



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Der Kunstsachverständige“

Verfasserin

Mag. iur. Martina Michor

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt.

A 783 101

Studienblatt:

Dissertationsgebiet lt.

101 Rechtswissenschaften

Studienblatt:

Betreuerin / Betreuer:

Univ.Prof. Dr. Gerte Reichelt

DANKSAGUNG

Mein besonderer Dank gilt meiner Betreuerin Frau Univ.-Prof. Dr. Gerte Reichelt, die mich für das Kunstrecht begeisterte und mich von der Themenfindung bis zur Fertigstellung der Dissertation intensiv betreute.

Die Mitarbeit unter Frau Univ.-Prof. Dr. Gerte Reichelt in der Forschungsgesellschaft Kunst&Recht bot mir ein ausgezeichnetes Umfeld zur fachlichen und persönlichen Entwicklung.

Herrn Univ.-Prof. Dr. Richard Potz und Herrn Prof. DDr. Kurt Siehr danke ich für die Übernahme der Begutachtung dieser Dissertation.

Mein größter Dank gilt meiner Familie und meinem Partner, die mich immer ermutigt und vorbehaltlos unterstützt haben, ihr Beitrag war zum Gelingen dieser Arbeit unersetzlich.

Wien, März 2013

Martina Michor

1	DER KUNSTSACHVERSTÄNDIGE	1
1.1	DER SACHVERSTÄNDIGE - ALLGEMEINES.....	2
1.1.1	<i>Die Definition des Sachverständigen in der ZPO.....</i>	3
1.1.2	<i>Die Definition des Sachverständigen in der StPO</i>	6
1.2	DER PERSON DES KUNSTSACHVERSTÄNDIGEN.....	8
1.2.1	<i>Die Zuschreibungsautorität des Kunstsachverständigen.....</i>	10
1.2.2	<i>Angehörige des Künstlers als Kunstsachverständige.....</i>	15
1.2.3	<i>Der allgemein beeedete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige.....</i>	19
1.3	RÉSUMÉ	26
2	DIE EXPERTISE.....	28
2.1	DIE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DES EXPERTISENWESENS.....	28
2.2	DAS WESEN DER EXPERTISE.....	31
2.3	EXKURS: DER MARKTWERT VON KUNSTGEGENSTÄNDEN IN LEHRE UND RECHTSPRECHUNG	34
2.3.1	<i>Entscheidung 1, Alte Bilder.....</i>	34
2.3.2	<i>Entscheidung 2, Lorenzo di Credi.....</i>	36
2.3.3	<i>Entscheidung 3, Holzstatue Hl. Paulus</i>	37
2.3.4	<i>Entscheidung 4, Brillantring</i>	37
2.3.5	<i>Weitere Gedanken.....</i>	39
2.3.6	<i>Zusammenfassung</i>	41
2.4	INHALT EINES KUNSTGUTACHTENS.....	55
2.5	DIE ZUSCHREIBUNGSMETHODEN.....	58
2.5.1	<i>Die Stilkritik</i>	58
2.5.2	<i>Das technisch-naturwissenschaftliche Verfahren.....</i>	59
2.6	DER BEGUTACHTUNGSVERTRAG ALS WERKVERTRAG.....	63
2.7	STRAFRECHTLICHE KONSEQUENZEN EINER FALSCHEN EXPERTISE	65
2.8	DAS WERKVERZEICHNIS	68
2.9	DER NACHLASSSTEMPEL.....	69
2.10	RÉSUMÉ	71
3	DIE HAFTUNG DES SACHVERSTÄNDIGEN NACH DEM ABGB	73
3.1	DER SORGFALTSMAßSTAB DES SACHVERSTÄNDIGEN NACH § 1299 ABGB.....	73
3.2	DER SORGFALTSMAßSTAB DES KUNSTSACHVERSTÄNDIGEN.....	76
3.2.1	<i>Die Entscheidung Laske, OGH 16.11.2009, 9 Ob 13/09s</i>	80
3.3	DIE HAFTUNG FÜR RAT UND AUSKUNFT NACH § 1300 ABGB	82
3.3.1	<i>Die Entscheidung Walde, OGH 22.2.2011, 8 Ob 127/10z.....</i>	87
3.4	KRITIK AN DER ENTSCHEIDUNG WALDE	90
3.4.1	<i>Die Haftung für Rat und Auskunft bei erstmaliger Raterteilung</i>	92
3.4.2	<i>Die Haftung für unentgeltliches Tätigwerden im Rahmen einer entgeltlichen Tätigkeit</i>	94
3.5	RÉSUMÉ	95
4	ZUR HAFTUNG DES KUNSTSACHVERSTÄNDIGEN	98
4.1	DIE HAFTUNG DES SACHVERSTÄNDIGEN AUFGRUND DES BEGUTACHTUNGSVERTRAGES.....	98
4.2	DER AUßERVERTRAGLICHE SCHADENERSATZANSPRUCH.....	101
4.2.1	<i>Die Entscheidung Unterberger, OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g</i>	102
4.2.2	<i>Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter</i>	105
4.2.3	<i>Die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen</i>	112
4.3	HAFTUNGSBESCHRÄNKUNGEN.....	118

4.3.1	<i>Ausschluss der Haftung für Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter</i>	119
4.3.2	<i>Ausschluss der Haftung aufgrund objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten</i>	121
4.3.3	<i>Exkurs: Zulässigkeit einer Haftungsfreizeichnung im Fall Unterberger</i>	122
4.3.4	<i>Verkürzung der Verjährung</i>	125
4.4	NACHVERTRAGLICHE AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN DES VERKÄUFERS	126
4.5	EXKURS: ZIVILRECHTLICHE ANSPRÜCHE IM FALLE EINER KUNSTFÄLSCHUNG	127
4.5.1	<i>Die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum gemäß § 871 ABGB</i>	128
4.5.2	<i>Die Anfechtung des Vertrages wegen List</i>	129
4.5.3	<i>Die Anfechtung des Vertrages wegen laesio enormis</i>	132
4.5.4	<i>Gewährleistung im Kunstkauf</i>	134
4.5.5	<i>Schadenersatzanspruch gemäß § 933a ABGB</i>	138
4.6	RÉSUMÉ	139
5	DIE RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND	141
5.1	DER SACHVERSTÄNDIGE	141
5.1.1	<i>Die einzelnen Sachverständigengruppen</i>	143
5.2	DER KUNSTSACHVERSTÄNDIGE	147
5.2.1	<i>Der Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen im BGB</i>	148
5.2.2	<i>Die Expertise</i>	152
5.3	DIE HAFTUNG DES KUNSTSACHVERSTÄNDIGEN NACH DEM BGB	154
5.3.1	<i>Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten gem § 675 Abs 2 BGB</i>	154
5.3.2	<i>Die Haftung des Kunstsachverständigen aufgrund des Auftragsvertrages</i>	156
5.3.3	<i>Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten</i>	158
5.4	RÉSUMÉ	172
6	DIE RECHTSLAGE IN DER SCHWEIZ	174
6.1	DER SACHVERSTÄNDIGE	174
6.2	DER KUNSTSACHVERSTÄNDIGE	174
6.2.1	<i>Der Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen</i>	175
6.2.2	<i>Die Expertise</i>	176
6.3	DIE HAFTUNG DES KUNSTSACHVERSTÄNDIGEN	179
6.3.1	<i>Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten</i>	180
6.3.2	<i>Die Berufshaftung</i>	187
6.3.3	<i>Der konkludente Auskunftsvertrag</i>	188
6.3.4	<i>Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte</i>	191
6.3.5	<i>Die Vertrauenshaftung</i>	193
6.4	RÉSUMÉ	195
7	ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN	197
	LITERATURVERZEICHNIS	203
	RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS	219

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aF	alter Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHG	Amtshaftungsgesetz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblätter
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ATS	Österreichischer Schilling
Aufl	Auflage
AusfVKG	Ausführverbotsgesetz für Kulturgut
Bd	Band
BernK	Berner Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof Deutschland
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BlgNr	Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrats
Bsp	Beispiel
BT	Besonderer Teil
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
cic	culpa in contrahendo
Comm	Commentar
ders	derselbe

dh	das heißt
dies	dieselbe
Diss	Dissertation
DREvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen als Beilage zum Deutschen Recht
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt
e.V.	eingetragener Verein
f., ff.	folgende, fortfolgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GebAG	Gebührenanspruchsgesetz
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
GewO	Gewerbeordnung
hA	herrschende Ansicht (Auffassung)
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IFKUR	(Magazin) des Instituts für Kunst und Recht
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz

KUR	Kunst und Recht, Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik
LG	Landesgericht
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen Sammlung
MR	Medien und Recht, Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Fünfter Teil des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Obligationenrecht
Rdnr	Randnummer
RG	Reichsgericht
RZ	Randziffer
S	Seite
sog	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
stRsp	ständige Rechtsprechung
SVDolmG	Sachverständigen- und Dolmetschergesetz
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
ua	und andere
u.ä.	und ähnliche
UWG	Unlauterer-Wettbewerbs-Gesetz
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
vgl	vergleiche
WK-StPO	Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung

zB	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZvglR	Zeitung für vergleichende Rechtswissenschaft

1 DER KUNSTSACHVERSTÄNDIGE

Bereits eine oberflächliche Betrachtung des Kunstmarktes lässt erkennen, dass der Kunstmarkt eine große Anzahl von Kunstexperten hervorbringt.¹

Einhergehend mit der Entwicklung der Kunstgegenstände zu beliebten Investitions- und Spekulationsgütern, tritt die zunehmende wirtschaftliche Bedeutung der Kunstexpertise und damit verbunden die Haftung des Verfassers für ein fehlerhaftes Gutachten in den Vordergrund.

Der Bogen kann hier von Sachverständigen, die unrichtige Expertisen erstellen, über fachkundige Sachverständige, die ihr Spezialgebiet verlassen und sich selbst überschätzen bis hin zu Experten gespannt werden, die die unrichtige Zuschreibung leichtfertig anhand der Betrachtung einer Fotografie vornehmen. Bevor jedoch in weiterer Folge auf Haftungsfragen eingegangen wird, ist zunächst zu klären, wer Kunstsachverständiger sein kann und inwiefern sich der Kunstexperte von Sachverständigen aus anderen Fachgebieten unterscheidet.

Die Tätigkeit als Kunstsachverständiger ist in Österreich keine gesetzlich geschützte Berufsbezeichnung.² Es gibt auch keine allgemein gültige Definition hierfür, sodass grundsätzlich jeder Begutachtende, der sich für einen Kunstexperten hält, sich auch als solcher bezeichnen kann.

Mittelbar regulieren jedoch der Ruf des Gutachters in Fachkreisen sowie die drohende Haftung für falsche Auskünfte die Tätigkeit des Kunstsachverständigen.³

¹ Gerlach, Die Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen (1998) 10.

² von Brühl, Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem (2008) 25; vgl auch <http://www.lebensberatung.at/lexikon/sachverstaendiger>, zuletzt besucht am 10.8.2012.

³ Hoyningen-Huene, Zur Rechtsstellung und Haftung des Kunstsachverständigen in FS Jayme (2004) II 1461.

1.1 Der Sachverständige - Allgemeines

Im Allgemeinen versteht man unter einem Sachverständigen eine Person, die über eine besondere Sachkunde und eine überdurchschnittliche fachlichen Expertise in einem speziellen Bereich verfügt.⁴

EuroExpert, die European Organisation for Expert Associations, definiert den Begriff des Sachverständigen wie folgt: *„Der Sachverständige ist eine unabhängige integre Person, die auf einem oder mehreren bestimmten Gebieten über besondere Sachkunde sowie Erfahrung verfügt. Der Sachverständige trifft aufgrund eines Auftrages allgemeingültige Aussagen über einen ihm vorgelegten oder von ihm festgehaltenen Sachverhalt. Er besitzt ebenfalls die Fähigkeit, die Beurteilung dieses Sachverhaltes in Wort und Schrift nachvollziehbar darzustellen.“*⁵

Der Sachverständige zeichnet sich demnach durch seine fachliche Kompetenz („besondere Sachkunde“) aus. Größtenteils wird diese durch einen geeigneten Hochschulabschluss sowie mehrjährige Berufserfahrung und Weiterqualifizierung auf dem entsprechenden Fachgebiet erworben. Im Bereich der handwerksbezogenen Sachverständigentätigkeit wird neben einer Meisterprüfung auch eine langjährige Berufserfahrung der jeweiligen Person die nötige Kompetenz verschaffen.

Neben seiner Fachkunde ist es aber auch unabdingbar, dass der Sachverständige die Fähigkeit besitzt, fachliche Sachverhalte in eine für den Laien (den Auftraggeber oder den Juristen) verständliche Alltagssprache zu übersetzen, um damit Zusammenhänge verständlich und nachvollziehbar darzustellen. Ein Sachverständigengutachten kann nur dann als Entscheidungshilfe herangezogen werden, wenn es sich nicht bloß auf eine rein fachliche Abhandlung auf hohem Niveau beschränkt.

Da das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Sachverständigen als Werkvertrag anzusehen ist⁶, ist der tatsächlich geschuldete Erfolg erst dann erbracht, wenn das Gutachten verständlich

⁴ Remmers, Die Haftung des Kunstsachverständigen in *Hoeren/Holzengel/Ernstschneider*, Handbuch Kunst und Recht (2008) 192.

⁵ http://cms.euroexpert.org/cms/front_content.php?idcat=46, zuletzt besucht am 13.8.2012.

⁶ Vgl die Ausführungen in Kapitel 2.6 Der Begutachtungsvertrag als Werkvertrag.

abgefasst ist und als Grundlage für weitere Entscheidungen und Dispositionen herangezogen werden kann.

Bevor in weiterer Folge auf die Besonderheiten des Kunstsachverständigen eingegangen wird, soll zunächst ein Überblick über die prozessrechtlichen Grundlagen des Sachverständigen in der Zivilprozessordnung sowie in der Strafprozessordnung gegeben werden.

1.1.1 Die Definition des Sachverständigen in der ZPO

Gem § 353 Abs 1 ZPO ist Sachverständiger, *„welcher zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist oder welcher die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der geforderten Begutachtung ist, öffentlich als Erwerb ausübt oder zu deren Ausübung öffentlich angestellt oder ermächtigt ist“*.

Sachverständige sind demnach Hilfspersonen des erkennenden Organs, die dem Richter in Form eines Gutachtens kraft ihrer besonderen Sachkunde Erfahrungssätze vermitteln, daraus Schlussfolgerungen ziehen oder für den Richter Tatsachen feststellen.⁷

Das Gutachten kann sich auf die Wiedergabe dieser besonderen Erfahrungssätze beschränken (zB die Erläuterung von Handelsbräuchen oder des Sprachgebrauches kaufmännischer Abmachungen). Diesfalls obliegt dem Richter die Anwendung des entsprechenden Erfahrungssatzes zum Zweck der eigentlichen Tatsachenfeststellung.

In den Fällen der Kunstsachverständigengutachten geht die Tätigkeit des Sachverständigen über die bloße Wiedergabe von Erfahrungssätzen hinaus. Zunächst stellt der Sachverständige selbst streiterhebliche Tatsachen, die Erhebung des Ist-Zustandes des zu bewertenden Gemäldes, fest. In weiterer Folge zieht er dann mit Hilfe seiner Fachkunde (also unter Anwendung

⁷ *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁷. Erkenntnisverfahren (2009) 430, OLG Wien 8 Rs 55/03 ZAS-Jud 2004/86.

besonderer Erfahrungssätze) Schlussfolgerungen aus diesen feststehenden Tatsachen, was zur Feststellung (weiterer) streiterheblicher Tatsachen führt.⁸

Zum Sachverständigen kann jede Person bestellt werden, die eine besondere Fachkunde in Wissenschaft oder Kunst, Handel oder Gewerbe, Verkehr oder Technik besitzt, unabhängig davon, wie die entsprechende Kenntnis erworben wurde. Gemäß § 351 Abs 1 ist bei Bestellung des Sachverständigen, *„sofern nicht besondere Umstände etwas anderes notwendig machen, vor allem auf die für Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellten Sachverständigen Bedacht zu nehmen.“*

Darunter sind diejenigen Sachverständigen zu verstehen, die durch die Präsidenten der Landesgerichte in die Sachverständigenliste (§ 3 SVDolmG) bzw in der Datenbank der Sachverständigen- und Dolmetschlisten (§14b SVDolmG) erfasst werden.⁹ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Eintragung in eine Sachverständigenliste nur Indizwirkung dahingehend hat, dass der Sachverständige auf dem jeweiligen Fachgebiet eine besondere Fachkunde aufweist.¹⁰

Obwohl die Auswahl des Sachverständigen eine Ermessensentscheidung ist, die es dem Richter freistellt, auch solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten nicht öffentlich bestellt sind¹¹, werden in der Praxis überwiegend Personen als Sachverständige herangezogen, die in den Listen der gerichtlich beeideten Sachverständigen aufscheinen. Bei der Bestellung durch den Richter kommt es schließlich darauf an, welchen Sachverständigen er für den konkreten Fall auf Grund objektiver und daher überprüfbarer Kriterien für den am besten geeigneten hält.¹²

Auf dem Fachgebiet Kunst und Antiquitäten (Produktion, Verwertung, Handel)¹³ besteht im Vergleich zu anderen Fachgebieten, eine relativ kurze

⁸ Rechberger in Fasching/Konecny² § 351 ZPO Rz 1.

⁹ Stohanzl in Klauser/Kodek (2006) § 351 Anm 4.

¹⁰ OLG Wien 21.2.1991 Sach 1991/2, 23.

¹¹ OGH 5 Ob 1006/92 = MietSlg 44.782, Stohanzl in Klauser/Kodek, ZPO § 351 E 4.

¹² Stohanzl in Klauser/Kodek, ZPO § 351 Rz 3.

¹³ <http://www.edikte1.justiz.gv.at/edikte/sv/svliste.nsf/Suche!OpenForm&subf=svlfg&vL2obSVF=78&NAV=78&L1=Kunst%2C%20Antiquit%E4ten%20%28Produktion%2C%20Verwertung%2C%20Handel%29;http://www.sdgliste.justiz.gv.at/edikte/sv/svliste.nsf/Suche!OpenForm&subf>

Sachverständigenliste, was zu dem Schluss führt, dass in diesem Bereich häufig private, dh nicht allgemein beeidet und gerichtlich zertifizierte Sachverständige, die in den von den Gerichten geführten Listen aufscheinen, mit der Erstellung eines Gutachtens durch das Gericht beauftragt werden. Dem Urteil dieser „externen“ Sachverständigen kommt aufgrund ihrer Spezialisierung größere Bedeutung zu, als den für ganze Kunst-Epochen oder Gattungen zugelassenen vereidigten Sachverständigen.¹⁴

Durch den Bestellungsbeschluss entsteht zwischen dem Gericht, dem Sachverständigen und den Parteien ein öffentlich-rechtliches Verhältnis und kein privatrechtliches Verhältnis im Rahmen eines Werkvertrages.¹⁵ Daraus folgt, dass auch der Entlohnungsanspruch des Sachverständigen, zu dessen Absicherung er einen Anspruch auf Bestimmung und Einhebung nach dem Gebührenanspruchsgesetz hat, öffentlich-rechtlicher Natur ist. Unabhängig von der öffentlich-rechtlichen Grundlage der Sachverständigenbestellung sind Sachverständige lediglich Hilfspersonen und keine Organe des Gerichtes, sodass der Staat weder für ein Auswahlverschulden noch für Fehler des Sachverständigen nach dem Amtshaftungsgesetz haftet, worauf später noch eingegangen wird.¹⁶

Privatgutachter werden nicht über gerichtlichen (behördlichen) Auftrag, sondern im Auftrag einer Partei tätig. Das ist etwa für die Prüfung der Erfolgsaussichten und Vorbereitung eines Verfahrens, die Kontrolle des Gutachtens von Gerichtssachverständigen sowie die Vorbereitung der Befragung von Gerichtssachverständigen von Bedeutung. Privatgutachter treten in ein privatrechtliches Verhältnis (Werkvertrag) zu ihren Bestellern. Ein Privatgutachter erstellt im Rahmen eines Werkvertrages¹⁷ ein Privatgutachten, welches im Prozess jedoch nicht über jene Beweiskraft verfügt, die gerichtlichen Sachverständigengutachten zukommt.¹⁸ Während das

=svlfg&vL4obSVF=00778.35&NAV=00778.35&L1=Kunst%2C%20Antiquit%E4ten%20%28
Produktion%2C%20Verwertung%2C%20Handel%29&L2=Antiquit%E4ten%2C%20alte%20u
nd%20neue%20Kunst%2C%20Kunstgewerbe%2C%20Volkskunst&L3=HG%20Wien.

¹⁴ Remmers, Haftung des Kunstsachverständigen in *Hoeren/Holznagel/Ernstschneider*, Handbuch Kunst und Recht 193.

¹⁵ OGH 1 Ob 1124/31 SZ 13/259 (1931).

¹⁶ OGH 3 Ob 158/34 SZ 16/51; *Ballon* in *Fasching* (2010) § 1 JN Rz 349.

¹⁷ Näheres hinsichtlich der Qualifikation dieses Vertrages siehe Kapitel 2.6.

¹⁸ OLG Wien 23.9.1986 EvBl 1987/83 = Sach 1987/3, 10.

gerichtliche Sachverständigengutachten Grundlage der gerichtlichen Entscheidung sein kann, dient das Privatgutachten als Privaturkunde nur zum Beweis dafür, dass der Inhalt der Ansicht des Verfassers entspricht.¹⁹

Bei Widersprüchen zwischen Privatgutachten und gerichtlichen Gutachten, ist der erkennende Richter nicht verpflichtet, diese durch Befragung des Sachverständigen aufzuklären, sondern kann sich ohne weitere Erhebungen dem ihm als verlässlich erscheinendem Gutachten anschließen.²⁰

Die Unterscheidung zwischen gerichtlichem Sachverständigengutachten und Privatgutachten in Bezug auf ihre Beweiskraft ist vor allem in „Kunstfälschungs-Prozessen“ von Bedeutung. Es ist demnach nicht sehr erfolgsversprechend, mit Hilfe eines Privatgutachtens ein gerichtliches Sachverständigengutachten zu widerlegen. Sehr häufig steht in den genannten Prozessen ein zivilrechtliches Problem im Vordergrund, sodass trotz sehr vieler vorgelegter Privatgutachten kein gerichtliches Sachverständigengutachten über die Authentizität eingeholt wird, weil die Klärung der Authentizität zur Lösung der Rechtsfrage nicht erforderlich ist. Der eben geschilderte Sachverhalt lag beispielsweise in der sogenannten *Laske* Entscheidung vom 16.11.2009²¹ vor, auf die in einem späteren Kapitel noch ausführlich eingegangen wird.

1.1.2 Die Definition des Sachverständigen in der StPO

Auch die Strafprozessordnung sieht vor, dass nur jene Personen als Sachverständige bezeichnet werden, die von dem vorsitzenden Richter mit der Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens beauftragt wurden.

§ 118 Abs 2 StPO bestimmt, dass dem Augenschein erforderlichenfalls ein Sachverständiger beizuziehen ist. Die zitierte Bestimmung normiert die Beiziehung von Sachverständigen grundsätzlich nur in Bezug auf den kombinierten Augenschein, jedoch wird die Gesetzesbestimmung analog auch

¹⁹ OGH 7 Ob 49-50/70 JBl 1971, 144; LG Wien 31.3.1971 EFSIlg 15.193; OLG Wien 14.3.1978 EFSIlg 32.030; LG Wien 1.12.1988 EFSIlg 57.759; LG Salzburg 21 R 31/01 g EFSIlg 102.019; LGZ Wien 43 R 479/02 b EFSIlg 102.028.

²⁰ OGH 7 Ob 53/02y MietSlg 54.644; *Klauser/Kodek*, ZPO 16.01 ZPO § 351 E 22.

²¹ OGH 16.11.2009, 9 Ob 13/09s.

auf jene Fälle angewendet, in denen es unabhängig von einem Augenschein auf ein dem Gericht fehlendes sachkundiges Wissen eines Experten ankommt.²²

Entsprechend den Bestimmungen der ZPO darf das Gericht auch im Strafprozess nur wenn es zu Sachentscheidung erforderlich, einen Sachverständigen beiziehen. Diese Erforderlichkeit ist dann gegeben, wenn zur Lösung einer Tatfrage besondere Fachkenntnisse notwendig sind, die das Gericht nicht aufweist.²³ Erkennt das Gericht sodann die Tatsache, dass ihm in Hinblick auf einen bestimmten beweisrelevanten Umstand die nötige Sorgfalt fehlt, ist es verpflichtet einen Sachverständigen zu bestellen.²⁴

Die StPO sieht vor, dass Sachverständige als gerichtlich bestellte Beweispersonen²⁵, für ihre Tätigkeit im Dienste der Strafjustiz ein Anspruch auf Gebühren nach dem §§ 24 ff GebAG, welche von dem die Beweisaufnahme durchführenden Gericht festgelegt werden²⁶, zusteht. Der Sachverständige ist kein Organ der Gerichtsbarkeit²⁷, sondern als persönliches Beweismittel, entsprechend einem Zeugen, einzustufen.²⁸

Wird das Gutachten nicht im Auftrag des Gerichts oder einer anderen Strafverfolgungsbehörde, sondern im Auftrag einer Prozesspartei (idR vom Beschuldigten), abgegeben, so liegt ein Privatgutachten vor.²⁹

Privatgutachten unterscheiden sich in den folgenden Punkten von dem gerichtlichen Sachverständigengutachten:

- Privatsachverständige sind als Zeugen über die von ihnen erhobenen Befunde zu vernehmen.³⁰

²² *Lohsing/Serini*, Österreichisches Strafprozessrecht⁴ (1952) 305; ÖJZ-LSK 1996/304.

²³ SSSt 22/53; OGH 11.11.1986, 10 Os 137/86; OGH 29.08.1991, 15 Os 59/91; OGH 7.6.1994, 14 Os 77/94; OGH 11.12.1996, 13 Os 181/96; *Bertel/Venier*, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts⁸ (2004) Rz 356; *Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung⁹ (2011) §118 Rz 1.

²⁴ *Hinterhofer* in Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2009) §§116 bis 126a Rz 6.

²⁵ Vgl *Alsberg/Nüse/Meyer*, Beweisantrag⁵ (1983) 207; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO⁴ (2002) Rz 1500; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung⁴⁸ (2005) § 72 Rz 1; *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁸ Rz 352; *Lohsing/Serini*, Österreichisches Strafprozessrecht⁴ 300 f; *Detter* NSTZ 1998, 57.

²⁶ Vgl § 39 GebAG, *Bertel/Venier*, Strafprozessrechts⁸ Rz 375.

²⁷ *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹¹ § 118 Rz 2.

²⁸ EvBl 1969/191; *Fabrizy* Strafprozessordnung¹¹ § 118 Rz 2; *Meyer-Goßner*⁴⁸, Strafprozessordnung § 72 Rz 1.

²⁹ *Fabrizy* Strafprozessordnung¹¹ § 118 Rz 7.

- Mithilfe des Privatgutachtens kann das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen einer Kontrolle dahingehend unterzogen werden, dass der Beschuldigte unter Berufung auf das Privatgutachten die Beiziehung eines weiteren (gerichtlichen) Sachverständigen beantragen kann.³¹ Vorausgesetzt hierfür ist jedoch, dass es dem Beschuldigten gelingt, Unklarheiten, Widersprüche, methodische Mängel oder logisch nicht haltbare Schlussfolgerungen im Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen nachzuweisen.³²
- Der Privatgutachter kann der Verhandlung beiwohnen, das Fragerecht kommt ihm, anders als dem gerichtlich bestellten Sachverständigen, dem die Rsp ein direktes Fragerecht gegenüber dem Beschuldigten zubilligt³³, jedoch nicht zu. Der Verteidiger kann jedoch die im Privatgutachten gezogenen Schlussfolgerungen dem gerichtlich bestellten Sachverständigen in Form von Fragen vorhalten.³⁴
- Der Richter ist nicht verpflichtet das Privatgutachten zum Akt zu nehmen und in seinem Urteil zu beachten. Wird das Privatgutachten zum Akt genommen, so ist nur der Befund im Urteil feststellungs- und erörterungsbedürftig.³⁵

1.2 Der Person des Kunstsachverständigen

Unter einem Kunstexperten ist eine fachkundige Person oder Institution zu verstehen, die sich durch einen besonderen Sachverstand hinsichtlich eines bestimmten Künstlers, einer bestimmten Epoche, eines bestimmten Künstlerkreises oder einer bestimmten Kunstlandschaft kennzeichnet.³⁶

³⁰ Seiler, Strafprozessrecht⁸ (2006) 138; vgl 12 Os 75/03 JSt 2005/16.

³¹ Vgl § 118 Abs 2 StPO, §§ 125f StPO; 14 Os 132/94 JBl 1996, 194; Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁸ Rz 369.

³² Hinterhofer, WK-StPO §§ 116 bis 126a Rz 22.

³³ OGH 13 Os 178/03 ÖJZ-LSK 1979/369; OGH 20.02.1991, 11 Os 87/90; SSt 62/33 = JBl 1996, 194; Hartl SV 1997/4, 36.

³⁴ Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁸ Rz 369.

³⁵ Hinterhofer, WK-StPO §§ 116 bis 126 a Rz 23f; OGH 13 Os 170/03 EvBl 2004/113; OGH 17.09.1991, 11 Os 86/91; EvBl 1994/62; OGH 22.04.1999, 15 Os 22/99.

³⁶ von Brühl, Marktmacht von Kunstexperten 24; Gerlach, Haftung 33.

Das Berufslexikon des Arbeitsmarktservice beschreibt das Tätigkeitsfeld des Kunstsachverständigen im Katalogisieren und Bewerten von Kunstgegenständen.³⁷ Kunstsachverständige sind in Auktionshäusern, Antiquitäten- und Kunsthändlern tätig und unterstützen Museen, Versicherungsträger sowie Fachverlage. Als Kunstsachverständigen kommen Kunsthistoriker, Museumskuratoren, Angestellte von Auktionshäusern, Kunsthändler und Kunstsammler sowie nahe Angehörige³⁸ eines verstorbenen Künstlers in Betracht.³⁹

Grundsätzlich ist keine verbindliche Ausbildung für den Kunstsachverständigen vorgesehen. Zu den vielen Möglichkeiten sich in diesem Bereich einen Sachverstand anzueignen, zählen neben wissenschaftlichen Forschungsleistungen oder langjähriger praktischer Erfahrung, etwa durch kuratorische Betreuung, auch die Nachlassverwaltung, eine familiäre Nähe oder Händlertätigkeiten.⁴⁰

Als weitere mögliche Vorbildungen können ein Studium der Kunstgeschichte, der Volkskunde, vergleichenden Kulturwissenschaft bzw Kulturanthropologie oder Theaterwissenschaften, aber auch wirtschaftswissenschaftliche Studien verbunden mit Fachkenntnissen im Kunstsektor sowie International Arts Management und Musikmanagement sowie das Kolleg für Kunstmanagement in Erwägung gezogen werden.⁴¹

Als Beispiel, dass es keinen „gelernten“ Kunstsachverständigen gibt, kann auch *Prof. Rudolf Leopold* herangezogen werden.

Prof. Leopold war promovierter Mediziner und ließ sich privat zum Restaurator ausbilden. Bereits während seines Medizinstudiums sammelte er Bilder und Kunstobjekte, überwiegend von *Egon Schiele*. Aufgrund seines großen Interesses und seiner langjährigen Beschäftigung mit dem Künstler *Schiele* wurde er Autor einer umfangreichen *Schiele*-Biografie, einem kritischen

³⁷ http://www.berufslexikon.at/beruf3136_1, zuletzt besucht am 23.7.2012.

³⁸ Als Beispiele können die Ehefrauen von *Emil Nolde* oder *Salvador Dali* genannt werden.

³⁹ *Schack*, Kunst und Recht 75.

⁴⁰ *von Brühl*, Marktmacht von Kunstexperten 25; *Gerlach*, Haftung 33.

⁴¹ http://www.berufslexikon.at/beruf3136_4, zuletzt besucht am 23.7.2012.

Werkverzeichnis und neben *Jane Kallir* zu einem führenden Experten für *Egon Schiele*.⁴²

1.2.1 Die Zuschreibungsautorität des Kunstsachverständigen

Die Durchsicht der Gerichtssachverständigenliste⁴³ der österreichischen Gerichte lässt erkennen, dass das Fachgebiet Kunst und Antiquitäten sehr umfangreich ist, da es folgende Bereiche umfasst: Alte Handschriften, Kartografie, Bücher, Autografen, Antiquitäten, alte und neue Kunst, Kunstgewerbe, Volkskunst, Druckerwesen und sonstige graphische Arbeiten, Fotografie, Philatelie, Numismatik, Medaillen, altes Papiergeld, Restaurierung, Konservierungstechnik sowie Theaterfach.

