérisation de la contrefaçon – cf. pages 53 et suivantes : atteintes initiales aux droits patrimoniaux et moraux ; puis actes de contrefaçon 'subséquents' ou 'supplémentaires' consistant en l'exposition de la sculpture au CENTRE POMPIDOU et sa reproduction dans divers ouvrages ainsi que sur le site [www.jeffkoon.com](http://www.jeffkoon.com) -, ce sont ces seuls actes de représentation de la sculpture au CENTRE POMPIDOU et de reproduction dans les ouvrages et sur le site internet qui sont concernés par le présent litige, à l'exclusion des actes de création de la sculpture.

Sur les actes de contrefaçon M. A et la société Q A reprochent au tribunal d'avoir minoré les différences tangibles pouvant exister

entre la sculpture et la photographie, d'avoir en outre comparé la sculpture avec une mise en scène et non avec la photographie elle-même, seule susceptible d'être protégée par le droit d'auteur, et de

n'avoir pas pris en compte, au-delà de la description délibérément restreinte effectuée par M. Y des éléments originaux de la photographie, le fait que les différences pouvaient, par leur importance, faire oublier les ressemblances, conduisant à ce que les oeuvres ne présentent pas un même aspect général d'ensemble, et ce alors que le tribunal a reconnu que la sculpture de Q A constituait une oeuvre de l'esprit originale, ce qui implique qu'elle se démarque nécessairement de l'art antérieur. Ils ajoutent que le jugement a méconnu les différences de messages et de contexte de la photographie (publicitaire) et de la sculpture, celle-ci véhiculant un message, selon une constante dans l'art contemporain, et notamment les courants du Ready Made, du Pop Art ou de l'art d'appropriation, en l'occurrence, une apologie de la banalité (Banality) par l'utilisation de matériaux, d'images, d'objets, de références ou de personnages empruntés à l'univers, à la culture, aux croyances et réminiscences populaires et hissés au niveau d'oeuvre d'art par le travail créatif de Q A. Ils contestent toute atteinte aux droits moraux de M. Y, faisant valoir que M. C et Mme D ont conservé leurs droits moraux sur la photographie (considérée comme une oeuvre de collaboration). Le CENTRE POMPIDOU soutient qu'il n'avait aucun moyen de déceler la potentielle contrefaçon en raison de son absence de connaissance de la photographie publicitaire revendiquée qu'il estime en

tout état de cause non reconnaissable dans la sculpture de Q A en raison de substantielles différences tenant à la forme des deux créations (photo/sculpture), aux sujets (la femme et le cochon étant différents dans chacune des créations), au cadrage (l'angle de la photographie est étroit et focalise sur la tête de sujets /la sculpture représente intégralement les sujets que l'on peut contempler sous des angles infinis), au récit (discours commercial /message artistique complexe renvoyant à l'imaginaire, l'onirique, le conte, et permettant de multiples interprétations). La K L soutient que l'oeuvre litigieuse ne reprend pas les caractéristiques protégeables du visuel et se distingue, du fait de sa propre signification, en tant qu'oeuvre indépendante. Elle fait valoir que le tribunal, qui a reconnu la qualification d'oeuvre à la sculpture de Q A, aurait dû, tirant les conclusions de son raisonnement, considérer qu'il s'agit d'une

oeuvre distincte indépendante non susceptible de constituer une contrefaçon de la photographie.

M. Y demande la confirmation du jugement qui a retenu que les éléments originaux de la photographie étaient reproduits dans la sculpture de sorte que la contrefaçon était constituée portant atteinte tant à ses droits patrimoniaux qu'à ses droits moraux d'auteur.

Ceci étant exposé, l'article L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle dispose que 'Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque'. C'est par des motifs exacts et pertinents, que la cour adopte, que le tribunal, après avoir dûment relevé les différences entre la photographie et la sculpture, tenant à la nature de chacune (photographie/sculpture), à la présence dans la sculpture d'éléments absents du visuel (deux pingouins, collier de fleurs porté par le cochon, lunettes et fleurs posées sur le front de la femme), au fait que la femme porte une veste matelassée sur la photographie et un vêtement en résille laissant apparaître ses seins dans la sculpture, a retenu que les éléments originaux de la photographie (même jeune femme avec la même expression et la même mèche plaquée sur la joue gauche, allongée dans la neige, les bras relevés au niveau de la tête ; cochon portant un tonnelet de Saint-Bernard dans la même position près de la jeune femme) étaient repris dans la sculpture et que la contrefaçon était ainsi constituée.

Il sera ajouté que la contrefaçon de droits d'auteur s'apprécie au regard des ressemblances entre les oeuvres en présence et que les ressemblances sont ici prédominantes par rapport aux différences relevées, la sculpture de Q A reprenant la combinaison des caractéristiques originales de la photographie 'Fait d'hiver'.

Il sera précisé que constituent par conséquent des actes de contrefaçon, la représentation de la sculpture litigieuse lors de l'exposition rétrospective au CENTRE POMPIDOU et sa reproduction dans les ouvrages édités et commercialisés par le CENTRE POMPIDOU et la société FLAMMARION, ainsi que sur le site internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com) administré par la société Q A. Il sera également précisé que le seul fait que la sculpture de Q A constitue incontestablement elle-même une oeuvre, que le tribunal a justement qualifiée d'oeuvre composite au sens de l'article L. 113-2 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle

('Est dite composite l'oeuvre nouvelle à laquelle est incorporée une oeuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière'), et qu'elle transmette un message, fût-il très éloigné de la démarche publicitaire dans laquelle s'inscrit la photographie, sans préjudice de l'exception de parodie et du principe de la liberté d'expression artistique qui seront examinés ci-après, ne fait pas disparaître la contrefaçon dès lors que cette oeuvre repose, au moins en partie, sur une appropriation non autorisée d'une oeuvre première. L'adaptation de la photographie, oeuvre préexistante, ne pouvait se faire qu'avec l'accord de son auteur et à défaut de cet accord, la contrefaçon est constituée.

Il sera encore ajouté que la contrefaçon constatée porte atteinte tant aux droits patrimoniaux de M. Y sur la photographie – la représentation de la sculpture pendant l'exposition du CENTRE POMPIDOU

constituant une atteinte au droit de représentation de M. Y et sa reproduction dans les ouvrages et sur le site internet des atteintes à son droit de reproduction -, qu'à ses droits moraux, étant relevé que M. Y n'invoque que ses propres droits moraux, à l'exclusion de ceux conservés par M. C et Mme D, co-auteurs de l'oeuvre de collaboration que constitue la photographie et cessionnaires de leurs droits patrimoniaux à M. Y . Sur l'exception de parodie et le bénéfice de la liberté d'expression artistique invoqués par M. A et la société Q A M. A et la société Q A soutiennent que le tribunal a écarté à tort l'exception de parodie dont les conditions sont en l'espèce réunies, alors que ni les textes, ni la jurisprudence ni la doctrine n'exigent que l'oeuvre parodiée soit notoire. Ils revendiquent en tout état de cause le bénéfice de la liberté d'expression de l'artiste, faisant valoir, au visa de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les juges ne peuvent s'ingérer dans cette liberté de création et nier la démarche artistique de Q A en retenant, comme l'a fait le tribunal, que la reprise de la photographie repose sur des considérations personnelles ayant permis à Q A de réaliser l'économie d'un travail créatif, ou en prenant en considération l'originalité de l'oeuvre première et son caractère connu ou inconnu, à les supposer avérés, et que, conformément à

la jurisprudence de la Cour de cassation (arrêt Klasen, Civ. 1re, 15 mai 2015, n°13-27391), qui applique en droit interne la jurisprudence Ashby

Donald de la CEDH, il convient, dans la balance des intérêts en présence, de faire prévaloir la liberté de création de Q A dont la sculpture est une oeuvre transformative véhiculant un message différent de celui de la photographie et dont la démarche artistique doit être nécessairement préservée dans l'intérêt du public dans une société démocratique, alors que M. Y, dont la photographie publicitaire a connu une exploitation très limitée, ne peut se prévaloir que d'une démarche opportuniste et d'intérêts purement financiers.

La K L soutient également que l'oeuvre arguée de contrefaçon doit bénéficier de la protection accordée à la liberté d'expression artistique de Q A ou, à tout le moins, de l'exception de parodie. M. Y demande la confirmation du jugement en ce qu'il a écarté la liberté d'expression et l'exception de parodie, faisant valoir que l'invocation de la première n'est pas justifié, tandis que les conditions de la seconde ne sont pas remplies. Sur l'exception de parodie L'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle prévoit que 'Lorsque l'oeuvre a été divulguée,

l'auteur ne peut interdire : (...) 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre (...)'.

Dans un arrêt du 3 septembre 2014, la CJUE a précisé que 'la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une oeuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie' (C6201/13, Deckmyn). Trois conditions cumulatives se dégagent donc de cette décision : l'oeuvre seconde doit évoquer une oeuvre existante ; l'oeuvre seconde ne doit pas risquer d'être confondue avec l'oeuvre première ; et elle doit constituer une manifestation d'humour ou une raillerie.

A supposer que la sculpture 'Fait d'hiver' puisse être regardée comme une 'manifestation d'humour ou une raillerie', ce qui ne ressort pas de façon évidente de la description que donne Q A de sa sculpture dans une attestation reproduite en pages 38 et 39 de ses écritures 1:

'La fille allongée dans la neige avait l'air un peu hors de propos. Plutôt que d'être victime d'un accident de ski, je pensais qu'elle avait l'air triste, comme si elle avait eu des problèmes d'amour. Je lui ai mis une robe en résille qui dévoilait ses seins pour la rendre encore plus hors de propos ' on ne s'attendait pas à ce que quelqu'un porte une robe en résille dans la neige – et j'ai ajouté des lunettes

avec des marguerites pour renforcer la notion de Banalité, mais aussi pour suggérer qu'elle voit le monde à travers des lunettes roses, et pour donner une sensation de printemps. Inspiré par les couronnes placées sur les vaches pendant les défilés des Rites de printemps en Bavière, j'ai ajouté des fleurs autour du cou du cochon comme un symbole de fertilité. J'ai fait le cochon gras et en bonne santé, plutôt qu'un petit porcelet. Les pingouins qui viennent aux côtés du cochon pour sauver

la fille sont des témoins. Les pingouins suggèrent au spectateur que la fille est dans un endroit froid, un endroit retiré, éloigné. Il y a une qualité spirituelle d'abstraction et d'intellectualisation. J'ai inclus un pingouin adulte et un jeune pingouin, faisant penser à une famille, ils sont ainsi porteurs de chaleur et de vie. Il y a ces multiples significations et polarités dans la sculpture : le froid et la chaleur, l'hiver et le printemps, la spiritualité et la sexualité : même dans le choix du matériau. Contrairement au bois qui est un matériau vivant et chaud, la porcelaine est froide. Mais en même temps, parce qu'elle rétrécit dans le four et qu'elle a cette tension à la surface, la porcelaine a cet aspect sexuel. La porcelaine était autrefois réservée au roi, mais maintenant elle est démocratisée et utilisée non seulement pour les figurines banales, mais aussi dans les salles de bain pour les baignoires et les toilettes où l'on commence à découvrir son corps. Fait d'hiver joue beaucoup sur les cycles de vie. C'est vraiment un travail sur le renouvellement ; la vie continue, tout va bien se passer. L'histoire culturelle de la jeune fille était parfaite à ce moment-là et tant qu'elle accepte son histoire culturelle, en éliminant la culpabilité et la honte, en éliminant le jugement, tout va être parfait à partir de ce moment. Il s'agit du processus d'acceptation de soi

.  
 ,  
 l'appelant ne démontre pas, en l'absence de toute référence ou de tout commentaire de sa part ou de celle de son studio ou des galeries ou musées ayant exposé sa sculpture, son intention, au moment de la création de cette oeuvre ou postérieurement, notamment lors des faits incriminés, d'évoquer la photographie 'Fait d'hiver' préexistante. En outre, la photographie 'Fait d'hiver', réalisée

pour la campagne publicitaire automne-hiver 1985 de la société NAF-NAF, était incontestablement oubliée ou inconnue du public lors de l'exposition Q A au CENTRE POMPIDOU à la fin de l'année 2014, de sorte que le public n'a pu, à la vue de la sculpture exposée dans le musée ou reproduite

dans des ouvrages ou sur le site internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com), se référer à la photographie diffusée

près de 30 ans plus tôt pour les besoins d'une campagne publicitaire de quelques mois d'une marque

de prêt à porter. M. A n'ayant produit aucun élément antérieur à la présente instance de nature à laisser penser que son oeuvre se rattache sous une forme parodique à la photographie litigieuse, comme le souligne M. Y, le public n'a pu relever l'évocation de la photographie préexistante dans la sculpture litigieuse et percevoir la dimension parodique de celle-ci. C'est donc à juste raison qu'en l'absence d'évocation de l'oeuvre initiale, le tribunal a rejeté le moyen

de défense tiré de l'exception de parodie. Sur la liberté d'expression artistique L'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce que '1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il

puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.(...)