Diese große Vielfalt und die damit verbundene Komplexität der Fragestellungen, die an einen Kunstsachverständigen herangetragen werden können, machen eine Spezialisierung des Kunstsachverständigen erforderlich.

*Friedländer*⁴⁴ ist überzeugt: „*Die echte Kennerschaft ist Spezialistentum. Es gibt keinen Universalkenner.*“

So ist es sehr gut nachzuvollziehen, dass jeder Kunstsachverständige, der sich auf ein Fachgebiet oder auf einen Künstler spezialisiert hat, einen bedeutenden Wissensvorsprung gegenüber generellen Kunstexperten oder in anderen Bereichen spezialisierten Kunstexperten vorweisen kann. Dieses Fachwissen kann den Experten die Stellung einer sogenannten Zuschreibungsautorität einräumen.

Dieser gewichtige Begriff der Zuschreibungsautorität soll verdeutlichen, dass die Spezialisierung für den Kunstsachverständigen bedeuten kann, dass er *vom Kunstmarkt als Meinungsautorität von geradezu singulärer Relevanz* eingestuft wird.⁴⁵

⁴² *Leopold*, Rudolf Leopold – Kunstsammler (2003) 35f.

⁴³ <http://www.edikte.justiz.gv.at/edikte/sv/svliste.nsf/Suche!OpenForm&subf=svlfg&vL2obSVF=78&NAV=78&L1=Kunst%2C%20Antiquit%E4ten%20%28Produktion%20%20Verwertung%2C%20Handel%29>

⁴⁴ *Friedländer*, Der Kunstkenner (1919) 11.

⁴⁵ *von Brühl*, Marktmacht von Kunstexperten 47.

Daraus folgt, dass eine „Koryphäe“ die Macht inne hat, den Geldwert des Kunstgegenstandes durch sein Urteil, welches aufgrund der Sonderstellung des Gutachters, kaum bezweifelbar ist, beträchtlich herauf- oder herabzusetzen.

Folgendes Beispiel aus jüngerer Zeit sei zur Illustration kurz dargestellt:

Eine vermeintliche *Michelangelo*-Zeichnung eines männlichen Torsos sollte im Januar 2006 im Auktionshaus Christie´s in New York versteigert werden. Die Skizze fand jedoch keinen Abnehmer, da der emeritierte Professor für Kunstgeschichte und *Michelangelo*-Experte *Alexander Perrig* kurz zuvor öffentlich Zweifel an der Zuschreibung zu *Michelangelo* kundtat. Auch ausdrückliche Widersprüche durch das Auktionshaus oder Versuche die Zuschreibung zu *Michelangelo* zu belegen, blieben erfolglos und konnten niemanden davon überzeugen, den von Christie´s erwarteten Betrag von vier Millionen Dollar für die Zeichnung zu bieten.⁴⁶

Beabsichtigt ein Kunstexperte das Verfassen eines Werkverzeichnisses, so bedeutet das für ihn die jahrelange intensive Beschäftigung mit dem Œuvre des jeweiligen Künstlers.

Da möglicherweise nicht alle Werke öffentlich zugänglich sind oder nicht von allen Werken Abbildungen bestehen, hat der erstellende Kunstexperte im Rahmen seiner Tätigkeit den Lebensweg wie auch das künstlerische Schaffen des Urhebers zu erforschen. In vielen Fällen widmen Catalogues raisonnés einen gesonderten Abschnitt jenen Werken, die dem Künstler von anderer Seite zugeschrieben werden, die ihm früher zugeschrieben wurden, die aus seiner Werkstatt oder von einem anderen Künstler seiner Zeit stammen.

Der Verfasser eines dementsprechenden Werkverzeichnisses hat sich gewöhnlich als Fachgröße für den jeweiligen Künstler etabliert und so ist es verständlich, dass überwiegend Verfasser eines Catalogue raisonné für den jeweiligen Künstler angefragt werden, da er jedem Generalisten mit übergreifendem Zuschreibungswissen überlegen ist.

⁴⁶ *Dittmar* in *Die Welt*, 26.1.2006, 29; vgl <http://www.welt.de/print-welt/article193475/Kurzer-Traum.html>, zuletzt besucht am 3.9.2012.

In Kunsthandelskreisen wird dahingehend der Ausdruck „Kunst-Papst“ verwendet.⁴⁷ Als Beispiel können *Siegfried Wichmann*⁴⁸, dem die Erstellung des Werkverzeichnisses von *Carl Spitzweg*⁴⁹ den Titel *Spitzweg-„Papst“* einbrachte, oder *Robert Schmidt*, der durch die Erstellung der Werkverzeichnisse von *Eugène Boudin*⁵⁰ und *Stanislas Lépine*⁵¹ zur unangefochtenen Zuschreibungsautorität der genannten Künstler wurde, genannt werden.

Dieser Wissensvorsprung wirkt sich auch auf den Kunstmarkt aus, was unter Umständen dazu führt, dass der Erwerb eines Kunstgegenstandes im obersten Preissegment nur nach positiver Zuschreibung durch den anerkanntesten Experten erfolgt.⁵²

Die renommiertesten Kunstsachverständigen können als Einzelexperten als auch als Expertengremien in Erscheinung treten. Demnach wird die Unterscheidung in singuläre Zuschreibungsautorität und plurale Zuschreibungsautorität getroffen.

⁴⁷ Abschied von Leopold: Unser Kunst-Papst ist tot auf <http://www.oe24.at/kultur/Unser-Kunst-Papst-ist-tot-Leopold-Abschied/883406>, zuletzt besucht am 3.9.2012.

⁴⁸ Der in Starnberg lebende Kunsthistoriker *Siegfried Wichmann* begann mit Vorbereitungen zu dem Werkverzeichnis bereits im Jahre 1955, sammelte zunächst Ektachrome und Farbabbildungen von Spitzweg-Gemälden, ab 1954 machte er sich an die Aufarbeitung Quellenmaterials: Zeichnungen, Briefe, Tagebücher, Verkaufsverzeichnisse. Es folgten genauere Untersuchungen der Signaturen, des Bildträgers, des Farbauftrags und der Pigmente, stilkritische, thematische und chronologische Vergleiche. Seit 2003 liegt das Gesamtverzeichnis der bis zum 1.5.2001 bekannt gewordenen Gemälde und Aquarelle vor; vgl <http://www.merkur-online.de/nachrichten/kultur/millionenpreise-faelshungen-150752.html>, zuletzt besucht am 3.9.2012.

⁴⁹ *Franz Carl Spitzweg* (1808 - 1885) deutscher Maler der über 1.500 Bilder und Zeichnungen im Stil der Spätromantik schuf.

⁵⁰ *Eugène Boudin* (1824 - 1898) französischer Maler und Vorläufer des Impressionismus.

⁵¹ *Stanislas Victor Edouard Lépine* (1835 - 1892) französischer Landschaftsmaler und Schüler von *Camille Corot*.

⁵² von *Brühl*, Marktmacht von Kunstexperten 48f.

1.2.1.1 Die singuläre Zuschreibungsautorität

Ein Kunstsachverständiger der als singuläre Zuschreibungsautorität gilt steht mit seinem Fachwissen und seiner Reputation über allen übrigen Spezialisten desselben Gebietes. Die mangelnde Authentifizierung durch ihn kann die Unverkäuflichkeit des Werkes bedeuten da der Kunstmarkt seine Zuschreibungsansicht als geradezu unwiderlegbar deutet.⁵³

Dieses besondere Vertrauen genießen bzw. genossen beispielsweise *Martin Dieterle* für *Camille Corot*⁵⁴, *Rudolf Leopold* für *Egon Schiele* und *Florian Karsch* als weltweit anerkannter Spitzenexperte für *Otto Mueller*⁵⁵.

1.2.1.2 Die plurale Zuschreibungsautorität

Stehen mehrere Kunstexperten gleichzeitig im selben Rang für ein bestimmtes Spezialgebiet liegt eine plurale Zuschreibungsautorität vor. So gelten die beiden französischen Kunstexperten *Pierre Rosenberg* und *Jacques Tuillier*, als renommierteste und gleichermaßen bedeutende *Poussin*-Experten.⁵⁶

Das Verhältnis der pluralen Zuschreibungsautoritäten kann sehr different beschaffen sein. Neben einer kollegialen Beziehung, in der sich die Experten bei der Authentifizierung von Kunstwerken informell miteinander absprechen, gemeinsam einen Catalogue raisonné erstellen oder sich zu einem Expertengremium zusammenschließen, kann das Verhältnis auch von Konkurrenz und Feindseligkeiten geprägt sein.

Eine öffentliche Kritik und Herabwürdigung der wissenschaftlichen Arbeit der Konkurrenz ereignete sich zB im Streit zwischen den *Jawlensky*-Erbinnen und *Bernd Fäthke*. Von dem Expressionisten *Alexej Jawlensky*⁵⁷ war bekannt, dass er nur wenige Aquarelle hinterlassen hat. Anfang der neunziger Jahre tauchten am deutschen Kunstmarkt rund 600 Aquarelle des Künstlers auf, was bei Experten zu großer Skepsis führte. Der Expertenstreit zwischen den *Jawlensky*-

⁵³ von Brühl, Marktmacht von Kunstexperten 49.

⁵⁴ *Jean-Baptiste Camille Corot* (1796 – 1875) bedeutender französischer Landschaftsmaler.

⁵⁵ *Otto Mueller* (1874 - 1930) deutscher Maler und Lithograf, gilt heute als einer der bedeutendsten Expressionisten.

⁵⁶ *Turquin* in *Byrne-Sutton/Renold*, Resolution Methods (1999) 92.

⁵⁷ *Alexej von Jawlensky* (1864 – 1941) ein russisch-deutscher Expressionist.

Erbinnen, die im schweizerischen Locarno das Jawlensky-Archiv und den Werkkatalog des Künstlers führen und renommierten Experten und Kritikerin wie *Arnim Nagel*, *Ewald Rathke* und dem Kunsthistoriker *Bernd Fäthke* gipfelte im Rahmen der Ausstellung „*Jawlensky - Die verschollenen Aquarelle. Das Auge ist der Richter*“ im Museum Folkwang in Essen. Im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten nahmen die Erbinnen zahlreiche in der Ausstellung enthaltene Fälschungen in das vom *Jawlensky-Archiv* herausgegebene Werkverzeichnis auf. Der Kunstexperte *Bernd Fäthke* hingegen erkannte die Werke von Beginn an als Fälschungen, sodass sein Ruf als Zuschreibungsautorität wieder bestätigt wurde, die Fachmeinung der *Jawlensky-Erbinnen* hingegen ist seit diesem Vorfall unbedeutend.⁵⁸

1.2.1.3 Die Zuschreibungskomitees

Werden - wie im Fall der *Jawlensky-Erbinnen* im Rahmen des *Jawlensky-Archives* -mehrere natürliche Personen als institutioneller Zusammenschluss tätig, so liegt ein Zuschreibungskomitee vor. Dieses Expertengremium trifft sein Urteil aufgrund einer gemeinsamen Begutachtung und einer kollektiven Entscheidungsfindung. Der Vorteil dieser Institution ist die Tatsache, dass die Fachmeinung eines Expertenkomitees aus kunsthistorischer Sicht schwieriger zu widerlegen ist, als die Aussage eines einzelnen Experten. Weiters ist zu bedenken, dass die Haftung im Falle eines fehlerhaften Zuschreibungsergebnisses auch das Gremium trifft und so kann sich der einzelne Experte unbeschwerter auf die kunsthistorische Aufgabe einlassen.⁵⁹

Bekanntere Beispiele sind das *Andy Warhol Authentication Board* sowie das *Comité Picasso*.⁶⁰

⁵⁸ *Schütte*, Kunstgutachten – Grenzen des Sachverständigen, *Weltkunst* 70 (2000) 2539; *Fäthke*, Teil 1: *Weltkunst* 66 (1996), Beilage vom 1.3.1996, Teil 2: *Weltkunst* 68 (1998) 1502-1530; *von Brühl*, Marktmacht von Kunstexperten 52; *Koldehoff*, Jetzt sind die Kunstkenner gefragt, *art – Das Kunstmagazin* 1/1998 64-67.

⁵⁹ *von Brühl*, Marktmacht von Kunstexperten 53.

⁶⁰ Seit der Gründung im Jahr 1995 ist das *Andy Warhol Art Authentication Board* die einzige Autorität der Werke von *Andy Warhol*. Bisher wurden mehr als 6.600 Arbeiten begutachtet, allerdings gab es auch Kritik von Sammlern, die Willkür bei Zuschreibungsentscheidungen sehen, *DIE ZEIT*, 10.3.2005 48; *Handelsblatt*, 22.1.2012.

1.2.1.4 Sonstige Zuschreibungsinstitutionen

Anders als Zuschreibungskomitees treten die sogenannten sonstigen Zuschreibungsinstitutionen nicht als kollektive Zuschreibungsautorität in Erscheinung. Die natürliche Person, die hinter einer Stiftung, einem Forschungsarchiv oder einem privatem Verein steht, verfasst die Expertise im eigenen Namen. Wurde beispielsweise bei der *Stiftung Emil und Ada Nolde* für ein Kunstgutachten angefragt, trat der bereits verstorbene Direktor der Stiftung *Martin Urban* oder später sein Nachfolger *Manfred Reuther* als Verfasser der Expertise auf.⁶¹

Eine weitere Stiftung, die sich als Zuschreibungsinstitution mit der wissenschaftlichen Analyse auseinandersetzt ist die *International Foundation for Art Research (IFAR)*. Diese 1960 gegründete gemeinnützige Organisation mit Sitz in New York bezweckt das Zusammenbringen von Zuschreibungsautoritäten mit Zuschreibungsinteressenten. Als unabhängige Institution bringt sie Ausstellungshäuser, Sammler sowie weitere Teilnehmer des Kunstmarktes in Verbindung und unterstützt die Klärung von Zuschreibungsfragen. Der IFAR kann als Zuschreibungsinstanz für alle jene Fälle angesehen werden, in denen keine Zuschreibungsautorität besteht. Anders als die oben angeführten Zuschreibungsautoritäten übernimmt der IFAR nicht selbst die Erstellung einer Kunstexpertise, sondern verweist an die entsprechende Zuschreibungsautorität.⁶²

1.2.2 Angehörige des Künstlers als Kunstsachverständige

Viele begutachtende Kunstexperten stehen in einem Angehörigenverhältnis zum Künstler. Als Beispiel können die Ehefrauen von *Emil Nolde* bzw

⁶¹ Vgl. der Standard vom 13.1.2004, wo davon ausgegangen wird, dass Fälschungen praktisch nur bei der Nolde-Stiftung Seebüll bei Neukirchen in Schleswig-Holstein durch Professor *Martin Urban* entlarvt werden können.

⁶² von *Brühl*, *Marktmacht von Kunstexpertisen* 57; <http://www.ifar.org/>.

*Salvador Dali*⁶³ sowie auch *Hermine Klimt*, die Schwester von *Gustav Klimt*⁶⁴ oder, wie zuletzt in der Entscheidung *Walde*⁶⁵, die Tochter von *Alfons Walde*⁶⁶, *Guta E. Berger* genannt werden.

Die Tätigkeit eines Angehörigen als Kunstsachverständiger für die Werke eines Familienmitglieds stellt ein zweiseitiges Schwert dar. Einerseits steht der Angehörige in einem besonderen Naheverhältnis zum Künstler, hat das Entstehen der Werke miterlebt und ist vielleicht mit dem künstlerischen Schaffen des Angehörigen aufgewachsen. Aufgrund des intensiven Kontaktes mit dem Künstler und auch seinen Werken hat er eine besondere Sachkunde, die einem „außenstehenden“ Experten nicht zukommt.

Auf der anderen Seite gilt es zu bedenken, dass sich das Urteil eines Sachverständigen nicht nur durch die besondere Sachkunde, sondern auch durch Unbefangenheit und eine neutrale Beurteilung auszeichnen sollte.⁶⁷ Bei Erben und Angehörigen des Künstlers sollte auch ein eventuelles Interesse ihrerseits, den Nachlass zu vermehren, berücksichtigt werden. Andererseits ist es auch denkbar, dass ein Familienmitglied des Künstlers das Andenken an den Verstorbenen und an sein Werk auf einem möglichst hohen Niveau halten möchte und daher Werke schlechterer Qualität tendenziell eher als unecht qualifiziert.⁶⁸

*Schack*⁶⁹ kritisiert sehr offen, dass nur selten zusammen mit dem Urheberrecht auch der erforderliche Kunstsachverstand vererbt wird.

Inwieweit die neutrale Beurteilungsfähigkeit durch das idR auch emotionale Naheverhältnis eingeschränkt wird, muss einzelfallbezogen beurteilt werden.

⁶³ *Emil Nolde* (1867-1956) einer der führenden Maler des Expressionismus, *Salvador Dali* (1904-1989) spanischer Maler, Grafiker, Schriftsteller, Bildhauer und Bühnenbildner zählt als einer der Hauptvertreter des Surrealismus zu den bekanntesten Malern des 20. Jahrhunderts.

⁶⁴ *Gustav Klimt* (1862 – 1918) bedeutender österreichischer Maler und einer der bekanntesten Vertreter des Wiener Jugendstils, auch Wiener Secession genannt.

⁶⁵ OGH vom 22.02.2011, 8 Ob 127/10z.

⁶⁶ *Alfons Walde* (1891 – 1958) ein österreichischer Maler und Architekt, beeinflusst vom Secessionismus schuf er Stilleben, Landschaftsbilder und Szenen aus dem bäuerlichen Leben. *Alfons Walde* wurde vor allem durch die zwischen 1920 bis 1938 entstandenen Plakate mit Winterlandschaften und Wintersportmotiven international bekannt.

⁶⁷ Vgl. *Kirchmaier in Ebling/Schulze*, Kunstrecht - Zivilrecht/Steuerrecht (2007) Rz 263.

⁶⁸ von *Brühl*, Markmacht von Kunstexperten 59.

⁶⁹ *Schack*, Kunst und Recht 76.

Die ZPO sieht eine Ablehnung des Sachverständigen in § 355 ZPO vor, in dem es heißt, dass Sachverständige aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden können. Das heißt sowohl die Ausschließungsgründe des § 20 JN als auch alle denkbaren Befangenheitsgründen im Sinne des § 19 Z 2 JN sind zu berücksichtigen.⁷⁰ Von den die Ausgeschlossenheit des Richters begründenden Tatbeständen des § 20 JN kann nur die Ziffer 5, die richterliche Tätigkeit in derselben Sache bei einer Unterinstanz, nicht analog geltend gemacht werden, da derselbe Sachverständige ohne weiteres in erster als auch in zweiter Instanz bestellt werden kann.⁷¹

Das mögliche Angehörigenverhältnis zum Urheber des zu begutachtendes Werkes kann unter keinem der taxativ aufgezählten Ausschließungsgründe des § 20 JN⁷² subsumiert werden, somit kann allenfalls eine Befangenheit des Kunstsachverständigen in Erwägung gezogen werden.

Der Ausschluss des Sachverständigen aufgrund seiner Befangenheit soll eine parteiische EntschlieÙung durch unsachliche psychologische Motive verhindern. Im Interesse des Ansehens der Justiz ist hiebei ein strenger Maßstab anzulegen, es genügt somit, dass eine Befangenheit begründet befürchtet werden muss oder dass bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte.⁷³

Das Gesetz sieht in § 355 Abs 2 ZPO vor, dass die Befangenheit bei der ersten sich dafür bietenden Gelegenheit geltend gemacht werden muss dh bevor der Kunstsachverständige schriftlich sein Gutachten erstellt hat, denn nur so kann sichergestellt werden, dass der Sachverständige zwar formell wegen eines Befangenheitsgrundes, tatsächlich jedoch wegen seines für die ablehnende Partei ungünstigen Gutachtens abgelehnt wird.⁷⁴

Zwar genügen der Rsp zufolge bereits Tatsachen, die bei verständiger Würdigung ein auch nur subjektives Misstrauen der Partei in seine

⁷⁰ LG Ried im Innkreis 19 Cgs 238/99, SVSlg 50.007.

⁷¹ *Rechberger* in Kommentar zur ZPO³ §§ 355, 356 Rz 1; *Rüffler*, Der Sachverständige im ZivilprozeÙ (1995) 120 ff.

⁷² Vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ 22.

⁷³ LG Ried im Innkreis 19 Cgs 238/99, SVSlg 50.007.

⁷⁴ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² §§ 355, 356 ZPO Rz 7.

Unparteilichkeit rechtfertigen,⁷⁵ jedoch ist allein das Angehörigenverhältnis nicht ausreichend um eine Befangenheit zu begründen. Der als Kunstsachverständige tätige Angehörige ist sicherlich gewillt seinen Ruf als Experte zu erhalten sowie auch nur jene Werke tatsächlich zuzuschreiben, die seiner Ansicht nach von dem Künstler stammen. Meist wird der Kunstsachverständige auch keinen wirtschaftlichen Vorteil an der positiven Zuschreibung haben.

Liegen keine weiteren Verdachtsmomente hinsichtlich der Befangenheit vor, so wird eine Ablehnung des angehörigen Kunstsachverständigen, lediglich aufgrund des Naheverhältnisses zu dem Urheber des zu begutachtenden Werkes, nicht erfolgversprechend sein.

Das Verwandtschaftsverhältnis allein qualifiziert einen Angehörigen jedoch noch nicht als Sachverständigen für die von einem Familienmitglied geschaffenen Werke, wenn er der Tätigkeit des Kunstsachverständigen nicht beruflich nachgeht bzw sich zu dieser besonderen Sachkunde nicht öffentlich bekennt⁷⁶.

Erklärt sich ein Angehöriger jedoch zum profunden Kenner des Gesamtwerkes eines Künstlers und gibt er Erklärungen bezüglich der Authentizität eines Werkes gegen Belohnung iSd § 1300 ABGB ab, so haftet er für die fahrlässige Falschausekunft und muss sich den Mangel seiner Fähigkeiten zurechnen lassen.⁷⁷

⁷⁵ AnwBl 1989, 439 (zust. *Graff*) = JBl 1989, 452 = RZ 1989/93 = SV 1989/4, 17; BGH X ZR 52/75 NJW 1975, 1363.

⁷⁶ Vgl § 1299 ABGB, welcher das öffentliche Bekenntnis zu einem Amte, einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke voraussetzt, um den erhöhten objektivierten Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen anzuwenden.

⁷⁷ *Walter*, Echtheitsbestätigung eines Werks der bildenden Künste – Sachverständigenhaftung, MR 2011, 207 (211).

1.2.3 Der allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige

Abgesehen von der zentralen Bedeutung im Handel, weist die Beurteilung durch den Kunstsachverständigen auch im gerichtlichen Bereich, als Beweismittel zur Lösung der Rechtsfrage durch den Richter, beachtliche Relevanz vor.

Der Sachverständigenbeweis gewinnt bei immer komplexer werdenden Verhältnissen zunehmend an Bedeutung. Als Hilfsorgan des Gerichts ist es dem Sachverständigen möglich, die behördliche Entscheidung durch seine Qualifikation und Autorität als Fachmann zu legitimieren. Daher spricht man in diesem Zusammenhang auch von der Begründungs- und Legitimationsfunktion des Sachverständigen.⁷⁸ Aufgrund seiner Eingliederung in das Gerichtssystem muss das Anforderungsprofil wie Sachverstand, Objektivität, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit auch für ihn gelten, denn nur dadurch wird auch die nach Art 6 EMRK gebotene Fairness des Verfahrens verwirklicht und dem in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte entwickelten und vom Verfassungsgerichtshof übernommenen „*Prinzip der sichtbaren Gerechtigkeit*“⁷⁹, Rechnung getragen.

Die Grundsätze der Verfahrensbeschleunigung und Prozessökonomie finden auch im Tätigkeitsbereich des Sachverständigen Eingang, was sich im steigenden Druck auf rasche Gutachterarbeit manifestiert. In Einzelfällen können darunter jedoch die gebotene Sorgfalt leiden oder die Gutachten an Verlässlichkeit verlieren. Unter dem Gesichtspunkt der Ökonomie wird von den Sachverständigen auch gefordert, Ressourcen bis an die Grenze des

⁷⁸ *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten, Handbuch für die Praxis (2012) 3.

⁷⁹ Der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aus Art 6 EMRK entwickelte und vom VfGH übernommene Grundsatz der sichtbaren Gerechtigkeit bedeutet, dass in einem fairen Verfahren die Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Gerichtes, insbesondere für die Partei, auch subjektiv sichtbar und wahrnehmbar sein muss. („Justice must not only be done, it must also be seen to be done“), *Kadic*, Sichtbare Gerechtigkeit in gedolmetschten Verhandlungen in *juridikum* 2004/4 195.

Machbaren einzusetzen und zu nutzen, auch wenn dies mitunter zu Lasten der Gründlichkeit und Sorgfalt gehen kann⁸⁰.

Im Rahmen der Privatgutachtertätigkeit ist vor allem die Unabhängigkeit von den Bedürfnissen des Auftraggebers von Bedeutung um die Objektivität und Verkehrsfähigkeit des Gutachtens zu gewährleisten.⁸¹ Das Interesse des Auftraggebers an einem bestimmten von ihm gewünschten Ergebnis übt jedoch einen nicht zu vernachlässigenden Druck auf den Experten aus, der unter Berücksichtigung der Konkurrenzsituation der Sachverständigen, einen wesentlichen Einfluss auf die Feststellungen im Gutachten haben kann.

In Kenntnis dieser Herausforderungen haben die österreichischen Sachverständigen im Jahr 1992 einen Verhaltenskodex formuliert, der die Sachverständigen anhält, die Arbeit fachkundig, sorgfältig, gewissenhaft, geduldig und unter persönlicher Verantwortung auszuführen, die Parteienrechte zu respektieren und jeden Anschein der Befangenheit zu vermeiden. Weiters unterliegt der Sachverständige einem strengen Werbeverbot und ist zu Kollegialität gegenüber anderen Sachverständigen verpflichtet.⁸²

Die Standesregeln wurden in der Delegiertenversammlung vom 4.4.1992 beschlossen und enthalten Standespflichten und Verhaltensregeln für die Arbeit an Gerichts- und Privatgutachten.⁸³

Das Bundesministerium für Justiz hat dem wesentlichen Inhalt dieser Standesregeln im Rahmen eines Erlasses⁸⁴ vom 25.2.1993 allgemeine Gültigkeit zugesprochen, sodass die Einhaltung dieser Verhaltensregeln von allen bei Gericht tätig werdenden Sachverständigen abverlangt werden kann.

Des Weiteren dienen die Standesregeln im Schadenersatzrecht der Konkretisierung der Sorgfaltsanforderungen an einen Sachverständigen bzw kann ein Verstoß die Wettbewerbswidrigkeit iSd UWG indizieren.

⁸⁰ Schmidt, Die Ethik des Sachverständigen auf <http://wien.gerichts-sv.at>, zuletzt besucht am 11.7.2012.

⁸¹ Simons, Fachliche Autorität im Kunsthandel 8.

⁸² Vgl Punkt 1.2; Punkt 1.1; Punkt 2.3; Punkt 1.7; Punkt 1.7.7. der Standesregeln.

⁸³ <http://www.svmf.at/gsv/standesregeln.pdf>, zuletzt besucht am 11.7.2012.

⁸⁴ Erlass vom 25.2.1993, JMZ 11.856/38 – I 6/93, abgedruckt in SV 1993/2, 32.

1.2.3.1 Das Anforderungsprofil

Allgemein beeideten und gerichtlich zertifiziert sind all jene Sachverständige, die nach einem Zertifizierungsverfahren in die von den Gerichtshofpräsidenten geführte Gerichtssachverständigenliste⁸⁵ eingetragen werden.

Das Zertifizierungsverfahren nach dem Sachverständigen- und Dolmetschergesetz beinhaltet eine Qualitätsprüfung und stellt sicher, dass nur höchstqualifizierte und zuverlässige Experten bei Gericht als Sachverständige herangezogen werden.⁸⁶ Im Interesse der Rechtspflege müssen gerichtlich zertifizierte Sachverständige neben der hervorragenden Sachkunde auch Eigenschaften wie Objektivität, Unabhängigkeit und Verlässlichkeit vorweisen. Gemäß § 2 des Bundesgesetzes über die allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher (SDG) sind für eine Eintragung in die Gerichtssachverständigenliste folgende Voraussetzungen erforderlich:

- Sachkunde und Kenntnisse über die wichtigsten Vorschriften des Verfahrensrechts, über das Sachverständigenwesen, über die Befundaufnahme sowie über den Aufbau eines schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachtens; die Prüfung der Sachkunde entfällt bei Inhabern einer entsprechenden Lehrbefugnis an einer Hochschule oder bei Angehörigen eines Berufes, zu dem nach der Berufsordnung auch die Erstattung von Gutachten gehört, zB bei Ärzten, Wirtschaftstreuhändern, Psychologen, Ziviltechnikern und Patentanwälten,
- zehnjährige berufliche Tätigkeit in verantwortlicher Stellung auf dem bestimmten oder einem verwandten Fachgebiet unmittelbar vor der Eintragung; eine fünfjährige Tätigkeit solcher Art genügt, wenn der Bewerber als Berufsvorbildung ein entsprechendes Hochschulstudium oder Studium an einer berufsbildenden höheren Schule erfolgreich abgeschlossen hat,
- volle Geschäftsfähigkeit,
- körperliche und geistige Eignung,

⁸⁵ www.sdgliste.gv.at

⁸⁶ http://wien.gerichts-sv.at/1364_DE.5ECF82a4ef5ca4935c0791828c567b777f43554;
Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos, Sachverständige und ihre Gutachten 45 f.

- Vertrauenswürdigkeit,
- österreichische Staatsbürgerschaft oder die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union und der anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum sowie der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
- gewöhnlicher Aufenthalt oder Ort der beruflichen Tätigkeit im Sprengel des Landesgerichts, bei dessen Präsidenten der Bewerber die Eintragung beantragt,
- geordnete wirtschaftliche Verhältnisse,
- Abschluss einer Haftpflichtversicherung nach § 2a SDG,
- ausreichende Ausstattung mit der für eine Gutachtenserstattung im betreffenden Fachgebiet erforderlichen Ausrüstung,
- der Bedarf an allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Fachgebiet des Bewerbers.⁸⁷

Das Eintragungsverfahren beginnt mit der Antragstellung bei dem Präsidenten des Landesgerichts, in dessen Sprengel der Sachverständigen seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder den Ort seiner beruflichen Tätigkeit hat.

Anschließend wird von einer Kommission, bestehend aus einem Richter und zwei Fachleuten, die von der Kammer oder gesetzlichen Interessenvertretung, zu der das betreffende Fachgebiet gehört und vom Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs namhaft gemacht wurden, ein Gutachten zur Prüfung der Sachkunde, der Kenntnisse der Verfahrensvorschriften und der Berufsvorbildung eingeholt. In weiterer Folge wird der Bewerber von dieser Kommission mündlich, allenfalls auch schriftlich geprüft.⁸⁸

Bevor der Sachverständige nach erfolgreicher Absolvierung in die Sachverständigenliste eingetragen werden kann, hat der Bewerber den Sachverständigeneid nach § 5 SDG zu leisten (bei seinen später folgenden gerichtlichen Tätigkeiten ist er nicht mehr besonders zu beeiden).

⁸⁷ Vgl § 2 SDG.

⁸⁸ http://wien.gerichts-sv.at/1364_DE.5ECF82a4ef5ca4935c0791828c567b777f43554.

Die Eintragung erfolgt zunächst auf fünf Jahre, bei entsprechender Bewährung des Sachverständigen erfolgt auf Antrag eine Rezertifizierung auf weitere zehn Jahre.

Die Eigenschaft als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger endet mit der Löschung aus der Gerichtssachverständigen- und Gerichtsdolmetscherliste. Die Löschung hat zu erfolgen, wenn der Eingetragene ausdrücklich auf die Ausübung der Tätigkeit als (allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter) Sachverständiger verzichtet, die notwendige Rezertifizierung nicht erfolgt ist, dem Sachverständigen diese Eigenschaft bescheidmäßig entzogen wird oder der Sachverständige verstorben ist.⁸⁹

1.2.3.2 Die Haftpflichtversicherung

Die berufliche Haftpflichtversicherung bezweckt die Existenzsicherung des Sachverständigen.

Vor Eintragung in die Gerichtssachverständigenliste muss jeder Bewerber eine Haftpflichtversicherung bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer vorweisen, die zur Deckung der aus seiner gerichtlichen Sachverständigentätigkeit gegen ihn entstandenen Schadenersatzansprüche herangezogen wird.⁹⁰

§ 2a SDG verpflichtet den Sachverständigen diese Versicherung während der Dauer der Eintragung in der Sachverständigenliste aufrecht zu erhalten und dies dem zuständigen Präsidenten auf Verlangen auch nachzuweisen. Die Mindestversicherungssumme hat € 400.000,-- für jeden Versicherungsfall zu betragen, der Ausschluss oder eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist unzulässig.⁹¹ Gemäß § 2a Abs 4 SDG ist der Versicherer verpflichtet, dem Landesgerichtspräsidenten unaufgefordert und umgehend jeden Umstand zu melden, der eine Beendigung oder Einschränkung des Versicherungsschutzes oder eine Abweichung von der ursprünglichen

⁸⁹ *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten 35 f.

⁹⁰ Vgl § 3 SDG.

⁹¹ Vgl §§ 2, 2a SDG.

Versicherungsbestätigung bedeutet oder bedeuten kann, und auf Verlangen über solche Umstände Auskunft zu erteilen.

Der Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen hat mit den Versicherern UNIQA Sachversicherung AG und Grazer Wechselseitige Versicherung AG (GRAWE) einen Rahmenvertrag abgeschlossen, auf dessen Grundlage Versicherungsschutz im Rahmen von Einzelverträgen und (für geringfügig beauftragte Sachverständige) von Kollektivverträgen gewährt wird.⁹²

§ 149 VersVG verpflichtet den Versicherer im Rahmen der Haftpflichtversicherung dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser aufgrund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat. Von der Versicherung umfasst sind auch die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, die durch die Verteidigung gegen den von einem Dritten geltend gemachten Anspruch entstehen, soweit die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist. Die Kostenübernahme durch die Versicherung hat auch dann zu erfolgen, wenn sich der Anspruch als unbegründet erweist.

Im Rahmen des Versicherungsvertrages werden auch die Kosten der Verteidigung in einem Strafverfahren, welches wegen einer Tat eingeleitet wurde, welche die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers einem Dritten gegenüber zur Folge haben könnte, sofern diese Kosten auf Weisung des Versicherers aufgewendet wurden, übernommen.

§ 150 Abs 1 VersVG ordnet an, dass der Versicherer die Kosten auf der Verlangen des Versicherungsnehmers vorzuschießen hat. Absatz 2 der zitierten Bestimmung sieht vor, dass die Höhe der Kosten ebenso wie jene der Zinsen von der Höhe der Versicherungssumme unabhängig ist.

Ein Haftungsausschluss erfolgt für jene Fälle, in denen der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, widerrechtlich herbeigeführt hat.⁹³

⁹² *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos*, Sachverständige und ihre Gutachten, Handbuch für die Praxis 38.

⁹³ Vgl § 152 VersVG; *Schmidt*, Haftpflichtversicherung für Sachverständige, Sachverständige 2011, 18 (25).

1.2.3.3 Haftung des Sachverständigen nach dem Amtshaftungsgesetz

Als Hilfsorgane des Gerichts unterstützen Sachverständige anhand ihres Gutachtens das jeweilige Entscheidungsorgan. Das AHG sieht in § 1 AHG vor, dass *„der Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben; dem Geschädigten haftet das Organ nicht. Der Schaden ist nur in Geld zu ersetzen“*.

Inwieweit die Bestimmungen des AHG auf die Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen Anwendung finden, wird von Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt:

Absatz 2 der zitierten Bestimmung definiert Organe als physische Personen, die in Vollziehung der Gesetze (Gerichtsbarkeit oder Verwaltung) handeln, unabhängig davon, ob sie dauernd, vorübergehend oder für den Einzelfall bestellt sind, ob sie gewählte, ernannte oder bestellte Organe sind und ob ihr Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist.

Teile der Lehre⁹⁴ bejahen die Anwendung des AHG und sehen den Sachverständigen als Hilfsperson des Gerichts, der Staatsanwaltschaft oder der Verwaltungsbehörde und damit des Bundes als Träger des Entscheidungs- oder Anklagemonopols.⁹⁵ Das Entscheidungsorgan des Staates bedient sich des Sachverständigen um seine fehlende fachliche Kompetenz durch entsprechende Qualifikation anderer Personen zu substituieren.⁹⁶ Folgt das

⁹⁴ Zechner, Der gerichtliche Sachverständige - Privater oder Beweisorgan im Sinne des § 1 Abs 2 AHG? JBl 1986, 415 ff; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 23; Harrer, Die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen, in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 177 (189); vgl auch Kramer, Die Allmacht des Sachverständigen (1990) 31.

⁹⁵ Zechner, JBl 1986, 415 ff.

⁹⁶ Zechner, JBl 1986, 415 (417 ff).

Entscheidungsorgan dem unrichtigen Sachverständigengutachten, so wird es zur entscheidenden Grundlage für den schädigenden hoheitlichen Eingriff.⁹⁷

Die Rechtsprechung⁹⁸ hingegen stellt unmissverständlich klar, dass es sich bei dem gerichtlich beauftragten Sachverständigen um kein Organ im Sinne des § 1 Abs 1 AHG handelt. Anders als der Richter trifft der Sachverständige selbst keine Entscheidung, sondern legt dem Gericht durch sein Gutachten lediglich ein wichtiges Beweismittel vor. Somit wird dem Sachverständigen auch keine hoheitliche Aufgabe übertragen und er haftet den Parteien persönlich und unmittelbar.

Anders wertet der OGH⁹⁹ die Tätigkeit des Amtssachverständigen, der einer Behörde in Erfüllung seiner Amtspflicht zur Verfügung steht, als ein Handeln in Vollziehung der Gesetze, welches zur Amtshaftung führt.

1.3 Résumé

Die Spezialisierung des Kunstsachverständigen auf einen ausgewählten Bereich ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Dies wird auch durch die Tatsache, dass im Rahmen der gerichtlichen Tätigkeit häufig „externe“, spezialisierte Sachverständige bestellt werden bestätigt. Jeder Richter wird als Entscheidungshilfe jenen Kunstsachverständigen heranziehen, den er als geeignetsten hält, unabhängig davon, ob es sich dabei um einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen handelt.

Mit den Standesregeln der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen bestehen bedeutende, allgemein gültige Verhaltensanordnungen, mit denen es gelungen ist, einerseits die Verkehrsfähigkeit von Sachverständigengutachten zu gewährleisten und andererseits die Konkurrenzsituation der Sachverständigen zu entschärfen.

⁹⁷ Schmidt, Sachverständige 2011, 18 (22).

⁹⁸ OGH 22.5.1978, 1 Ob 11/78, RZ 1978/130; OGH 1 Ob 7/85 SZ 58/42 = JBI 1985, 628 = EvBl 1985/125; OGH 1 Ob 679/86 JBI 1987, 308 = EvBl 1987/117; OGH 1 Ob 1/01f SV 2001, 131 (kritisch Krammer) = JBI 2001, 788 (kritisch Rummel); für Amtshaftung ebenso Loebenstein/Kaniak/Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz² (1985) 42.

⁹⁹ OGH 1 Ob 49/05w SV 2005/3, 177 (Krammer).

Die Sonderstellung der Angehörigen als Kunstsachverständige sowie die Zweischneidigkeit dieser Konstellation konnte mit Beispielen bestärkt werden. Die von *Schack*¹⁰⁰ aufgestellte Behauptung, dass nur selten mit dem Urheberrecht auch der Kunstsachverständige mitvererbt wird, konnte mit dem *Jawlensky*-Erbinnen - Fall bekräftigt werden. Die vielen weiteren Beispiele von Angehörigen, die aus dem besonderen Naheverhältnis zum Urheber einen Wissensvorteil erlangten, bleiben unbestritten.

Abschließend wird die Gutachtertätigkeit von Personen, auf die das Urheberrecht *post mortem auctoris* übergegangen ist, als Ausstellen einer Urkunde qualifiziert und somit als strafrechtswidrig iSd § 147 (1) Z 1 angesehen. Auch hier wird die Sonderstellung der Angehörigen als Kunstsachverständigen hervorgehoben.

¹⁰⁰ *Schack*, Kunst und Recht 76.

2 DIE EXPERTISE

Kunstexpertisen eines profunden Kunstsachverständigen sind von erheblicher Bedeutung für den Kunstmarkt.

Der Kunstsachverständige ist gefragt anhand der schriftlichen Expertise zuverlässige Angaben über Zustand, Herkunft und vor allem über die Originalität eines Kunstwerkes durch Zuschreibung zu einem bestimmten Künstler zu machen.¹⁰¹ Da der eigentlich wertbildende Faktor der Kunstwerke die die Originalität bestätigende Expertise ist¹⁰², hat das in der Expertise niedergeschriebene Ergebnis unmittelbar Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wert des begutachteten Kunstwerkes.¹⁰³

Neben der zentralen Rolle als Echtheits- und Wertgutachten im Kunsthandel spielt die Expertise auch im Zusammenhang mit der Besteuerung, der Versicherung und der Beleihung von Kunstgegenständen sowie bei der Vermögensauseinandersetzung unter Erben oder geschiedenen Eheleuten eine große Bedeutung.

Es ist durchaus nachvollziehbar, dass Käufer dem Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen mehr Glauben schenken, als den Angaben des Verkäufers. Daraus kann unter Umständen folgen, dass die 1920 üblich gewordene Expertise viele Kunstgegenstände überhaupt erst verkäuflich macht.¹⁰⁴

2.1 Die geschichtliche Entwicklung des Expertisenwesens

Bereits im 17. Jahrhundert war die Expertise in den Niederlanden verbreitet, wo überwiegend Künstler¹⁰⁵, die häufig auch Kunsthändler waren, Gutachten über den Wert und die Echtheit eines Bildes erstellten. Zeitgleich mit dem

¹⁰¹ *Hoyningen-Huene* in FS Jayme II 1461; *Siehr*, Fälschung im Kunstrechtsstreit, *Kunstrechtsspiegel* 3/09 145 ff.

¹⁰² *Friedländer*, Kunst und Kennerschaft 110; *Siehr*, in *Reichelt* (Hrsg) Vorlesungen und Vorträge des Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Heft 27 24.

¹⁰³ *Gerlach*, Haftung 13.

¹⁰⁴ *Schack*, Kunst und Recht 75.

¹⁰⁵ zB *van Aelst, de Koninck* oder *Hondecoeter* vgl *Floerke*, Studien zur niederländischen Kunst- und Kulturgeschichte (1905) 106 f.

Entstehen des Kunstsachverständigenwesens ereigneten sich auch die ersten Kunstkandale mit gekauften Sachverständigen¹⁰⁶:

Der Amsterdamer Händler *Gerrit Ulenborch*, der um 1670 bedeutendste Kunsthändler Hollands für italienische Malerei mit guten politischen und wirtschaftlichen Beziehungen, bot 1671 dem Kurfürsten von Brandenburg 13 Werke italienischer Malerei an. Da der vom Käufer hinzugezogene Sachverständige, der Maler *van Fromantiou*, die Bilder als Kopien erkannte, nahm der Kurfürst vom Kauf Abstand. Daraufhin beantragte *Ulenborch* erfolgreich die Einberufung einer Sachverständigenkommission beim Magistrat der Stadt Amsterdam, welche die Authentizität der Bilder bestätigen sollte. Die Kommission setzte sich überwiegend aus Vertrauten von *Ulenborch* zusammen, und stufte die Bilder als echt ein. *Van Fromantiou* rief eine weitere Kommission aus insgesamt 17 Malern zusammen um die Bilder ebenfalls bewerten zu lassen. Der Käufer war nun mit 51 Sachverständigenmeinungen konfrontiert, wovon 31 das Bild als echt und 20 dagegen als Kopien deklarierten. Aufgrund der verbleibenden Zweifel kam der Kauf nicht zustande und nur vier Jahre später kam es zur Schließung der Kunsthandlung *Ulenborch*.¹⁰⁷

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erlangten die Expertisen besondere Bedeutung für den Kunstmarkt, veranlasst durch amerikanische Großsammler, die seit etwa 1880 vermehrt am Kunstmarkt auftraten. Um ihr Risiko zu minimieren verließen sich die Großsammler weder auf ihre eigene Urteilsfähigkeit noch begnügten sie sich mit der bloßen Händlergarantie, sondern verlangten vielmehr eine wissenschaftliche Zuschreibung durch anerkannte Fachleute. Diese Zuschreibung sahen sie als beste wirtschaftliche Sicherheit an.¹⁰⁸

Auch wenn Kunsthistoriker diese Gleichsetzung von wissenschaftlichem Urteil und ökonomischer Sicherheit kritisierten¹⁰⁹, leistete diese einen erheblichen Beitrag zur Verkehrsfähigkeit eines Kunstwerkes und führte zu der

¹⁰⁶ *Gerlach*, Haftung 14.

¹⁰⁷ *Floerke*, Studien zur niederländischen Kunst- und Kulturgeschichte 105 ff.

¹⁰⁸ *Herchenröder*, Die Kunstmärkte 296.

¹⁰⁹ *Friedländer*, Echt und unecht (1929) 1f; *Tietze*, Die Frage der Expertise in Kunst und Künstler 10/1928, 379 f.

beachtlichen Relevanz, die Expertisen nach wie vor für den Kunsthandel haben.

Einhergehend mit dieser Entwicklung tritt auch der Missbrauch in Form von Falschgutachten oder Gefälligkeitsgutachten vermehrt zum Vorschein. Das Problem verstärkt sich noch, wenn Händler und Sachverständige in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen oder zur gegenseitigen Förderung und Bereicherung zum Nachteil des Verkäufers zusammenarbeiten.

Als Beispiel kann eine Gutachteraffäre aus den dreißiger Jahren geschildert werden:

Der berühmte in Italien lebende Kunsthistoriker *Bernard Berenson*, ein gebürtiger Amerikaner, war von *Joseph Duveen* als Hauptgutachter für italienische Renaissance-Malerei „eingekauft“ worden. Zwischen den beiden gab es eine Vereinbarung, nach der für jedes der Gemälde, welches *Duveen* als Hauptgutachter mit Echtheitserklärung von *Berensons* verkaufte, der Experte 20 % Provision vom Verkaufspreis erhielt. Das Geschäftsverhältnis der beiden kam abrupt zu einem Ende, als *Duveen* eigenmächtig das Werk „Anbetung“ von *Giorgione* erstand, und dieses dem amerikanischen Sammler-Millionär *Andrew Mellon* unter der Bedingung, dass *Berenson* es anerkennen werde, verkaufte. *Berenson* verneinte jedoch die Urheberschaft *Giorgiones* und führte aus, „je länger ich es ansah, um so stärker sah ich daraus die Kunst *Tizians* hervortreten. Es ist meine tiefste Überzeugung, dass diese Zuschreibung sich endgültig durchsetzen wird.“¹¹⁰

In seinen letzten Lebensjahren deklarierte er das Gemälde als ein von *Tizian* überarbeitetes Werk von *Giorgione*, was viele Jahre später auch durch Röntgenaufnahmen bestätigt wurde. Heute wird das Bild als *Giorgione* in der Nationalgalerie in Washington bewundert.¹¹¹

¹¹⁰ Zitiert und übersetzt nach: *Behrman*, *Duveen* (1972) 137.

¹¹¹ *Herchenröder*, *Die Kunstmärkte* 291.

2.2 Das Wesen der Expertise

*Schack*¹¹² gibt zu bedenken, dass die Zuschreibung eines Kunstwerkes zu einem bestimmten Künstler oft nur eine mehr oder weniger gut untermauerte Vermutung sein kann. Stützt sich die Zuschreibung nicht auf die Künstlersignatur, dann bezeichnet er die Echtheit als „den Konsens der maßgeblichen Kreise über die Person des Schöpfers. Zerbricht der Konsens stammt Rembrandts berühmter Mann mit dem Goldhelm nicht von Rembrandt selbst, sondern nur aus seinem Umkreis, dann wird aus diesem Meisterwerk noch lange kein falscher Rembrandt. Es bleibt ein echtes Werk eines unbekanntes Künstlers. Falsch ist deshalb strenggenommen nie das Kunstwerk, sondern allein dessen Zuordnung.“¹¹³

Diese „gut untermauerte Vermutung“ sollte vor allem in jenen Fällen näher hinterfragt werden, in denen der Maler nicht mit seinem vollen Vor- und Nachnamen genannt wird oder Zuschreibungen wie „aus der Werkstatt“, „aus dem Umkreis“, oder „in der Art Rubens“ angeführt werden.

Die Überzeugung *Herchenröders*¹¹⁴ dass die meisten Bilder, die eine Expertise veredeln soll, ohne sie nicht lebensfähig sind, lässt schließen, dass ein Bild, dessen Qualität aus sich selbst spricht, keine Expertise benötigt.

Allgemein gilt der Grundsatz, je mehr Expertisen vorliegen, desto verdächtiger sollte der Sachverhalt gewertet werden.¹¹⁵

Vorsicht und berechtigte Zweifel sind auch bei Wertgutachten geboten. Auch für die Erstellung eines Wertgutachtens ist es von Nöten zunächst die Echtheit des Kunstwerkes als Vorfrage zu klären, da der Authentizität ein erhebliches Gewicht zukommt. Weiters sind aber auch Kriterien wie der Erhaltungszustand, das Material, die Größe, die Art und die Ausführung des Kunstwerks wertbildende Faktoren, welche das Wert- und Preisgutachten beeinflussen.

¹¹² *Schack*, Kunst und Recht 75; *Siehr* in *Reichel* 22.

¹¹³ *Schack*, Kunst und Recht 25; *Ullmann/Gräfin von Brühl*, Expertise und Werkverzeichnis – Die Position der Außenstehenden, Kunstrechtsspiegel 3/08, 149.

¹¹⁴ *Herchenröder*, Die Kunstmärkte 299.

¹¹⁵ *Tancock* in *Spencer*, The Expert versus the Object: Judging Fakes and False Attributions in the Visual Arts (2004) 45, 51.

Sehr deutlich zeigt der Fall des Gemäldes „La Méditation“ von *Corot*¹¹⁶, in dem sechs Experten zu Ergebnissen zwischen \$ 40.000 und \$ 265.000 gelangten¹¹⁷, dass Wertgutachten sehr stark von subjektiven Einschätzungen der Experten abhängen.

Dennoch sind Wertgutachten vor allem im Prozess um ein Kunstwerk von großer Bedeutung, da der Wert des Streitgegenstandes ein maßgebliches Kriterium ua für die Gerichtsbesetzung (§ 7a JN), die Zulässigkeit des Mahnverfahrens (§§ 244 ff JN), für die Beschränkung der Berufungsgründe (§ 501 Abs 1 ZPO), die Zulässigkeit des Rekurses (§ 517), die Anwaltpflicht (§§ 27 und 29 ZPO) sowie für die Anwalts- und Gerichtsgebühren ist.

Aufgrund des Kostenrisikos bei einem Prozess wird häufig nicht der tatsächlich geschätzte Wert des Kunstobjektes, sondern ein weitaus geringerer Wert als Streitgegenstand gewählt. So auch in einer *Schiele* – Entscheidung des OGH¹¹⁸ aus dem Jahr 2011, in der es um Schadenersatzansprüche wegen verloren gegangener Kunstwerke aufgrund der Verletzung von Verpflichtungen aus einem Leihvertrag ging:

Im Jahr 1951 übernahm die Neue Galerie der Stadt Linz insgesamt vier Gemälde von *Egon Schiele* als Leihgabe. Bei Übergabe der Werke durch die Galerie wurden der Leihgeberin entsprechende Übernahmebestätigungen ausgestellt. Jahre später konnten die Bilder bei der Beklagten nicht mehr aufgefunden werden; die Nachfahren der Leihgeberin beehrten von der Stadt Linz als Rechtsträgerin der Neuen Galerie, des heutigen Lentos, eine der übergebenen Zeichnungen von *Egon Schiele* herauszugeben oder Schadenersatz in Höhe von € 100.000,-- zu zahlen.

Der weit unter dem tatsächlichen Schätzwert liegende Streitwert von € 100.000,-- wurde vor allem deshalb gewählt, da Fragen wie die Bestimmtheit des Klagebegehrens und die Verjährung strittig waren. Dem Klagebegehren wurde dem Grunde nach stattgegeben, über die tatsächliche Höhe der

¹¹⁶ *Jean-Baptiste Camille Corot* (1796 – 1875), ein bedeutender französischer Landschaftsmaler.

¹¹⁷ *Furstenberg v. U.S.* 595 F.2d 603, 612 f (Court of Claims 1979); *Schack*, Kunst und Recht 75.

¹¹⁸ OGH 18.7.2011, 6 Ob 129/10d.

Entschädigung ist ein Verfahren bereits anhängig, wobei die Kläger eine Summe von € 6,25 Millionen fordern.

In diesem Fall war die Erstellung des Wertgutachtens eine besondere Herausforderung, da die gegenständlichen Gemälde nicht mehr auffindbar sind und somit nicht unmittelbar begutachtet werden konnten. Ausgangspunkt für die Wertschätzung war ein Vergleich von Auktionserlösen von Schiele-Gemälden, die in zweistelliger Millionenhöhe liegen. Folglich wurde von drei Gutachtern ein Wertrahmen zwischen fünf bis acht Millionen Euro ermittelt. Bei der Festlegung des Mittelwertes von € 6,25 Millionen wurde berücksichtigt, dass man die Bilder nicht mehr sehen kann. *„Wenn man die „Tote Stadt“ von Egon Schiele - eines der verlorenen Werke - tatsächlich noch hätte, dann wäre es vermutlich das Dreifache.“*¹¹⁹

¹¹⁹ <http://www.nachrichten.at/nachrichten/kultur/art16,903954>, zuletzt besucht am 9.7.2012.

2.3 Exkurs: Der Marktwert von Kunstgegenständen in Lehre und Rechtsprechung

In diesem Zusammenhang scheint eine kurze Ausführung über den Marktwert von Kunstgegenständen aus juristischer Sicht zweckmäßig.

Der Marktwert von Kunstgegenständen wird aus juristischer Sicht überwiegend im Zusammenhang mit der Geltendmachung der *laesio enormis* beim Kunstkauf diskutiert.

Gem § 934 ABGB hat *„bei zweiseitig verbindlichen Rechtsgeschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Wert erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Teile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern.“*

Der Kunstsachverständige kann im Rahmen eines gerichtlichen oder eines Privatgutachtens nur dann den Wert und Preis eines Kunstgegenstandes festlegen, wenn sich dieser nach den Marktgesetzen von Angebot und Nachfrage und nicht nur aus besonderer Vorliebe und aleatorischen Momenten ableitet.¹²⁰

Im Folgenden soll durch die Aufbereitung von vier höchstgerichtlichen Entscheidungen und den anerkannten Lehrmeinungen der Marktwert von Kunstgegenständen erörtert werden.

2.3.1 Entscheidung 1, Alte Bilder

Den Beginn macht eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1930.¹²¹ In der zitierten Entscheidung verneinte der OGH die Anfechtung eines Kaufvertrages über alte Bilder wegen Verkürzung über die Hälfte mangels Vorliegens eines gemeinen Wertes der Kunstgegenstände gem § 305 ABGB.¹²² Das

¹²⁰ Ramsauer, Die Kunstauktion – Haftungsproblematik und Käuferschutz (1999) 78.

¹²¹ OGH 3 Ob 977/29 JBl 1930, 322.

¹²² § 305 ABGB unterscheidet zwischen einem ordentlichen und gemeinen Preis, wenn eine Sache nach dem Nutzen, den sie mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet, geschätzt wird und einen außerordentlichen Preis, bei welchem auf die in zufälligen Eigenschaften der Sache gegründete besondere Vorliebe desjenigen, dem der Wert ersetzt werden muss, Rücksicht genommen wird.

Höchstgericht führt aus, dass „*der schöpferische Gedanke und die künstlerische Gestaltung überhaupt nicht zu den in Geld abschätzbaren Dingen gehören*“. ¹²³ Es spricht weiters von einem „*naturgemäßen Fehlen*“ ¹²⁴ des gewöhnlichen und allgemein leistenden Nutzens. Daher ist die Anfechtung des Vertrages wegen Verkürzung über die Hälfte bei Kunstwerken, deren Preis im Wesentlichen durch die besondere Vorliebe des Kunstinteressierten, gebildet wird, überhaupt ausgeschlossen.

Der OGH ¹²⁵ spricht weiters von einem „aleatorischen Charakter“ des Kunstkaufes, der sich durch die Unsicherheit der Schätzung des Wertes der Bilder durch den Sachverständigen sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer ergibt. ¹²⁶

Starke Kritik an dieser Entscheidung bestand darin, dass sich Wert und Preis von Kunstgegenständen sehr wohl nach den Marktgesetzen von Angebot und Nachfrage bilden würden, wobei abhängig von den Umständen Wert und Preis sich manchmal genauer, manchmal weniger genau bestimmen ließen. ¹²⁷ Als Beispiel einer präziseren Bestimmung kann eine bestimmte Radierung Rembrandts von bester Qualität angeführt werden, welche sich im Kunsthandel mit einer Schwankungsbreite von 10 bis 20 % bewerten ließe. Demnach kann nicht davon ausgegangen werden, dass in dem Preis, der für Kunstwerke gezahlt wird, immer der Wert der besonderen Vorliebe enthalten sei. Der Ansicht *Ehrenzweig* ¹²⁸ ist zu folgen, welche eine Zweiteilung des Begriffes „Liebhaberwert“ formuliert: Der subjektive Liebhaberwert sei der Wert der besonderen Vorliebe für den einzelnen, währenddessen der objektive Liebhaberwert jener Wert sei, den die Sache für einen engen Kreis, zB für Sammler der gleichen Dinge besitzt.

Der OGH geht davon aus, dass in jedem Kunstkauf ein Moment der besonderen Vorliebe enthalten ist und verneint folglich die Anwendbarkeit der

¹²³ OGH 3 Ob 977/29 JBl 1930, 322.

¹²⁴ OGH 3 Ob 977/29 JBl 1930, 322.

¹²⁵ OGH 3 Ob 977/29 JBl 1930, 322.

¹²⁶ *Zemen*, Kunstkauf und laesio enormis, ÖJZ 1989, 589.

¹²⁷ *Groß*, JBl 1930, 322 (323).

¹²⁸ *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² I/2 (1957) 27.

nationalökonomischen Gesetze auf die Preisbildung von Kunstwerken. Weiters bejaht er das Vorliegen eines aleatorischen Charakters bei jedem Kunstkauf und demnach auch den Ausschluss der Geltendmachung der *laesio enormis* bei Käufen dieser Art.¹²⁹

Kritik an dieser Ansicht wurde dahingehend geäußert, dass wenn *„es einen Kunsthandel gibt, muss sich wohl ein Marktpreis bilden; jedenfalls hat der Richter darüber Sachverständige zu befragen.“*¹³⁰

2.3.2 Entscheidung 2, Lorenzo di Credi

Der in der soeben geschilderten Entscheidung¹³¹ aufgestellte Rechtssatz, der den Rechtsbehelf der *laesio enormis* bei Verträgen über Kunstwerke verneint, wird mit der Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1942 revidiert.

In dieser Entscheidung galt es zu beurteilen, ob dem Gemälde des Florentiner Meisters *Lorenzo di Credi*¹³² ein „gemeiner Wert“ zukomme, worüber nach dem Beschluss des OLG Wien¹³³ Sachverständige zu befinden hätten.

Sein Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung begründete das Reichsgericht unter anderem damit, dass sich *„die Verhältnisse geändert hätten und der Verkehr in der neueren Zeit aufgrund der zahlreichen Hilfsmittel der Technik und seiner alle Kulturländer umfassenden Organisation es ermöglicht habe, dass sich für alte Gemälde und andere Kunstwerke nun ein gemeiner Wert bilden könne. Kauf- und Verkaufsangebote ließen sich immer besser überblicken, und der Markt wurde erweitert, sodass eine durchschnittliche Bewertung viel besser Platz greifen könne als ehemals.“*¹³⁴ Insbesondere Werke bestimmter Meister, von denen viele vorhanden sind und die umgesetzt

¹²⁹ Cohn, JBl 1930, 503 f.

¹³⁰ Gschnitzer in Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² IV/1 558, Mayer-Maly, Renaissance der *laesio enormis*? in FS-Larenz zum 80. Geburtstag (1983), 395 (399).

¹³¹ OGH 3 Ob 977/29 JBl 1930, 322.

¹³² *Lorenzo di Credi*, (1459-1537) war ein italienischer Maler, Goldschmied und Bildhauer.

¹³³ OGH 3 Ob 977/29 JBl 1930, 322.

¹³⁴ DREvBl 1943/87.

werden, wie auch Werke bestimmter Zeiten und Richtungen sind von einem Sachverständigen in Geld schätzbar.

*Reischauer*¹³⁵ schließt sich dieser Ansicht an und führt dazu aus, dass Kunstwerke, insbesondere alte und ältere Werke, wie Bilder und Heiligenstatuen häufig einen Marktpreis hätten; hingegen kann bei Werken lebender Künstler seltener ein solcher angenommen werden, da sich deren Preise aus der besonderen Vorliebe ableiten bzw aleatorische Züge vorweisen.

2.3.3 Entscheidung 3, Holzstatue Hl. Paulus

Die Rechtsfrage in dieser Entscheidung war die Zulässigkeit der Anfechtung eines Tauschvertrages wegen *laesio enormis* nach welchem eine spätgotische Holzstatue des Hl. Paulus übereignet worden war. Den Entscheidungsgründen des OGH ist zu entnehmen, dass es bei spätgotischen Holzstatuen durchaus möglich sei, einen Marktwert festzustellen und keinesfalls nur ein Wert der besonderen Vorliebe bestehe. Der große Umfang des Handels mit alten Heiligenstatuen ermöglicht es einem Sachverständigen einen Marktwert für sie anzugeben. Ausnahmen bilden Kunstwerke eines berühmten Malers, bei welchen häufig der Wert der besonderen Vorliebe entrichtet wird. Liegt dies nicht vor, komme es lediglich darauf an, welcher Preis für ein bestimmtes Kunstwerk üblicherweise im Kunst- und Antiquitätenhandel erzielt werde.

Durch den Handel hat sich für viele Kunstwerke ein Marktwert gebildet hat. Auf Kunstwerken, die nicht häufig umgesetzt werden, auf solche „höchster Seltenheit“ findet aufgrund ihres Liebhaberpreises der Rechtsbehelf der *laesio enormis* jedoch keine Anwendung.¹³⁶

2.3.4 Entscheidung 4, Brillantring

¹³⁵ *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² I § 934 Rz 3.

¹³⁶ So *Dittrich*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch³² (1985) § 934 E 25 bis E 27.

Gegenstand dieser höchstgerichtlichen Entscheidung¹³⁷ ist die Anfechtung eines Tauschvertrages wegen *laesio enormis*, wobei der Kläger dem Beklagten einen Brillantring im Wert von ATS 36.000,-- übergab, während der Beklagte, ein Künstler, ein von ihm gemaltes Bild, dessen Wert er mit ATS 40.000,-- bis ATS 50.000,-- angab, leistete. Das Bild hatte jedoch dem Gutachten eines Sachverständigen zufolge nur einen Verkehrswert von ATS 1.500,--.

Das Begehren des Klägers auf Anfechtung des Vertrages wegen Verkürzung über die Hälfte wurde vom OGH mit folgender Begründung abgelehnt:

Der Preis, den der Kläger für das Bild des Künstlers geleistet hatte, enthielt den Wert der besonderen Vorliebe. Bezugnehmend auf die oben geschilderten Entscheidungen führte der OGH aus, dass eine Anfechtung wegen *laesio enormis* nicht generell auszuschließen sei; beispielsweise ist für alte Gemälde und andere Kunstwerke, insbesondere für Werke bestimmter Meister, Epochen und Stilrichtungen, von denen viele vorhanden sind und umgesetzt werden, ein gemeiner Wert ermittelbar.

Der Verkauf von Werken lebender Künstler durch diesen selbst stellt jedoch einen Sonderfall dar. Grund dafür ist, dass zwischen dem vom Künstler unmittelbar geforderten Erstverkaufspreis und dem Verkehrswert, also dem erzielbaren Preis bei einem Wiederverkauf, meist ein sehr großer Preisunterschied bestehe. Handelt es sich bei dem Urheber um einen noch nicht bekannten Künstler, so kann der Künstler als Verkäufer bei der Preisbildung auf den möglichen Verkehrswert noch nicht Bedacht nehmen. Maßgebliche Faktoren für den Verkehrswert, wie das Renomme des Künstlers und die bei Auktionen und im einschlägigen Handel erzielten Preisen sind in diesem Fall noch nicht vorhanden. Abgesehen von einem Notverkauf, wird der Künstler jenen Preis ansetzen, den er im Hinblick auf die von ihm selbst geschätzte künstlerische Qualität des Bildes als gerecht ansieht.

Gleichzeitig wird auch der Erwerber den geforderten Preis zahlen, weil er das Bild wegen seiner von ihm hochgeschätzten künstlerischen Qualitäten haben möchte, eine Orientierung am Verkehrswert ist auch keine Entscheidungshilfe für den Erwerber.

¹³⁷ OGH 6 Ob 342/66 SZ 39/206 = EvBl 1967, 281 = JBl 1967; vgl auch *Rubin*, Eine Rechtsprechungsübersicht für den Kunstsammler, *ecolex* 1997, 416.