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale

ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire'. Ces dispositions consacrent le droit à l'information du public et la liberté d'expression, notamment artistique, tout en rappelant que ce droit doit s'exercer dans le respect des autres droits fondamentaux tels que le droit de propriété dont découle le droit d'auteur. La Cour de Strasbourg retient que la liberté d'expression est dotée d'une force plus ou moins grande

selon le type de discours en distinguant la situation où est en jeu une expression à des fins strictement commerciale, de celle où est en cause la participation à un débat touchant l'intérêt général : 'L'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants en la matière

varie en fonction de plusieurs éléments, parmi lesquels le type de 'discours' ou d'information en cause revêt une importance particulière. Ainsi, si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique par exemple, les Etats contractants disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial (Mouvement raélien c. Suisse [GC], n° 16354/06, § 61),

étant entendu que l'ampleur de celle-ci doit être relativisée lorsqu'est en jeu non l'expression strictement 'commerciale' de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général (Hertel c. Suisse, 25 août 1998, §47, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI).' (affaire Ashby Donald et autres c/ France, 10 janvier 2013, n°36769/08). Selon l'article 10 précité, les limitations à la liberté d'expression ne sont admises qu'à la condition qu'elles soient prévues par la loi, justifiées par la poursuite d'un intérêt légitime et proportionnées au but poursuivi, c'est à dire rendues nécessaires dans une société démocratique. Il est rappelé que l'article 27 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme énonce notamment

que 'Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur'. En l'espèce, la limitation à la liberté d'expression de Q A est prévue par la loi puisque, comme il a été rappelé, l'article L.122-4 du code de la propriété intellectuelle condamne toute adaptation ou transformation d'une oeuvre sans le consentement de son auteur ou de ses ayant droits. Par ailleurs, il n'est pas contesté que Q A est un artiste majeur, mondialement connu, dont les oeuvres portent un message. A cet égard, les appelants exposent que la série 'Banality', à laquelle

appartient la sculpture litigieuse 'Fait d'hiver', entend véhiculer deux idées principales, au coeur de la démarche artistique et intellectuelle de Q A : la démocratisation de l'art qui doit être accessible au plus grand nombre (d'où le recours à la porcelaine, 'matériau autrefois réservé à l'aristocratie' pour

mettre en exergue la démocratisation de l'art) et la nécessité de délivrer le plaisir esthétique du spectateur de toute honte et de toute culpabilité par rapport à son histoire culturelle, en recourant à la notion de 'banalité', libérée de toute connotation péjorative et érigée en 'uvre d'art. M. A explique que sa démarche créatrice 'se caractérise à la fois par le lien avec les 'uvres et la méthodologie du

passé (via les sources d'inspiration de l'artiste et la reprise de la méthodologie de ses prédécesseurs comme DUCHAMP ou WARHOL) et par le dépassement de ce lien (via la décontextualisation ou

recontextualisation de ses sources d'inspiration et les innovations méthodologies que l'artiste met en 'uvre)', ces caractéristiques particulières servant à l'artiste pour mieux transmettre le discours qu'il a voulu véhiculer par sa série 'Banality'. Il expose que la sculpture en cause lui permet de construire 'un récit sur la Banalité comme Sauveur', la 'banalité étant ici incarnée, en sus d'éléments empruntés à la culture populaire [fleurs, pingouins faisant référence aux figures kitsch et bon marché en porcelaine], par un animal de ferme anodin, réputé sale et sans grâce qui vient au secours de l'humanité représentée par la femme allongée. Cette banalité vient sauver la jeune femme en la conduisant à s'accepter telle qu'elle est, nue et débarrassée de toute culpabilité ou de crainte d'être jugée. Elle vient alors s'offrir aux spectateurs qui, comme les pingouins présents aux côtés de la jeune femme, assistent à cette scène insolite'. Il en déduit que le message artistique ainsi transmis par sa sculpture est complètement différent de celui exprimé par la photographie publicitaire de M. Y, ce qui n'est au demeurant pas contesté par ce dernier. Le message de Q A ainsi défini, même s'il est porteur d'une réflexion d'ordre social, relève de la liberté d'expression artistique ou de création artistique et non

pas de la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général. En outre, comme le relève à juste raison M. Y , qui produit un article extrait du site internet du Monde en date du 16 mai 2019 qualifiant l'artiste de 'commercial hors pair' et faisant état de la vente d'une de ses oeuvres, 'Rabbit', adjugée au prix record de 91,1 million de dollars, la démarche artistique de Q A n'est pas dénuée de caractère commercial.

Il a été vu que, nonobstant le rajout dans la sculpture de deux pingouins, du collier de fleurs porté par le cochon, des lunettes et des fleurs sur le front de la femme, et la nature différente du vêtement porté par celle-ci, la sculpture reprend substantiellement les éléments originaux de la photographie

originelle 'Fait d'hiver', notamment sa composition, sans y faire aucune référence, alors que, comme l'a pertinemment retenu le tribunal, cette photographie n'est pas familière du public qui ne pourra

donc l'identifier et appréhender la création de Q A par référence à elle et partant, percevoir le

caractère transformatif revendiqué de la démarche créatrice de l'artiste. Il est d'ailleurs souligné que le CENTRE POMPIDOU plaide qu'il n'avait lui-même aucun moyen de déceler la contrefaçon alléguée du fait de l'absence de connaissance de la photographie publicitaire indécélable dans la sculpture de Q A'.

Enfin et surtout, aucune circonstance ne justifie que Q A, qui occupe lui-même une toute première place sur le marché de l'art, se soit abstenu de rechercher qui était l'auteur de la photographie dont

il entendait s'inspirer, afin d'obtenir son autorisation, le cas échéant, en acquérant les droits d'exploitation. Il doit être rappelé que le droit d'auteur a pour finalité de permettre à chaque créateur, quel que soit le mérite de son oeuvre dès lors qu'elle est originale, d'obtenir une rémunération en contrepartie de l'autorisation d'exploiter son oeuvre, et de faire respecter son droit moral de l'auteur, et notamment son droit à la paternité.

Ainsi, eu égard aux circonstances de l'espèce, il y a lieu de considérer que la mise en oeuvre de la protection de la photographie 'Fait d'hiver' au titre du droit d'auteur constitue une atteinte proportionnée et nécessaire à la liberté d'expression créatrice de Q A.

Le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a rejeté le moyen tiré de la liberté d'expression présenté par M. A et la société Q A. Sur le devoir d'information et la bonne foi invoqués par le CENTRE POMPIDOU Le CENTRE POMPIDOU demande la réformation du jugement qui a retenu sa responsabilité. Il fait valoir, au visa de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et

des libertés fondamentales, que l'exposition de l'oeuvre de Q A et l'édition des publications y

relatives relèvent de sa mission de service public dédiée à l'art moderne et contemporain, de formation, d'information du public et de diffusion de la création artistique dans toutes ses formes. Il argue qu'en l'espèce, la mise en 'uvre de la protection au titre du droit d'auteur de M. Y ne constitue

pas, eu égard à cette mission et à son statut d'établissement public, une atteinte proportionnée et

nécessaire, dans une société démocratique, à sa liberté d'expression renforcée par sa mission d'intérêt général et son rôle de diffuseur de l'art du temps, dès lors notamment que M. Y pouvait

faire reconnaître ses droits d'auteur sans rechercher la responsabilité du musée. Il argue par ailleurs de sa parfaite bonne foi, dont il doit être tenu compte en matière civile comme en matière pénale, affirmant n'avoir eu aucun moyen de savoir que l'uvre de Q A était potentiellement contrefaisante et avoir organisé la rétrospective sous la direction et le contrôle étroits de l'artiste et de son studio, tant pour ce qui concerne l'exposition elle-même que pour l'édition des ouvrages litigieux. Le CENTRE POMPIDOU précise que Q A et son studio ont supprimé la clause de garantie de responsabilité contenue dans le projet de contrat qu'il leur avait adressé, relatif à l'édition des ouvrages (catalogue, album, portfolio) et des produits dérivés, tout en lui dissimulant que l'une des oeuvres exposées était potentiellement contrefaisante, manquant ainsi gravement à leur devoir de loyauté à son égard. M. Y oppose que le CENTRE POMPIDOU, qui a admis connaître la réputation sulfureuse de l'artiste Q A et ses démêlés judiciaires passés avec des tiers au sujet de ses oeuvres, n'a pourtant réalisé aucune recherche pour s'assurer de l'absence d'actes de contrefaçon, que les missions de service public du musée, dans lesquelles celui-ci a en l'espèce failli par sa négligence, ne sauraient constituer

une exception au droit d'auteur et que le CENTRE POMPIDOU a engagé sa responsabilité du fait de l'exposition de la sculpture pendant la rétrospective et de sa reproduction dans les ouvrages qu'il a édités et commercialisés, sa bonne foi étant indifférente.

Les appelants ne présentent pas d'argumentation sur ce point. Ceci étant exposé, fût-ce sous la direction et le contrôle de l'artiste et de sa société, la rétrospective au cours de laquelle a été exposée la sculpture 'Fait d'hiver' de Q A a été organisée par le CENTRE POMPIDOU et présentée dans ses locaux, et le catalogue de l'exposition, l'album de la rétrospective

et le portfolio reproduisant la sculpture ont été édités par le CENTRE POMPIDOU et commercialisés notamment dans sa librairie. La contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits de propriété qui y sont attachés. M. Y est donc fondé à rechercher la responsabilité du CENTRE POMPIDOU.

Celui-ci invoque vainement l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des

libertés fondamentales, la protection de sa liberté

d'expression et l'exercice de sa mission de service public. Il n'entre pas, en effet, dans la mission du CENTRE POMPIDOU d'exposer et de reproduire des oeuvres contrefaisantes. En outre, en tant que professionnel, il lui appartenait de s'assurer avant l'exposition et les éditions litigieuses que les oeuvres de Q A, notamment la sculpture 'Fait d'hiver', n'étaient pas susceptibles de porter atteinte aux droits d'autrui – il n'est justifié d'aucune démarche en ce sens – et en tous cas, d'obtenir une garantie sur ce point de l'artiste et de sa société. C'est donc à juste raison que le tribunal a rejeté le moyen de défense opposé par le CENTRE POMPIDOU.

De tout ce qui précède, il résulte que le jugement doit être confirmé en ce qu'il a dit que M. Q A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU et la société FLAMMARION ont commis des actes de contrefaçon de la photographie 'Fait d'hiver' en reproduisant ce visuel dans le cadre de l'exposition rétrospective consacrée à Q A et en le diffusant dans le catalogue, l'album et le portfolio de l'exposition, ainsi que

dans l'ouvrage 'Entretiens avec Norman Rosenthal' édité par la société FLAMMARION, et sur le site internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com).