Somit ist der Rechtsbehelf der *laesio enormis* in diesem Fall auszuschließen.

2.3.5 Weitere Gedanken

Der gemeine Wert des § 934 ABGB entspricht nach überwiegender Ansicht dem „gemeinen Preis“ des § 305 ABGB dh dem Marktpreis bei marktgängigen Sachen.¹³⁸ Kunstwerke können nur dann einen Marktwert haben, wenn sie zu den schätzbaren Sachen iSd § 303 ABGB zählen.¹³⁹ Der bestimmte Preis muss gem § 304 ABGB gegebenenfalls durch das Gericht mit Hilfe von Sachverständigen in Form einer „*bestimmten Summe Geldes*“ festgesetzt werden.

Grundsätzlich kann unter dem „gemeinen Preis“ des § 305 ABGB der Austauschwert (Ankaufs- oder Verkaufswert), der Ertragswert oder der Kostenwert (oder uU auch ein Mischwert aus diesen Größen) verstanden werden. Welche Berechnungsmethoden im Einzelfall anzuwenden sind, ergibt sich mangels besonderer Vorschrift aus dem Zweck der jeweiligen Bestimmung.¹⁴⁰ Im Bereich des Handels mit Kunst kommt jedoch nur der Austauschwert in Betracht, da der Ertragswert und der Kostenwert für die Ermittlung des „*gemeinen Preises*“ schon ihrer Natur nach ausscheiden.¹⁴¹

Rechtsprechung¹⁴² und Lehre¹⁴³ stimmen überein, dass der gemeine Preis jener Wert ist, der vom Verkäufer erzielt wird oder erzielt werden kann (Verkaufswert).

Dieser Ansicht entsprechend sieht auch § 2 Abs 6 des Ausfuhrverbotsgesetzes für Kulturgut (AusfVKG) idF BGBl 1985/253 vor, dass unter dem von diesem

¹³⁸ *Gschntzer* in *Klang*² IV/1, 558 u in II/2 46 ff; *Aicher* in *Rummel*² I § 1058 ABGB Rz 8.

¹³⁹ § 303 ABGB unterscheidet zwischen schätzbaren und unschätzbaren Sachen, wobei schätzbare Sachen diejenigen sind, deren Wert durch Vergleichung mit andern zum Verkehre bestimmt werden kann; Sachen hingegen deren Wert durch keine Vergleichung mit andern im Verkehre befindlichen Sachen bestimmt werden kann, heißen unschätzbare.

¹⁴⁰ *Spielbücher* in *Rummel*² I § 305 Rz 3; RZ 1984, 95.

¹⁴¹ *Ramsauer*, Die Kunstauktion 80.

¹⁴² OGH 22.11.1927 JBl 1928, 151; OGH 5.10.1955 EvBl 1956/232; OGH 12.4.1983 RZ 1984, 95. Siehe auch OGH 17.6.1981 SZ 54/95

¹⁴³ *Wolff*, Grundriß des österreichischen bürgerlichen Rechts⁴ (1948) 41; *Reischauer* in *Rummel*² I § 934 ABGB Rz 3; *Aicher* in *Rummel*² I § 1058 ABGB Rz 8; siehe auch *Klang* in *Klang*² II/2, 47 f.

Gesetz bezeichneten Verkehrswert eines Kulturgutes der „*im Inland voraussichtlich erzielbare höchste Verkaufspreis an Letztkäufer*“ zu verstehen ist.¹⁴⁴

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedenken, dass es einen Unterschied ausmacht, auf welcher Stufe des Güterausstausches (Marktstufe) der maßgebliche Interessent steht.¹⁴⁵ Als Verkäufer eines Kunstgegenstandes treten nicht nur Kunsthändler und Auktionshäuser, sondern auch private Eigentümer auf. Private Verkäufer haben ohne Zweifel eine andere Marktposition inne, da ihnen ein eingeschränkterer Käufermarkt (vor allem der Kreis der Kunsthändler) zur Verfügung steht, als dem Kunsthändler als Verkäufer, der sich aufgrund seiner Marktkenntnisse die Erwerbchancen des Kunstmarktes viel intensiver zunutze machen kann.¹⁴⁶ Somit wird der Verkaufswert eines Kunstwerkes für den privaten Verkäufer typischerweise geringer sein, als für den Kunsthändler.¹⁴⁷

Der Verkaufswert für den privaten Interessenten orientiert sich am eigentlichen Marktwert unter Abzug einer angemessenen Handelsspanne, am erzielbaren Nettoerlös auf Kunstauktionen und an den erzielbaren Preisen beim Privatverkauf, bei dem unter Ausschluss des Handels ein besserer Wert als der Händlereinkaufspreis angestrebt wird.¹⁴⁸

Tritt der Urheber eines Werkes selbst als Verkäufer seines Kunstwerkes auf, so kann es sein, dass sich für diesen Künstler noch kein Markt gebildet hat oder der Künstler (wie in Entscheidung 4) nicht gewillt ist, unter einem gewissen Preis zu verkaufen, selbst wenn sich schon ein Marktpreis gebildet hat.

Der Schöpfer des Kunstwerkes darf diesfalls auch die Herstellungskosten im Anschlag bringen (Kostenwert oder Herstellungswert im technischen Sinn), welche in vielen Fällen den Lebensunterhalt decken müssen, sodass, wenn die Voraussetzungen der *laesio enormis* nicht ohnedies verneint werden, der gemeine Wert des § 934 ABGB als jener Preis verstanden werden muss, unter

¹⁴⁴ Vgl auch *Zemen*, ÖJZ 1989, 589 (593).

¹⁴⁵ *Ramsauer*, Die Kunstauktion 80.

¹⁴⁶ *Zemen*, ÖJZ 1989, 589 (593).

¹⁴⁷ OGH 11.6.1981 SZ 54/95; vgl auch OGH 12.4.1983 RZ 1984, 95.

¹⁴⁸ *Zemen*, ÖJZ 1989, 589 (593).

dem die schaffenden Künstler persönlich, also ohne Rücksicht auf den übrigen Markt, für ihre (untereinander vergleichbaren) Werke unter vergleichbaren Umständen verlangen und diesen Preis auch erhalten.¹⁴⁹

Die Ermittlung dieses gemeinen Wertes in Gestalt der durchschnittlichen Preise obliegt dem Kunstsachverständigen.

2.3.6 Zusammenfassung

Aus der Definition des Verkehrswertes in § 2 Abs 6 AusfVKG kann geschlossen werden, dass die Privatrechtsordnung Kunstwerken grundsätzlich einen gemeinen Wert beimisst. § 5 Abs 1 dieses Gesetzes zeigt weiters auf, dass ein Kunstwerk des internationalen Kunstmarktes einen gespaltenen Marktwert besitzen kann, da hier zwischen einem inländischen und einem ausländischen Verkehrswert unterschieden wird.

Der gemeine Wert (Marktpreis oder Verkehrswert) eines Kunstwerkes kann mit größerer oder geringerer Bestimmtheit (je nach Marktlage) festgestellt werden, wobei für den Fall, dass die Kunstwerke bestimmter Schöpfer kaum auf dem Markt vertreten sind oder die Kunstwerke sonstige außergewöhnliche Eigenschaften aufweisen, durch Bewertungsanalogien eine Eingrenzung des Wertes zumindest zwischen einer Unter- und einer Obergrenze nach objektiven Kriterien durchführbar ist.¹⁵⁰ Die Obergrenze orientiert sich am vernünftigen und informierten Käufer, die Untergrenze stellt jenen Wert dar, unter dem der Kunsthandel vernünftigerweise das Kunstwerk nicht verkauft.

Anhaltspunkte für die marktkonforme Bewertung eines Kunstwerkes ergeben sich aus den publizierten Auktionsergebnissen, Kunstmessen, publik gemachten Ankäufen durch öffentliche Institutionen sowie aus durchgeführten Kunstkäufen und den Preisangeboten des Kunsthandels.

¹⁴⁹ So *Zemen*, ÖJZ 1989, 589 (593); *Ploil*, Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes im Kunsthandel (§ 934 des österreichischen ABGB) Bulletin Kunst&Recht 2/2012, 31; *Heuer*, Die Bewertung von Kunstwerken in Steuer- und Erbrechtsstreitigkeiten in Tagungsband des Dritten Heidelberger Kunstrechtstags (2010) 118 ff.

¹⁵⁰ *Zemen*, ÖJZ 1989, 589 (594), *Zemen* folgend *Binder* in *Schwimann*³ Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen (2006) § 934 Rz 12.

Die Wertbemessung wird bei Kunstwerken, die oft am Kunstmarkt erscheinen und umgesetzt werden, sicherlich einfacher vorzunehmen sein, auch wenn sich nur ein approximativer Markt- bzw. Verkehrswert ergibt, dh eine Bestimmung des Wertes zwischen einer Unter- und einer Obergrenze möglich sein wird.

Schwieriger stellt sich die Lage bei qualitativ herausragenden und kunstgeschichtlich bedeutenden Werken, sowie bei zeitgenössischen Werken von (noch) nicht arrivierten bzw. unbekanntem Künstlern, welche auf dem Markt in nicht ausreichender Zahl angeboten werden.

Existieren kaum „vergleichbare“ Objekte anderer Künstler oder fehlen andere für die Marktpreisbildung maßgeblichen Bezugspunkte, so wird der vom Käufer bezahlte Preis auch die subjektive Wertschätzung widerspiegeln und somit ein „außerordentlicher Preis“ gem § 305 ABGB bzw ein „subjektiver Liebhaberwert“¹⁵¹ entstehen.

Die Einzigartigkeit jedes einzelnen Kunstobjekts muss aber auch in jenen Fällen berücksichtigt werden, bei denen der Marktwert von Kunstgegenständen mittels Bewertungsanalogien relativ einfach ermittelt werden kann. Die ausschlaggebenden Wertbestimmungsfaktoren wie Seltenheit ¹⁵², der Gegenstand der Darstellung (Sujet) ¹⁵³, die Maltechnik ¹⁵⁴, der Erhaltungszustand¹⁵⁵, das Bildformat¹⁵⁶, die Attribution¹⁵⁷, die Provenienz¹⁵⁸ sowie der Dokumentationswert ¹⁵⁹ sind stets neben einem aus diversen Kunstpreisverzeichnissen errechneten Durchschnittspreis zu berücksichtigen.¹⁶⁰

¹⁵¹ Vgl. *Ehrenzweig*, System des Privatrechts, I/2, 27.

¹⁵² *Manzl*, Eine Untersuchung über die Preisbildung im Kunsthandel (1956) 86 ff.

¹⁵³ *Müllerschön*, Gemälde als erfolgreiche Kapitalanlage (1991) 179 f.

¹⁵⁴ *Müllerschön*, Gemälde 192 f.

¹⁵⁵ *Jaquet*, Werte und Preise auf dem Weltmarkt neuzeitlicher Kunst (1962) 86 f.

¹⁵⁶ *Müllerschön*, Gemälde 183 f.

¹⁵⁷ *Müllerschön*, Gemälde 165 ff.

¹⁵⁸ *Wagenführ*, Kunst als Kapitalanlage (1965) 59.

¹⁵⁹ *Jaquet*, Werte und Preise 84 f.

¹⁶⁰ *Herchenröder*, Die neuen Kunstmärkte, 37.

Exkurs: Die ökonomische Bewertung von Kunstgegenständen

In der Folge werden die Faktoren zur ökonomischen Bewertung von Kunstgegenständen angeführt und näher betrachtet. Da aber auch die Struktur des Kunstmarktes einen erheblichen Einfluss auf die Preisbildung hat, wird mit dem Aufzeigen der Besonderheiten des Kunstmarktes sowie dessen wirtschaftlichen Aspekten begonnen werden:

Tritt ein Kunstwerk am Markt in Erscheinung und wird es Gegenstand von Angebot und Nachfrage, so entsteht aus dem „*Kunstwerk*“ ein „*Kunstgut*“.

Kunstwerke, die als Kunstgüter am Markt gehandelt werden bewahren ihre Eigentümlichkeiten dahingehend, dass es sich um heterogene Güter handelt, welche nicht nur nach äußeren Kriterien wie Größe, Alter oder Technik zu unterscheiden sind, sondern sich auch inhaltlich nach Qualität, Sujet, wissenschaftlicher und kultureller Bedeutung differenziert darstellen.¹⁶¹

Juristisch handelt es sich um unvertretbare Sachen, die, auch wenn sie vom selben Urheber stammen, immer Einzelstücke bleiben.

Durch die unterschiedlichen Präferenzen der einzelnen Marktteilnehmer hinsichtlich bevorzugter Händler und Auktionshäuser, Stilrichtungen oder einzelner Künstler bleibt es unvorhersehbar, wann bestimmte Kunstwerke am Markt angeboten werden. Diese Unvorhersehbarkeit ist unter anderem für die Qualifikation des Kunstmarktes als einen unvollkommenen und intransparenten Markt ausschlaggebend¹⁶² da wichtige Marktdaten wie räumliches und zeitliches Angebot, Qualität und Preise (offenkundig sind meist nur Erlöse der Auktionshäuser, Kunsthändler geben die Kaufpreise kaum bekannt) den Marktteilnehmern unbekannt bleiben. *Frangen*¹⁶³ bezeichnet diese Intransparenz als „*Motor des Kunstmarktgeschehens*“ und zieht sie folglich als Erklärung für viele Eigentümlichkeiten des Kunstmarktes heran.

¹⁶¹ *Frangen*, Ökonomische Analyse des Marktes für Malerei in der Bundesrepublik Deutschland (1983) 12 f.

¹⁶² *Ramsauer*, Die Kunstauktion – Haftungsproblematik und Käuferschutz 51.

¹⁶³ *Frangen*, Ökonomische Analyse des Marktes für Malerei in der Bundesrepublik Deutschland 13.

Unabhängig von der kunsthistorischen Bedeutung oder dem geistigen Inhalt kann grundsätzlich jedes Kunstwerk Gegenstand des Austauschs wirtschaftlicher Güter werden, wiewohl sich das Kunstwerk auch weiterhin durch bestimmte Eigentümlichkeiten auszeichnet.

Auch als Wirtschaftsgut bleibt ein Kunstwerk ein auf den „*individuellen Fähigkeiten des Einzelnen beruhendes Geistesprodukt, bei welchem die geistige Leistung die körperliche Arbeit überwiegt*“.¹⁶⁴

Der vorrangige Gedanke bei Erwerb eines Kunstgegenstandes liegt im ideellen Bereich und zielt auf Ansehen, Macht oder Prestige ab, die Praktikabilität bzw. Tauglichkeit für einen bestimmten Gebrauch wird kaum für einen Kunstkauf ausschlaggebend sein. Sehr wohl beachtlich können spekulative Interessen sein, Kunstgegenstände aus Investitions- oder Spekulationsgründen zu erwerben und mit Gewinnerzielungsabsicht weiterzueräußern.

Die Differenziertheit von Kunstwerken führt, einhergehend mit der individuellen Interpretation des jeweiligen Betrachters dazu, dass es keine allgemein gültigen Kriterien zur Bewertung von Kunstgegenständen gibt.

Die sogleich angeführten wertbestimmenden Faktoren ermöglichen eine annähernde wertmäßige Einschätzung der Kunstobjekte und können grundsätzlich herangezogen werden, vorausgesetzt das Zusammenwirken der einzelnen Faktoren wird entsprechend berücksichtigt.¹⁶⁵

Die Qualität und der Preis

Da es sich bei Kunstwerken um allgemeine Wirtschaftsgüter handelt, errechnet sich der Preis zunächst aus den allgemeinen preisbildenden Faktoren wie Angebot und Nachfrage. Die gewöhnlich herangezogenen Ansätze wie Material-, Lohn- und sonstige Produktionskosten sind nicht sehr aussagekräftig, da sie entweder gar nicht vorhanden sind oder nur sehr gering ausfallen.

¹⁶⁴ Goepfert, Haftungsprobleme in Kunst- und Auktionshandel 19.

¹⁶⁵ Ramsauer, Die Kunstauktion – Haftungsproblematik und Käuferschutz 51.

Daher muss auf die subjektiven Bewertungen der Käufer zurückgegriffen werden und aufgrund ihrer persönlichen Vorlieben und Überzeugungen auf den Preis der Kunstgüter geschlossen werden. Sehr häufig entwickeln sich Preise auch aus der wachsenden Begeisterung für ein einmaliges Objekt.¹⁶⁶

Die individuellen Vorlieben der Kunstliebhaber können auch dazu führen, dass Bilder minderer Qualität, aber mit einem gefälligeren Sujet, qualitätvolleren Werken vorgezogen werden, da Qualität nicht mit besser - im Sinne einer ästhetischen Wertung durch den Käufer - gleichgesetzt werden kann.¹⁶⁷

Die Qualität hängt vielmehr von objektiven Faktoren ab, die durch ein Sachverständigengutachten bestimmt werden können und meist hinter die persönliche Wertschätzung des Käufers zurücktreten.¹⁶⁸

*Ressler*¹⁶⁹ ist überzeugt, dass der wichtigste Eckpunkt für die Qualität und damit für den Preis die gesicherte Autorenschaft des Künstlers ist, da sich die Bewertung von Kunstobjekten am stärksten an der Urheberschaft orientiert.

Der Name und die Reputation des Künstlers

Jeder Künstler ist aufgrund seines individuellen Charakters einmalig, dementsprechend will der Käufer auch sichergehen, dass das Werk tatsächlich von dem jeweiligen Künstler geschaffen wurde und nicht nur aus seiner Werkstatt oder eine später entstandene Nachempfindung oder eine bewusste Fälschung ist. Dadurch erlangt die Künstlersignatur eine wesentliche Bedeutung für die Preisbestimmung.

Die Relevanz des Künstlernamens kann am Beispiel *Rembrandts* „Mann mit dem Goldhelm“ verdeutlicht werden: Das genannte Werk galt als eines seiner Hauptwerke, bis ein Historiker die Zuschreibung zu Rembrandt widerlegen konnte. Der folgende starke Wertverfall des Gemäldes bringt zum Ausdruck, dass ökonomisch höher bewertete Künstler nicht immer auch eine höhere

¹⁶⁶ *Ressler*, Der Markt der Kunst 42.

¹⁶⁷ *Friedländer*, Kunst und Kennerschaft 142.

¹⁶⁸ *Kaube*, Unsere Werte verfallen nie in FAZ 27.20.2004 ist der Meinung, „dass es mehr gute Kunst gibt als teure und dass Kunst nicht durch Qualität teuer wird und schon gar nicht von selbst“.

¹⁶⁹ *Ressler*, Der Markt der Kunst 47.

künstlerische Leistung vollbringen können, als Künstler mit einem geringeren Ansehen.¹⁷⁰

Schwierigkeiten bei der Bewertung der Qualität zeitgenössischer Kunst führen dazu, dass Kunstinteressierte tendenziell bei den Werken ihnen bekannter Künstler bleiben, womit sie nicht nur das Risiko über die Qualitätsunsicherheit verringern, sondern auch Mehrheitszugehörigkeit erreichen.¹⁷¹

Kunstkäufer bevorzugen Expertentipps, die meist risikogering auf bereits etablierte Künstler verweisen. Galerien arbeiten häufig zusammen und präsentieren ähnliche Schwerpunkte oder dieselben Künstler.

Auch Sammler tendieren dazu, sich beim Erwerb von Kunstwerken an ihren Sammlerkollegen zu orientieren, um mit ihrer Sammlung nicht den Anschluss zu verlieren.¹⁷² In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Kunstwerke auch nur dann als Statussymbol herangezogen werden können, wenn sie Wiedererkennungswert haben. Der Wiedererkennungswert steigt vor allem bei Kunstwerken, die aus der qualitativ hochwertigsten Schaffensperiode stammen und als für ihren Schöpfer charakteristisch gelten.¹⁷³

Von bereits etablierten Künstlern kann auch eine weitere positive Entwicklung erwartet werden, denn ein bereits eingetretener Erfolg tendiert zu einer Eigendynamik und lässt häufig eine Fortsetzung zu.

Die Attribution

Die Attribution setzt sich mit der Zuschreibung von Kunstwerken auseinander und ordnet das Werk entweder als eigenhändige Arbeit des angegebenen Künstlers, als ein Werk aus der Schule oder dem Umkreis des jeweiligen Künstlers oder gegebenenfalls als Fälschung ein.

Die Zuschreibung stellt den wichtigsten Einflussfaktor auf die ökonomische Bewertung von Kunstgegenständen dar. Problematisch zeigt sich jedoch die Tatsache, dass fehlerhafte Zuschreibungen nicht nur fahrlässig, sondern auch

¹⁷⁰ *Koldehoff*, Warum ist Rembrandt eigentlich ein guter Künstler, Die ZEIT vom 13.7.2006.

¹⁷¹ *Dossi*, Hype: Kunst und Geld (2007) 180ff.

¹⁷² *Dossi*, Hype: Kunst und Geld 180ff.

¹⁷³ *Ressler*, Der Markt der Kunst (2001) 53.

bewusst erfolgen. Somit wird die Zuschreibung zu einem risikoreichen Faktor für Kunstkäufer, da ausnahmslos jeder Fehler in der Zuschreibung zu einer Preisminderung führt.¹⁷⁴

Einen hohen Grad an Sicherheit kann eine Zuschreibung und Expertise eines anerkannten Kunstsachverständigen sowie die durch Expertenurteil abgesicherte Aufnahme eines Gemäldes in ein Werksverzeichnis oder die Präsentation in einer wissenschaftlich organisierten öffentlichen Ausstellung gewährleisten.

Kann die Authentizität des Kunstgegenstandes nicht nachgewiesen werden, sind auch alle weiteren Faktoren zur ökonomischen Bewertung des Gemäldes hinfällig.

¹⁷⁴ Müllerschön, Gemälde als erfolgreiche Kapitalanlage (1991) 166.

Der künstlerische Wert

Der künstlerische Wert besteht aus *„allen Kräften und Qualitäten, die der Künstler durch seine Fähigkeiten, seine Eigenart, seine Sicht der Dinge und deren inhaltlichen Aussagewert seinen Kunstwerken einverleibt.“*¹⁷⁵

Tritt das Kunstwerk am Markt in Erscheinung, bewirkt auch die Anerkennung durch Kunsthistoriker, Museen, Kunsthändler und Auktionshäuser eine Steigerung des künstlerischen Werts, wodurch sich das Kunstwerk zu einem Wirtschaftsgut mit Sachwert entwickelt.

Die ästhetische und ökonomische Wertschätzung hängt demnach stark von den individuellen geistigen Einstellungen der Marktteilnehmer sowie dem Beurteilungszeitpunkt ab.

Die Provenienz

Auch die Provenienz (Pedigree) als Herkunft und Geschichte des Kunstwerkes, anhand dessen im Idealfall die Besitzerkette bis zum Erstbesitzer zurückverfolgt werden kann, beeinflusst den Kunstpreis. Eine lückenlose Provenienz lässt positive Schlüsse auf die Authentizität zu, bei bekannten Vorbesitzern, vorangegangenen Versteigerungen in renommierten Auktionshäusern oder Verkäufe durch bedeutende Kunsthändler kann außerdem eine hohe Qualität und die Echtheit des Kunstwerkes angenommen werden.

Der Erhaltungszustand

Die vom Kunstsachverständigen zu bestimmende Qualität wird maßgeblich vom äußeren Erscheinungsbild des Kunstgegenstandes, wie dem Format, der Technik dem Material, sowie dem Erhaltungszustand und allfälliger erfolgter Restaurierungsarbeiten beeinflusst. Verfremdungen oder Veränderungen durch

¹⁷⁵ Jaquet, Werte und Preise auf dem Weltmarkt neuzeitlicher Kunst (1962) 68; Ramsauer, Die Kunstauktion – Haftungsproblematik und Käuferschutz 51.

eine Restaurierung setzen den Marktwert, aber auch den künstlerischen Wert herab, ebenso ist es bei Schäden durch Luftfeuchtigkeit, Schimmelpilzen, Temperaturschwankungen und Sonnenbestrahlung.¹⁷⁶

Formale Eigenschaften

Es erscheint verständlich, dass sich das Format auf die Preisbildung des jeweiligen Kunstgegenstandes auswirkt. Größere Formate desselben Künstlers in gleicher Technik sind meist kostspieliger als kleinere, doch begrenzen die Praktikabilität und die individuellen Wohnverhältnisse der Kunstliebhaber das Interesse an zu großen Formaten und bilden somit eine Obergrenze.

Mitunter nimmt auch die künstlerische Qualität bei sehr großen Formaten ab, was ebenfalls eine negative Auswirkung auf die Preisbildung zeigt.¹⁷⁷

Hinsichtlich der verwendeten Techniken kann festgehalten werden, dass grundsätzlich keine Rangordnung der Produktionstechniken besteht. Die Tendenz zeigt jedoch, dass Ölgemälde allgemein höher bewertet werden als Aquarelle, gefolgt von Grafiken. Druckgrafiken sind trotz limitierter Auflagen und Nummerierung relativ niedrig bewertet, was auf den verminderten Seltenheitsgrad zurückgeführt werden kann. Da Ölgemälde materiell aufwendiger aber auch unempfindlicher gegenüber äußeren Einflüssen als beispielsweise Aquarelle oder Pastelle wirken, erzielen sich meist höhere Preise als andere Techniken derselben Künstler.¹⁷⁸

Sujet

Ein weiterer Faktor, welcher den Preis von Kunstgegenständen wesentlich beeinflusst ist der Gegenstand der Darstellung bzw das Motiv eines Gemäldes.

¹⁷⁶ Steiner, Der moderne Kunsthandel in Wien im europäischen Kontext 95.

¹⁷⁷ Ressler, Der Markt der Kunst 68f.

¹⁷⁸ Steiner, Der moderne Kunsthandel in Wien im europäischen Kontext 94.

Die genannten Aspekte wirken sich auf das ästhetische Empfinden der Kunstkäufer aus und bewirken so, unter der Prämisse, dass die Kunstkäufer das Bedürfnis nach „schönen“ Bildern haben, eine größere Nachfrage nach Werken, die das entsprechende Thema vorweisen.

Die Begriffe Schönheit und Ästhetik sind von Wertvorstellungen abhängig, die unter anderem durch gesellschaftliche Konventionen geprägt werden. Ihre Definition ist nicht sehr einfach, da sie nicht nur von individuellen Vorstellungen und kulturellem Hintergrund abhängig sind sondern auch einem ständigen Wandel unterliegen.

Die Beurteilung nach dem Sujet ermöglicht den Kunstinteressierten eine eindeutigere Präferenzbildung, da man bestimmten Motiven von vornherein zu- bzw abgeneigt ist.

Im Folgenden soll eine Darstellung der unterschiedlichen Ansichten über das Zusammenspiel von Schönheit und Kunst mithilfe bekannter Vertreter aus Philosophie, Soziologie und Kunstgeschichte unternommen werden:

Platon, welcher dem Begriff Schönheit eine große Bedeutung beimaß, sah Schönheit als einen Aspekt des Göttlichen. Schönheit sorgt beim Menschen für Freude und Offenheit und lässt ihn nach der ewigen Wahrheit der Ideen streben; primär definierte *Platon* Lebendiges als schön. Auch Kunst erkannte er als schön, worunter er Maß, Proportion und Harmonie verstand.¹⁷⁹

Aristoteles sah in der Kunst neben der Mittelung des Geschehenen, auch die Darstellung dessen was geschehen kann. Erfordert es der Zweck, so dürfe der Künstler auch das Unmögliche mitteilen, denn dies könne ästhetisch richtig und notwendig sein.

Das Mittelalter sah als primäre Aufgabe der Kunst die Darstellung des Wirken Gottes. Als schön galt folglich alles, was Gott, besonders als Lichtcharakter mit leuchtenden Farben oder glänzenden Materialien darstellte. Noch weiter ging die Vorstellung der Ostkirche, die davon ausgeht, dass im Bild das Göttliche

¹⁷⁹ Ressler, Der Wert der Kunst (2007) 77.

nicht nur nachgeahmt werde, sondern tatsächlich anwesend sei. Somit wurde das Kunstwerk zu einer Offenbarung Gottes.¹⁸⁰

Zu Beginn des 15. Jahrhunderts änderte sich das enge Verständnis von Kunst und Göttlichem dahingehend, dass die Welt als eine geordnete und harmonisch gegliederte Wirklichkeit verstanden wurde und nicht mehr als bloßer Schatten des Göttlichen. Ein Kunstwerk galt aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit als schön, wenn es gewisse Strukturgesetze vorwies. Charakteristisch für diese Zeitspanne ist die Ansicht von *Leonardo da Vinci* (1452-1519) dass ein Maler anatomische Kenntnisse haben müsse um einen menschlichen Körper angemessen darstellen zu können.¹⁸¹

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) war überzeugt, dass echte Schönheit nur in der Kunst bestehe, da diese, anders als die Natur, aus einem bewussten Geist hervorgehe. Aufgabe der Kunst sieht *Hegel* in der Darstellung der Wahrheit, anders als manche seiner Zeitgenossen wie beispielsweise *Arthur Schopenhauer* (1788-1860) definiert er die Wahrheit als Auflösung und Versöhnung aller vermeintlichen Widersprüche in einer höheren Einheit.

Der Philosoph *Karl Rosenkranz* (1805-1879) stellte in Frage, ob das Gute auch schön sein müsse. Ihm folgend müsse die Kunst auch Hässliches darstellen.

Theodor Wiesengrund Adorno (1903-1969) bezweifelte zunächst, ob es nach Auschwitz noch Kunst geben kann. Ihm folgend müsse Kunst sich der Forderung nach Sinn verschließen, „*sie müsse mit der Ordnung brechen, mit den Erwartungen, die an sie herangetragen werden, sie müsse auf ihr Anderssein pochen und sich im Widerspruch bewahren, in der Dissonanz, im Nichtidentischen und Fragmenthaften.*“¹⁸² Kunst müsse hässlich und schwarz sein um die Welt zu verraten.

Als Funktion der Kunst führt er an, die reale Welt offenbar zu machen und auf die Möglichkeit einer besseren Welt hinzuweisen.

¹⁸⁰ *Ressler, Der Wert der Kunst* 78.

¹⁸¹ *Ressler, Der Wert der Kunst* 79.

¹⁸² *Ressler, Der Wert der Kunst* 85.

Das zeitgenössische Kunstverständnis hinsichtlich Schönheit kann *Ressler*¹⁸³ zustimmend wie folgt dargestellt werden:

„Die Ästhetik stellt nicht das Ziel, sondern lediglich den Weg dar, um die Wahrnehmung des Inhalts überhaupt erst zu ermöglichen. Schönheit stellt jene Eigenart dar, die Kunst erst als Kunst erkennbar macht. Als Voraussetzung für Kunst kann Kunst ohne Schönheit nicht bestehen.“

¹⁸³ *Ressler*, Der Wert der Kunst 229.

Die Seltenheit des Kunstwerkes

Neben den subjektiven Bewertungen durch den Kunstliebhaber und den objektiven Faktoren eines Kunstwerkes tritt als weiterer Preisbildungsfaktor die Seltenheit oder Rarität des Kunstgutes hinzu.

Darunter kann einerseits das „*monopolistische Geistesprodukt*“¹⁸⁴ des Künstlers verstanden werden, wodurch jedes von ihm geschaffene Werk zu einem einzigartigen und unwiederholbaren Gegenstand wird. Durch die Nachfrage vieler potentieller Käufer steigt der Preis der Kunstwerke.

Andererseits muss auch die sogenannte Seltenheit im weiteren Sinn, welche sich auf das Oeuvre des einzelnen Künstlers bezieht, berücksichtigt werden: Das Gesamtwerk eines Künstler wird zum Zeitpunkt seines Ablebens von ihm abgeschlossen. Handelt es sich um einen anerkannten Künstler, der auch zu Lebzeiten eine anerkannte Größe am Kunstmarkt war, so ist davon auszugehen das die Preise für seine Werke mit seinem Ableben bedeutend ansteigen.

Die Seltenheit kann sich aber daraus ergeben, dass sich viele Kunstwerke im öffentlichen Besitz befinden und demnach dem Handel entzogen sind.

Auch die sogenannte „*Marktfrische*“¹⁸⁵ kann im Zusammenhang mit der ökonomischen Bewertung genannt werden. Ein Kunstwerk verliert an Attraktivität und Wert, wenn es wiederholt erfolglos am Markt angeboten wird. Gleichzeitig gibt es Fälle, in denen Kunstwerke auffallend hohe Preise erzielen und dann durch ein Museum dem Marktkreislauf entzogen werden.

Résumé

Es konnte gezeigt werden, dass grundsätzlich geeignete Faktoren zur ökonomischen Bewertung von Kunstgegenständen zur Verfügung stehen, die die Sonderstellung von Kunstobjekten als heterogene Kulturgüter ausreichend berücksichtigen.

¹⁸⁴ Goepfert, Haftungsprobleme in Kunst- und Auktionshandel 19.

¹⁸⁵ Steiner, Der moderne Kunsthandel in Wien im europäischen Kontext 95; Ressler, Der Markt der Kunst 65 f.

Kunstgüter als unvertretbare und unverbrauchbare Gegenstände unterliegen einer ständigen Fortentwicklung, da sich die individuellen Vorstellungen und Anforderungen der Kunstkäufer und somit auch die Wertbestimmungsfaktoren ändern.

Eine wesentliche Schwierigkeit birgt die sogenannte Intransparenz des Kunstmarktes. Die damit einhergehende mangelnde Marktübersicht ermöglicht unseriösen Kunsthändlern den preispolitischen Spielraum zu ihrem Vorteil und zum Schaden von Kunstkäufern auszudehnen.

Der Auktionsmarkt sowie dem Kunsthandel kommt eine wesentliche Bedeutung hinsichtlich der Bewertung von Kunstgegenständen zu. Da jedoch der Auktionsmarkt viel transparenter ist, da Auktionsergebnisse im Gegensatz zu Händlerpreisen meist publiziert werden, ist dieser für die Preisorientierung geeigneter. Da Erlöse aus Kunstauktionen auch annähernd gleichbleiben, können sie für bestimmte Arten der Kunstwerke als Richtpreis herangezogen werden.

Eine langfristige Beobachtung des Auktionsmarktes ermöglicht die Festsetzung eines approximativen Verkehrswertes, der den Markt zur Orientierung und Information dienen kann.

Auch *Herchenröder*¹⁸⁶ stimmt dieser Ansicht dahingehen zu, dass die Auktionspreise als Preisindikatoren herangezogen werden können, doch muss ihre Manipulierbarkeit sowie die Tatsache berücksichtigt werden, dass ein Vergleich nur dann angestellt werden kann, wenn dasselbe Kunstwerk innerhalb einer bestimmten Periode wiederholt auf der Auktionsbühne erscheint. Abschließend gelangt er zu dem Ergebnis, dass die enge Verbindung mit Geschmack, ästhetischer und historischer Wertung Kunstpreise zu keinen abstrakten Ziffern macht.

¹⁸⁶ *Herchenröder*, Die neuen Kunstmärkte 36; *Weller*, Was ist Kunst? Antworten aus den Rechtswissenschaften, Kunstrechtsspiegel 1/2010, 22 ff.

2.4 Inhalt eines Kunstgutachtens

- Im Rahmen der Privatautonomie steht es den Vertragsparteien frei, den Inhalt des vertragsgegenständlichen Kunstgutachtens individuell festzulegen. Abhängig vom Zweck für den das Gutachten benötigt wird, kann die Aufgabenstellung auf den Wert, den Erhaltungszustand, auf die kunsthistorische Bedeutung oder die Authentizität des Werkes abzielen.¹⁸⁷ Soll jedoch das Kunstgutachten für eine etwaige Kaufentscheidung ausschlaggebend sein, ist die primäre vom Kunstsachverständigen im Rahmen eines Begutachtungsvertrages zu beantwortende Frage auf die Originalität des Werkes gerichtet. Unabhängig davon, sollte aber jedes Gutachten eines Kunstsachverständigen einen gewissen Mindestinhalt aufweisen, worunter folgende Punkte zu verstehen sind:
- Informationen zur Person des Künstlers (Name und Daten des Künstlers, Herkunft, Zugehörigkeit zu einer Schule),
- sachliche Beschreibung der Darstellung und der Farbgebung,
- wissenschaftlich nachprüfbare Einordnung in das Gesamtwerk des Künstlers,
- Art des Bildträger,
- Hinweise auf die Signatur und die Datierung,
- Erwähnung des Werkes in der Literatur,
- Werkverzeichnis, sofern ein Werkverzeichnis des Künstlers existiert, indem das betreffende Objekt nicht enthalten ist, muss eine wissenschaftlich korrekte Einordnung vorgenommen werden,
- Herkunftsnachweis (Provenienz), der über die letzten zwei Besitzer hinausgeht,
- Angaben zum Erhaltungszustand (Dublierung, Retuschen, Parkettierung, Firnisabnahme, Firnisaufstrich), Angaben über Einwirkungen, die die ursprüngliche Beschaffenheit des Bildes verändern können (Übermalungen und Abrieb)
- Markt- und Authentizitätswert.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Härth, Original und Fälschung 150.

¹⁸⁸ Vgl. Herchenröder, Die Kunstmärkte (1978) 298 f., Gerlach, Haftung 34.

Das Gutachten muss objektiv und gewissenhaft erstellt werden. Alle Feststellungen und Schlussfolgerungen die im Rahmen des Gutachtens getroffen werden, müssen dem neuesten Stand der Technik und Wissenschaft, der Lehre und den Erfahrungen der Praxis entsprechen und ein allgemein nachvollziehbares Ergebnis hervorbringen.¹⁸⁹

Im Kunsthandel ist es üblich, Gutachten in Form von Expertisen zu erstellen¹⁹⁰. Da der Begriff der Expertise jedoch auch in anderen Bereichen verwendet wird, ist darauf hinzuweisen, dass sich der Begriff der Expertise in der vorliegenden Arbeit nicht auf das umfassende Begriffsverständnis bezieht, sondern sich auf den Bereich der Kunstexpertise beschränkt.¹⁹¹

Die Wünsche und Vorstellungen des Auftraggebers dürfen keinen Einfluss auf die Expertise haben, da der Sachverständige zur Objektivität verpflichtet ist.¹⁹² Durch diese Unabhängigkeit von den Bedürfnissen des Auftraggebers, wird das Gutachten objektiv, allgemeingültig und damit auch verkehrsfähig.¹⁹³

Es ist unabdingbar, dass die Expertise aufgrund der Betrachtung des Originals, und nicht anhand einer Fotografie erstellt wird. In diesem Zusammenhang ist besonders auf Fotogutachten hinzuweisen, die ungeklärt lassen, ob der Sachverständige das Bild auch im Original gesehen hat. Solchen Fotogutachten ist die Gefahr von Manipulationen, dh die Unterschiebung der Fotoexpertise zu Bildern, zu denen sie nicht verfasst wurden, oder dass Gutachten zu einem Foto geschrieben wurde, dessen Originalvorlage der Verfasser gar nicht selbst gesehen hat, immanent.¹⁹⁴

Jede Kunstexpertise eines Sachverständigen kann nur als Momentaufnahme und keinesfalls als Dauerzeugnis angesehen werden.¹⁹⁵ Auch ein allen Sorgfaltsanforderungen gerecht werdendes Gutachten eines erfahrenen und

¹⁸⁹ *Döbereiner/v. Keyserlingk*, Sachverständigenhaftung mit Haftungsbegrenzung sowie Versicherung des privaten und gerichtlichen Sachverständigen (1979) 67 f.

¹⁹⁰ *Hoeren Thomas*, Handbuch Kunst und Recht (2008) 193.

¹⁹¹ *von Brühl*, Marktmacht von Kunstexperten 19.

¹⁹² *Gerlach*, Haftung 33.

¹⁹³ *Simons*, Fachliche Autorität im Kunsthandel 8.

¹⁹⁴ *Herchenröder*, Die Kunstmärkte 299.

¹⁹⁵ So auch *Herchenröder*, Die Kunstmärkte 300 und *Gerlach*, Haftung 48.

anerkannten Kunstsachverständigen kann durch neue Erkenntnisse der folgenden Wissenschaftler als Fälschung entlarvt werden.¹⁹⁶

¹⁹⁶ *Herchenröder*, Die Kunstmärkte 300.

2.5 Die Zuschreibungsmethoden

Wird ein Kunstwerk einem bestimmten Künstler oder einer bestimmten Gruppe zugeschrieben, oder werden Aussagen zu Alter und Herkunft getroffen, dann erfolgt dies primär um von diesen Feststellungen auf den Wert des Kunstgegenstandes zu schließen.

Für den Kunstsachverständigen bestehen, im Gegensatz zu anderen Bereichen wie beispielsweise der Liegenschaftsbewertung,¹⁹⁷ keine gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich der von ihm anzuwendenden Methoden.

Das Profil des in diesem Bereich tätigen Juristen erfordert Grundkenntnisse über die vorhandenen Zuschreibungsmethoden, denn nur so können die erforderlichen Fragen an den Sachverständigen gestellt und in weiterer Folge über Sachverhalt entsprechend beurteilt werden.

Als Zuschreibungsmethoden gelten die Stilkritik sowie technisch-naturwissenschaftliche Verfahren.

Jede Begutachtung sollte mit der Erhebung des Ist-Zustandes, welcher sich auf den Erhaltungszustand, allfällige Sachschäden, die Signatur sowie den dargestellten Inhalt bezieht, beginnen. Unter Umständen kann aufgrund des festgestellten Erhaltungszustandes durch den Sachverständigen bereits die Originalität bezweifelt oder verneint werden, wenn beispielsweise die Farben in der jeweiligen Epochen nicht verwendet wurden oder das verwendete Trägermaterial für den Maler oder Herstellungsort nicht gebräuchlich ist.¹⁹⁸

Als nächster Schritt erfolgt eine Analyse des Stils und des Inhalts.

2.5.1 Die Stilkritik

Diese im Laufe des 19. Jahrhunderts entwickelte kunsthistorische Methode zählt nach wie vor zu den wichtigsten Verfahren der Gemäldebestimmung.

Im Rahmen der Stilkritik werden zunächst bestimmte für einen Künstler charakteristische Elemente ermittelt und sodann wird das zu begutachtenden

¹⁹⁷Das Liegenschaftsbewertungsgesetz enthält drei Formen der Wertbestimmung: Vergleichs-, Sach- und Ertragswertverfahren.

¹⁹⁸ Härth, Original und Fälschung 154.

Bild auf Übereinstimmungspunkte mit dem jeweiligen Künstler geprüft, wobei vor allem Erfindung, Komposition, Handschrift, Farbgebung, Pinselstrich und Arbeitstechnik des Künstlers analysiert werden.¹⁹⁹ Der Kunstsachverständige ist gefordert, signifikante Merkmale, die für bestimmte Zeiten, Regionen oder Künstler typisch sind, zu erkennen, und sie mit anderen Informationen, wie beispielsweise der Signatur, dem Sammlungsstempel sowie Werken, die dem vermuteten Urheber bereits zugeschrieben wurden, in Verbindung zu setzen.²⁰⁰ Jedenfalls muss der Stil im historischen Kontext sowie im gesamten Oeuvre des Künstlers berücksichtigt werden.

Einhergehend mit der Analyse des Stils muss eine ikonographische Analyse, welche zu einer Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Darstellung führt, erfolgen. Inhaltliche Details lassen ikonographisch eine zeitliche oder räumliche Eingrenzung vornehmen; Zweifel an der Echtheit bestehen beispielsweise, wenn es sich um unpassende oder historisch unrichtige Details handelt.²⁰¹ Als Beispiel können die frühgotischen Fresken im Dom zu Schleswig genannt werden. Ein Naturwissenschaftler enttarnte die Fresken anhand eines dargestellten Truthahnes, ein Tier, welches erst am Beginn des 17. Jahrhunderts aus Amerika nach Europa kam.

Die Bedeutung der ikonographischen Analyse zeigt auch das früher Rembrandt²⁰² zugeschriebene Gemälde „Mann mit dem Goldhelm“. Ein Militärgeschichtler erkannte das Gemälde anhand der Art des Goldhelmes als falsche Zuschreibung, denn diese Art von Helm stammte erst aus dem 18. Jahrhundert und existierte somit zu Zeiten Rembrandts noch nicht.²⁰³

2.5.2 Das technisch-naturwissenschaftliche Verfahren

¹⁹⁹ Gerlach, Haftung 36; Friedländer, Kunst und Kennerschaft 107 ff.

²⁰⁰ Wölfflin, Das Erklären von Kunstwerken (1940) 11 ff; Pächt, Methodisches zur kunsthistorischen Praxis (1977) 196 ff;

²⁰¹ Gerlach, Haftung 37.

²⁰² Rembrandt Harmenszoon van Rijn (15.7.1606- 4.10.1669) gilt als einer der bedeutendsten und bekanntesten niederländischen Künstler des Barock.

²⁰³ Gerlach, Haftung 37.

Nach der erfolgten kunsthistorischen Analyse wird mit technisch-naturwissenschaftlichen Untersuchungen fortgesetzt, insofern noch Zweifel über die Herkunft und Urheberschaft des Bildes bestehen. Naturwissenschaftliche Methoden werden grundsätzlich nur ergänzend herangezogen, da sie alleine keine Gesamtergebnisse liefern, sondern zunächst nur die physikalischen und chemischen Eigenschaften des verwendeten Materials analysieren. Beispielsweise kann durch die Analyse der verschiedenen Stoffe und eine entstandene Kombination der verschiedensten Materialien ein Rückschluss auf Herkunft und Alter ermöglicht werden. Das Ergebnis dieser Analysen verdeutlicht primär den Aufbau des Bildes sowie seinen Entstehungsprozess.

Es ist jedoch nochmals zu betonen, dass nur im Anschluss an einen bereits aufgenommenen geisteswissenschaftlichen Befund die Ergebnisse aus einer naturwissenschaftlichen Analyse eine entsprechende Aussagekraft haben. Weiters sind die entsprechenden physikalischen und chemischen Untersuchungen mit hohen Kosten verbunden und finden deshalb im Rahmen der Gutachtenerstellung im Kunsthandel kaum Einsatz.²⁰⁴

Derartige Untersuchungsmethoden können auch nur in wenigen entsprechend spezialisierten Instituten vorgenommen werden.

Beispielsweise besteht ein naturwissenschaftliches Labor im Kunsthistorischen Museum in Wien, welches primär die Erforschung künstlerischer Techniken und Materialien, die Untersuchung von Alterungs- bzw Korrosionvorgängen, die Entwicklung verbesserter Untersuchungsmethoden für den Bereich der Kunstanalytik sowie den Bereich der präventiven Konservierung, zu seinen Aufgaben zählt. Das naturwissenschaftliche Labor im Kunsthistorischen Museum dient primär der Bearbeitung hausinterner Fragestellungen aus dem Museumsverband aus dem Kunsthistorischen Museum, dem Museum für Völkerkunde und dem Österreichischen Theatrumuseum. Darüber hinaus können auch Aufträge für externe juristische oder natürliche Personen

²⁰⁴ Härth, Original und Fälschung 157.

durchgeführt werden, jedoch werden Gutachten über die Authentizität von Objekten bzw deren Datierung generell nicht erstellt.²⁰⁵

Das naturwissenschaftliche Labor des Bundesdenkmalamtes dient überwiegend der naturwissenschaftlichen Unterstützung von Restaurierungsprojekten im gesamten Bundesgebiet. Schwerpunkte der Untersuchung bilden vor allem historische und moderne Putze, Farbfassungen auf Fassaden, Polychromie auf Holz- und Steinskulpturen, Gemälde, Wandmalerei und archäologische Objekte. Die Tätigkeiten des naturwissenschaftlichen Labors des Bundesdenkmalamtes können von freiberuflichen Restauratoren sowie von Privatpersonen in Anspruch genommen werden.²⁰⁶

Naturwissenschaftliche Untersuchungsmethoden werden grob in Punkt- und Flächenuntersuchungen unterteilt.

Punktuntersuchungen beziehen sich auf den Aufbau einer sehr kleinen Stelle, an der eine Probe entnommen wird. An der entsprechenden Stelle werden die verwendeten Materialien wie Pigmente, Bindemittel, Grundierung, Bildträger etc analysiert, was auf das Alter schließen lassen kann, da die Verwendung gewisser Farben historisch nachweisbar ist.²⁰⁷ Da jedoch der Punktuntersuchung die Gefahr immanent ist, dass die Probe an einer Stelle entnommen wird, die erst nachträglich verändert worden ist, können erst nach einer zeitintensiven Erfassung der Daten einer Werkstatt, Kunstlandschaft oder Epoche verlässliche Anhaltspunkte für die Erstellung einer sogenannten Werkstoffgeschichte und die Erforschung historischer Maltechniken erreicht werden.²⁰⁸

Unter der Gemäldeflächenuntersuchung versteht man die Betrachtung eines Gemäldes in den verschiedenen sichtbaren und unsichtbaren Strahlungsbereichen.²⁰⁹

²⁰⁵ <http://research.khm.at/naturwissenschaftliches-labor/aufgaben/>, zuletzt besucht am 16.6.2012.

²⁰⁶ <http://www.bda.at/organisation/1034/Naturwissenschaftliches-Labor>, zuletzt besucht am 16.6.2012.

²⁰⁷ *Friedländer*, Kunst und Kennerschaft 116 mwN.

²⁰⁸ *Gerlach*, Haftung 38.

²⁰⁹ *Gerlach*, Haftung 39.

Das Gemälde wird mit Hilfe von Streiflicht, ultravioletten Strahlen, Infrarotstrahlen oder Röntgenstrahlen betrachtet. Dabei fallen die Lichtstrahlen in einem flachen Winkel auf die Bildoberfläche, wodurch Oberflächenstrukturen und Veränderungen hervorgehoben werden. Diese kurz beschriebene Gemäldeflächenuntersuchung ist mit einfachen technischen Mitteln durchführbar und, da sie zerstörungsfrei am Objekt vorgenommen werden kann, eine der wichtigsten Untersuchungsmethoden für den Kunstsachverständigen.²¹⁰

²¹⁰ *Schreiner*, *Naturwissenschaften in der Kunst* (1984) 11.

2.6 Der Begutachtungsvertrag als Werkvertrag

Vertragliche Beziehungen zwischen Auftraggeber und Gutachter können sowohl bei entgeltlichen, als auch bei unentgeltlichen Privatgutachten bestehen.

Inhalt eines Begutachtungsvertrages zwischen dem Kunstsachverständigen und seinem Vertragspartner ist die Erstellung einer Expertise über das vertragsgegenständliche Kunstobjekt. Da nicht nur das bloße Tätigwerden, sondern eine umfassende Auskunft über das Kunstwerk geschuldet ist, liegt ein Werkvertrag iSd § 1151 Abs 1 ABGB vor.²¹¹ Der vom Werkunternehmer (dem Kunstsachverständigen) geschuldete Erfolg und die damit verbundenen Handlungen sind tatsächlicher Natur.²¹²

Der Erfolg besteht in der fachwissenschaftlichen Stellungnahme durch den Sachverständigen, daher wäre es falsch, eine Verwirklichung des geschuldeten Erfolges nur dann anzunehmen, wenn das Ergebnis der Expertise tatsächlich die Originalität des begutachteten Werkes bestätigt.

Nach herrschender Meinung²¹³ stellt die Entgeltlichkeit ein Wesensmerkmal des Werkvertrages dar²¹⁴, die gegenteilige Mindermeinung²¹⁵ sieht ihre Ansicht darin bestärkt, dass in § 1152 ABGB, welcher für Dienst- und Werkverträge gleichermaßen gilt, die Möglichkeit der Vereinbarung der Unentgeltlichkeit ausdrücklich erwähnt wird. Da aber auch jene Teile der Lehre, welche die Entgeltlichkeit für unverzichtbar halten, die Bestimmungen des Werkvertragsrechts soweit analog heranziehen, besteht im Ergebnis kein Unterschied zu jener Lehrmeinung, die auch unentgeltliche Werkverträge anerkennt.²¹⁶

Gemäß § 1165 ABGB ist der Werkunternehmer verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen. Durch eine besondere Vereinbarung kann der

²¹¹ Vgl OGH in SZ 68/21 Wird ein Steuerberater im Einzelfall um die Erstattung eines steuerlichen Gutachtens oder die Erteilung einer Rechtsauskunft ersucht oder mit der Erstellung einer Bilanz oder einer Steuererklärung betraut, liegt ein Werkvertrag vor.

²¹² § 1151 ABGB verpflichtet den Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller zur Herstellung eines bestimmten Erfolges, wobei sich der Erfolg auf bewegliche und unbewegliche Sachen und körperlicher und unkörperlicher Art sein kann.

²¹³ Vgl ua *Krejci* in *Rummel*³ §§ 1165, 1166 f Rz 100, *Rebhahn* in *Schwimann*³ § 1165 Rz 4.

²¹⁴ Vgl § 1151 ABGB die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt.

²¹⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 256, *Gschnitzer*, Schuldrecht BT 231.

²¹⁶ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1166 Rz 10.

Werkunternehmer aber zu einer höchstpersönlichen Erstellung verpflichtet werden²¹⁷. Dies wird idR mit dem Kunstsachverständigen vereinbart werden, da gerade er für die Erstellung der jeweiligen Expertise angefragt wurde. Auch in diesem Fall kann er aber einzelne Hilfsarbeiten von Gehilfen vornehmen lassen, die ihm in weiterer Folge nach §1313 a ABGB zugerechnet werden.

Das Leistungsstörungenrecht der §§ 922 ff ABGB ist auch auf das Werkvertragsrecht anzuwenden.²¹⁸

Den allgemeinen Regelungen entsprechend, ist vorausgesetzt, dass der Kunstsachverständige aufgrund eines entgeltlichen Vertrages tätig wird und seine Leistung mangelhaft erbringt.

Gemäß § 922 ABGB haftet der Werkunternehmer dafür, dass die Expertise die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften besitzt. Fehlen die entsprechenden Eigenschaften liegt ein Sachmangel iSd § 923 ABGB vor, dh ein Mangel, welcher an der Expertise haftet. Das Fehlen einer sachlichen Substanz²¹⁹ kann sich einerseits auf die körperliche Expertise, dh das Fehlen einzelner Seiten, aber auch auf den unkörperlichen Teil des Gutachtens, in diesem Fall sind es unrichtige Feststellungen oder mangelhafte Methoden des Sachverständigen, beziehen.²²⁰

Bei Kunstgutachten kommt es sehr häufig zu dem Fall, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Urteils erst mit Techniken oder Grund von Erkenntnissen herausstellt, die im Zeitpunkt der Begutachtung noch nicht bekannt waren. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bewertung der Mangelhaftigkeit ist jedoch der gegenwärtige Stand der Technik und Wissenschaft im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes. Ein Mangel, welcher erst durch spätere Verfahren und Erkenntnisse offenkundig wird, stellt keinen Mangel iSd §§ 922 ff ABGB dar.²²¹

²¹⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 256.

²¹⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 260.

²¹⁹ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON §§ 922, 923 Rz 9.

²²⁰ *Gerlach*, Haftung 52.

²²¹ *Remmers*, Die Haftung des Kunstsachverständigen in *Hoeren/Holznagel/Ernstschneider*, Handbuch Kunst und Recht 189 (203);

2.7 Strafrechtliche Konsequenzen einer falschen Expertise

Eine zivilrechtliche Haftung des Kunstsachverständigen tritt nur dann ein, wenn der Sachverständige durch die Erstellung der Expertise rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden verursacht hat. Daraus ist zu schließen, dass nicht jedes Gutachten, welches zu einem tatsächlich falschem Ergebnis führt, auch die Schadenersatzpflicht des Kunstsachverständigen begründet.

Die Grenze zwischen erlaubten und unerlaubten Fehlern des Sachverständigen muss jedoch sehr klar gezogen werden, da fehlerhaft Gutachten auch strafrechtliche Konsequenzen für den Sachverständigen haben können.

Der Tatbestand des Betruges gem § 146 StGB²²² kann als erfüllt angesehen werden, wenn der Verkäufer in Kenntnis einer falschen Zuschreibung ein Gemälde verkauft; dh den Käufer über die Authentizität des Gemäldes täuscht und dieser das Gemälde erwirbt (der Täter veranlasst durch die Täuschung eine Vermögensverfügung welche zu einer unrechtmäßigen Bereicherung des Verkäufers führt).

Die Praxis berichtet von vielen betrügerischen Kunstverkäufen, da aber das vorsätzliche Täuschen durch den Verkäufer nur sehr schwer nachweisbar ist, ist die Zahl der tatsächlich Verurteilten sehr gering. Die Täuschungshandlung des Täters setzt die Vorspiegelung falscher Tatsachen, was auch die Unterdrückung wahrer Tatsachen einschließt, voraus. Diese nachprüfbaren Tatsachenbehauptungen, wie Angaben über Echtheit, Alter und Herkunft des Kunstgegenstandes sind jedoch von irrelevanten werbewirksamen Werturteilen zu unterscheiden.²²³

Es gilt zu bedenken, dass die Täuschungshandlung nicht nur durch positives Tun, sondern auch durch Unterlassen begangen werden kann, insofern der Täter eine Garantienstellung gem § 2 StGB innehat.

²²² § 146 StGB lautet wie folgt: „Wer mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

²²³ Schack, Kunst und Recht 70.

Ein besonderes Naheverhältnis zwischen den Vertragsparteien, welches sich aus der auf Treu und Glauben beruhenden (vor)vertraglichen Aufklärungspflicht ergibt, kann nur beschränkt zur Begründung einer Garantenstellung herangezogen werden. Zunächst obliegt es jeder Vertragspartei selbst im Rahmen der Vertragsverhandlungen ihre Interessen zu wahren. Sie muss auf Fragen wahrheitsgemäß antworten, aber grundsätzlich nicht ihren Gegenüber auf Nachteiliges hinweisen.

Eine Offenlegungspflicht ist hingegen nur dann zu bejahen, wenn zwischen den Vertragsparteien eine langandauernde Geschäftsbeziehung besteht oder der Käufer ein besonderes Vertrauen in den Sachverstand des Kunsthändlers setzt, was vor allem dann vorliegen wird, wenn der Händler gleichzeitig auch als Berater des Käufers agiert.²²⁴

Der Betrugstatbestand ist jedenfalls dann erfüllt, wenn der Verkäufer ein die Echtheit bestätigendes Gefälligkeitsgutachten vorlegt und die Existenz von weiteren ungünstigen Expertisen verschweigt.²²⁵

Der Kunstsachverständige haftet als Mittäter wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes, arbeitsteiliges Zusammenwirken bei der Tatausführung aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses²²⁶ zwischen ihm und dem Verkäufer handelt. Kann die unmittelbare Täterschaft des Kunstsachverständigen in diesem Fall nicht bewiesen werden, so kommt eine Beitragstäterschaft iSd § 12 dritter Fall StGB in Betracht, wobei als sonstiger Beitrag die Erstellung des unrichtigen Gutachtens kausal und objektiv zurechenbar für die Tatausführung sein muss.

Weiters ist zu prüfen, inwiefern der Betrug mithilfe einer Expertise die Handlungsqualifikation des schweren Betruges unter Zuhilfenahme einer falschen oder verfälschten Urkunde oder eines Beweismittels gem § 147 Abs 1 Z 1 StGB erfüllt.

²²⁴ Schack, Kunst und Recht 71.

²²⁵ Schack, Kunst und Recht 71.

²²⁶ Maleczky, Strafrecht⁷ 45.

Der materielle Urkundenbegriff des Strafgesetzbuches wird in § 74 Abs 1 Ziffer 7 StGB definiert und bezeichnet die Urkunde als eine Schrift, die errichtet worden ist, um ein Recht oder ein Rechtsverhältnis zu begründen, abzuändern oder aufzuheben, oder eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen.

Der Urkundenbegriff der Ziffer 7 verlangt nach hL²²⁷ und Rsp²²⁸ das Vorliegen der folgenden vier maßgeblichen Kriterien: eine **rechtserhebliche Gedankenerklärung**, deren **schriftliche Verkörperung**, die Abgabe dieser schriftlich verkörperten Gedankenerklärung zu **Beweiszwecken im Rechtsverkehr** sowie die **Erkennbarkeit des Ausstellers**. Bei Fehlen dieser Kriterien liegt keine Urkunde iSd StGB vor.

Besonders erörterungswürdig scheint bei Prüfung einer allfälligen Urkundenidentität der Kunstexpertise das dritte Kriterium, das Merkmal der Rechtserheblichkeit der Schrift. Die Urkunde muss errichtet worden sein, um ein Recht oder ein Rechtsverhältnis zu begründen, abzuändern oder aufzuheben oder eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen.²²⁹

Wenn das Versehen eines Bildes mit einer Signatur eine Urkundenausstellung ist, dann kann auch die Inanspruchnahme der Urheberschaft durch einen Urheber nach § 19 Abs 1, Satz 1 und Satz 2 UrhG mE als eine Form der Ausstellung einer Urkunde angesehen werden, da dadurch rechtserheblich die Urheberschaft beansprucht und im Streitfall begründet wird.²³⁰

Ohne Bedeutung ist diesfalls, ob der Künstler die Gewähr für seine Urheberschaft durch den vollen Namenszug, bloße Initialen²³¹ oder ein anderes Künstlerzeichen mit Herkunftsfunktion übernimmt.²³²

Weiters kann festgehalten werden, dass das bloße Versehen mit einer Urheberbezeichnung nach § 20 UrhG als Ausfluss der Inanspruchnahme des Schutzes der Urheberschaft wohl eine Form der Ausstellung der Urkunde darstellt. Das derartige Ausstellen einer Urkunde ist meiner Ansicht nach nur

²²⁷ *Reindl-Krauskopf* in WK² § 74 Rz 46.

²²⁸ SSt 52/10 = EvBl 1981/185, SSt 53/71 = EvBl 1984/30.

²²⁹ *Reindl-Krauskopf* in WK² § 74 Rz 49.

²³⁰ Vgl. *Reis*, *Bulletin Kunst&Recht* 2/2011 56.

²³¹ OLG Frankfurt/M NJW 1970, 673, 674.

²³² *Schack*, *Kunst und Recht* 32.

durch den Urheber bzw die Personen, auf die die Urheberschaft post mortem auctoris übergegangen ist, möglich. Alle anderen Dritten können keine rechtserheblichen Tatsachen begründen, sodass ein Gutachten eines Dritten keine Urkunde iSd 74 Abs 1 Ziffer 7 StGB sein kann.

Die Qualifikation des § 147 Abs 1 Ziffer 1 StGB ist jedoch auch dann erfüllt, wenn der Betrug nicht unter Verwendung einer falschen oder verfälschten Urkunde, sondern durch Heranziehen eines falschen oder verfälschten Beweismittels begangen wird. Ein Beweismittel ist nach der Rsp²³³ grundsätzlich alles, was dazu dienen kann, jemanden von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung zu überzeugen. Ein Kunstsachverständigengutachten mit falschem Inhalt stellt jedenfalls ein solches falsches Beweismittel dar, welches den Tatbestand des § 147 Abs 1 Ziffer 1 StGB erfüllt.

2.8 Das Werkverzeichnis

Neben Expertisen haben auch Werkverzeichnisse (catalogue raisonné) beachtliche Auswirkungen auf das Vertrauen des Kunstmarktes. Werkverzeichnisse werden von einem oder mehreren kunsthistorisch geschulten Experten herausgegeben, die sich über einen langen Zeitraum mit einem Künstler beschäftigen und ein registerartig aufgebautes Verzeichnis, das alle Werke des bestimmten Künstlers beschreibt, datiert, klassifiziert und regelmäßig auch reproduziert zusammenstellt.²³⁴ Zweck des Werkverzeichnisses ist es alle relevanten Fakten, wie die exakten Größenangaben, eine Kurzbeschreibung des Erscheinungsbildes, die Provenienz, die Bibliographie, gegenwärtige Eigentumslage und den momentanen Aufenthaltsort über die aufgelisteten Werke zusammenzutragen.

²³³ SSt 47/22, EvBl 1982/72; OGH 15.12.2010, 15 Os 127/10f.

²³⁴ von Brühl, Marktmacht von Kunstexperten 23.

Catalogue raisonné entstehen häufig auf Initiative eines Experten, weshalb es häufig auch mehrere Werkverzeichnisse zu einem einzigen Künstler geben kann. Da sich diese jedoch regelmäßig in Aktualität und Ansehen des Experten unterscheiden, wird meist nur ein einziges die Autorität als Referenzquelle für Echtheitsfragen genießen.²³⁵

2.9 Der Nachlassstempel

Viele Werke bedeutender Künstler wurden und werden mit einem Nachlassstempel versehen.

Im Kunsthandel, bei Sammlern aber auch bei Kunstinvestoren besteht ein großes Interesse an der Klärung der Bedeutung und dessen rechtlichen Wirkungen. Es besteht der Bedarf an verbindlichen Vorschriften, wer zu welchem Zeitpunkt einen solchen Nachlassstempel verwenden darf und welche rechtlichen und faktischen Voraussetzungen für die Setzung eines solchen gegeben sein müssen.²³⁶

Aus dem Stempeltext ist lediglich zu schließen, dass der mit dem Stempel versehene Gegenstand zum Todeszeitpunkt des Künstlers sich in dessen Vermögen (und somit in seinem Nachlass) befand. Der Nachlassstempel kann sich sohin auf alle Werke, unabhängig von der Urheberschaft, beziehen, welche sich im Nachlass des Künstlers befinden.