Sur les mesures réparatrices  
Il est relevé à titre préliminaire que M. Y demande l'infirmité du jugement dans toutes ces dispositions relatives aux condamnations financières, si ce n'est celles relatives aux dépens et frais irrépétibles de première instance, et qu'il ne présente plus en cause d'appel de demande à l'encontre de la société FLAMMARION qui n'a pas constitué avocat en appel. Sur les demandes indemnitaires

Au soutien de ses demandes indemnitaires, M. Y fait état de la dépossession qu'il a subie, d'autant plus brutale que la rétrospective a rencontré un très grand succès, permettant à Q A de réaliser un important profit en terme d'image et d'accroître sa cote sur le marché de l'art. Il reproche au tribunal de n'avoir pas distingué, pour chaque modalité de diffusion de l'oeuvre contrefaisante, droit patrimonial et droit moral, et au titre du droit moral, d'avoir considéré que des atteintes au droit au respect de l'oeuvre et au droit à la paternité ne pouvaient être simultanément invoquées. Les appelants font valoir que la sculpture n'a été exposée qu'un mois, le succès de l'exposition ne tenant aucunement à cette seule oeuvre, que le dommage subi du fait de la reproduction de la sculpture sur le site internet en langue anglaise ne peut être que limité, que la sculpture constitue une oeuvre originale dérivée de la photographie

dont elle s'inspire, qu'aucun bénéfice n'a été réalisé par Q A sur la photographie publicitaire de M. Y, des investissements très importants ayant été engagés pour réaliser et promouvoir la sculpture, que les visiteurs de l'exposition rétrospective ont pu voir près de 100 oeuvres de Q A et pas seulement la sculpture litigieuse, que de même les ouvrages publiés à l'occasion de cette exposition comprenaient de très nombreuses oeuvres de l'artiste, que le préjudice de M. Y ne peut s'analyser qu'en une perte de chance d'adaptation de la photographie sous forme de sculpture, nécessairement faible en raison du fait que cette photographie n'a jamais été re-exploitée depuis 1985 et que M. Y n'a jamais publié d'ouvrage sur ses créations, que M. Y ne peut invoquer cumulativement des atteintes à son droit au respect de son oeuvre et à son droit de paternité sur cette oeuvre. Ils en déduisent que les sommes réclamées ne sont pas justifiées et sont manifestement disproportionnées au regard du préjudice réellement subi.

Le CENTRE POMPIDOU conteste tout préjudice causé par son fait, faisant valoir qu'il ne saurait être condamné in solidum avec l'artiste, que dès qu'il a eu connaissance du risque de contrefaçon lié à l'exposition de l'oeuvre 'Fait d'hiver' et à la demande du prêteur, la Fondation L, il a rapidement effectué toutes les diligences nécessaires à l'enlèvement de la sculpture de l'exposition, qu'il a agi

sous la contrainte de Q A et de son studio qui ont choisi les oeuvres à exposer et à reproduire. Il plaide qu'en tout état de cause, les condamnations prononcées sont disproportionnées au préjudice réellement subi par M. Y, celui-ci ne pouvant exploiter le visuel en dehors de la campagne publicitaire NAF-NAF de 1985, et au résultats financiers déficitaires enregistrés autour de la rétrospective Q A. Il ajoute que le préjudice de M. Y ne pourrait être évalué que sur la base des tarifs de deux sociétés de perception et de répartition de droits en matière d'arts visuels, la SAIF et l'ADAGP.

L'article L.331-1-3 du code de la propriété intellectuelle prévoit notamment que 'Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :

1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;  
2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;  
3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et

promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits'.

Le préjudice résultant de l'exposition de la sculpture au CENTRE POMPIDOU

Les premiers juges ont exactement constaté que la sculpture 'Fait d'hiver' a été exposée au public du 26 novembre au 23 décembre 2014, date de son retrait de l'exposition rétrospective, soit pendant un peu moins d'un mois et que cette exposition a connu un record de fréquentation, le communiqué de presse du CENTRE POMPIDOU en date du 17 décembre 2014 annonçant en effet 112 844 visiteurs à

cette date, ainsi qu'un record du nombre de visiteurs le premier jour de l'exposition. S'il est constant que les visiteurs de l'exposition rétrospective ont pu voir de nombreuses oeuvres de Q A autres que la sculpture litigieuse, ces chiffres conduisent à retenir, comme le tribunal, que l'atteinte portée au droit patrimonial de représentation de M. Y sur la photographie a été massive. M. Y souligne à juste raison que sa photographie constitue une oeuvre protégeable en tant que telle, indépendamment de son mérite ou sa destination, et justifie que l'image du cochon, créée pour les besoins de la campagne publicitaire NAF-NAF en 1984/1985 a été réutilisée par la marque, certes sous une autre forme (cochon portant un ruban autour du cou et non plus un tonnelet), pour sa collection automne-

hiver 2015/2016, ce qui conduit à relativiser l'argumentation adverse selon laquelle la photographie

n'a jamais été re-exploitée. L'atteinte portée au droit patrimonial de représentation sera réparée par l'allocation d'une somme de 110 000 € à titre de dommages et intérêts.

M. Y a en outre subi un préjudice moral résultant à la fois de l'atteinte au droit du respect de son oeuvre, en raison des modifications apportées par Q A à la photographie dont s'inspire largement sa sculpture, et ce quels que soient les mérites de l'oeuvre dérivée et la notoriété de son auteur, et de l'atteinte au droit de paternité qui est constituée dès lors que le nom de M. Y n'a été à aucun moment cité lors de l'exposition de la sculpture et dans les reproductions litigieuses. Les atteintes au droit moral d'auteur de M. Y seront réparées par l'allocation d'une somme globale de 40 000 € à titre de dommages et intérêts.

Le CENTRE POMPIDOU qui a contribué avec M. A et la société A à la réalisation du dommage subi par M. Y doit être condamné in solidum avec ces derniers à le réparer. Cependant, il justifie que la société Q A a purement et simplement retiré la clause de garantie pour le cas d'atteinte à un droit

de

propriété intellectuelle que contenait le projet de contrat qu'il lui avait été adressé, et ce peu de temps avant le début de l'exposition ce qui laissait au musée peu de latitude pour renégocier le contrat afin d'y faire figurer une telle clause. Il établit en outre que Q A et la société Q A se sont largement impliqués dans l'organisation de l'exposition, contrôlant le choix de chaque oeuvre exposée, son emplacement et la scénographie. Enfin, il est constant que le musée n'a à aucun moment été informé du caractère possiblement contrefaisant de la sculpture. Dans ces conditions, la condamnation in solidum du CENTRE POMPIDOU sera limitée à 20 % des sommes allouées. Le préjudice résultant de la reproduction de la sculpture dans les ouvrages A l'occasion de la rétrospective, trois ouvrages ont été élaborés et édités par le CENTRE POMPIDOU sous le contrôle strict de Q A : le catalogue de l'exposition qui reproduit à partir de la page 109 la série 'Banality', en particulier la sculpture 'Fait d'hiver', et qui a été vendu à 7 953 exemplaires ; l'album de la rétrospective qui reproduit en page 22 la sculpture 'Fait

d'hiver', qui a été vendu à 12 624 exemplaires et dont la version éditée à partir de janvier 2015 ne reproduit plus la sculpture litigieuse ; et le portfolio qui reproduit la sculpture et a été vendu à 5 515 exemplaires ; soit au total environ 26 000 ouvrages environ.

L'atteinte au droit patrimonial de reproduction sera indemnisée par une somme de 25 000 € et les atteintes portées au droit du respect de l'oeuvre et au droit de paternité, le nom de M. Y n'étant pas plus cité dans ces trois ouvrages que lors de l'exposition, par une somme globale de 15 000 €. Le CENTRE POMPIDOU qui a également concouru à la réalisation de ces dommages étant tenu in solidum au paiement de ces sommes, dans la limite de 20 % pour les motifs précédemment exposés. Comme il a été dit, aucune demande indemnitaire n'est formée en appel contre la société FLAMMARION à raison de l'édition de l'ouvrage 'Entretiens avec Norman Rosenthal' reproduisant la sculpture contrefaisante, alors que M. Y demande l'infirmité du jugement en toutes ses dispositions relatives aux condamnations pécuniaires. Le jugement ne peut donc qu'être infirmé en

ce qu'il a condamné la société FLAMMARION à payer la somme de 2 000 € à M. Y à titre de dommages et intérêts. Le préjudice résultant de la reproduction de la sculpture sur le site [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com)

L'oeuvre contrefaisante a été visible jusqu'en août 2017 sur le site internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com), administré par la société Q A, soit pendant plus de deux ans après la délivrance de l'assignation. Le procès-verbal d'huissier en date du 23 mars 2020 produit par M. Y en cause d'appel montre que la sculpture 'Fait d'hiver' était encore visible à cette date sur le site internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com) malgré la mesure d'interdiction prononcée par le jugement assorti de l'exécution provisoire. Il convient par conséquent d'allouer à M. Y en réparation de l'atteinte causée au droit de reproduction la somme de 8 000 € et celle globale de 6 000 € pour les atteintes au droit du respect de l'oeuvre et au droit de paternité. Le jugement sera ainsi réformé quant aux condamnations pécuniaires prononcées. Sur les mesures accessoires Les appelants demandent l'infirmité du jugement quant à la mesure d'interdiction ordonnée, au nom de la liberté de création reconnue à l'artiste adaptateur et en faisant valoir que rien ne permet de circonscrire le dommage futur que cette mesure suppose au seul sol français pour lequel la cour a

compétence. Ils sollicitent la confirmation du jugement en ce qu'il a rejeté les demandes de confiscation de la sculpture et de publication, et le rejet de la demande de confiscation des recettes liées à l'exploitation et à la vente de la sculpture, toutes qualifiées de disproportionnées. Le CENTRE POMPIDOU demande la confirmation en ce qui concerne les demandes de confiscations et de publications. La K L argue du caractère inadapté et disproportionné des demandes de confiscation de la sculpture et d'interdiction de représentation et de reproduction.

M. Y demande, outre la confirmation de la mesure d'interdiction ordonnée par le tribunal qu'il souhaite voir assortir d'une astreinte élevée compte tenu notamment de la persistance de la présence de la sculpture sur le site internet au 23 mars 2020, la confiscation de l'oeuvre contrefaisante, nécessaire selon lui pour faire cesser l'atteinte à ses droits d'auteur, à charge pour lui d'en faire donation à l'Etat français, la confiscation à son profit des recettes générées par la vente et l'exploitation de la sculpture sur le fondement de l'article L. 331-4 du code de la propriété intellectuelle et la publication de cet arrêt dans la presse spécialisée et sur internet. Il sera fait interdiction au CENTRE POMPIDOU en tant que de besoin, à M. Q A et à la société Q A de procéder à l'exposition de la sculpture 'Fait d'hiver'

et à toute reproduction de celle-ci, y compris sur des sites internet, notamment sur le site internet [www.jeffkoons.com](http://www.jeffkoons.com), qui est accessible au public français, et ce sous astreinte comme il sera précisé au dispositif. Le jugement sera réformé en ce sens.

Le jugement sera en revanche confirmé pour les motifs qu'il comporte en ce qu'il a rejeté les demandes de confiscation de l'oeuvre de Q A et de publication.

La demande de confiscation des recettes générées par la vente et l'exploitation de la sculpture 'Fait d'hiver' sera rejetée, le préjudice de M. Y étant suffisamment réparé par les indemnités allouées et la mesure d'interdiction prononcée.

Sur la demande du CENTRE POMPIDOU pour procédure abusive

Le sens de cet arrêt conduit nécessairement au rejet de la demande formée par le CENTRE POMPIDOU pour procédure abusive. Sur les dépens et les frais irrépétibles M. A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU, la K L et la société FLAMMARION, parties perdantes, seront condamnées aux dépens d'appel et garderont à leur charge les frais non compris dans les dépens qu'ils ont exposés à l'occasion de la présente instance, les dispositions prises sur les dépens et frais irrépétibles de première instance étant confirmées.

La somme qui doit être mise à la charge de M. A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU, la K L et la société FLAMMARION au titre des frais non compris dans les dépens exposés par M. Y peut être équitablement fixée à 70 000 €, cette somme, qui complètera celle allouée en première instance, se répartissant entre les parties perdantes, dans leurs rapports entre elles, comme suit : 50 000 € à la charge de M. A et la société Q A, 10 000 € à la charge du CENTRE POMPIDOU, 5 000 € à la charge de la K L et 5 000 € à la charge de la société FLAMMARION.