Dennoch wird das Vorhandensein des Stempels vom Kunstmarkt wie auch von dessen Teilnehmern sehr häufig als Echtheitsbestätigung verstanden. Dazu trägt vor allem die flächendeckende Anführung des Stempels „*Aus dem Nachlass von...*“ in verschiedenen Auktionskatalogen bei.²³⁷

In der Rechtssache 8 Ob 127/10z vom 22.02.2011 wurde der OGH mit der Frage konfrontiert, unter welchen Umständen für eine Echtheitsbestätigung auf einem Gemälde nach § 1300 ABGB zu haften ist. Im konkreten Fall ging es

²³⁵ von Brühl, Marktmacht von Kunstexperten 23.

²³⁶ So auch Cwitkovits, Rechtsanwalt in 1030 Wien, persönliche Mitteilung am 5.7.2012.

²³⁷ <http://www.kunstsammler.at/index.php/news/36-welche-funktion-und-bedeutung-hat-ein-nachlass-stempel.html>, zuletzt besucht am 14.5.2012.

um ein Bild des Künstlers Alfons Walde, welches mit dem Nachlassstempel durch seine Tochter Guta Eva Berger versehen worden war und in späterer Folge als Fälschung erkannt wurde.

Der Kläger suchte die beklagte Guta Eva Berger an ihrem Wohnsitz auf, zeigte ihr das Bild und ersuchte sie, ihm die *Echtheit des Nachlassstempels und ihrer Unterschrift* zu bestätigen (strittige Feststellung). Die klagende Partei erhob im Zusammenhang mit diesen Feststellungen eine Beweisrüge und wollte festgestellt haben, dass die beklagte Partei aufgefordert wurde die Echtheit des Bildes zu bestätigen. Der Oberste Gerichtshof führte aus, dass es für das rechtliche Ergebnis ohne Relevanz ist, ob der Kläger die Beklagte zunächst nur ersucht hat, die Echtheit ihrer Stampiglie und Unterschrift auf dem Bild zu bestätigen, oder – wie er stattdessen festgestellt haben will – die Echtheit des Bildes selbst, zumal sich die ihm übergebene Bestätigung ohnedies unzweifelhaft auf das Bild bezogen hat.

Daraus kann die Folgerung gezogen werden, dass der OGH in der vorliegenden Entscheidung den Nachlassstempel als Echtheitsbestätigung angesehen hat. In der Entscheidungsbegründung unterbleibt eine nähere Auseinandersetzung mit dem Institut Nachlassstempel, auch eine weitere höchstgerichtliche Judikatur im Zusammenhang mit dem Nachlassstempel besteht nicht, sodass eine große Rechtsunsicherheit bestehen bleibt.

Ungeachtet dessen setzt der Markt Vertrauen in die Stampiglie und wertet den Nachlassstempel häufig als Zeichen der Sicherheit und der Urheberschaft des Erblassers.

Als Beispiel können die in der Klimtforschung bestehenden handschriftlichen Nachlassbestätigungen Hermine Klimts, die in Klimtkreisen als Echtheitsbestätigung für die Zuschreibung an Gustav Klimt gelten, herangezogen werden.²³⁸

²³⁸ Vgl. *Strobl*, Die Zeichnungen, Werkverzeichnis der Zeichnungen Gustav Klimt, Nachtrag IV, (1989) 221 f und *Rychlik*, Der OGH erschwert mit seinem Urteil über einen gefälschten Walde die Authentifizierung von Kunstwerken, Gastkommentar in „*die Presse*“ vom 28.3.2011.

Es ist zweifellos, dass ein großer Bedarf nach einem Verhaltenskodex im Umgang mit dem Nachlassstempel besteht. Bereits die Zulässigkeit der Anfertigung eines Stempels, bis hin zur Setzung der Stampiglie sollte geregelt sein.

2.10 Résumé

Da Kunstobjekte vermehrt am Wirtschaftsleben teilnehmen und ein zunehmend beliebteres Spekulationsgut werden, steigt der Bedarf der Marktteilnehmer nach einer Absicherung in Form von Kunstexpertisen als Wert- bzw Echtheitsgutachten.

Im Rahmen der Zuschreibung findet vorrangig die geisteswissenschaftliche Methodik der Stilkritik Anwendung, was dazu führt, dass auch ein unabhängiges, nach bestem Wissen erstelltes Gutachten nur schwer mit naturwissenschaftlichen Methoden - frei von subjektiven Einflüssen - nachprüfbar ist. Daher ist es für alle Beteiligten unabdingbar, dass sie von dem erforderlichen Mindestinhalt und Mindeststandard einer Expertise sowie den üblichen Zuschreibungsmethoden des Kunstsachverständigen in Kenntnis gesetzt sind, um Verdachtsmomente als solche zu erkennen.

Der Fall *Schiele* konnte zeigen, dass es die Praxis mitunter verlangt, dass mithilfe eines Fotogutachtens der Wert eines Kunstwerkes ermittelt wird, zwei Faktoren, die unter Kunstsachverständigen berechtigte Zweifel hervorrufen.

Schließlich ist die Diskrepanz zwischen dem vorhandenen Marktwert eines Kunstobjektes und seinem aleatorischen Charakter mit jener Unterscheidung zu lösen, dass bei häufig erscheinenden und umgesetzten Werken jedenfalls ein approximativer Wert festgelegt werden kann, kunstgeschichtlich herausragende Werke sowie Kunstgegenstände noch nicht arrivierter Künstler spiegeln in ihrem Wert jedenfalls auch die subjektive Wertschätzung dh den subjektiven Liebhaberwert des Betrachters wider.

Die Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Nachlassstempel bleiben auch nach der Entscheidung *Walde* bestehen. Es kann davon ausgegangen werden, dass erst ein entsprechender Verhaltenskodex, welcher die Grundsätze der Stempelsetzung regelt den Glauben der Marktteilnehmer und das Vertrauen auf eine Echtheitsbestätigung rechtfertigen kann.

3 DIE HAFTUNG DES SACHVERSTÄNDIGEN NACH DEM ABGB

Kunstsachverständige unterliegen ebenso wie Sachverständige aus anderen Bereichen dem strengen Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB. Die österreichische Rechtsordnung sieht so wie die deutsche Rechtsordnung keine *lex specialis* für das Haftungsrecht des Kunstsachverständigen vor.

Auch ein Rückgriff auf die höchstgerichtliche Judikatur in den beiden Ländern gibt wenig Aufschluss über Sorgfaltsmaßstab und Haftungsfragen des Kunstsachverständigen, da sich die Rechtsprechung meist mit Spezialfragen und einzelfallbezogenen Fragestellungen auseinander setzen muss.

Mit einer Einführung in die allgemeinen Grundsätze der Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB und der Sonderbestimmung für Rat und Auskunft nach § 1300 ABGB soll an die Besonderheiten des Kunstsachverständigen herangeführt werden, bevor schließlich die Gegenüberstellung zur Sachverständigenhaftung aus anderen Bereichen erfolgt.

3.1 Der Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen nach § 1299 ABGB

Das ABGB sieht in § 1299 vor, dass der Sachverständige einem im Vergleich zum allgemeinen Verschuldensmaßstab des § 1297 ABGB erhöhten und objektivierten Verschuldensmaßstab unterliegt.

§ 1299 ABGB lautet wie folgt: *„Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt; oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem letzteren ein Versehen zur Last.“*

Die zitierte Norm begründet einen erhöhten und objektivierten Verschuldensmaßstab für Sachverständige, sie stellt jedoch keine eigene Anspruchsgrundlage für eine Haftung des Sachverständigen dar. § 1299 ABGB begründet vor allem keine Haftung des Sachverständigen gegenüber jedermann. Der erhöhte Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB führt zu einer Steigerung der Pflichten des Sachverständigen. Grundsätzlich folgt jedoch die Sachverständigenhaftung auch den allgemeinen, in Kapitel 4.1 näher ausgeführten Prinzipien des ABGB, dh Voraussetzung für die Haftung eines Sachverständigen ist jedenfalls die Verletzung vertraglicher oder deliktischer Pflichten.

Bei der Ermittlung des Sorgfaltsmaßstabes darf nicht auf den gewöhnlichen Grad an Aufmerksamkeit und Fleiß abgestellt werden, sondern auf den für die übernommene Tätigkeit notwendigen Fleiß.

Aus der Objektivierung des Haftungsmaßstabes folgt, dass der Sachverständige für die typischen durchschnittlichen Fähigkeiten seines Berufsstandes einzustehen hat. Dieser Sorgfaltsmaßstab darf jedoch nicht überspannt werden.²³⁹ Auf den Fachkreis bezogen werden keine außergewöhnlichen Fähigkeiten verlangt. Der Prüfungsmaßstab orientiert sich am maßgerechten Fachmann in der konkreten Situation des Schädigers, wobei der maßgerechte Fachmann grundsätzlich auch der durchschnittliche Fachmann ist. Über den durchschnittlichen Fachmann hinausgehende Fähigkeiten und Kenntnisse wären subjektiv und würden dem objektiven Verschuldensmaßstab des § 1299 ABGB entgegenstehen.²⁴⁰

§ 1299 ABGB setzt das öffentliche Bekenntnis zu einem Amte, einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke voraus. Diese Aufzählung ist jedoch lediglich demonstrativ zu deuten²⁴¹.

²³⁹ *Reischauer in Rummel*³ I § 1299 Rz 2, OGH 2 Ob 376/61 SZ 34/153 = JBl 1962, 322.

²⁴⁰ OGH SZ 54/13, SZ 59/35, SZ 60/236; EvBl 1981/159, JBl 1982, 145; OGH 22.10.1992, 1 Ob 35/92; *Reischauer in Rummel*³ I § 1299 Rz 2 mwN; *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 2, *Feil*, Sachverständigenhaftung – eine systematische Darstellung für die Praxis (1997) 13; *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² VI (1950) 48.

²⁴¹ *Wolff in Klang/Gschnitzer*² IV, 50.

Auch das Erfordernis der Öffentlichkeit wird nicht sehr eng ausgelegt, verlangt wird eine entsprechende Kundgabe zB durch ein Geschäftsschild oder auch durch ein Zeugnis über ein erlerntes Fach.²⁴² Das Gesetz selbst legt dem Sachverständigen gegenüber Dritten keine Nachweispflicht auf und sieht auch keine Regelung vor, aufgrund welcher Ausbildung der Sachverständige sein über dem Durchschnittsmenschen liegendes Fachwissen erlangt hat.²⁴³

Beispielsweise ist bei einer Tätigkeit, die nur aufgrund einer Prüfung oder eines Diploms ausgeübt werden darf, der strenge Maßstab des § 1299 ABGB auch ohne die genannte Kundmachung heranzuziehen. Daraus ist zu schließen, dass jedermann, der einen Beruf ausübt oder die Ausübung eines solchen ankündigt, zu dem besondere Fachkenntnisse oder „*nicht gewöhnlicher Fleiß*“ notwendig sind, haftet, wenngleich er die besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse nicht aufweist und dadurch jemanden schädigt.²⁴⁴

Demnach entspricht es der überwiegenden Judikatur²⁴⁵, dass es nicht auf das tatsächliche Vorliegen einer Sachverständigeneigenschaft ankommt, sondern dass bereits die Übernahme entsprechender Tätigkeiten als ausreichend für die Anwendung des Sorgfaltsmaßstabes des § 1299 ABGB angesehen wird.

Während die Generalnorm des § 1297 ABGB auf den „Durchschnittsmenschen“ und dessen „gewöhnlichen Sorgfaltsgrad“ abstellt, ist gemäß § 1299 ABGB auf den „notwendigen Fleiß“ eines Sachverständigen einzugehen.²⁴⁶ Es besteht daher ein wesentlicher Unterschied zwischen den Beurteilungskriterien des allgemeinen verschuldensabhängigen Haftungsrechtes und der Garantiehafung²⁴⁷ des Sachverständigen.

Aufgrund der Garantiehafung des Sachverständigen muss der Anspruchsberechtigte keinen Nachweis des Verschuldens des Sachverständigen erbringen. Eine Haftung des Sachverständigen ist auch dann zu bejahen, wenn dem Sachverständigen kein subjektiver Schuldvorwurf

²⁴² Reischauer in Rummel³ I § 1299 Rz 1.

²⁴³ Reischauer in Rummel³ I § 1299 Rz 11.

²⁴⁴ Wolff in Klang/Gschnitzer² IV, 50.

²⁴⁵ Vgl OGH 1 Ob 262/98f SZ 59/106; OGH 11.09.1984, 8 Ob 207/83; OGH 1 Ob35/87 SZ 60/236; OGH 10.10.1995, 4 Ob 574/95 (4Ob1642/95); OGH 16.04.1997, 7 Ob 2113/96b; OGH 29.09.1998, 1 Ob 262/98f; OGH 10.02.2004, 4 Ob 12/04z.

²⁴⁶ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil II² (1984) 182; SZ 54/13; EvBl 1987/205; wbl 1989, 280; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 1299 Rz 1.

²⁴⁷ Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 1299 Rz 1.

gemacht werden kann.²⁴⁸ Jeder Person, die aber eine besonders qualifizierte oder beratende Tätigkeit – sei es auch nur im Einzelfall – ausübt, muss den Leistungsstandard der jeweiligen Berufsgruppe aufbringen und entsprechende Mängel vertreten.²⁴⁹

Wird dem objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB nicht entsprochen, dh der im Vergleich zu § 1297 ABGB außergewöhnliche Fleiß nicht aufgewendet, so kann sich der Belangte nicht mit dem Fehlen der geforderten Eigenschaften entlasten.²⁵⁰

Subjektive Umstände jedoch, die nach § 1297 ABGB ebenso zu berücksichtigen sind, wie die subjektive Unzumutbarkeit sorgfaltsgemäßen Verhaltens, wie beispielsweise eine plötzliche Bewusstseinsstörung, sind auch im Rahmen des § 1299 ABGB zu berücksichtigen. Das heißt die geforderten Fähigkeiten des Sachverständigen sind nicht unter allen Umständen einzusetzen.²⁵¹

Der Haftungsmaßstab des § 1299 ABGB tritt (wie sich aus dem Stillschweigen des Gesetzes und dem Gegensatz zur Ausdrucksweise des § 1300 ergibt) unabhängig davon ein, ob die Tätigkeit des Sachverständigen entgeltlich oder unentgeltlich ausgeführt wird.²⁵² Für die Anwendung des erhöhten und objektivierten Sorgfaltsmaßstabes ist auch keine Unterscheidung dahingehend erforderlich, inwiefern die Schädigung innerhalb einer Sonderbeziehung (vertraglich) oder deliktisch erfolgt.²⁵³

3.2 Der Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen

Die Fähigkeiten des durchschnittlichen Fachmannes sind in Bezug auf den Kunstsachverständigen schwieriger zu bestimmen als jene von anderen Berufsgruppen. Dies ergibt sich primär aus der Tatsache, dass Kunstsachverständige unterschiedlichen Berufen angehören und es keine

²⁴⁸ OGH 23.3.1976, 5 Ob 536/76; OGH 7.9.1989, 8 Ob 651/89 SV 1990/I, 22.

²⁴⁹ *Schwimann*, ABGB³ VI § 1299 Rz 3; OGH 22.2.2011, 8 Ob 127/10z.

²⁵⁰ *Reischauer in Rummel*³ I § 1299 Rz 5.

²⁵¹ *Reischauer in Rummel*³ I § 1299 Rz 5.

²⁵² *Wolff in Klang/Gschnitzer*² IV, 49.

²⁵³ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 26.

einheitliche Grundausbildung zum Kunstsachverständigen gibt. Dadurch unterscheiden sich Kunstsachverständige wesentlich von Sachverständigen aus anderen Bereichen, wie beispielsweise medizinischen Sachverständigen. Einem Vergleich unterzogen werden, können beispielsweise die in der Sachverständigenliste des Handelsgerichtes Wien eingetragenen Sachverständigen für Antiquitätenhandel, da es sich hierbei überwiegend um Kunsthändler handelt. Bei einer Gegenüberstellung der einzelnen Kunsthändler muss jedoch auf die unterschiedlichen Spezialisierungen (zB nur Kunst des 20. Jahrhunderts, Zeitgenössische Kunst oder Portraitmalerei bis 1800) Rücksicht genommen werden, sodass in vielen Fällen ein Vergleich der Kenntnisse und Fähigkeiten der einzelnen Kunsthändler zu keinem verwertbaren Ergebnis führt.²⁵⁴ Neben den Kriterien des vergleichbaren Tätigkeitsfeldes oder einer ähnlichen Ausbildung können auch die vom Kunstsachverständigen eingesetzten Methoden als Anknüpfungspunkt für die Feststellung der durchschnittlichen Fähigkeiten herangezogen werden.²⁵⁵

Jedenfalls kann von einem (für die jeweilige Kunstgattung zuständigen) Experten verlangt werden, dass er offenkundige Verdachtsmomente hinsichtlich der Unechtheit erkennt. Ein Verdachtsmoment kann sich aus Hinweisen Dritter, aber auch aufgrund der Person des Einlieferers ergeben.²⁵⁶ Zweifelsfälle können unter Umständen auch die Zuhilfenahme externer Sachverständiger erforderlich machen.²⁵⁷ Verkennt der Kunstsachverständige die vorliegenden Verdachtsmomente bzw unterlässt er es, diese zu widerlegen, verletzt er die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten.

Wie bereits oben näher ausgeführt, darf jedoch der Sorgfalsmaßstab nicht überspannt werden.²⁵⁸ Es ist zu bedenken, dass das Ausmaß der Untersuchungspflicht Auswirkungen auf den Kunstmarkt und die Marktteilnehmer hat.

²⁵⁴ Härth, Original und Fälschung 170.

²⁵⁵ Härth, Original und Fälschung 170.

²⁵⁶ Goepfert, Haftungsprobleme im Kunst und Antiquitätenhandel (1991) 119.

²⁵⁷ Die Wiener Kunstauktionen ziehen für Bilder des 19. und 20. Jahrhunderts regelmäßig die Kunsthändler *Giese&Schweiger* für Expertisen heran, um damit eine besondere Unabhängigkeit und Qualität der Expertisen zu gewährleisten.

²⁵⁸ Reischauer in *Rummel*² I § 1299 Rz 2.

Eine sehr weitreichende Untersuchungspflicht durch den Kunstsachverständigen stärkt grundsätzlich das Vertrauen und den Glauben der Marktteilnehmer in den Kunsthandel, da dadurch die Gefahr des Erwerbs einer Fälschung geringer wird.

Vor allem, da der Kunstmarkt und das Kunstgeschäft nachhaltig durch die wertbildenden Faktoren wie Urheberschaft oder Alter eines bestimmtes Kunstwerkes bestimmt werden, ist eine extensive Untersuchungspflicht grundsätzlich zu befürworten.

Gleichzeitig würde aber der damit einhergehende Mehraufwand (zB auswärtige Experten für die Gutachtenerstellung anzufragen), die damit verbundene Verunsicherung des Kunsthandels, sowie der einhergehende Zeitverlust und die Zusatzkosten eine Beeinträchtigung der Umlauffähigkeit von Kunstgegenständen als Handelsobjekt bewirken.²⁵⁹ Daher ist es meiner Ansicht nach legitim die ausgedehnte Nachforschungspflicht des Kunstsachverständigen auf Fälle, die tatsächlich Anlass zu Zweifeln geben, zu beschränken.²⁶⁰

Ein weiterer Faktor, welcher den Umfang der Sorgfaltspflichten beeinflusst, ist der Wert des jeweiligen Kunstgegenstandes. Da sich der Gewinn des jeweiligen Auktionshauses prozentual aus dem Hammerpreis errechnet, steigt der Gewinn des Versteigerungsunternehmens mit dem höheren Wert der versteigerten Kunstwerke. Auch der Kunsthändler bezieht, wenn er als Vermittler auftritt, seinen Gewinn prozentual aus seinem erzielten Verkaufspreis.

Der Auktionator wie auch der Kunsthändler müssen von dem erzielten Gewinn ihre jeweiligen Unkosten decken. Darunter fallen unter anderem Aufwendungen für die Begutachtung der Kunstobjekte, wie beispielsweise das Einholen weiterer Expertisen sowie auch Lager- oder Personalkosten.

Diese Umstände rechtfertigen proportional zum Wert steigende Sorgfaltspflichten des Auktionshauses aber nicht nur aus der Sicht des Veräußerers, sondern auch aus der Sicht des Erwerbers: Je höher der

²⁵⁹ Vgl. *Löhr*, Haftungsfragen der Kunstversteigerung (Urteil des Oberlandesgerichtes Frankfurt/Main: AZ 21 U 13/91), *Weltkunst* 1993, 856 (858).

²⁶⁰ *Ramsauer*, Die Kunstauktion – Haftungsproblematik und Käuferschutz (1999) 205.

Schätzwert des Kunstwerkes ist, desto größer ist auch der Mangelschaden des Ersteigerers im Falle der Unechtheit, und desto schutzbedürftiger ist er.²⁶¹

Für geringwertigere Gegenstände kann daher die Sorgfaltspflicht auf die Überprüfung der Objekte auf das Vorliegen offenkundiger Verdachtsmomente beschränkt werden.

Wertvolle Gegenstände hingegen bedürfen einer exakten, umfassenderen Begutachtung, wobei der damit verbundene Aufwand in einem vernünftigen Verhältnis zu dem geschätzten Wert des Gegenstandes stehen soll. Die anzuwendenden Mittel und Möglichkeiten sind jene, die einem durchschnittlichem Versteigerungs- oder Kunsthandelsunternehmen zur Verfügung stehen.²⁶²

Beispielsweise kann von einem durchschnittlichen Experten verlangt werden, dass er das zu untersuchende Objekt genau untersucht, zB dass er bei einem Bild den Rahmen abnimmt und eine genaue Betrachtung der Leinwand vornimmt. Ebenso können genaue Literaturrecherchen darüber erwartet werden, inwiefern das Werk nach Stil und Thematik mit anderen Objekten des jeweiligen Künstlers oder der jeweiligen Epoche vergleichbar ist.

Wie bereits oben näher ausgeführt, steigen die Anforderungen desto höherwertiger das Kunstobjekt ist. Daher ist im Bereich von internationalen Spitzenobjekten die Einhaltung der Sorgfaltspflicht nur dann gewahrt, wenn eine Stellungnahme von externen auf dem jeweiligen Gebiet maßgeblichen Sachverständigen, wie Kunsthistoriker, Museumsexperten oder Angestellte größerer Auktionshäuser, eingeholt wird.²⁶³

Das Heranziehen von qualifizierten und sehr kostenaufwendigen naturwissenschaftlichen Untersuchungsmethoden ist nicht als Standard bei Erstellung von Kunstgutachten zu werten und kann somit nicht, ohne entsprechende vertragliche Abrede, vorausgesetzt werden.

Die Stilkritik, wie auch die Streiflichtbetrachtung können hingegen gewöhnlich erwartet werden.²⁶⁴

²⁶¹ *Braunfels*, Die Haftung für Fehler und zugesicherte Eigenschaften bei Kunstauktionen (1994) 166, siehe auch *Löhr*, *Weltkunst* 1993, 856 (858).

²⁶² Urteil des Oberlandesgerichtes Frankfurt/Main AZ 21 U 13/91.

²⁶³ *Ramsauer*, Die Kunstauktion 205.

²⁶⁴ *Gerlach*, Haftung 47; genaue Beschreibungen dieser Methoden erfolgen in Kapitel 2: „das Kunstgutachten“.

Abschließend kann festgehalten werden, dass der Maßstab für die einzuhaltenden Sorgfaltspflichten nicht überspannt werden darf und jede Entscheidung individuell getroffen werden muss.

3.2.1 Die Entscheidung Laske, OGH 16.11.2009, 9 Ob 13/09s

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 nimmt der OGH²⁶⁵ zum Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen basierend auf folgendem Sachverhalt Stellung:

Der Beklagte ist Antiquitätenhändler und Inhaber einer Gemäldegalerie. Beim Ankauf eines Bildes prüft er die Identität des Verkäufers und beurteilt die Echtheit des Bildes aufgrund seiner eigenen Fachkunde. Bei Bildern mit besonders hohem Preis holt er die Fachmeinung eines weiteren Experten ein, was der gewöhnlichen Vorgehensweise in Kunsthändlerkreisen entspricht.

Der Beklagte verfügte seinerzeit über Geschäftskontakte zum Kunsthändler Rudolf M*****, von dem in Wiener Kunsthändlerkreisen allgemein bekannt war, dass er einen Teil des Nachlasses des 1951 verstorbenen Malers Oskar Laske²⁶⁶ erworben hatte. Nach dem Tod von Rudolf M***** veräußerte sein Sohn Gottfried M*****, der zuvor zehn bis fünfzehn Jahre gemeinsam mit seinem Vater im Kunsthandel tätig gewesen war, Bilder aus dessen Nachlass. Viele renommierte Kunsthändler, darunter auch die W***** K***** und das Wiener D***** erwarben Laske-Bilder aus dieser Quelle. Auch der beklagte Antiquitätenhändler erwarb 40 bis 50 Bilder von Gottfried M*****, darunter auch jenes, welches er später an die Klägerin weiterverkaufte, sowie Schriftverkehr und persönliche Sachen von Oskar Laske, wie beispielsweise dessen Geburtsurkunde. Der Beklagte hegte, einerseits aufgrund seines Wissens über die Herkunft der von M***** erworbenen Bilder sowie andererseits aufgrund seiner eigenen Beurteilung keinen Zweifel über die Urheberschaft Otto Laskes.

²⁶⁵ OGH 16.11.2009, 9 Ob 13/09s.

²⁶⁶ *Oskar Laske* (1874 - 1951) war ein österreichischer Architekt und Maler. Häufig gewählte Motive waren Aquarelle von auf seinen Reisen Erlebtem in Europa und Nordafrika. Dabei handelte es sich vornehmlich um Landschaften, Stadtplätze und Genreszenen. Als charakteristisch werden sein heiterer Erzählstil sowie seine farbintensive Malerei gewertet.

Im September 2003 erwarb die Klägerin im Rahmen einer Kunstausstellung vom Beklagten ein Aquarell mit dem Motiv „Freyung Wien“ als ein von Oskar Laske stammendes Bild.

In November 2006 wurde die Klägerin von einem Bekannten darauf aufmerksam gemacht, dass das von ihr erworbene Gemälde „Freyung Wien“ kein echter Laske sei. Daraufhin zeigte die Klägerin das Werk einer Mitarbeiterin des D*****, die Fachexpertin für Kunst des 20. Jahrhunderts ist, welche folglich zu dem Schluss kam, dass das Bild nicht von dem genannten Künstler stamme. In weiterer Folge teilte die Klägerin dem Beklagten ihre Bedenken bezüglich der Echtheit des Bildes mit. Dieser jedoch war nach wie vor von der Echtheit überzeugt, bestätigte dies der Klägerin auch schriftlich und riet ihr an, mit dem Bild einen Kunsthändler aufzusuchen, der im Auftrag der Wirtschaftskammer andere vom Beklagten erworbene „Laske-Bilder“ als Fälschungen beurteilt hatte. Die Klägerin sah davon ab und holte vielmehr ein anderes Gutachten ein, welches die Originalität des Laske Werkes verneinte. Der Beklagte tat diese Meinung als „Privatmeinung“ ab, bot der Klägerin aber die Rücknahme des Bildes gegen Ausstellung einer Gutschrift an, was diese jedoch ablehnte.

Im folgenden Gerichtsverfahren stützte die Klägerin ihren Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises auf Irrtum, Gewährleistung sowie Schadenersatz (mit dem nach § 1299 ABGB anzuwendenden Maßstab, wegen Verletzung vor- und nachvertraglicher Aufklärungspflichten).

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens, wobei er insbesondere eine Verletzung vertraglicher Pflichten bestritt. Seinen Ausführungen zufolge hat er die ihm zumutbare Sorgfalt aufgewendet und, auch wenn das Bild eine Fälschung sei – was aber bestritten werde – ihm kein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann.

Die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes durch den OGH führte zu folgendem Ergebnis: Grundsätzlich trifft den Händler die Pflicht zur Kontrolle der gehandelten Ware und zur erforderlichen Aufklärung, wobei der erhöhte und objektivierte Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB maßgebend ist. Die erforderliche Sorgfalt des Antiquitätenhändlers ergibt sich durch einen

Vergleich mit dem durchschnittlichen Fachmann, der die betreffende Tätigkeit ausübt. Als Vergleichsgegenstand zog der OGH die in Kunsthändlerkreisen üblichen Vorkehrungen bei Ankauf von Kunstgegenständen heran und kam zu dem Ergebnis, dass bereits die erste Instanz²⁶⁷ richtig feststellte, dass der Beklagte die Werke aus einer sicheren Quelle bezog, da in Expertenkreisen der Kunsthändler Rudolf M***** unbestritten als Übernehmer eines Gutteils der Verlassenschaft nach Oskar Laske galt, was sich auch aus dem Vorhandensein höchstpersönlicher Dokumente des Künstlers beim Verkäufer ergeben hatte. Der OGH schränkte die Prüfpflicht des Sachverständigen dahingehend ein, dass er sich auf seine Fachkenntnisse verlassen kann und nur zu einer Stichprobenkontrolle verpflichtet ist und nicht für jedes Werk eine Expertise einzuholen hat. Daher ist, selbst unter der hypothetischen Annahme, dass das verfahrensgegenständliche Bild eine Fälschung ist, dem Beklagten der ihm nach § 1298 ABGB obliegende Gegenbeweis mangelnden Verschuldens gelungen.²⁶⁸

3.3 Die Haftung für Rat und Auskunft nach § 1300 ABGB

Bei § 1300 ABGB handelt es sich um eine *lex specialis* zu den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen des ABGB.

Diese Norm regelt die Haftung des Sachverständigen bei Erteilung eines falschen Rates oder einer falschen Auskunft. Die Besonderheit im Zusammenhang mit der Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten liegt darin, dass es sich hauptsächlich nicht um Fälle der unmittelbaren körperlichen Schadenszufügung, sondern vielmehr um bloße Vermögensschäden handelt, die dadurch entstehen, dass der Beratene den falschen Rat befolgt oder im Vertrauen auf die falsche Auskunft nachteilige Dispositionen trifft.²⁶⁹

²⁶⁷ LGZ Wien 3.4.2008, 53 Cg 127/07x – 10.

²⁶⁸ OGH 16.11.2009, 9 Ob 13/09s; *Reis*, Zur nachvertraglichen Aufklärungspflicht des Kunsthändlers bei Fälschungsverdacht, KUR 2/2010 64.

²⁶⁹ *Honsell*, Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten in *FS Nobel* (2005) 1 f.

In § 1295 ABGB findet sich folgende deliktische Generalklausel: *„Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“*

Grundsätzlich ist aufgrund des § 1293 ABGB auch das Vermögen in diese Generalklausel einzubeziehen, jedoch führt der OGH klar aus: *„Nach Lehre und Rechtsprechung kommt dem Vermögen einer Person... im Falle einer Schädigung kein absoluter Schutz zu, so daß die Ersatzpflicht nur dann bejaht wurde, wenn sich die Rechtswidrigkeit der Schädigung etwa aus der Verletzung vertraglicher Pflichten, aus der Verletzung absoluter Recht, oder aus der Übertretung von Schutzgesetzen ableiten ließ.“*²⁷⁰

Die Spezialnorm zur Sachverständigenhaftung sieht folgendes: *„Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Außer diesem Falle haftet ein Ratgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem Andern verursacht hat.“* Die zitierte Norm begründet einen vertraglichen (Satz 1) oder deliktischen (Satz 2) Schadenersatzanspruch, wenn durch einen nachteiligen Rat ein bloßer Vermögensschaden verursacht wird²⁷¹.

Die dahinterstehende gesetzgeberische Wertung, nämlich dass eine Haftung für bloße Worte zu weit ginge und es auch nicht der Verkehrsauffassung entspricht, jemanden für einen Rat oder eine Auskunft haften zu lassen, zeigt einen zentralen Aspekt der Privatautonomie, nämlich dass jeder seine Angelegenheiten selbst beurteilen und folglich auch entscheiden muss.²⁷²

Auch dem römischen Recht lag bereits im sog *mandatum tua gratia*²⁷³ die ratio zugrunde, dass ein Rat nicht befolgt werden muss und deshalb keine Haftung auslöst.

²⁷⁰ OGH SZ 66/229 = ÖBA 1994, 400 = WBI 1994, 164.

²⁷¹ Apathy, Bürgerliches Recht III, Schuldrecht Besonderer Teil² (2002) 150.

²⁷² Honsell in FS Nobel 3 f.

²⁷³ Gaius Dig. 17, 1, 2: *„quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligation nascitur: Wenn ich dich aber nur in deinem Interesse beauftrage, so ist das Mandat überflüssig und es entsteht deshalb keine Obligation.“*

Sehr zutreffend formuliert *Rudolph v. Jhering* die Gefahren einer zu weitgehenden Haftung: „*Alle Unbefangenheit der Konversation wäre dahin, dass harmloseste Wort würde zum Strick*“.²⁷⁴

Der Grundtatbestand des § 1300 ABGB Satz 1 sieht fünf haftungsbegründenden Elemente vor:

- Auskunftserteilung,
- durch Sachverständige in Angelegenheiten ihrer Wissenschaft oder Kunst,
- gegen Belohnung,
- aus Versehen,
- zum Nachteil anderer.

Dass die Definition des Sachverständigen nach § 1299 ABGB auch hier einschlägig ist, ergibt sich einerseits durch die Überschrift des § 1299 ABGB, die sich auch auf den folgenden § 1300 ABGB bezieht und weiters durch die Verwendung des Wortes „*auch*“ im § 1300 ABGB. Unabhängig davon, dass § 1300 Satz 1 ABGB – im Gegensatz zu Satz 2 – nur Sachverständige erfasst, ist zu beachten, dass eine Haftung für Falschauskünfte innerhalb einer Sonderbeziehung schon aufgrund der allgemeinen Regelungen des ABGB besteht.²⁷⁵ Die Haftung des Sachverständigen unterscheidet sich nur dahingehend, dass der objektivierte Verschuldensmaßstab des § 1299 ABGB heranzuziehen ist.

Neben der Erteilung von Rat und Auskunft, die nach hA²⁷⁶ gleich zu behandeln sind, ist die Erstellung von Gutachten, Expertisen und Stellungnahmen vom Wortlaut des § 1300 ABGB gleichermaßen erfasst, da sich die Norm auf Sachverständige bezieht und Sachverständige überwiegend Auskünfte in Form von Gutachten erteilen.²⁷⁷ Der OGH thematisiert die Frage der Anwendbarkeit des § 1300 ABGB auf Kunstsachverständigengutachten in den Entscheidungen

²⁷⁴ *v. Jhering*, Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts IV (1861), 12f.

²⁷⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 354.

²⁷⁶ OGH SZ 57/122; *Welser*, Haftung 11f.

²⁷⁷ *Reischauer in Rummel*³ I § 1300 Rz 1; *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² § 1300 Rz 1.

*Unterberger*²⁷⁸ oder *Walde*²⁷⁹ nicht, sodass zweifellos davon ausgegangen werden kann, dass Gutachten von Kunstsachverständigen in den Anwendungsbereich des § 1300 ABGB fallen.

Ein Sachverständiger haftet demnach für jede, auch (leicht) fahrlässige Auskunft, wenn diese „gegen Belohnung“ erfolgt,²⁸⁰ wobei festzuhalten ist, dass die Wortfolge „gegen Belohnung“ des § 1300 ABGB nicht nur auf entgeltliche Ratschläge abstellt.²⁸¹ Zu diesem Ergebnis führt bereits die historische Interpretation mit den Erwägungen, dass durch die gewählte Wortfolge nur jene Fälle ausgeschlossen werden sollen, in denen der Rat aus reiner Gefälligkeit, also ohne Abschlusswille erteilt wurde.²⁸² Die grundlegende Wertung der genannten Bestimmung besteht gerade darin, Auskunftgeber, die sich von der Preisgabe der Auskunft einen Vorteil erwarten, einer strengeren Haftung zu unterwerfen, als jene, die lediglich aus gutem Willen bzw Gefälligkeit beraten.²⁸³

Die Prüfung ob eine Entlohnung tatsächlich vorliegt wird mit einem relativ großzügigen Maßstab vorgenommen und folglich ihr Bestehen auch dann bejaht, wenn die beratende Tätigkeit im Rahmen eines insgesamt entgeltlichen Geschäftes erfolgt und somit mittelbar von einer Provision gedeckt ist.²⁸⁴ Eine Partei, die im Rahmen einer dauernden Geschäftsbeziehung fachliche Auskünfte erteilt, ist daher nach § 1300 ABGB verantwortlich.²⁸⁵

Das Vorliegen der Selbstlosigkeit bei Raterteilung, also das Handeln aus reiner Gefälligkeit muss stets im Verhältnis zum jeweiligen Empfänger geprüft werden. Daher kann auch jemand, der andere in seinem Fach gewerbsmäßig zu beraten pflegt, im Einzelfall einen selbstlosen Rat iSd zweiten Satzes des § 1300 ABGB an Personen erteilen, zu denen er in keiner rechtlichen Sonderbeziehung steht.

²⁷⁸ OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g.

²⁷⁹ OGH 22.02.2011, 8 Ob 127/10z.

²⁸⁰ *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² § 1300 Rz 2.

²⁸¹ *Harrer in Schwimann*, ABGB³ VI § 1300 Rz 2.

²⁸² *Wolff in Klang/Gschnitzer*² IV, 51.

²⁸³ *Reischauer in Rummel*² II § 1300 Rz 7.

²⁸⁴ 3 Ob 13/04i ÖBA 2005, 55/1249 (*Kletecka*).

²⁸⁵ *ecolex* 1995, 402: fehlerhafter Rat des Chemielieferanten, der eine Haftung des Anlagenbauers gegenüber dessen Kunden verursachte.

Die Rechtsprechung²⁸⁶ sieht den Tatbestand des § 1300 ABGB als verwirklicht an, wenn durch die Erteilung der Auskunft beim Auskunftgeber, dem jeweiligen Sachverständigen, die Hoffnung auf Erlangung eines Vorteils irgendeiner wirtschaftlichen Art, auf welche Weise auch immer, gegenübersteht. Der Erklärende muss aber jedenfalls ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Raterteilung haben; emotionale Belohnungen (bzw die Hoffnung darauf) sowie soziale Hintergründe werden wohl nicht genügen, um eine Haftung zu begründen.²⁸⁷

Entscheidend ist, dass der Rat nicht aus reiner Gefälligkeit, dh nicht selbstlos erteilt wird²⁸⁸.

Jeder Rat innerhalb einer Sonderbeziehung, darunter fallen Verträge, Schuldverhältnisse aus vorvertraglichem oder sonstigem geschäftlichem Kontakt²⁸⁹, wobei bereits eine einmalige Auskunft ausreicht²⁹⁰, ebenso wie öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse führt bei schuldhaften Fehlern des Sachverständigen zur Haftung nach § 1300 ABGB.²⁹¹

Zu beachten ist, dass eine entsprechende Sonderbeziehung auch ohne rechtsgeschäftlichen Kontakt, nämlich von Gesetzes wegen entstehen kann. Als Beispiele seien die eheliche Beistandspflicht oder die Personen- und Vermögenssorge in Familienverhältnissen, sowie auch amtliche und hoheitliche Tätigkeiten genannt.²⁹²

Die Entgeltlichkeit ist keine Voraussetzung für die Haftung nach § 1300 ABGB Satz 1²⁹³, kann aber bei ihrem Fehlen zu einer Haftungsmilderung führen.²⁹⁴

²⁸⁶ OGH 8 Ob 246/01m ecolex 2003, 238; OGH 2 Ob 588/94 514/95 ecolex 2003, 402: Nach der Rsp genügt bereits die Hoffnung des Auskunftgebers, durch Erteilen der Auskunft zu einem eigenen (inhaltlich völlig unbestimmten) Abschluss mit einem Dritten zu gelangen.

²⁸⁷ *Völk*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/8, 101 mwN.

²⁸⁸ *Welser*, Haftung 37 ff; OGH 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249 (*Kerschner*); OGH 1 Ob 44/94 SZ 68/60: Schiedsstellen der Ärztekammern; ÖBA 2002, 937 (*Koziol*).

²⁸⁹ *Welser*, ÖBA 1982, 117 ff.

²⁹⁰ OGH 8 Ob 246/01m ÖBA 2002, 937 (*Koziol*); OGH 4 Ob 13/04x ÖBA 2004, 881.

²⁹¹ *Welser*, Haftung 77f.

²⁹² *Welser*, Haftung 32.

²⁹³ OGH 1 Ob 43/92 SZ 66/129; JBl 1991, 249 (*Kerschner*).

²⁹⁴ *Welser*, Haftung 36.

Sachverständige haften nach Satz 1 des § 1300 ABGB ausschließlich gegenüber ihrem Vertragspartner (dem Besteller des Gutachtens). Eine Haftung gegenüber Dritten kommt nur in Betracht, wenn ein Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter vorliegt oder die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen auch auf Dritte zu erstrecken sind.²⁹⁵ Die Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten wird aufgrund des Umfangs und der großen Bedeutung im Bereich des Kunstsachverständigen in einem gesonderten Kapitel erörtert.

Teile der Lehre²⁹⁶ haben versucht, aus §1300 ABGB eine allgemeine Dritthaftung für Auskünfte abzuleiten. Dies ist allerdings sehr kritisch zu betrachten, da sich bereits der klare Wortlaut des § 1300 ABGB gegen eine Sachverständigenhaftung gegenüber jedermann ausspricht. Ebenso verneinen die historische Auslegung insbesondere durch *Zeillers* Kommentierung²⁹⁷ wie auch der OGH²⁹⁸ in einer wegweisenden Entscheidung das Bestehen einer allgemeinen Dritthaftung.

3.3.1 Die Entscheidung Walde, OGH 22.2.2011, 8 Ob 127/10z

In der Entscheidung 8 Ob 127/10z vom 22.02.2011 setzte sich der OGH mit der Frage auseinander, unter welchen Umständen für eine Echtheitsbestätigung auf einem Gemälde nach § 1300 ABGB zu haften ist.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein vermeintliches Bild des Tiroler Malers *Alfons Walde* wurde im Sommer 2004 einem Käufer über einen Altwarenhändler angeboten.

²⁹⁵ Vgl *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² § 1300 Rz 2.

²⁹⁶ Vgl *Wolff in Klang/Gschnitzer*² IV 50; *Scheucher*, Die Haftung des Sachverständigen für sein Gutachten ÖJZ 1961, 225 (228).

²⁹⁷ *Zeiller* in *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie III/2* (1813), 720: Die Wendung „*auch dann verantwortlich*“ des § 1300 ABGB bezieht sich nur auf die Tatsache, dass der beauftragte Professionist nicht erst durch die Tat, sondern bisweilen durch seinen bloßen Rat schädigen kann. („*in Kunst, und Gewerbsachen fordert oft schon die bloße Berathung eigene Kenntnisse, und eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit.*“).

²⁹⁸ OGH 6.6.2004, 9 Ob 67/03y SZ 9/76; der OGH macht die Frage, ob Interessen Dritter verfolgt werden, vom Zweck des Gutachtens abhängig; OGH SZ 9/76.

Auf der Rückseite des kleinformatigen Bildes befand sich ein Nachlassstempel mit der Unterschrift der Tochter des Malers. Dem potentiellen Käufer reichte der Stempel nicht, er suchte die Tochter an ihrem Wohnort auf, zeigte ihr das Bild und ersuchte Sie die Echtheit zu bestätigen. Die Tochter stellte dem Mann freiwillig und unentgeltlich eine zusätzliche handschriftliche Bestätigung aus, derzufolge das Gemälde von ihrem Vater stamme. („*Wunschgemäß bestätige ich Herrn B***** A***** das mir vorgelegte Bild Begegnung 21 x 23 cm von meinem Vater Prof. A***** W***** aus der Hand meines Vaters stammt.*“).

Erst danach kaufte der Kläger das Gemälde um € 28.000,-- in der Absicht, es rasch mit Gewinn weiterzuveräußern. Die ersten Versuche, das Bild auf dem freien Markt gewinnbringend weiterzuverkaufen scheiterten, woraufhin er das Bild im Oktober 2004 zur Versteigerung ins Dorotheum Wien einbrachte. Wenige Tage vor der geplanten Auktion informierte ihn eine Mitarbeiterin des Dorotheums, dass sie Bedenken zu diesem Bild habe und es nicht um den vereinbarten Rufpreis von € 36.000,-- angeboten werden könne. Der Kläger holte das Bild ab und brachte es im Sommer 2005 ins Auktionshaus „I***** GmbH“, wo es schließlich im August 2005 um € 28.000,-- versteigert wurde. Zwei Jahre später, im April 2007, teilte das Auktionshaus dem Kläger mit, dass sich das Bild „Begegnung“ als Fälschung herausgestellt habe und der Verkauf rückabgewickelt werden müsse. Da sich der Kläger weigerte, den erhaltenen Preis zurückzuzahlen, kam es zu einem Prozess mit dem Auktionshaus²⁹⁹, in dem der Kläger unterlag.

In weiterer Folge brachte der Kläger eine Klage auf Schadenersatz gegen die Tochter des Malers ein. Er begehrte die Zahlung von € 27.500,-- (errechnet aus dem entrichteten Kaufpreis abzüglich eines mit € 500,-- bezifferten tatsächlichen Werts des Gemäldes) und führte aus, er habe sich beim Ankauf auf die Bestätigung der Echtheit des Bildes durch die Beklagte verlassen, andernfalls hätte er es nicht erworben.

Die Tochter des Malers hingegen wandte ein, sie sei tatsächlich überzeugt gewesen, dass das Bild von ihrem Vater stamme und sie überdies die

²⁹⁹ LG ZRS Wien 3.11.2008, 22 Cg 71/07h.

Bestätigung aus reiner Gefälligkeit und daher auch unentgeltlich ausgestellt habe.

Das Handelsgericht Wien als erste Instanz³⁰⁰ wies die Klage mit folgender Begründung ab: Die uneigennützig Raterteilung führt nur bei vorsätzlicher Falschankunft zur Haftung nach § 1300 ABGB. Darüber hinaus sei die dreijährige Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch und somit das Klagebegehren im Zeitpunkt des Einbringens der Klage (2009) verjährt, weil dem Kläger bereits 2004 fachkundige Bedenken (durch das Dorotheum) gegen die Echtheit des Bildes bekannt geworden seien.

Das Oberlandesgericht Wien³⁰¹, als zweite Instanz, änderte das Urteil dahingehen ab, dass es in der Echtheitsbestätigung durch die Tochter des Malers kein selbstloses Tätigwerden annahm. Das OLG Wien geht vielmehr davon aus, dass es der Tochter auch darum gegangen sei, den am Bild vorhandenen und von ihr bereits zuvor unterfertigten Nachlassstempel zu bekräftigen. Weiters habe die Beklagte über die Bedeutung einer solchen Bestätigung und das damit erzeugte Vertrauen nicht im Zweifel sein können. Dem OLG Wien folgend ermöglicht dieses Vorgehen der Tochter die Erhaltung und Bekräftigung ihrer Glaubwürdigkeit in der Kunstszene. Auch eine Verjährung sei noch nicht eingetreten, denn erst nach der Versteigerung im Jahr 2007 durch die „I***** GmbH“ habe sich definitiv herausgestellt, dass es sich bei dem Gemälde „Begegnung“ um eine Fälschung handle.

Schließlich entschied der Oberste Gerichtshof in der Sache selbst und dreht das Urteil wieder um: Die Tochter des Künstlers habe die Auskunft ohne Eigennutzen gegeben. Es gebe keine Anhaltspunkte, wonach das Ansehen der Frau in einschlägigen Kreisen profitiere, wenn sie derartige Auskünfte erteile, *„jedenfalls würde sich daraus aber keine rechtliche Sonderbeziehung gerade zum Kläger ableiten lassen“*³⁰² Die Überlegungen des Berufungsgerichts, die Beklagte hätte ein besonderes Interesse an der Glaubwürdigkeit ihrer Expertisen in der „Kunstszene“ sind insofern nicht zielführen, *„als ihr in*

³⁰⁰ HG Wien 28.01.2010, 42 Cg 89/09t-15.

³⁰¹ OLG Wien 22.7. 2010, GZ 1 R 81/10d-19.

³⁰² OGH 22.02.2011, 8 Ob127/10z.

*diesem Fall erst recht die Aufdeckung von Fälschungen und nicht deren Förderung ein Anliegen sein musste.*³⁰³

Desweiteren hatte die Beklagte keine Kenntnis davon, welche Absichten der Kläger mit dem Bild verfolgte, sodass, sie entgegen der Ansicht des Erstgerichts *„auch die Bedeutung ihrer Bestätigung nicht kennen musste“*.

Abschließend betonte der Oberste Gerichtshof, dass außerhalb einer vertraglichen oder sonstigen geschäftlichen Sonderbeziehung eine Haftung für eine falsche Auskunft nach § 1300 Satz 2 ABGB eine wissentlich falsche Erteilung von Rat und Auskunft mit Schädigungsvorsatz voraussetzt.³⁰⁴ Da der Kläger der Beklagten jedoch nicht den Vorwurf der wissentlich falschen Auskunftserteilung machte und eine Haftung für einen Rat aus Gefälligkeit nur bei Vorsatz eintritt, ist eine Haftung der Tochter für die falsche Auskunftserteilung nach § 1300 ABGB auszuschließen.³⁰⁵

3.4 Kritik an der Entscheidung Walde

In der vorliegenden Entscheidung setzte sich der OGH intensiv mit den Voraussetzungen für die Haftung nach § 1300 ABGB auseinander. Der OGH ging davon aus, dass keine Sonderbeziehung zwischen den Streitparteien bestand und prüfte daher nur die deliktische Haftung für reine Vermögensschäden. Die deliktische Haftung nach § 1300 Satz 2 ABGB konnte sehr schnell ausgeschlossen werden, da von Seiten des Klägers wie auch von Seiten der Beklagten einvernehmlich festgestellt wurde, dass es sich um eine fahrlässige Falschauskunft handelte. Dieses Ergebnis ist anhand des festgestellten Sachverhalts jedenfalls vertretbar.

Um das Verhalten der Tochter entweder als uneigennützig und aus reiner Gefälligkeit oder als eigennützig zu bewerten, muss mE die Stellung des Kunstsachverständigen im Zusammenhang mit der Erstellung von Kunstexpertisen in der Kunstszene berücksichtigt werden.

³⁰³ OGH 22.02.2011, 8 Ob127/10z.

³⁰⁴ OGH 4 Ob 252/00p ÖBA 2001/991.

³⁰⁵ OGH 22.02.2011, 8 Ob127/10z.

Der Rechtsprechung zufolge genügt es zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 1300 ABGB, dass der Erteilung der Auskunft, die Hoffnung auf Erlangung eines Vorteils irgendeiner wirtschaftlichen Art, auf welche Weise auch immer, gegenübersteht.³⁰⁶ Der erhoffte Vorteil muss weder quantifizierbar sein, noch muss sich der Auskunftsgeber die Gewährung des Vorteils vom Empfänger der Auskunft selbst erhoffen. Es ist demnach hinreichend, dass sich der Auskunftsgeber³⁰⁷ beispielsweise Vorteile am Markt oder eine Verbesserung des eigenen Images durch Feilbietung der Auskunft als „Serviceleistung“ erhofft.³⁰⁸

Somit fällt nur ein rein selbstlos erstelltes Gutachten, welches ohne Gegenleistung oder Erwartung eines (wirtschaftlichen) Vorteils erfolgt, nicht in den Anwendungsbereich des § 1300 ABGB.

Es ist davon auszugehen, dass jeder Kunstsachverständige ein besonderes Interesse an der Glaubwürdigkeit seiner Expertisen hat. Da im außerprozessualen Bereich Kunstexpertisen, primär als Grundlage für eine Kaufentscheidung erstellt werden ist vom Kunstsachverständigen zunächst die Authentizität des Werkes zu klären. Ein von bestem Wissen und Gewissen geleitetes Vorgehen des Gutachtenserstellers ist auf die Aufdeckung von Kunstfälschungen und nicht auf deren Förderung gerichtet.

In weiterer Folge ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass mit der Erstellung mehrerer, den Tatsachen entsprechenden Gutachten nicht nur die Erfahrung des jeweiligen Kunstsachverständigen, sondern auch sein Ansehen in einschlägigen Kreisen ansteigt. Darin kann neben der emotionalen Belohnung für den Sachverständigen unter Umständen ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Sachverständigen an der Raterteilung gesehen werden, jedoch stellt sich dabei die Frage, inwiefern sich daraus eine rechtliche Sonderbeziehung gerade zum Gutachtensempfänger ableiten lässt.

³⁰⁶ Völkl, ÖJZ 2006/8, 101 mwN.

³⁰⁷ Vgl dazu die Fälle der Haftung für falsche Bankauskunft.

³⁰⁸ OGH 8 Ob 246/01m ecolex 2003, 238; Reischauer in Rummel² II § 1300 Rz 7.

Diese Sonderbeziehung ist eine Haftungsvoraussetzung für Ansprüche nach § 1300 ABGB, da wie bereits oben näher ausgeführt § 1300 ABGB keine allgemeine Dritthaftung begründet.³⁰⁹

Meiner Ansicht nach kann das einmalige unentgeltliche Tätigwerden des Kunstsachverständigen keine Sonderbeziehung zwischen Gutachter und Gutachtensempfänger rechtfertigen, da durch ein einziges unentgeltliches Gutachten kaum ein wirtschaftlicher Vorteil in Form von zB zukünftigen Aufträgen zu erwarten sein wird. Handelt es sich hingegen um ein häufiges Tätigwerden des Sachverständigen für diesen Auftraggeber, kann dies unter Umständen ein wirtschaftliches Interesse des Sachverständigen rechtfertigen, welches in einem angemessenen Verhältnis zu dem erwarteten wirtschaftlichen Vorteil steht und folglich eine Sonderbeziehung iSd § 1300 ABGB begründen.

3.4.1 Die Haftung für Rat und Auskunft bei erstmaliger Raterteilung

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie eine Auskunft bei erstmaligem Kontakt zwischen Auskunftssuchendem und Auskunftsgeber zu werten ist. Im Zusammenhang beispielsweise mit einer Kreditauskunftsanfrage zwischen Bank und Anfragenden nimmt der OGH das Zustandekommen eines Auskunftsvertrages an, wenn es für die Bank erkennbar ist, dass der Anfragende aufgrund der Auskunft eine Vermögensdisposition treffen will. Der OGH spricht sich vor das Vorliegen eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages aus.³¹⁰

Ein konkludent geschlossener Begutachtungsvertrag, welcher zu einer Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten führen könnte, wurde von den Streitparteien, wie auch vom OGH im Rahmen der Entscheidung *Walde* nicht diskutiert.

Aus der Sicht des OGH war es nicht von rechtlicher Bedeutung, ob das Verhältnis zwischen den Streitteilen in der vorliegenden *Walde*

³⁰⁹ Vgl. Wolff in *Klang/Gschnitzer*² IV, 50; Scheucher, ÖJZ 1961, 225 (228).

³¹⁰ OGH SZ 43/208; s. auch JBl 1988, 239, 241: „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, welches Schutz- und Sorgfaltspflichten auslöst, deren Verletzung ersatzpflichtig macht“.

Entscheidung³¹¹ als Auftragsverhältnis und demnach als Geschäftsbesorgung iSd § 1002 ABGB angesehen werden kann. Die Geschäftsbesorgung nach § 1002 ABGB setzt die Vornahme von Rechtsgeschäften oder sonstigen Rechtshandlungen voraus.³¹² Inhalt des Auftragsvertrages ist die entgeltliche oder unentgeltliche Besorgung von Rechtsgeschäften auf Rechnung des Auftraggebers. Als „in Auftrag gegebene“ Rechtshandlung kann die Ausübung des Urheberpersönlichkeitsrechts gemäß § 20 UrhG durch die Künstler-Tochter angesehen werden, welches von Todes wegen gemäß § 19 UrhG³¹³ auf sie übergegangen ist. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hat die beklagte Künstler-Tochter die Erklärung abgegeben, dass ein urheberrechtliches Werk mit der Urheberbezeichnung ihres Vaters versehen werden soll.

§ 20 UrhG ist die urheberpersönlichkeitsrechtliche Grundlage für den Anspruch des Urhebers, seine Urheberschaft an dem von ihm geschaffenen Werk sowie deren öffentliche Anerkennung zu gewährleisten. Dieses Recht beinhaltet insbesondere die Befugnis, sich auf die Urheberschaft zu berufen, das Bestreiten der Urheberschaft abzuwehren und der Anmaßung der Urheberschaft seitens Dritter entgegenzutreten. Die Ausübung des Urheberpersönlichkeitsrechts des § 20 UrhG ist eine Erklärung, die eine Rechtsfolge herbeiführt, sodass im Zusammenhang mit dem vorliegenden Sachverhalt von einer Geschäftsbesorgung iSd § 1002 ABGB ausgegangen werden kann.³¹⁴ Das wiederum führt zu dem möglichen Ergebnis, einen Auftragsvertrag mit dem Inhalt die Echtheit des Nachlassstempels und ihrer Unterschrift und somit des vermeintlich von ihrem Vater geschaffenen Gemäldes zu bestätigen, anzunehmen. Innerhalb eines Auftragsvertrages gelten die Beweislastumkehr, dh der Schädiger muss sich freibeweisen, sowie eine Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit. Im Rahmen eines Auftragsvertrages wäre eine Haftung der Künstler-Tochter wahrscheinlich zu bejahen.

³¹¹ OGH 22.02.2011, 8 Ob127/10z.

³¹² *Apathy* in *Schwimann*³ § 1002 Rz 4.

³¹³ § 19 UrhG bestimmt, dass nach dem Tode des Urhebers den Personen, auf die das Urheberrecht übergegangen ist, das Recht zusteht, die Urheberschaft des Schöpfers des Werks zu wahren. Vgl *Grubinger* in *Kucsko*, urheber.recht: systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz (2008) § 19 Pkt 3.

³¹⁴ *Reis* in *Bulletin Kunst & Recht* 2/2011, Ein Fall *Walde* – Zur Haftung für eine unentgeltliche Auskunft einer Künstlertochter zur Echtheit eines Gemäldes des Vaters 54f.

Im Rahmen der Haftungsentscheidung steht weiters die Frage des anzuwendenden Haftungsmaßstabes im Raum, wobei die Frage nach der Sachverständigeneigenschaft der Tochter zu prüfen ist. Eine Diskussion dieser Fragestellung erfolgt im Kapitel Eins einhergehend mit der Definition des Kunstsachverständigen.

3.4.2 Die Haftung für unentgeltliches Tätigwerden im Rahmen einer entgeltlichen Tätigkeit

Die Erteilung von Auskünften durch den Sachverständigen im Bereich seiner insgesamt auf Entgeltserzielung gerichteten Tätigkeit, ohne dafür ein gesondertes Entgelt zu erhalten wird in der Lehre anhand zwei unterschiedlichen Lösungsansätzen betrachtet.

Die erste Variante sieht eine Haftung des Auskunftsgewährenden für gerechtfertigt, wenn die erteilte Auskunft des Sachkundigen für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entscheidungen oder Maßnahmen macht.³¹⁵ Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzusetzen, dass der Rat- oder Auskunftsgewährender sich gerade nicht zur Erteilung eines Rates oder einer Auskunft verpflichtet und daher auch objektiv meist nicht angenommen werden kann, dass er unentgeltlich Vertragspflichten übernehmen will.

Der zweite Lösungsansatz sieht aufgrund des geschäftlichen Kontaktes – vergleichbar mit der Annahme eines vorvertraglichen Stadiums – ein Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten, jedoch mit Schutz- und Sorgfaltspflichten vor. Das besondere Schuldverhältnis zwischen dem Sachverständigen und dem Erklärungsempfänger wird dadurch begründet, dass für den Auskunftsgewährender das besondere und im Ergebnis schutzwürdige Vertrauen auf die Richtigkeit des Rates erkennbar war. Der befragte Auskunftsgewährender muss keine Auskunft erteilen, wenn er dies jedoch tut, obliegt ihm eine besondere Sorgfaltspflicht, wenn der Auskunftsgewährender aufgrund seiner

³¹⁵ OGH in SZ 43/209 = JBl 1971, 361 = EvBl 1971/194 = ZfgG 1971, 402; *Musielak*, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1974) 9 f unter Berufung auf das deutsche Reichsgericht und den BGH.

besonderen Sachkunde ein besonders starkes, schutzwürdiges Vertrauen auf die Richtigkeit des Rates oder wegen des Angewiesenseins auf die Auskunft eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Beachtung und somit eine besondere „Gefährlichkeit“ der unrichtigen Auskunft besteht.³¹⁶

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die oben genannten Erwägungen die Haftung für fehlerhafte Bankauskünfte, Auskünfte eines Steuerberaters oder eines Rechtsanwaltes als Entscheidungsgrundlage vorsehen.³¹⁷ Diese Bereiche unterscheiden sich jedoch erheblich von jenem des Kunstsachverständigen. Die vorangehend zitierten Bereiche bieten grundsätzlich Leistungen feil, die sie vor allem durch das Zur-Verfügung-Stellen von Informationen aller Art bewerben. Weiters bestehen viele der angebotenen Leistungen vor allem von Banken zumindest zu einem erheblichen Anteil aus Informationen, die für gewöhnlich einer größeren Anzahl von Personen zugänglich gemacht werden. Als Beispiel seien Prospekte, in denen Produkte oder Dienstleistungen beworben werden oder bestimmte Gutachten und Prüfberichte von Banken genannt.³¹⁸ Daher kann davon ausgegangen werden, dass zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger im Bankenbereich im Ganzen eine ständige Geschäftsbeziehung, besteht, welche ohne „Marktvertrauen“ nicht funktionieren kann. Der Erklärende selbst ist in diesem Fall häufig nicht als Partei sondern vielmehr als Nutznießer anzusehen.³¹⁹

3.5 Résumé

Im Zusammenhang mit einem Begutachtungsvertrag über ein Werk der bildenden Kunst ist festzuhalten, dass der Adressatenkreis eines Kunstgutachtens wesentlich kleiner als im Vergleichsfall des Bankgutachtens ist. Der Auftraggeber tritt für gewöhnlich an den Sachverständigen heran um

³¹⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 188 mwN.

³¹⁷ Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht² (1981) 45 f; *Welser*, Bank-Archiv 1982, 122.

³¹⁸ *Völkl/Völkl*, Handbuch der Beraterhaftung, Haftung und Haftungsvermeidung bei komplexen Dienstleistungen (2007) 123.

³¹⁹ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung, 123.

ein profundes Gutachten über das vorgelegte Kunstwerk zu erhalten. Eine dauernde Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Auftraggeber wird in den überwiegenden Fällen nicht vorliegen.

Der Experte wird, wie es auch im Sachverhalt der Entscheidung *Walde* der Fall war, einzelfallbezogen tätig. Das oben in dem geschilderten Lösungsansatz geforderte Vertrauen kann somit nicht entstehen, da die beiden Vertragsparteien lediglich für den jeweiligen Anlassfall aufeinander treffen. Somit kann man die von der Judikatur sehr weit interpretierte Formulierung des § 1300 ABGB „gegen Belohnung“ im Fall *Walde* zu recht als nicht verwirklicht angesehen werden.

Ein anderes Ergebnis wäre unter Umständen möglich, wenn der Kunstsachverständige in einem Anstellungsverhältnis zu einem Museum steht. Diesfalls kann von einer ständigen Geschäftsbeziehung und einer insgesamt auf Entgeltserzielung gerichteten Tätigkeit ausgegangen werden, das vorhandene Vertrauen des Gutachtensempfängers (des Museums) ist jedenfalls schutzwürdig und somit könnte eine Haftung für einen Rat, für den kein gesondertes Entgelt erhalten wird, bejaht werden.

Im Fall *Walde* war der sachverständigen Künstler-Tochter nicht bekannt, welche Absichten der Kläger mit dem Bild verfolgte, da der Beklagte dies im Rahmen der Begutachtung nicht offenlegte. Daher kann zunächst nicht davon ausgegangen werden, dass der Sachverständigen die „Bedeutung“ und Folgen der Echtheitsbestätigung bekannt sein mussten. Daher konnte der folgende Kauf des Bildes durch den Kläger auch nicht zur Grundlage von Entscheidungen und Maßnahmen durch die Beklagte gemacht werden.

Aus der Sicht des Gutachtensempfängers ist dieses Ergebnis natürlich nicht sehr zufriedenstellend. Um die Problematik, dass für unentgeltliche Auskunftserteilung grundsätzlich nicht gehaftet wird, zu entschärfen, wäre meiner Meinung nach die Aufnahme einer entsprechenden Aufklärungspflicht in das KSchG zu befürworten. Dann wären Verbraucher in Kenntnis, dass sie eine Haftung des Sachverständigen grundsätzlich nur im Fall der entgeltlichen Raterteilung geltend machen können. Ein Verstoß gegen diese

Aufklärungspflicht könnte mit einer Geldstrafe für den Sachverständigen geahndet werden.

4 ZUR HAFTUNG DES KUNSTSACHVERSTÄNDIGEN

Die Haftung des Kunstsachverständigen setzt neben dem Verstoß gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB auch die Voraussetzungen des deliktischen bzw vertraglichen Schadenersatzanspruches voraus.