PAR CES MOTIFS,  
LA COUR,

Met hors de cause la STICHTING K L et reçoit la K L en son intervention volontaire, Déboute le CENTRE POMPIDOU de sa demande de rejet des pièces 6, 24 et 25 de M. H Y, Déboute M. Q A et la société Q A de leur demande tendant à voir appliquer la loi américaine aux faits de l'espèce,

Dit que la photographie 'Fait d'hiver' est originale et éligible à la protection au titre du droit d'auteur, Confirme le jugement si ce n'est en ses dispositions relatives à la mesure d'interdiction et aux condamnations pécuniaires prononcées à

l'encontre de M. Q A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU

et la société FLAMMARION en réparation des préjudices subis par M. Y résultant de la contrefaçon de

la photographie 'Fait d'hiver',  
Statuant à nouveau sur ces points,  
Fait interdiction au CENTRE POMPIDOU en tant que de besoin, à M. Q A et à la société Q A de procéder à l'exposition de la sculpture 'Fait d'hiver' et à toute reproduction de celle-ci, y compris sur des sites internet, notamment sur le site internet www.jeffkoons.com, et ce sous astreinte de 600 €

par infraction et par jour, commençant à courir passé un délai d'un mois à compter de la signification

de cet arrêt,  
Condamne in solidum M. Q A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU, ce dernier dans la limite de 20 % des sommes allouées, à payer à M. H Y à titre de dommages et intérêts :  
— pour les atteintes causées par l'exposition rétrospective de l'oeuvre de Q A au CENTRE POMPIDOU

:  
— 110 000 € en réparation de l'atteinte au droit patrimonial de représentation sur la photographie 'Fait d'hiver'

— 40 000 € en réparation des atteintes au droit moral sur ladite photographie,  
— pour les atteintes causées par l'édition du catalogue, de l'album et du portfolio de l'exposition rétrospective :

— 25 000 € en réparation de l'atteinte au droit de reproduction sur la photographie 'Fait d'hiver',

— 15 000 € en réparation des atteintes au droit moral sur ladite photographie,  
Condamne la société Q A à payer à M. H Y, à titre de dommages et intérêts en réparation des atteintes causées par la reproduction de la sculpture contrefaisante sur le site internet www.jeffkoons.com :

— 8 000 € en réparation de l'atteinte au droit de reproduction sur la photographie 'Fait d'hiver',

— 6 000 € en réparation des atteintes au droit moral sur ladite photographie,

Déboute M. H Y de ses demande de confiscation des recettes générées par la vente et l'exploitation de la sculpture 'Fait d'hiver' et de publication,  
Déboute le CENTRE POMPIDOU de sa demande pour procédure abusive,

Condamne in solidum M. Q A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU, la K L et la société FLAMMARION aux dépens d'appel, dont distraction au profit de Me AITTOUARES, SELARL OX, en application de

l'article 699 du code de procédure civile,  
Condamne in solidum M. Q A, la société Q A, le CENTRE POMPIDOU, la K L et la société FLAMMARION au paiement à M. H Y de la somme de 70 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile, cette somme se répartissant entre les parties perdantes, dans leurs rapports entre elles, comme suit : 50 000 € à la charge de M. A et la société Q A, 10 000 € à la charge du CENTRE POMPIDOU, 5 000 € à la charge de

la K L et 5 000 € à la charge de la société FLAMMARION.

LA GREFFIÈRE LA PRÉSIDENTE

**VII. Urteil des Verwaltungsgerichts Mainz „Kunst oder Handwerk?“ am 09.12.2021; Az. 1 K 952/20.MZ**

**Pressemitteilung des VG Mainz Nr. 01/2022 vom 05.01.2022**

Es ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein (Werbe)Fotograf künstlerisch tätig ist oder ein (zulassungsfreies) Handwerk betreibt, das die Handwerkskammer zur Eintragung in ein Inhaberverzeichnis berechtigt. Dies entschied das Verwaltungsgericht Mainz.

Die Kläger sind Diplom-Designer und in der Künstlersozialkasse versichert. Sie erstellen im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Auftrag von Geschäftskunden werbliche Fotografien. Daneben sind sie journalistisch-redaktionell tätig und fertigen außerdem freie Arbeiten an, die sie in Ausstellungen zeigen und teilweise an Interessenten verkaufen. Über Verkaufsräume verfügen sie nicht. Die beklagte Handwerkskammer Rheinhessen teilte den Klägern mit, sie in die Handwerksdatenbank eintragen zu wollen, weil sie neben künstlerischen Werken auch gewerbliche Auftragsarbeiten herstellten. Der dagegen gerichtete Widerspruch der Kläger blieb erfolglos. Mit ihrer Klage machten die Kläger geltend, ihre fotografische Tätigkeit sei nicht als handwerklich, sondern als künstlerisch und damit freiberuflich einzustufen. Ihre Arbeiten würden sich durch ein eigenschöpferisches, gestaltendes Schaffen und ein hohes Gestaltungsniveau auszeichnen, das deutlich über das technisch gute Abbilden der Realität hinausgehe. Das Verwaltungsgericht gab der Klage statt und hob die Mitteilung der Beklagten über die beabsichtigte Eintragung in das Handwerksverzeichnis der Inhaber zulassungsfreier Betriebe auf.

Die Kammer sei zu der Überzeugung gelangt, dass die Kläger unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien künstlerisch tätig seien und kein zulassungsfreies Handwerk im Sinne der Vorschriften der Handwerksordnung betrieben. Auch im Auftrag von Geschäftskunden erstellte fotografische Arbeiten könnten Kunst darstellen, wenn es sich dabei um ein eigenschöpferisches

gestalterisches Schaffen handele, das eine gewisse künstlerische Gestaltungshöhe erreiche. Dies sei bei den Arbeiten der Kläger ganz überwiegend der Fall. Hierfür sprächen die von den Klägern vorgelegten fotografischen Werke selbst sowie die Beschreibung des Vorgehens bei ihrer Tätigkeit.

**Urteil 1 K 952/20.MZ**

VERWALTUNGSGERICHT

MAINZ

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verwaltungsrechtsstreit

1.

2.

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte zu 1-2:

g e g e n

- Beklagte -

w e g e n Handwerksrechts

hier: Eintragung im Verzeichnis der zulassungsfreien Handwerke Veröffentlichungsfassung!

hat die 1. Kammer des Verwaltungsgerichts Mainz aufgrund der mündlichen Ver-

handlung vom 9. Dezember 2021, an der teilgenommen haben

Vizepräsident des Verwaltungsgerichts Dr. Fritz

Richterin am Verwaltungsgericht Michalak

Richterin am Verwaltungsgericht Assion

ehrenamtlicher Richter Werkschutzmeister Landskron

ehrenamtlicher Richter Dipl. Ing. Weinbau Mankel

für Recht erkannt:

Der Bescheid der Beklagten vom 3. Juli 2020 in Gestalt des Wider-

spruchsbescheids vom 21. Oktober 2020 wird aufgehoben.

Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten gegen Sicherheitsleistung in einer der

Kostenfestsetzung entsprechenden Höhe vorläufig vollstreckbar.

## Tatbestand

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die von den Klägern ausgeübte Tätigkeit als Fotografen als zulassungsfreies Handwerk zu qualifizieren und damit in das bei der Beklagten geführte Verzeichnis nach § 19 des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) – HwO – einzutragen ist. Die Kläger sind Diplom-Designer. Die Klägerin zu 2) hat vor ihrem Studium zudem eine Ausbildung zur Fotografin absolviert. Beide sind in der Künstlersozialkasse versichert. Neben ihrer Tätigkeit als Fotografen/Foto-Designer arbeiten sie zu ca. 25 % journalistisch. Der Kläger zu 1) hat eine Bescheinigung vorgelegt, in der seine „besondere künstlerisch-gestalterische Begabung“ festgestellt wird. Die Klägerin zu 2) verweist auf ein Gutachten des Berufsverbandes Freie Fotografen und Filmgestalter, wonach sie eine künstlerische Tätigkeit im Sinne des § 18 des Einkommenssteuergesetzes – EStG – ausübe.

Die Kläger sind Gesellschafter der „X+X ....“ und erstellen werbliche Fotografien (Konzeption und Produktion) im Auftrag von Geschäftskunden. Daneben sind sie journalistisch-redaktionell tätig und fertigen auch freie Arbeiten an. Ihre freien Fotoarbeiten zeigen die Kläger in Ausstellungen und verkaufen sie teilweise als Foto-Prints an Kunstinteressierte. Sie leben und arbeiten in einer Hofreite, in der es keine Kundenräume gibt. Hier befindet sich eine Galerie, in der die Arbeiten der Kläger und anderer Künstler ausgestellt werden. Mit Schreiben vom 19. November 2019 forderte die Verbandsgemeindeverwaltung X-X auf Bitten der Beklagten die Kläger dazu auf, ihrer Meldepflicht nachzukommen und eine Gewerbeanzeige zu tätigen. Mit E-Mail vom 21. November 2019 korrigierte die Verbandsgemeindeverwaltung diese Aussage, weil die Kläger als studierte und diplomierte Designer künstlerisch freiberuflich tätig seien und damit nicht der Gewerbeordnung unterlägen.

Mit E-Mail vom 13. Dezember 2019 forderte die Beklagte die Kläger dazu auf, eine Eintragung in die Handwerksdatenbank (Verzeichnis für zulassungsfreies Handwerk) zu beantragen, weil sie neben künstlerischen Werken auch gewerbliche Auftragsarbeiten fertigen würden. Nachdem die Kläger einen solchen Antrag nicht stellten, teilte die Beklagte mit Ankündigungsbescheid vom 3. Juli 2020 mit, eine Eintragung in die Handwerksdatenbank von Amts wegen nach Ablauf der Widerspruchsfrist vorzunehmen.

Mit Schreiben vom 29. Juli 2020 legten die Kläger Widerspruch gegen den Bescheid ein. Ihre verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit würde

durch eine Eintragung in die Handwerksdatenbank verletzt. Ihre Tätigkeit sei durch die Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes – GG –, gedeckt. Die Grenzen von Kunst und Handwerk seien fließend und es gebe Überschneidungen. Bei ihren Arbeiten handele es sich um künstlerische oder journalistische Werke, selbst wenn sie von Kunden beauftragt worden seien und teilweise auch handwerkliche Elemente enthielten. Es habe in den vergangenen 20 Jahren Einigkeit zwischen den Beteiligten darüber bestanden, dass die Kläger als Künstler nicht mitgliedspflichtig seien, sie aber trotzdem in der Fotografenausbildung für die Beklagte tätig sein dürfen.

Der Widerspruch der Kläger wurde mit Widerspruchsbescheid vom 21. Oktober 2021 (Eingang bei den Klägern am 23. Oktober 2020) zurückgewiesen. Bei den Tätigkeiten der Kläger handele es sich um zulassungsfreies Handwerk im Sinne der Anlage B, Abschnitt 1, Nr. 37 zur Handwerksordnung, sodass eine Eintragung in die entsprechende Handwerksdatenbank erfolgen müsse. Es gehe um Tätigkeiten, die gemäß der Fotografenmeisterverordnung und der Fotografiergewerbe-Ausbildungsverordnung dem Fotografen-Handwerk zuzuordnen seien. Die Kläger würden auftragsbezogene Bildkonzeptionen erstellen, Verfahrenswege auswählen und auf Bildkonzeptionen abstimmen, sodass die betriebswirtschaftlichen und technischen Anforderungen des Fotografen-Handwerks vollumfänglich erfüllt seien. Ausweislich ihrer Webseite würden die Kläger in erheblichem Umfang gewerbliche Aufträge ausführen und in diesem Rahmen insbesondere Portrait- und Produkt-Werbeaufnahmen, still lifes und Luftaufnahmen unter Verwendung der üblichen Verfahrenstechniken des Fotografen-Handwerks anfertigen.

Die Kläger haben am 23. November 2020 Klage erhoben. Sie sind der Auffassung, dass sie keine handwerkliche Fotografie ausüben und verweisen zur Begründung auf ihre Biographien und ihre konkreten Arbeiten. Die Beklagte ziehe schon eine falsche Bewertungsgrundlage heran, indem sie auf die Fotografenmeisterverordnung und die Fotografiergewerbe-Ausbildungsverordnung abstelle, denn danach müsse jede fotografische Tätigkeit als handwerklich eingestuft werden. Vielmehr seien die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung von Handwerk und Kunst zugrunde zu legen. Handwerkliche Tätigkeiten seien jedenfalls dann nicht von der Handwerksordnung erfasst, wenn sie nicht als stehendes Gewerbe, sondern als freier Beruf ausgeübt werden. Anders als bei der Fotografen-

Ausbildung habe das von ihnen, den Klägern, absolvierte Hochschulstudium die Kamerabedienung und -technik bereits als bekannt vorausgesetzt und sich auf die Förderung der künstlerischen Fähigkeiten fokussiert. Sie seien als Künstler tätig und als solche anerkannt, was die verschiedenen Ausstellungen in den vergangenen Jahren und die mediale Berichterstattung bestätigen würden. Außerdem seien sie als Foto-Designer bei der Künstlersozialkasse versichert und würden entsprechend auch einkommenssteuerrechtlich als Freiberufler behandelt. Auch die Gewerbebehörde habe festgestellt, dass sie, die Kläger, künstlerisch und damit freiberuflich tätig seien. Ihre Arbeiten würden sich durch ein eigenschöpferisches, gestaltendes Schaffen auszeichnen und eine Gestaltungshöhe aufweisen, die deutlich über das technisch gute Abbilden der Realität hinausgehe und durch entsprechende konzeptionelle und kreative Vorarbeiten untermauert sei. Es handele sich um eigene konzipierte und inszenierte Bildwelten, die subjektive Empfindungen, Gefühle und Wünsche zum Ausdruck bringen sollen. Insofern sei auch zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung von einem sehr weiten Kunstbegriff ausgehe. Es komme deshalb nicht darauf an, ob es sich um Auftragsarbeiten handele und ggf. bestimmte Vorgaben erfüllt werden müssen, weil stets ein erheblicher Gestaltungsspielraum für sie, die Kläger, verbleibe. Ob es sich bei ihren Arbeiten um Kunst handele, könne von der Beklagten (und dem Gericht) nicht beurteilt werden, weil es hierfür einer besonderen Sachkunde bedürfe. Für die Zuordnung zur Kunst spiele es auch keine Rolle, ob die Fotografien einem bestimmten Gebrauchszweck (wie Werbung) dienten oder sie, die Kläger, eine gewisse Gewinnerzielungsabsicht verfolgten. Im Übrigen seien sie auch (bild-)journalistisch tätig und würden zudem freie künstlerische Arbeiten ohne Auftraggeber und Vorgaben anfertigen; diese würden sie auf Anfrage auch als Fine-Art-Prints verkaufen. Ferner betrieben sie kein stehendes Gewerbe, da sie keine Produktions- oder Handelsstätten unterhielten.

Die Kläger beantragen, den Bescheid der Beklagten vom 3. Juli 2020 und den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 21. Oktober 2020 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Klage sei unbegründet. Nach Auffassung der Beklagten üben die Kläger keine freiberuflich-künstlerische, sondern eine handwerkliche Tätigkeit aus. Dafür spreche, dass die Kläger Auftragsarbeiten durchführten und es damit an einer eigenen Initiative, einem Arbeiten nur der Kunst willen und an

einem eigenen künstlerischen Gestaltungsspielraum fehle. Der verbleibende Gestaltungsspielraum der Kläger betreffe die Erstellung von Werbekonzepten, aber nicht die eigentliche Fotografen-Tätigkeit. Tätigkeiten eines Fotografen seien grundsätzlich als Kunsthandwerk und damit als handwerklich anzusehen. Nach dem weiten Kunst-Verständnis der Kläger würde es sich bei fotografischen Arbeiten stets um Kunst handeln. Bei den Fotografien der Kläger sei ein über das normale Maß hinausgehender eigenschöpferischer Charakter und damit eine künstlerische Gestaltungshöhe nicht festzustellen. Außerdem seien die Arbeiten der Kläger – anders als Kunst – zweckgebunden und hätten einen praktischen Nützlichkeitswert als Werbung. Ausweislich ihrer Homepage führten die Kläger in erheblichem Umfang gewerbliche Aufträge aus. Dass die Kläger nicht den Privatkundenbereich und typische Arbeiten wie Portrait-, Passbild- oder Hochzeitsfotografie abdecken und kein eigenes Ladenlokal unterhalten, widerspreche nicht der Einordnung ihrer Arbeit als Handwerk. Die Fotografenmeisterverordnung und die Fotografiergewerbe-Ausbildungsverordnung seien für die Einordnung der Tätigkeit der Kläger heranzuziehen. Die hierin genannten betriebswirtschaftlichen und technischen Anforderungen an das Fotografen-Handwerk seien durch die Kläger erfüllt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte des Beklagten (1 Heft) Bezug genommen; diese haben der Kammer vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Klage ist zulässig (I.) und hat auch in der Sache Erfolg (II.).

I. Die Klage ist als Anfechtungsklage statthaft. Die Kläger können die Eintragungsmitteilung der Beklagten gemäß § 42 Abs. 1 Var. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – anfechten. Bei der Mitteilung über die beabsichtigte Eintragung in das Verzeichnis der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe (§§ 19, 20 i.V.m. mit § 10 Abs. 1, § 11 der Handwerksordnung – HwO –) handelt es sich um einen Verwaltungsakt, gegen den sich der Betroffene mit dem Widerspruch und der Anfechtungsklage wenden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1994 – 1 C 2/92 –, juris, Rn. 8). Mit der Ankündigung soll die Eintragungspflicht verbindlich geklärt werden, um zu verhindern, dass Eintragungen, die sich aufgrund von Einwendungen

des Betroffenen als fehlerhaft erweisen sollten, wieder rückgängig gemacht werden müssen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. November 1982 – 5 B 9/81 –, juris, Rn. 3; vgl. BVerwG, Urteil vom 26. April 1994 – 1 C 17/92 –, juris, Rn. 10). Die spätere Eintragung ist danach lediglich der Vollzug der Ankündigung (vgl. VG Dresden, Urteil vom 6. April 2016 – 4 K 3416/14 –, juris, Rn. 13 m.w.N.). Die Klage ist auch ansonsten zulässig, insbesondere innerhalb der einmonatigen Klagefrist nach § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO erhoben worden.

II. Die Klage ist begründet. Der Ankündigungsbescheid der Beklagten vom 3. Juli 2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. Oktober 2021 ist rechtswidrig und verletzt die Kläger in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Kläger sind nach Auffassung der Kammer künstlerisch tätig und betreiben kein zulassungsfreies Handwerk im Sinne des § 18 Abs. 2 HwO i.V.m. Nr. 38 der Anlage B, Abschnitt 1 zu § 18 Abs. 2 Satz 1 HwO. Es kann damit offenbleiben, ob die Kläger ein stehendes Gewerbe im Sinne des § 18 Abs. 1 HwO betreiben (dazu vgl. VGH BW, Urteil vom 27. Februar 2020 – 6 S 2901/18 –, juris, Rn. 25 ff.) oder ob sie als Künstler einen freien Beruf ausüben und nicht gewerblich in diesem Sinne tätig sind (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. November 1991 – 2 BvR 281/91 –, juris, Rn. 14).

Gemäß § 18 Abs. 1 HwO ist eine unverzügliche Anzeige bei der Handwerkskammer erforderlich, wenn man ein zulassungsfreies Handwerk oder ein handwerksähnliches Gewerbe selbständig betreibt und als stehendes Gewerbe beginnt oder beendet. Ein Gewerbe ist gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 HwO ein zulassungsfreies Handwerk im Sinne der Handwerksordnung, wenn es handwerksmäßig betrieben wird und in Anlage B, Abschnitt 1 zur Handwerksordnung aufgeführt ist. Unter Nr. 38 der Anlage B, Abschnitt 1 zur Handwerksordnung werden Fotografen als handwerksmäßiges Gewerbe aufgeführt.

1. Für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit als (zulassungsfreies) Handwerk oder als Kunst zu qualifizieren ist, sind in der Rechtsprechung Kriterien entwickelt worden, die im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung herangezogen werden können. So kann es für eine handwerkliche Tätigkeit sprechen, wenn sie vorrangig auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist (vgl. OVG RP, Beschluss vom 11. Juni 2021 – 6 A 10114/21.OVG –, BA S. 4; OVG HH, Beschluss vom 17. Juli 2018 – 5 Bf 146/17.Z –, juris, Rn. 27; VG Koblenz, Beschluss vom 1. Juli 2021 – 5 L 475/21.KO –, juris, Rn. 13). Handwerkliche Tätigkeiten sind grundsätzlich erlernbar (vgl. OVG HH, a.a.O., Rn. 26; VG Koblenz, a.a.O., Rn. 12). Bei handwerklichen Tätigkeiten steht

eine korrekte Ausführung der Technik im Vordergrund, die wenig Raum für künstlerische Freiheit zulässt. Für das Fotografenhandwerk bedeutet dies unter anderem, die richtige Kamera, das richtige Objektiv, die richtige Brennweite und geeignete Lichtquellen auszuwählen sowie korrekt anzuwenden (vgl. OVG HH, a.a.O., Rn. 28; VG Koblenz, a.a.O., Rn. 13). Auch Bildbearbeitungen können als handwerkliche Tätigkeit angesehen werden (vgl. OVG HH, a.a.O., Rn. 21). Beim handwerklichen Fotografieren geht es darum, etwas bereits Vorhandenes wiederzugeben (vgl. OVG HH, a.a.O., Rn. 32). Auch wenn ein Fotograf teilweise nicht-handwerkliche künstlerische Tätigkeiten ausübt, betreibt er ein Handwerk, wenn er sich mit maßgeblichem Anteil mit der handwerksmäßigen Ausübung befasst (vgl. OVG HH, a.a.O., Rn. 32).

Eine künstlerische Tätigkeit liegt vor, wenn ein eigenschöpferisches gestalterisches Schaffen, das über das Handwerkliche deutlich hinausgeht, vorliegt (OVG HH, a.a.O., Rn. 26; BFH, Urteil vom 14. Dezember 1976 – VIII R 76/75 –, juris, Rn. 15). Hierfür ist es erforderlich, dass die Leistungen eine gewisse künstlerische Gestaltungshöhe erreichen (vgl. BFH, Urteil vom 29. Juli 1981 – I R 183/79 –, juris, Rn. 10; BFH, Urteil vom 11. Juli 1991 – IV R 33/90 –, juris, Rn. 15 m.w.N.). Kunst-Fotografie gibt eine eigenschöpferische, dem eigenen künstlerischen Empfinden entspringende Darstellung wieder (vgl. OVG HH, a.a.O., Rn. 28; BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. November 1991 – 2 BvR 281/91 –, juris, Rn. 16). Kennzeichnend hierfür ist, dass der künstlerisch tätige Fotograf gestaltet und etwas vorher nicht Vorhandenes schafft. Bei Portrait-Fotografien kann es hierfür erforderlich sein, das Modell zunächst zu beobachten, sich in es hineinzudenken, einzufühlen, das für das Modell Charakteristische durch Gestaltung des Hintergrundes und der Beleuchtung herauszustellen (vgl. OVG HH, a.a.O., Rn. 32). Auch bei künstlerischen Tätigkeiten kann eine Gewinnerzielungsabsicht angestrebt werden, allerdings muss dann daneben ein höheres vergeistigtes Ziel verfolgt werden (vgl. OVG HH, a.a.O., Rn. 27).

Einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz ist die Tendenz zu entnehmen, die Werbefotografie eher der Kunst als dem Handwerk zuzuordnen (vgl. OVG RP, a.a.O., BA S. 3 f.). In diese Richtung geht auch eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs hinsichtlich der Abgrenzung von künstlerischen und gewerblichen Tätigkeiten, wonach eine künstlerische Tätigkeit grundsätzlich auch dann angenommen werden kann, wenn sie einen gewerblichen Zweck (mit-)verfolgt, wie es beispielsweise bei Werbung der Fall ist (vgl. BFH, Urteil

vom 11. Juli 1991 – IV R 33/90 –, juris, Rn. 18). Auch bei Auftragsarbeiten kann es sich um künstlerische Fotografie handeln, wenn dem Fotografen genügend Spielraum für eine eigenschöpferische Leistung bleibt und nicht etwa ins einzelne gehende Angaben und Weisungen eines Auftraggebers vorliegen (vgl. BFH, Urteil vom 11. Juli 1991 – IV R 33/90 –, juris, Rn. 19 m.w.N.; BFH, Urteil vom 14. Dezember 1976 – VIII R 76/75 –, juris, Rn. 15). Unerheblich für die Abgrenzung ist jedenfalls die sozialrechtliche Einordnung, weil dieser ein eigenständiger Kunstbegriff zugrunde liegt (vgl. OVG RP, a.a.O., BA S. 5; VG Koblenz, a.a.O., juris, Rn. 15). Auch die ursprüngliche Ausbildung des Fotografen gilt nicht als geeignetes Differenzierungskriterium, da es denkbar ist, dass ein ausgebildeter Fotograf später auch künstlerisch arbeitet bzw. ein studierter Foto-Designer oder ein Werbefotograf später seiner Arbeit einen handwerklichen Schwerpunkt gibt (vgl. OVG HH, a.a.O., juris, Rn. 29; BFH, Urteil vom 14. Dezember 1976 – VIII R 76/75 –, juris, Rn. 18). Ebenso wenig kommt es auf den Gebrauchszweck oder die spätere Verwendung an (vgl. BFH, Urteil vom 14. Dezember 1976 – VIII R 76/75 –, juris, Leitsatz 1 zu der Unterscheidung von Kunst und Gewerbe, wobei diese nach Auffassung der Kammer auf die Abgrenzung von Kunst und Handwerk übertragbar ist).

2. Unter Anwendung des dargestellten Rechtsmaßstabs ist die Kammer zu der Überzeugung gelangt, dass die Kläger überwiegend künstlerisch und nicht handwerklich tätig sind. Entgegen der Auffassung der Beklagten können auch Auftragswerke Kunst darstellen, wenn es sich um ein eigenschöpferisches gestalterisches Schaffen handelt, das eine gewisse künstlerische Gestaltungshöhe erreicht. Dies ist bei den Arbeiten der Kläger ganz überwiegend der Fall. Hierfür sprechen die von den Klägern auszugsweise vorgelegten fotografischen Werke sowie die umfassende Beschreibung ihrer Tätigkeit in den vorgelegten Schriftsätzen sowie in der mündlichen Verhandlung.

Der Kläger zu 1) hat in der mündlichen Verhandlung anschaulich die verschiedenen Arbeitsschritte im üblichen Schaffensprozess erläutert und anhand einzelner Fotografien beschrieben, wie diese jeweils entstanden sind. Er hat berichtet, dass Auftraggeber meist mit nur einer groben Idee an ihn bzw. die Klägerin zu 2) herantreten, weil sie ihre Außendarstellung verbessern möchten. Bevor Fotografien angefertigt werden, versuchen die Kläger zunächst den Auftrag näher zu konkretisieren und insbesondere herauszufinden, was der Kunde genau wünscht und in welcher Weise er was nach

außen kommunizieren möchte. Hierfür sind Gespräche mit den Kunden erforderlich, in denen deren Selbstbild und Perspektive ermittelt werden. Wenn Menschen portraitiert werden sollen, versuchen sich die Kläger ein persönliches Bild zu machen und im Gespräch mit ihnen den „eigentlichen“ Menschen kennenzulernen, um ihn später authentisch, sympathisch fotografisch und im Sinne des Werbe- bzw. Kommunikationsziels in Szene zu setzen. Bei Firmen- oder Produktwerbung ergründen sie, welches Image vermittelt werden soll bzw. für welche Werte das den Auftrag gebende Unternehmen steht. Diese Ziele versuchen die Kläger in eine Bildsprache zu übersetzen. Die Kläger recherchieren nach vorhandenem Bildmaterial und erstellen aufbauend aus den Wünschen ihrer Kunden und dem ihnen vermittelten Eindruck ein Konzept für die „visuelle Kommunikation“. Dieses sprechen sie mit den Auftraggebern ab. Außerdem suchen sie passende Umgebungen in oder außerhalb des jeweiligen Unternehmens („location check“) für die spätere Anfertigung der Bilder, indem sie sich vor Ort umschauen und Testbilder machen. Soweit erforderlich wird das Umfeld noch für die Fotoaufnahmen modifiziert. Dabei werden auch Testbilder angefertigt, um die besten Voraussetzungen hinsichtlich Ausrichtung, Beleuchtung, Ausschnitt etc. für die späteren Bilder zu finden. Erst dann beginnt das eigentliche Fotografieren. Aber auch hierbei geht es, wie der Kläger zu 1) anschaulich beschrieben hat, nicht nur um das handwerksmäßige Fotografieren. In der Regel wird das Bild von den Klägern bewusst im Sinne des Werbe- oder Kommunikationszwecks arrangiert und es erfolgt, teilweise mit den etwa zu portraittierenden Personen, ein Hinarbeiten zu dem „perfekten“ Bild. Dabei muss es oft sehr schnell gehen, wie der Kläger zu 1) in Bezug auf die Geschäftsführer eines großen Pharmaunternehmens berichtete, die nur wenige Minuten zur Verfügung hatten, in denen ausdrucksstarke, besondere und authentische Bilder gemacht werden mussten. Gerade bei Portraits von Menschen erfordert ihre Tätigkeit von den Klägern ein besonderes psychologisches Geschick, damit die Kunden bzw. Auftraggeber sich vor der Kamera so zeigen, wie sie sind und dargestellt werden wollen bzw. sollen. Die Beschreibung ihres üblichen Schaffensprozesses verdeutlicht, dass die Kläger nicht nur im Rahmen eines engen, stark vorgezeichneten Auftrags tätig sind, sondern in erheblichem Umfang eigenschöpferisch wirken. Es ist ersichtlich, dass „hinter“ jeder Fotografie nicht nur technisches Handwerk, also der gekonnte Einsatz von Beleuchtung, Belichtung, Objektivwahl, Ausrichtung, Winkel etc. steht, sondern ihr ein gestalterisches

Konzept zugrunde liegt. Dies unterscheidet die Arbeit der Kläger auch von Arbeiten üblicher Veranstaltungsfotografen, die beispielsweise bei Hochzeiten oder Konzerten gerade ohne solch ein gestalterisches Programm eher situativ fotografieren.

Die gestalterischen Konzepte sind nach Überzeugung der Kammer auch aus den meisten der vorgelegten Bilder heraus zu erkennen. Auch ohne genaue Kenntnis des zugrundeliegenden Konzepts wird aufgrund der Orts- und Hintergrunds Auswahl, des Bildausschnitts, der abgebildeten Szene und zusammenhängenden Serien, dem Spiel mit Perspektive, Schärfe/Unschärfe und Farben deutlich, dass durchdachte „Bildkompositionen“ vorgenommen wurden. Diese erreichen-jedenfalls als „Gebrauchskunst“- eine künstlerische Gestaltungshöhe, die sich von dem rein Handwerklichen abhebt. Hierfür spricht weiterhin, dass die Kläger einige ihrer Auftragsarbeiten auch im Rahmen ihrer Kunst-Ausstellung zeigen oder als Prints verkaufen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wegen der Kosten beruht auf § 167 VwGO i.V.m. § 709 der Zivilprozessordnung.

## VII. Verkauf von ungenehmigten Nachgüssen durch Kunsthistorikerin, Urteil des OLG Düsseldorf, vom 02.02.2021, Az. I-3 U 22/9

### Tenor

Auf die Berufung der Beklagten zu 1. wird das am 15. März 2019 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf bezüglich der Beklagten zu 1. sowie des Kostenausspruchs teilweise geändert und klarstellend insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger zur gesamten Hand 980.000 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14. März 2015, der Beklagte zu 2. wird darüber hinaus verurteilt, weitere Zinsen in vorbezeichneter Höhe vom 12. Dezember 2009 bis zum 13. März 2015 zu zahlen. Ferner werden die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger zur gesamten Hand 13.399,40 € an außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15. August 2015 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz und die den Streithelfern in diesem Rechtszug entstandenen außergerichtlichen Kosten haben die Beklagten zu 83 %, zu weiteren 17 % hat sie der Beklagte zu 2. allein zu tragen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten zu 1. wird zurückgewiesen.

Von den im zweiten Rechtszug entstandenen Kosten werden auferlegt:

die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Kläger den Klägern - untereinander kopfteilig - zu 13 %, dem ehemaligen Beklagten zu 2. zu 25 % und der Beklagten zu 1. zu 62 %;

die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. den Klägern zu 17 % und der Beklagten zu 1. zu 83 %;

die außergerichtlichen Kosten des ehemaligen Beklagten zu 2. diesem selbst;

die den Streithelfern entstandenen Kosten diesen selbst - untereinander kopfteilig - zu 13 %, dem ehemaligen Beklagten zu 2. zu 25 % und der Beklagten zu 1. zu 62 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Alle Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die

vollstreckende andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

### Gründe

A.

Die Kläger sind die Kinder des 2012 verstorbenen B. A. und dessen Erben. Die Beklagte zu 1., eine Kunsthistorikerin, war die Ehefrau des ehemaligen Beklagten zu 2. (im folgenden: Beklagten zu 2.). Dieser war als Kunstberater tätig und vorrangig mit dem Aufbau und der Weiterentwicklung von Kunstsammlungen befasst; unter anderem betreute er private Kunstsammlungen, darunter die Kunstsammlung des B. A. 2015 verurteilte das Landgericht Düsseldorf (unter anderem) den Beklagten zu 2. wegen der Schädigung des B. A. zur Zahlung von mehr als 19.000.000 € als Schadensersatz. Vom Landgericht Essen wurde der Beklagte zu 2. im selben Jahr wegen Betruges zu Lasten des B. A. in 18 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 6 Jahren (die nach der Verbüßung von 2/3 zur Bewährung ausgesetzt wurde) verurteilt.

Bei den Streithelfern handelt es sich um die Ehefrau und die beiden Kinder des spanischen, Ende August 2001 verstorbenen Künstlers ... (im folgenden: JM), die dessen Nachlass in der Form des "JM Estate", der auch ein offizielles Werkverzeichnis führt, kuratieren.

JM hatte eine Serie von Bronzeskulpturen zu 22 Einzelexemplaren mit dem Titel "Conversation Piece, 2001" geschaffen. Diese wurden 2000 in Spanien gegossen (im folgenden: Originalguss) und unter Vermittlung des Beklagten zu 2. an die ... SE veräußert. Die Erwerberin reklamierte bereits 2001 Verfärbungen wegen zu hohen Bleianteils. Daraufhin ließ der Künstler bei der Gießerei ... einen weiteren Guss mit geringerem Bleianteil anfertigen (im folgenden: Neuguss), der sozusagen im Austausch an die ... SE ging und sich dort noch befindet. Die in die Gießerei ... verbrachten Exemplare des Originalgusses wurden nach Weisung des Künstlers vor seinem Tod - insbesondere an Armen und Köpfen - bearbeitet und in fünf, je mit einer römischen Zahl bezeichnete Gruppen eingeteilt: eine 4er-Gruppe (I), zwei 6er-Gruppen (II und III) und zwei 3er-Gruppen (IV und V). Gruppe I wurde über eine Gesellschaft des Beklagten zu 2. veräußert an ein Unternehmen ... AG, eine 6er-Gruppe an ein Unternehmen ...

Nach dem Tode von JM kam es zwischen den Streithelfern und dem Beklagten zu 2. sowie verschiedenen seiner Gesellschaften zu Streitigkeiten über die Verwendung von Skulpturen der

"Conversation Pieces", zu denen sich die Anlagen K 20 bis K 25 verhalten, auf die verwiesen wird. Im Mai 2004 wurde dann eine Vereinbarung getroffen; wegen deren Inhalts im einzelnen wird auf die zu den Akten als Anlage B 5 gereichte Kopie Bezug genommen. Unter anderem wurde dort verabredet, von den 22 umgearbeiteten Skulpturen des Originalgusses solle durch die Gießerei ... jeweils ein weiteres Exemplar als autorisierter Nachguss, versehen mit Künstlerstempel und Kennzeichnung, erstellt, anschließend sollten die Formen zerstört werden.

2009 erwarb B. A. von der Beklagten zu 1. vier Bronzeskulpturen unter der Bezeichnung "Conversation Piece, 2001"; nach der hierüber schriftlich allein vorliegenden Rechnung vom 7. Dezember 2009 verkaufte die Beklagte zu 1. diese aus ihrem Privatbesitz und berechnete jeweils 250.000 €, mithin insgesamt 1.000.000 €, die der Erwerber zahlte.

Mit Anwaltsschreiben vom 3. März 2015 ließen die Kläger der Beklagten zu 1. mitteilen, im Rahmen der Kunstgeschäfte zwischen ihrem Vater und dem Beklagten zu 2. habe sich herausgestellt, dass die 2009 gekauften Skulpturen nicht echt seien; sie hätten kein Zertifikat und stellten offensichtlich ungenehmigte Nachgüsse dar, die bis auf den Materialwert völlig wertlos seien. Die Kläger machten wegen arglistiger Täuschung Schadensersatz geltend. Die Anwälte der Beklagten zu 1. antworteten unter dem 13. März 2015, sie habe die 4-teilige Figurengruppe 2003 zu ihrem 40. Geburtstag von ihrem damaligen Ehemann (dem Beklagten zu 2.) als Originale geschenkt bekommen und keinen Anlass gehabt, das zu bezweifeln; in die Kaufverhandlungen sei sie nicht einbezogen gewesen; nun habe sie nachgeforscht und herausgefunden, dass die Figuren einer vom Künstler autorisierten zweiten (Teil-) Serie entstammten. Mit Schreiben vom 3. Juli 2015, genauer ausgeführt mit weiterem Schreiben vom 23. Dezember 2015, teilte der Anwalt des JM Estate den Anwälten der Mutter der Kläger mit, die Recherchen des JM Estate schienen zu bestätigen, dass der Beklagte zu 2. zusammen mit der Kunstgießerei ... unberechtigte Güsse von ...-Skulpturen gefertigt habe, darunter die bei ihr aufgestellte Figur; in diesem Fall müsse er auf einer Vernichtung der Skulpturen bestehen, weil es für den Nachlass des Künstlers nicht akzeptabel sei, dass unautorisierte Güsse existierten.

Mit der vorliegenden Klage verlangen die Kläger unter Berufung darauf, die von ihrem Vater erworbenen vier Skulpturen seien gefälscht, von den Beklagten Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises

abzüglich eines Materialwertes sowie Rechtsverfolgungskosten.

Die Kläger haben geltend gemacht, der Beklagte zu 2. habe ohne Wissen des Künstlers einen eigenen, ungenehmigten Nachguss zusammen mit dem Zeugen Prof. ... vorgenommen und deshalb von der Unechtheit der Skulpturen gewusst; dieses Wissen habe sich die Beklagte zu 1. zurechnen zu lassen. Sie selbst, so die Kläger weiter, hätten Kenntnis von diesen Umständen erst Anfang 2015 erlangt.

Die Kläger und die Streithelfer haben beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Kläger zur gesamten Hand 980.000 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11. Dezember 2009 sowie vorprozessuale Rechtsanwaltskosten von 13.399,40 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagten haben vorgebracht, dass es sich bei den hier in Rede stehenden Skulpturen um Werke aus einer vom Künstler selbst autorisierten zweiten Teilsérie handele; von diesen Skulpturen habe der Beklagte zu 2. vier Stück als Honorierung seiner Bemühungen im Zusammenhang mit der ... SE vom Künstler erhalten, und diese habe er wiederum der Beklagten zu 1. zum Geburtstag geschenkt. Ferner sei die Klageforderung verjährt.

Nach Vernehmung von Zeugen hat das Landgericht beide Beklagten - bis auf einen Zinstag - antragsgemäß verurteilt. Hiergegen hat sich zum einen die Berufung des Beklagten zu 2. gerichtet, die er vor ihrer Begründung zurückgenommen hat. Zum anderen greift die Beklagte zu 1. ihre Verurteilung mit ihrer Berufung an. Hierzu führt sie namentlich an:

Die Kläger hätten für die Unechtheit, d. h. die fehlende Autorisierung, der Skulpturen keinen vollen Beweis angetreten; die diesbezügliche Beweiswürdigung des Landgerichts sei falsch. Auch dürfe das Wissen des Beklagten zu 2. nur dem Vater der Kläger als Erwerber der Skulpturen zu seinen Lasten angerechnet werden, da der Beklagte zu 2. als dessen Einkaufskommissionär und Repräsentant in der Einkaufsorganisation tätig geworden sei; nicht hingegen dürfe jenes Wissen ihr anlastend zugerechnet werden, denn sie selbst sei nie in die Kaufverhandlungen eingebunden gewesen und ihr damaliger Ehemann sei weder als ihr Repräsentant, noch in ihrem Interesse, sondern allein aus eigener Initiative in seinem eigenen Interesse tätig geworden.

Die Beklagte zu 1. beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil des Landgerichts Essen (richtig: Düsseldorf) vom 15. März 2019 zu ändern und die gegen sie gerichtete Klage abzuweisen.

Die Kläger und ihre Streithelfer beantragen, die Berufung der Beklagten zu 1. zurückzuweisen.

Die Kläger treten der Berufungsbegründung im einzelnen entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen, die Sitzungsniederschriften beider Rechtszüge sowie die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil und den nachfolgenden Entscheidungsgründen zu B. Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten zu 1. ist in der Sache nur hinsichtlich eines Teils der Zinsforderung begründet.

1.

a) Die Kläger haben gegen die Beklagte zu 1. einen Schadensersatzanspruch aus Kaufvertrag nach §§ 437 Nr. 3; 311a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und 2; 1922 BGB.

Es ist ohne Belang, ob die vier Skulpturen als Originale oder als autorisierte Nachgüsse veräußert wurden; daher kann auch offenbleiben, ob und gegebenenfalls welche Rückschlüsse aus der Erwähnung des Verkaufs "aus ... Privatbesitz" im Hinblick auf die Regelungen des Urheberrechtsgesetzes zu ziehen sein könnten. In jedem Fall sind sie mit einem Sachmangel belastet. Denn es handelte sich bei ihnen um ungenehmigte Nachgüsse. Hierdurch wiesen sie entweder nicht die vereinbarte Beschaffenheit auf, § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB, oder waren jedenfalls nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB nicht frei von einem Sachmangel. Dieser schon bei Vertragsschluss vorliegende Sachmangel war auch unbehebbar und bildete damit ein zur Unmöglichkeit ordnungsgemäßer Leistungserbringung führendes Hindernis.

Dass sie ohne Autorisierung durch den Künstler oder die Streithelfer nachgegossen worden waren, steht zur Überzeugung auch des Senats nach dem beiderseitigen Parteivorbringen in Verbindung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme erster Instanz fest. Sind Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen des Landgerichts zum Sachmangel nicht veranlasst und ist deshalb eine erneute Feststellung nicht geboten, sind die besagten Feststellungen vom Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legen.

Mit anderen Worten steht auch für das Berufungsgericht fest, dass es - mit Ausnahme des Neugusses für die Allianz - außerhalb des Originalgusses und des 2004 vereinbarten Nachgusses keine autorisierten Exemplare gab. Soweit die Beweisanträge der Beklagten zu 1. durch Zeugnis ihres Ehemannes im Berufungsverfahren dahin zu verstehen sein sollten, dieser habe ihr nicht nur gesagt, die vier Skulpturen vom Künstler geschenkt bekommen zu haben, sondern so sei es auch tatsächlich gewesen, ist dem bereits deshalb nicht nachzugehen, weil das Gegenteil feststeht.

Seine Überzeugung gewinnt der Senat aus objektivierten Umständen, die zugleich den Überzeugungswert der Aussage des Zeugen Prof. ... - der einzigen gegen das hier vertretene Ergebnis sprechenden Aussage - durchgreifend erschüttern. Die Vereinbarung vom Mai 2004 erklärt sich zwanglos als eingebettet in die in den Anlagen K 20 bis K 25 dokumentierten Streitigkeiten und deren Lösung. Dann aber ist sie gerade das Ergebnis des Umstandes, dass bis zum Nachguss eben keine Exemplare außerhalb des Originalgusses existierten: Da über deren Verteilung und wirtschaftlichen Einsatz deshalb gestritten wurde, beschlossen die Beteiligten, die Schwierigkeiten durch eine und genau eine Serie als Nachguss zu beheben; hätte es bereits auch nur einen genehmigten Nachguss gegeben oder wäre ein solcher kraft Autorisierung durch den Künstler selbst umgehend möglich gewesen, wäre der ganze Inhalt der Vereinbarung unverständlich. Mit deren Abschluss unverträglich ist daher die Version der Aussage des Zeugen Prof. ..., bis 2004 zwei noch vom Künstler selbst genehmigte Nachguss-Serien gefertigt zu haben. Zudem hat sich dieser Zeuge insofern in mehrere, vor allem den Zeitablauf betreffende Widersprüche verstrickt. Vor allem spricht deutlich gegen seine Bekundungen der Inhalt der Anlage K 22: Danach hat der Zeuge am 26. April 2004 gegenüber einem Anwalt geäußert, er werde in den kommenden Wochen alles unternehmen, um den "einmaligen Guß", eben den dann in der Vereinbarung vom Mai dokumentierten Nachguss, (mit offenem Boden) zu erstellen, und die Formen hernach vernichten; was daran, wie von der Beklagten zu 1. im Senatstermin geltend gemacht, begrifflich durcheinander gegangen sein soll, erschließt sich dem Senat nicht. Dann bleibt als Möglichkeit nur noch, dass der Künstler zu Lebzeiten zwei Nachguss-Serien genehmigte, die dann nach seinem Tode gefertigt wurden. Doch hierfür streitet keine Zeugenaussage, und diese Sachverhaltsgestaltung ist auch unplausibel. Denn es bliebe unerklärlich, was mit den dann existierenden 18 weiteren Exemplaren der zweiten Nachguss-Serie

passiert sein soll, ebenso, weshalb der Zeuge Prof. ... sich zu der schriftlichen Lüge in seinem Stempel - 1/1 statt dann richtig 1/2 - hätte veranlasst sehen sollen. Zudem würden in besagtem Fall insgesamt 88 Exemplare - Neuguss, Originalguss, Nachguss Serie 1 und Nachguss Serie 2 zu je 22 Exemplaren - existieren, obgleich der Künstler viel Wert auf Unikate gelegt und Auflagenarbeiten abgelehnt haben soll. Von den Bedenken gegen die Bekundungen des Zeugen Prof. ... abgesehen, beruft sich die Beklagte zu 1. zudem auf eine zweite bloße Teilsérie, ohne dass der Umfang der Beschränkung oder ein Motiv für eine solche erkennbar wären.

Auf Fragen der Zertifizierung kommt es bei alledem nicht an. Erst recht kann auf sich beruhen, was die Stempelung 1/4 bis 4/4 auf den streitgegenständlichen Exemplaren besagen soll; denn dass es keine vier Nachguss-Serien gab/gibt/geben sollte, ist nicht umstritten.

Nicht weiter führt auch die Erwägung, es sei nicht ersichtlich, was den Zeugen Prof. ... bewegt haben könnte, seinen guten Ruf aufs Spiel zu setzen. Es steht durchaus nicht fest, wann er sich vorwerfbar verhielt: damals durch Fertigung von jedenfalls vier Exemplaren eines ungenehmigten Nachgusses oder im Prozess durch eine unzutreffende Aussage. Die zweitgenannte Möglichkeit scheidet nicht von vornherein aus, wenn man bedenkt, dass unbekannt ist, was der Beklagte zu 2. mit den vier von ihm an die ... AG veräußerten Exemplaren im zeitlichen Zusammenhang mit dieser Veräußerung unternahm.

b) Das Leistungshindernis des unbehebbar Sachmangels hat die Beklagte zu 1. zu vertreten, denn ihr fällt Arglist im Rechtssinne zur Last.

aa) Sie hatte guten Grund, sich im Rahmen aller Möglichkeiten danach zu erkundigen, ob es sich tatsächlich um Originale oder autorisierte Exemplare handelte.

Gerade dann, wenn sie sich keines Dritten als Wissensvertreter bediente, trafen sie selbst alle Verkäuferpflichten.

Die Authentizität der Werke verstand sich zum Zeitpunkt des Verkaufs, aber auch schon zur Zeit ihres eigenen Erwerbs durch Schenkung keineswegs von selbst. Das folgt aus der Geisteshaltung des Künstlers (keine Auflagenarbeiten), vor allem aber daraus, dass die Beklagte zu 1. die Abreden von 2001 mit dem Künstler zur Verwendung der 22 Exemplare des Originalgusses ausweislich der Anlage HRM 4 (Anwaltsschreiben vom 28. Mai 2002, insbes. zu Ziffer IV; bestätigt durch Anlage K 20, S. 5 unter "Anm. 4") mitbekommen hatte, und danach war jedenfalls aus

dem Originalguss gerade die Vierergruppe, die ihr hernach angeblich zum Geburtstag geschenkt wurde, bereits seinerzeit veräußert gewesen. Zwar bringt die Beklagte zu 1. neuerdings vor, es habe sich um ein Vieraugengespräch zwischen dem Beklagten zu 2. und dem Künstler gehandelt, doch musste sie sich, wenn sie sich nicht gar einer Kenntniserlangung bewusst verschloss, mindestens fragen, was die abendliche Besprechung überhaupt bezweckte. An diesen objektiven Gegebenheiten ändert es nichts, wenn der Beklagte zu 2. der Beklagten zu 1. gegenüber geäußert haben sollte, er habe die Exemplare vom Künstler für seine Bemühungen bei der "Schadensbehebung" im Zusammenhang mit der ... SE geschenkt bekommen, zumal es nicht um ein etwa fehlendes Motiv für die Erlangung der Skulpturen ging, sondern darum, wo diese überhaupt "herkamen".

Demgegenüber ließ die Beklagte zu 1. die Skulpturen - als Geschenke ihres Ehemannes zu einem "runden" Geburtstag - unausgepackt jahrelang in einem Lager stehen und tat feststellbar sonst nichts. Sie wäre sowohl infolge ihrer beruflichen Fachkenntnis als auch infolge ihrer konkreten Vorkenntnisse keineswegs auf Erkenntnisquellen, die jedem beliebigen Dritten offenstanden, beschränkt gewesen - etwa Erkundigungen bei dem JM Estate -, sondern hätte durch (intensive) Nachfragen bei ihrem Ehemann und dem Zeugen Prof. ... - bei diesem für die gesamte Zeit der erstmaligen Anlieferung von JM-Skulpturen in der Gießerei bis zum letzten Abtransport - für sich klären müssen, wie plausibel es sei, dass mit den vier ihr zugewandten, ihrer Herkunft nach bislang unerklärten Exemplaren doch alles seine Richtigkeit habe.

bb) Trafen die Beklagte zu 1. danach Erkundigungspflichten, handelte sie nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Rechtssinne arglistig (zum folgenden statt aller: Palandt-Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 123 Rdnr. 11 m. Nachw.).

Sie behauptete beim Verkauf unrichtig ins Blaue hinein, die Werke stellten Originale oder autorisierte Nachgüsse dar. Anders lässt sich die in der Rechnung dokumentierte Kaufabrede nicht verstehen. Ein etwaiger guter Glaube hilft ihr nicht, denn sie legte gegenüber dem Käufer das Fehlen einer zuverlässigen Beurteilungsgrundlage nicht offen. Hierzu hätte sie mitteilen müssen, jegliche Erkundigung zur Herkunft der Werke unterlassen zu haben. So handelte sie, obgleich ihr nach den gesamten Umständen, namentlich als Ehefrau des Beklagten zu 2., klar war, dass der Käufer von der Authentizität ausging, anderenfalls - er wollte eine

nennenswerte Kunstsammlung aufbauen - nicht erworben hätte, und dass er in seiner Person keine Ahnung von zeitgenössischer oder gar von Kunst generell hatte, während sie sachkundig war.

c) Handelte die Beklagte zu 1. arglistig, kommt ein Ausschluss der Sachmängelhaftung wegen grober Fahrlässigkeit des Käufers nicht in Betracht, § 442 Abs. 1 Satz 2, 1. Fall BGB.

Ein Ausschluss wegen Kenntnis nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet aus, weil dem Käufer das Wissen des Beklagten zu 2. nicht gemäß oder entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden kann. Dass der Beklagte zu 2. dem Käufer mitgeteilt habe, es handele sich um einen ungenehmigten Nachguss, behauptet niemand. Es liegt auf der Hand, dass nicht nur nicht zu erwarten, sondern geradezu auszuschließen war, dass der Beklagte zu 2., ein wegen umfangreicher Vermögensdelikte gerade zulasten des Käufers langjährig verurteilter Straftäter, sein Wissen an den Käufer als Geschäftsherrn weitergab. Für derartige Fälle erkennt die Rechtsprechung eine Ausnahme von der Zurechnung bei Wissensvertretern an (BGH NJW 2014, 1294 ff - juris-Version Tz. 20 f m.w.Nachw.) und diese Grundsätze sind auch im Recht der Sachmängelhaftung anwendbar (MK-Schubert, 8. Aufl. 2018, § 166 Rdnr. 82 m.w.Nachw.). Hiernach hat eine Zurechnung nach Treu und Glauben zu unterbleiben, wenn nicht erwartet werden kann, dass ein Wissensvertreter dafür sorgt, dass Ansprüche gegen ihn selbst geltend gemacht werden können, aber auch dann, wenn sich die Ansprüche des Geschäftsherrn zwar gegen einen Dritten richten, jedoch mit einem gegen den Wissensvertreter gerichteten Anspruch in so engem Zusammenhang stehen, dass gleichfalls zu befürchten ist, der Vertreter werde nicht zu einer sachgerechten Verfolgung des Anspruchs beitragen. So liegt es hier in Anbetracht der Schadensersatzansprüche des Erwerbers gegen den Beklagten zu 2. wie auch gegen die Beklagte zu 1., seine Ehefrau, und zwar ungeachtet des Umstandes, dass erstere als Ansprüche im Innen-, letztere als solche im Außenverhältnis begriffen werden können. Darüber hinaus mag der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Fälle der Doppelvertretung ein Wertungswiderspruch vorgehalten worden sein; um einen derartigen Fall geht es hier jedoch nicht, denn der Beklagte zu 2. ist, wie unter 3. zu zeigen sein wird, nicht als Vertreter der Beklagten zu 1. anzusehen.

d) Eine Fristsetzung vor Verlangen des Schadensersatzes ist wegen der Unbehebbarkeit des Mangels entbehrlich gewesen.

e) Die Wahl des sogenannten kleinen Schadensersatzes als Rechtsbehelf kann den Klägern nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die Wahl der Rechtsfolge steht dem aus Sachmängelhaftung berechtigten Gläubiger grundsätzlich frei. Nicht vom Vertrag zurückzutreten, ist hier weder rechtsmissbräuchlich, noch gar Schikane.

f) Die Schadensersatzforderung ist nicht verjährt.

Da, wie zuvor gezeigt, die Beklagte zu 1. im Rechtssinne arglistig handelte, verjährt die Forderung aus Sachmängelhaftung nach § 438 Abs. 3 Satz 1 BGB gemäß den §§ 195, 199 Abs. 1 BGB innerhalb von drei Jahren ab Erlangung der Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Anspruchsentstehung durch die Kläger. Wie gleichfalls schon behandelt, ist das Wissen des Beklagten zu 2. dem Rechtsvorgänger der Kläger, ihrem Vater als Erwerber, nicht zuzurechnen. Die Kläger tragen vor (Schriftsatz vom 15. Januar 2016 in Verbindung mit Anlagen K 6 und 7), selbst die maßgebliche Kenntnis erst im Laufe des Jahres 2014 erlangt zu haben. Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 199 BGB liegt bei derjenigen Partei, die sich auf Verjährung beruft (statt aller: Ellenberger a.a.O., § 199 Rdnr. 50 m.Nachw.). Einer etwaigen sekundären Darlegungslast sind die Kläger durch ihr substantiiertes Vorbringen nachgekommen, die darlegungsbelastete Beklagte zu 1. hat dem nichts entgegengesetzt. Danach ist die noch 2015 zugestellte Klage in jedem Fall in unverjährter Zeit erhoben worden.

2. Den auf die Skulpturen selbst bezogenen Schadensersatz berechnen die Kläger bedenkenfrei. Dass als Gegenposition zum Kaufpreis nur der Materialwert in Ansatz zu bringen ist, sowie dessen Höhe sind unstrittig.

Die vorgerichtlichen Anwaltskosten, die erstattungsfähige Rechtsverfolgungskosten darstellen und denen die Beklagte zu 1. auch nicht gesondert entgegentritt, lassen sachliche oder rechnerische Fehler nicht erkennen.

3. Zu kürzen ist demgegenüber der Zinsanspruch zur Hauptforderung (Rechtshängigkeitszinsen auf die Anwaltskosten schuldet die Beklagte zu 1. zweifelsfrei).

Diese Verurteilung kann sich nur auf Verzug stützen. Verzug ist aber erst durch Mahnung mit Zugang des Schreibens vom 3. März 2015 nach Ablauf der dort gesetzten Frist eingetreten, nicht ohne Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB. Von den zu diesem Tatbestand entwickelten Fallgruppen (dazu: BeckOGK BGB - Dornis, Stand: 01.03.2020, § 286 Rdnr.

193-199) kommt vorliegend einzig eine unerlaubte Handlung der Beklagten zu 1. in Betracht.

Jedoch geht es um einen reinen Vermögensschaden und kann, wie zuvor angesprochen, ein faktischer guter Glaube der Beklagten zu 1. nicht ausgeschlossen werden. Dann ließe sich die für eine unerlaubte Handlung erforderliche subjektive Seite nur bejahen, wenn der Beklagten zu 1. das Handeln des Beklagten zu 2. zugerechnet werden könnte. Indes war er weder ihr Erfüllungs-, noch ihr Verrichtungsgehilfe, und auch eine Zurechnung über § 166 Abs. 1 BGB scheidet zumindest deshalb aus, weil nicht festgestellt werden kann, dass die Beklagte zu 1. mehr getan hätte, als ein ihr von einem durch den Käufer eingeschalteten Makler oder beratenden Vermittler (nicht: Einkaufskommissionär) unterbreitetes detailliertes Angebot vorbehaltlos anzunehmen. Hierfür ist unerheblich, dass der Dritte ihr Ehemann war, denn allein daraus folgt keineswegs, dass sie den Vertragsschluss in irgendeiner Weise initiierte und dabei ihren Ehemann irgendwie für sich einschaltete oder als Repräsentanten berief. Dabei lässt der Senat es bewenden, auch wenn die Beklagte zu 1. im Termin zur mündlichen Verhandlung erklärt hat, sie selbst habe dem Käufer nichts mehr offenbaren müssen, weil ja ihr Ehemann ihm schon alles gesagt habe (was für dessen Einschaltung sprechen könnte).

C. Die Kostentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs.; 92 Abs. 1 Satz 1, 2. Fall; 101 Abs. 1

ZPO, für das Berufungsverfahren darüber hinaus auf §§ 100 Abs. 1; 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Dabei sind die Umstände rechnerisch berücksichtigt worden, dass zum einen die Kläger gegenüber der Beklagten zu 1. hinsichtlich eines erheblichen Teils des umfangreichen Zinsanspruchs verlieren - die Verlustquote mit 17 % der Gesamtforderung gegen die Beklagte zu 1. bemessen -, und dass zum anderen die Beklagten im zweiten Rechtszug deutlich unterschiedlich beteiligt sind, auf der Grundlage der rein rechnerischen Kostenrelation der Beklagte zu 2. zu ungefähr 25 %, die Beklagte zu 1. zu rund 75 %.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 Satz 1, 711 Satz 1 und 2, 709 Satz 2 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO) liegen nicht vor. In seinen entscheidungstragenden Erwägungen hat der Senat lediglich bereits entwickelte rechtliche Grundsätze auf den gegebenen Einzelfall angewendet und ist dabei aus seiner Sicht von höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht abgewichen.

Der Gebührenstreit für das Berufungsverfahren wird auf 980.000 € festgesetzt.

Kunstrechtsspiegel 01/22

## IMPRESSUM & VERANTWORTLICHKEIT

Institut für Kunst und Recht IFKUR e.V.

1. Vorstand Dr. Nicolai Kemle

Kleine Mantelgasse 10

D – 69117 Heidelberg

Email: [info@ifkur.de](mailto:info@ifkur.de)

Website: [www.ifkur.de](http://www.ifkur.de)

Auflage: Online – Publikation

Das Institut für Kunst und Recht IFKUR e.V. weist daraufhin, dass die Texte dem Urheberrecht unterstehen. (Die einzelnen Beiträge spiegeln die jeweiligen Auffassungen des einzelnen Autors wieder und stellen nicht die Ansicht oder Meinung des Instituts dar.) Zusammenfassungen von Urteilen sind nur erläuternd.

Cover: Heidelberg © Kanzlei Kemle 2021