Wie die Entscheidung *Unterberger* zeigen wird, besteht nur in wenigen Fällen ein direktes, zweipersonales Vertragsverhältnis zwischen dem Kunstsachverständigen und Geschädigten. Daraus folgt, dass die Bestimmung der Reichweite und des Adressatenkreises einer Kunstexpertise von erheblicher praktischer Bedeutung sind. Dem allgemeinen vertraglichen Schadenersatzanspruch ist lediglich ein kurzer Abschnitt gewidmet, da Fragen wie der Sorgfaltsmaßstab sowie die Problematik des Kausalzusammenhanges bereits in Kapitel drei näher ausgeführt wurden und die Praxis zeigt, dass direkte Haftungsansprüche zwischen Vertragsparteien, kaum juristische Problemstellungen hervorbringen. Dementsprechend ist das Hauptaugenmerk in diesem Teil der Arbeit auf die Sachverständigenhaftung gegenüber Dritten gerichtet, wobei es zu untersuchen gilt, welche rechtlichen Möglichkeiten einem Dritten offenstehen, die über den allgemeinen deliktischen Schutz hinausgehen.

4.1 Die Haftung des Sachverständigen aufgrund des Begutachtungsvertrages

Wie bereits näher ausgeführt, handelt es sich bei dem Begutachtungsvertrag um einen Werkvertrag, da die vom Kunstsachverständigen geschuldete Leistung nicht nur das bloße Tätigwerden, sondern eine nach umfassender Prüfung erfolgende Auskunft über das Werk darstellt. Kommt der Kunstsachverständige zu einem tatsächlich falschen Zuschreibungsergebnis, liegt ein Sachmangel iSd § 922 ABGB vor, womit dem Werkbesteller die Gewährleistungsbehelfe des ABGB zustehen.

Der Werkbesteller wird den Sachmangel bei Übergabe der Expertise jedoch kaum erkennen, vielmehr wird er das Ergebnis der Expertise seiner Kauf- oder Verkaufsentscheidung zugrundelegen. Wird das falsche Zuschreibungsergebnis in Folge offenkundig, erleidet der frühere Werkbesteller einen bloßen Vermögensschaden, indem er entweder als Käufer zu viel für ein vermeintlich echtes Gemälde bezahlt hat und möglicherweise nach Ablauf der Gewährleistungsfrist den überhöhten Kaufpreis nicht mehr zurückverlangen kann, oder als Verkäufer, in dem er seinem Käufer schadenersatzpflichtig wird.³²⁰ Die Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe wie Verbesserung oder Wandlung werden vom Werkbesteller kaum verfolgt werden, vielmehr wird sein Interesse darin liegen, den tatsächlichen erlittenen Schaden auf den Werkbesteller überzuwälzen.

Da dieser Schaden durch die mangelhafte Leistung verursacht wurde, kann er als Mangelfolgeschaden klassifiziert werden³²¹, welcher auch als bloßer Vermögensschaden zu einem vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen den Werkbesteller führt.³²²

Die Unterscheidung zwischen der Haftung ex delictu und jener ex contractu bewirkt weitreichende Folgen für die Geltendmachung des Anspruches.³²³ Die wichtigsten Vorteile der Vertragshaftung sind die Erfüllungsgehilfenzurechnung nach § 1313a ABGB, die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB sowie der Ersatz bloßer Vermögensschäden. Im deliktischen Bereich hingegen erfolgt die Gehilfenzurechnung nur für Besorgungsgehilfen, dh nach § 1315 ABGB, die Beweislast trifft hier den Schädiger. Ersatz für bloße Vermögensschäden steht nur ausnahmsweise zu, wie etwa bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter, Schutzgesetzverletzungen oder absichtlicher sittenwidriger Schädigung.³²⁴

³²⁰ Gerlach, Haftung 55.

³²¹ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II, Besonderer Teil¹³ (1994) 61ff.

³²² SZ 63/160 = ZVR 1992/58= VR 1991, 174; ZVR 1997/144 – § 1298 ABGB.

³²³ Apathy, Bürgerliches Recht III² 116.

³²⁴ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 295.

Wie bereits in Kapitel 4 näher ausgeführt, stellt § 1299 ABGB keine eigene Anspruchsgrundlage für eine Haftung des Sachverständigen dar. Aufgrund der Garantiehafung des § 1299 ABGB kann der Sachverständige jedoch unter Umständen auch dann zur Haftung herangezogen werden, wenn ihm gerade wegen seiner mangelnden Fähigkeiten auf allgemeiner schadenersatzrechtlichen Ebene kein subjektiver Vorwurf gemacht werden könnte.³²⁵ Aufgrund der Beweislastumkehr muss sich der Sachverständige von der Verletzung einer objektiven Sorgfaltswidrigkeit freibeweisen, jedoch auch bei erwiesenem Verschulden des Sachverständigen trifft den Geschädigten die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden, unabhängig davon, ob es sich um ein aktives Handeln oder Unterlassen handelt.³²⁶

Der Beweis des Kausalzusammenhanges kann den Anspruchsberechtigten jedoch vor eine schwer bewältigbare Aufgabe stellen. Beispielsweise entspricht es der gängigen Praxis von Auktionshäusern, alle Versteigerungsobjekte einer genauen Prüfung durch einen Experten zu unterziehen. Auktionshäuser garantieren die Echtheit der ersteigerten Bilder und nehmen verkaufte Bilder zurück, falls sich herausstellen sollte, dass es sich um eine Fälschung handle.³²⁷

Wird beispielsweise das Werk aufgrund eines fehlerhaften Gutachtens nicht zu einer Auktion zugelassen, liegt der Schaden primär darin, dass die Verkaufschance durch das fehlerhafte Gutachten und dem darin ausgesprochenen Fälschungsverdacht wesentlich gemindert ist. Die tatsächliche Wertminderung und somit die vorliegende Schadenshöhe, wie auch die Kausalität zwischen pflichtwidriger Erstellung des Gutachtens und Schadenseintritt sind kaum beweisbar.³²⁸

³²⁵ OGH 23. 3. 1976, 5 Ob 536/76; OGH 7. 9. 1989, 8 Ob 651/89, SV 1990/I, 22.

³²⁶ OGH 3 Ob 51/98s ZfRV 2000, 79; OGH 5 Ob 38/05g RdW 2005/545, 483.

³²⁷ Vgl beispielsweise die Praxis des Auktionshaus Galerie Koller in Zürich, Mitglied des Verbands der Schweizerischen Antiquare und Kunsthändler, im Fall Unterberger OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g.

³²⁸ Härth, Original und Fälschung 172.

4.2 Der außervertragliche Schadenersatzanspruch

Wie vorangehend bereits ausgeführt, sieht das ABGB eine unterschiedliche Behandlung von „*obligationes ex contractu*“ und solchen „*ex delicto*“ vor.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen diesen beiden Anspruchsgrundlagen sind unter anderem damit zu rechtfertigen, dass die Partner eines Schuldverhältnisses durch die „*Eröffnung der jeweiligen Rechtssphären einem erhöhten Einwirkungsrisiko*“³²⁹ ausgesetzt sind.

Diese Idealvorstellung des Gesetzgebers führt allerdings in der Praxis nicht immer zu sachgerechten Lösungen. Da durch eine Vertragserfüllung vielfach in die Interessen- bzw Schutzsphäre eines Dritten eingegriffen wird, scheint es zweckmäßig, diesem unter gewissen Umständen einen Anspruch, der über den allgemeinen deliktischen Anspruch hinausgeht, zuzubilligen.³³⁰

In den Fällen von Rat und Auskunft erleidet auch der besonders exponierte Dritte für gewöhnlich bloße Vermögensschäden, die dadurch entstehen, er den falschen Rat befolgt oder im Vertrauen auf die falsche Auskunft nachteilige Dispositionen trifft. Die Behandlung bloßer Vermögensschäden besonders exponierter Dritter ist grundsätzlich strittig³³¹, jedoch wird in den Bereichen von Gutachten und Auskünften ausnahmslos der Ersatz bloßer Vermögensschäden gewährt.³³²

Lehre und Rechtsprechung sehen als Lösungsansätze einerseits den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, andererseits objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten des Sachverständigen die sich auf Dritte erstrecken, vor.³³³

³²⁹ *Canaris*, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten in FS für Karl Larenz zum 80. Geburtstag (1983) 88 ff.; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil³ (1997) Rz 4/43.

³³⁰ *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter (2006) 16 ff.

³³¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht BT II² 87 f, *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² II 136; so auch *Posch*, Produzentenhaftung in Österreich de lege lata et de lege ferenda (1982) 122.

³³² OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258= JBl 1997, 524.

³³³ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258= JBl 1997, 524 (674) (Anm Harrer).

4.2.1 Die Entscheidung Unterberger, OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g

Auch in Entscheidung *Unterberger* setzte sich der OGH mit der Frage auseinander, wie die Rechtsbeziehung zwischen Geschädigten und Kunstsachverständigem zu qualifizieren ist, wenn zwischen diesen kein direktes Vertragsverhältnis besteht.

Folgenden Sachverhalt galt es zu beurteilen:

Der Kläger ist Eigentümer eines Landschaftsbildes des bekannten Tiroler Malers *Franz Richard Unterberger*³³⁴ mit einem Motiv aus Amalfi: „*Kapuzinerkloster bei Sorrento*“, Öl auf Leinwand, 115 x 100 cm (im Folgenden Bild genannt). Er möchte dieses Bild im Herbst 2001 durch das Auktionshaus Galerie *Koller* in Zürich, Mitglied des Verbands der Schweizerischen Antiquare und Kunsthändler (im Folgenden Auktionshaus) versteigern lassen. Er nimmt Kontakt mit Cyrille Pierre Felix Koller, Kunsthändler und Auktionator (im Folgenden Auktionator) auf und übersendet Aufnahmen des Bildes. Der Auktionator teilt ihm mit, dass das Bild in den Herbst-Auktionskatalog passen würde, woraufhin der Eigentümer das Bild über eine Innsbrucker Speditionsfirma von Tirol in die Schweiz überstellen lässt.

Da das Auktionshaus gegenüber den Käufern die Echtheit der ersteigerten Bilder garantiert und von ihm verkaufte Bilder zurücknimmt, falls sich herausstellen sollte, dass es sich um eine Fälschung handelt, war es für das Auktionshaus Pflicht, das Bild genauestens zu prüfen. Zu diesem Zweck schließt das Auktionshaus einen Begutachtungsvertrag über dieses Bild mit der Beklagten ab. Die Beklagte ist dem Auktionshaus als Autorin einer Monographie und als die Experte in Fragen der Echtheit der Bilder des betreffenden Malers bekannt. Auch von verschiedenen international tätigen Auktionshäusern ist sie als Instanz für *Unterberger* gefragt. Sie ist außerordentliche Universitätsprofessorin am Institut für Kunstgeschichte der Universität Innsbruck und hat sich mit *Franz Richard Unterberger* und seiner

³³⁴ *Franz Richard Unterberger* (1837 – 1902), Tiroler Landschaftsmaler. Die sonnigen Küstenlandschaften der Adria, aber auch Venedig wurden für *Unterberger* bald zum Mittelpunkt seines künstlerischen Schaffens.

Landschaftsmalerei bereits in ihrer Dissertation³³⁵, einer Monographie sowie einem Buch und einem Werkverzeichnis befasst. Mit dieser Monographie gelang es der Beklagten, den Lebensweg *Franz Richard Unterbergers* sowie seine künstlerische Entwicklung und Stellung wissenschaftlich zu durchdringen. Das von ihr geschriebene Buch stellt erstmals ein vollständiges und gültiges Bild von der Künstlerpersönlichkeit *Franz Richard Unterberger* und seiner malerischen Leistung dar.

Die Kunstsachverständige verfasst auftragsgemäß eine Expertise über dieses Bild in welchem sie zu dem Schluss kommt, dass es sich bei dem vorliegenden Bild nicht um ein Original, sondern um eine Kopie handelt. Abgesehen davon, dass nicht einmal die Initialen des angegebenen Schöpfers richtig waren, fand sie auch nicht die „*bravouröse Farbperspektive und ganz spezifische Lichtstimmung*“³³⁶ im Bild umgesetzt. Weiters hält sie fest, dass *Unterberger* gegen Ende der 1990er Jahre auf den Weltmärkten so bekannt war, dass sich ein Kopieren des Bildes unter Anbringung seiner Signatur für den Fälscher lohnen könnte.

Die negative Expertise hat zur Folge, dass das Bild nicht in die Herbstauktion des Auktionshauses aufgenommen, sondern anstatt dessen wiederum an den Eigentümer zurückgestellt wird.

Der Eigentümer ist von der Echtheit des Bildes überzeugt und klagt die Expertin auf Schadenersatz. Er führt dazu aus, dass es ihr bewusst sein musste, dass sie in seine Rechte eingreife. Weiters sieht er sich von den Schutzwirkungen des abgeschlossenen Begutachtungsvertrages zwischen dem Auktionshaus und der Expertin erfasst und begehrt die Zahlung von € 3.494,27 sowie der entgangenen Zinsen, die anfielen, weil er das Bild nicht wie geplant versteigern und so einen bestehenden Kredit tilgen konnte. Zusätzlich verlangt er die Feststellung der Haftung der Beklagten ihm gegenüber für sämtliche zukünftigen Schäden und Nachteile, die ihm aus der unrichtigen Expertise vom 6. August 2001 betreffend das Ölgemälde „*Kapuzinerkloster bei Sorrento*“ (Amalfi) entstehen.

³³⁵ Moser, Franz Richard Unterberger. Zur Stellung der Salonmalerei im 19. Jahrhundert und ihre Bewertung heute (1984).

³³⁶ OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g.

Mit Hilfe eines weiteren Gutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen, der vor allem auf Grund seiner Tätigkeit für die *Sammlung Leopold* in Wien als erfahren und fachkundig gilt, gelingt es dem Kläger das Bezirksgericht Innsbruck davon zu überzeugen, dass das Bild echt und die Expertise falsch sei.

Auch das Landesgericht Innsbruck als Berufungsgericht verlässt sich auf das letztergangene Gutachten mit dem Echtheitszertifikat.

Der OGH hingegen hebt die beiden ergangenen Urteile auf und verweist das Verfahren zur Verfahrensergänzung an die Erstinstanz zurück, da nach Ansicht des OGH wesentliche Tatsachenfragen noch nicht geklärt waren.

Der OGH äußert Zweifel an den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen. Da es ihm jedoch verwehrt ist, die Tatsachenfeststellungen der unteren Instanzen abzuändern, bleibt ihm nur die Möglichkeit eines juristischen Kunstgriffes: Aufgrund fehlender Tatsachenfeststellungen hebt der OGH die Entscheidungen der unteren Instanzen auf und verweist die Rechtssache zur Verfahrensergänzung an das Bezirksgericht Innsbruck zurück. Es bedarf noch entsprechender Feststellungen, woraus sich konkret ergeben soll, dass der Eigentümer in den Schutzbereich des Vertrages zwischen dem Auktionshaus und der Expertin fällt. Nach Ansicht des OGH steht Dritten (wie hier dem Eigentümer), die außerhalb eines schuldrechtlichen Verhältnisses stehen nur ein eingeschränkter Vermögensschutz zu. Entgegen der Meinung der Unterinstanzen könne bei einem Gutachtensauftrag nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass der Eigentümer des Bildes vom Schutzzweck des Gutachtensauftrages mitumfasst ist. Selbst wenn es sich um ein negatives Gutachten handelt, kann nicht schon aufgrund der Natur des Geschäftes zwingend angenommen werden, dass das Gutachten auch an den Eigentümer weitergegeben wird und somit seine Interessen beeinträchtigt sind. Nicht der Eigentümer, sondern nur der Käufer sei vom Schutzzweck des Gutachtens umfasst, wenn dieser seine Kaufentscheidung aufgrund des Gutachtens trifft. Eine nähere Beurteilung kann jedoch erst erfolgen, nachdem der Gutachtenszweck festgestellt wurde.

Weiters hält der OGH fest, dass der Innsbrucker Expertin noch eine Chance bleiben müsse um zu beweisen, dass sie bei Erstellung des Gutachtens (unabhängig vom Ergebnis) sach- und fachgerecht vorgegangen ist.

In seiner rechtlichen Beurteilung führt der OGH zwei Lösungen an, die eine wie im Fall Unterberger zu beurteilende Haftung eines Sachverständigen gegenüber einen Dritten (also vom Auftraggeber verschiedenen Person) begründen können:

- a) Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter und
- b) die Haftung aufgrund der Verletzung von objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten.

Zunächst soll auf die vom OGH in der vorliegenden Unterberger Entscheidung näher ausgeführte Variante, nämlich den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, eingegangen werden:

4.2.2 Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter

Das Institut des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter führt zu einer quasi-vertraglichen Haftung zwischen Personen, die in keinem Vertragsverhältnis zueinander stehen.

Ähnlich wie bei einer Haftung aus *culpa in contrahendo*, kommt es zu einer Erweiterung der vertraglichen Schadenersatzpflicht³³⁷, doch bestehen die Hauptleistungspflichten nur gegenüber dem Vertragspartner, die Nebenpflichten (Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten) hingegen erstrecken sich auch auf bestimmte Dritte.³³⁸ Erfasst werden Dritte, die der Erfüllung besonders nahestehen, durch sie besonders gefährdet werden und der Interessenssphäre eines Vertragspartners angehören. Die Rechtsfigur wird nicht

³³⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 135.

³³⁸ OGH 1 Ob 536/86 SZ 59/51 = JBl 1986, 381; SZ 54/65; SZ 53/169 und 13; SZ 51/97 ua.; *Koziol*, Haftpflichtrecht BT II² 70.

im Gesetz geregelt, sondern wurde von der Lehre entwickelt und sodann von der Rechtsprechung aufgegriffen.

Rat und Auskunft zugunsten Dritter können als Haupt- oder Nebenleistung vereinbart werden. Durch eine ausdrückliche Einbeziehung eines Dritten durch die Parteien erstrecken sich die Haupt- oder Nebenleistungspflichten selbstverständlich auf diesen. In Zweifelsfällen, dh wenn die Einbeziehung nicht explizit erfolgt, müssen der wahre Parteiwille und somit der Umfang der Vertragswirkungen im Wege der objektiven Vertragsauslegung ermittelt werden. Diesfalls bedarf es einer vergleichbaren Vorgehensweise wie bei Ermittlung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs³³⁹, wobei mithilfe der Gedanken der Schutzzwecklehre die Grenzen der Schutzwirkungen des Vertrages zu ermitteln sind.³⁴⁰ Es gilt zu prüfen, ob der Besteller der Auskunft oder des Rates gerade oder auch die Interessen des Dritten mitberücksichtigen wollte.

In der *Unterberger*-Entscheidung vertritt der OGH die Meinung, dass ein Gutachten nicht bereits aufgrund der Natur des Geschäftes zwingend auch an den Eigentümer eines Gemäldes weitergegeben wird und insofern auch dessen Interessen beeinträchtigt. Grundsätzlich ist somit nur der Käufer vom Schutzzweck des Gutachtens umfasst, wenn dieser das Gutachten zur Grundlage seiner Kaufentscheidung macht.

Für eine Haftungsbegründung gegenüber Dritten bedarf es demnach eines übereinstimmenden Willens der Parteien, dass der Dritte einbezogen wird.

Im Fall *Unterberger* kann davon gerade nicht ausgegangen werden. Der Vertrag zwischen dem Auktionshaus und der Kunstsachverständigen umfasste eine Authentizitätsprüfung, da das Auktionshaus gegenüber späteren Käufern die Echtheit der versteigerten Objekte übernimmt. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem Auktionshaus war der Sachverständigen nicht bekannt, dass das Gutachten an den Eigentümer weitergegeben wird. Auch eine nachträgliche Vertragsanpassung oder Ergänzung mit welcher dies vereinbart wurde, muss im vorliegenden Fall verneint werden.

³³⁹ Welser, Haftung 81.

³⁴⁰ Welser, Haftung 84.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die abstrakte Möglichkeit einer Weitergabe durch den Besteller an Außenstehende nicht als ausreichend empfunden wird.³⁴¹ Demzufolge kann die nachträgliche Mitbenützung des Gutachtens, unabhängig ob rechtswidrig, rechtskonform, entgeltlich oder unentgeltlich, kein hinreichendes Kriterium für eine Haftungserweiterung sein. Im Fall *Unterberger* kann meines Erachtens von einer „Mitbenützung“ ausgegangen werden, die, da die Weitergabe des Gutachtens der Sachverständigen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, wie auch zu keinem späteren Zeitpunkt bekannt war, den Eigentümer nicht in den Schutzbereich des Vertrages zwischen dem Auktionshaus und der Sachverständigen einbeziehen kann.

Zusätzlich ist festzuhalten, dass zwischen den Parteien auch zu keinem späteren Zeitpunkt Abweichendes wie eine erlaubte Weitergabe des Gutachtens durch das Auktionshaus, vereinbart wurde.³⁴²

Der OGH³⁴³ überlässt es grundsätzlich den Parteien, inwiefern sie Dritte in den besonderen vertraglichen Schutz durch ihre rechtsgeschäftliche Vereinbarung einbeziehen wollen. Er stellt dabei zunächst auf eine ausdrückliche Einbeziehung durch die Parteien ab. In der Praxis ist dies jedoch nicht üblich, da für die Parteien gewöhnlich die Hauptleistung im Mittelpunkt steht und sie bezüglich der Nebenleistungen auf den Schutz der Gesetze vertrauen. Diese Gewohnheit zeigt sich darin bestätigt, dass bislang noch keine höchstgerichtlichen Urteile betreffend vertragliche Schadenersatzansprüche Dritter auf der Grundlage eines ausdrücklich vereinbarten Drittschutzes ergangen sind.³⁴⁴

Demzufolge ist in den meisten Fällen der Parteiwille mithilfe der einfachen Vertragsauslegung zu ermitteln. Gemäß § 914 ABGB ist hiebei auf den Wortsinn der Erklärung in seiner gewöhnlichen Bedeutung abzustellen. Dabei kann aus der Übung des redlichen Verkehrs oder durch das Erkennen einer Verkehrssitte der hypothetische Parteiwille festgestellt werden.

³⁴¹ *Welser*, Haftung 84.

³⁴² Vgl OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g.

³⁴³ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258 = JBl 1997, 524 = ÖBA 1997, 646.

³⁴⁴ *Schmaranzer*, Schutzwirkungen 56.

Zusammenfassend darf konstatiert werden, dass wenn der redlich erkennbare Zweck eines Vertrages die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich vorsieht, bereits die einfache Vertragsauslegung einen Drittschutz begründen kann. Schwierig wird es allerdings bei Verträgen, bei denen konkrete Anhaltspunkte für den Vertragszweck fehlen und der Parteiwille nicht eindeutig feststellbar ist. In diesen Fällen empfiehlt es sich, die Schutz- und Sorgfaltspflichten im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln.³⁴⁵ Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen einer Vertragslücke, dh einer planwidrigen Unvollständigkeit. Eine Lücke kann vor allem angenommen werden, wenn entweder eine dispositive Regelung nicht besteht, eine solche ausdrücklich durch die Parteien ausgeschlossen wurde oder die Regelung für den konkreten Fall nicht sachgerecht, unbillig bzw unangemessen erscheint³⁴⁶. Auch *F. Bydlinski*³⁴⁷ schlägt vor, den Vertrag ausgehend vom tatsächlich Vereinbarten „zu Ende“ zu denken. Maßgebend für diese Vorgehensweise sind der hypothetische Parteiwille, Treu und Glaube sowie die Verkehrssitte.

4.2.2.1 Das Kriterium der Leistungsnähe

Die Rechtsprechung in Österreich hat, sich orientierend an der deutschen Judikatur, die drei folgenden Kriterien, die einen vertraglichen Drittschutz nahelegen, herausgearbeitet:

- die Leistungsnähe des Dritten,
- das Vorliegen einer Fürsorgepflicht des „Mittelsmannes“ für den Dritten sowie
- die Erkennbarkeit der Leistungsnähe und der Fürsorgepflicht für den Vertragspartner³⁴⁸.

³⁴⁵ *F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359.

³⁴⁶ *Rummel in Rummel*³ I § 1295 Rz 33a.

³⁴⁷ *F. Bydlinski in Klang/Gschnitzer*² IV, 185.

³⁴⁸ *Schmaranzer*, Schutzwirkungen, 65.

Die **Leistungsnähe** regelt das Verhältnis zwischen faktischem Schädiger und Dritten. Die Rsp sieht die Leistungsnähe als gegeben, wenn der Dritte bestimmungsgemäß mit der vertraglich geschuldeten Leistung in Kontakt kommt. Ein Dritter kommt dann bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung, wenn dies die Rechtsbeziehung zwischen Schädiger und „Mittelsmann“ vorsieht. Hierbei bedarf es eines besonderen Rechtsverhältnisses zwischen Schädiger und „Mittelsmann“, aufgrund dessen auch ein außenstehender Dritter mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Vertragsleistung in Kontakt gerät.³⁴⁹ Nur ein besonderes Gefahrenpotential, welches über das allgemeine typische Verkehrsrisiko hinausgeht, kann eine Leistungsnähe begründen. Dem faktischen Schädiger soll nur die Beeinträchtigung jener Drittinteressen zugerechnet werden, deren Schutz der Vertrag bezweckt. Ein Schutzzweck ist jedenfalls zu verneinen, wenn der geschädigte Dritte unerlaubt mit der Leistung in Kontakt gelangt, (wie beispielsweise der Untermieter bei verbotener Untermiete). Der OGH³⁵⁰ beurteilt die Leistungsnähe mitunter auch mit der Verweildauer des Dritten im typischen Gefahrenbereich.

4.2.2.2 Das Kriterium der Fürsorgepflicht

Das Erfordernis der **Fürsorgepflicht** wurde von *F. Bydlinski*³⁵¹ angedacht und in weiterer Folge vom OGH übernommen. Sie liegt vor, wenn der „Mittelsmann“ auf die Sicherheit des Dritten den gleichen Wert legt wie auf seine eigene. Das Fürsorgeverhältnis zwischen „Mittelsmann“ und dem Dritten kann auf Grundlage eines familienrechtlichen oder eines arbeits- oder sozialrechtlichen Verhältnisses beruhen, wobei eine Fürsorgepflicht nicht unbedingt erforderlich ist. Der „Mittelsmann“ kann auch ein sonstiges Interesse am Dritten haben oder nur die Absicht, den Dritten besonders zu begünstigen, ohne gleichzeitig einer bestehenden Pflicht nachzukommen.³⁵²

³⁴⁹ *F. Bydlinski*, JBl 1960, 362.

³⁵⁰ OGH 22.3.1988, 5 Ob 506/87.

³⁵¹ *F. Bydlinski* in JBl 1960, 363.

³⁵² *F. Bydlinski* in JBl 1960, 363.

4.2.2.3 Das Kriterium der Erkennbarkeit der Fürsorgepflicht

Mit der dritten Voraussetzung, der **Erkennbarkeit der Fürsorgepflicht** sowie des bestimmungsgemäßen Kontaktes mit der Hauptleistung, werden die Interessen des Schädigers mitberücksichtigt. Damit das Risiko für den Schädiger überschaubar und kalkulierbar bleibt, dürfen nur jene Dritte in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden, deren Einbeziehung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar ist. Die Leistungsnähe wie auch die Fürsorgepflicht müssen für den Schädiger erkennbar sein. Die Erkennbarkeit muss objektiv gegeben sein, dh es wird nicht die subjektive Kenntnis des konkreten Schädigers verlangt, vielmehr wird die objektive Möglichkeit der Kenntnisnahme als ausreichend angesehen.³⁵³

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter zwar als Haftungsgrundlage in Frage kommt, jedoch nur in jenen Fällen herangezogen werden sollte, in denen er in der Interessenslage auch tatsächlich genügend Anhaltspunkte findet.

Durch die Zuhilfenahme der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter dürfen keine Vertragslücken konstruiert werden, um das gewünschte Ergebnis zu erzielen, da dies zu einer Ausuferung der Haftung führen würde³⁵⁴.

Der Kunstsachverständige will den Kreis der Begünstigten möglichst klein halten, da sich durch jede Einbeziehung sein Haftungsrisiko vergrößert. Widerspricht die Einbeziehung eines Dritten der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Gutachtensauftraggeber, kann keine Fürsorgepflicht oder ein gewolltes Einbeziehen in die Schutzwirkungen des Vertrages abgeleitet werden.³⁵⁵

³⁵³ *Schmaranzer*, Schutzwirkungen 79.

³⁵⁴ *Lorenz*, Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft in FS Larenz (1973) 616.

³⁵⁵ *Welser* spricht in diesem Zusammenhang von einer „versteckten Denaturierung des Vertragsrechtes“, vgl *Welser*, Haftung 86.

Im Fall *Unterberger* kann dem Berufungsgericht unterstellt werden, von einem anders gelagerten Auktionshaus-Sachverhalt ausgegangen zu sein. Jenem Sachverhalt, bei dem Gutachten anlässlich der Einbringung eines Objektes zur Verfassung eines Auktionskataloges erstellt werden. Derartige Gutachten bezwecken die Information und Aufklärung zukünftiger Käufer, dh eines Dritten, wobei der Sachverständige sicherlich im Bewusstsein darüber ist, dass der Inhalt des Gutachtens auch Dritten zugänglich gemacht wird. Macht der spätere Käufer die Expertise zur Grundlage seiner Kaufentscheidung, bezieht er de facto die Hauptleistung des Begutachtungsvertrages ein und erfüllt somit die von ständiger Rechtsprechung geforderte Voraussetzung. Eine quasi-vertraglicher Schadenersatzanspruch des Dritten besteht in dieser Konstellation zurecht.

4.2.3 Die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen

Die neuere Lehre und Rechtsprechung stützt die Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten überwiegend auf die Verletzung objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten.³⁵⁶

Auch in der Entscheidung *Unterberger*³⁵⁷ führte der OGH diese Anspruchsgrundlage ins Treffen, jedoch unterbleibt ein näheres Eingehen darauf, da Tatsachenfeststellungen hinsichtlich der Frage, ob der Kläger (der Eigentümer des Bildes) vom Zweck des erstellten Gutachtens miterfasst war, fehlten.

Die Begründung objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten des Sachverständigen ist vor allem deshalb gefordert worden, da bei vertraglicher Grundlage die Parteien den Schutz Dritter leicht ausschließen können.

Die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten hingegen bestehen von Gesetzes wegen dh ein Ausschluss wäre ein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter und ist somit der Parteiendisposition entzogen. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis soll eine weitreichende Grundlage für selbständige Schutzpflichten schaffen und dem geschädigten Dritten einen eigenen (originären) Ersatzanspruch gegen den schädigenden Sachverständigen gewähren.³⁵⁸

4.2.3.1 Die Vertrauenshaftung als Grundlage

Als Vorbild für dieses Rechtsinstitut wurde die Lehre der culpa in contrahendo herangezogen. Die Schutzpflichten, die bereits im vorvertraglichen Schuldverhältnis bestehen, gelten ebenfalls nicht aufgrund einer Parteienübereinkunft, sondern aufgrund objektiven Gesetzesrechts.³⁵⁹ Die „besondere Legitimation“ für diese Pflichten werden in der Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des jeweiligen Gegenübers

³⁵⁶ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258 = JBl 1997, 524 = ecolex 1997, 844 (Anm *Wilhelm*) = ÖBA 1997, 646 = RdW 1997, 397; RIS-Justiz RS0017178 T4; Karner in ÖBA 2001, 893.

³⁵⁷ OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g.

³⁵⁸ *Schmaranzer*, Schutzwirkungen 134.

³⁵⁹ *Schmaranzer*, Schutzwirkungen 134.

gesehen.³⁶⁰ Als Rechtsgrundlage dieser Pflichten gilt der Grundsatz von Treu und Glauben, der das gesamte Verhalten der Vertragsparteien nach dem Maßstab des „*bonae fidei iudicium*“ beurteilt. Es ist eine notwendige Folge der Privatautonomie, da mit der Ausübung eigener Rechte Risiken für Dritte verhindert bzw verringert werden müssen. Der Vertrauensschutz hat seine Grundlage im Vertrauen, bei einer Schädigung einen entsprechenden (Risiko-) Ausgleich zu erhalten. Durch die besondere Einwirkungsmöglichkeit auch auf Rechtsgüter des Dritten entsteht ein unmittelbares gesetzliches Schuldverhältnis zwischen faktischem Schädiger und Drittem, unabhängig von jeglichem Parteiwillen. Eine Disposition über diese Pflichten ist, da sie eine Vereinbarung zu Lasten Dritter darstellen würde, unzulässig.³⁶¹

Als haftungsbegründende Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung gelten das Bestehen einer Sonderverbindung zwischen dem Gutachter und Drittem, die Inanspruchnahme und Gewährung des Vertrauens sowie die Schutzbedürftigkeit dieses Vertrauens.³⁶² Zu einer Vertrauenshaftung kann es nur dann kommen, wenn der vorliegende Sachverhalt geeignet ist, Vertrauen zu erwecken. Durch das so entstandene Vertrauensverhältnis entsteht eine Sonderbeziehung, die von einer auf der Deliktshaftung beruhenden Sonderbeziehung zu unterscheiden ist. Der Gutachter muss für seine Person Vertrauen in Anspruch nehmen dh er nimmt auf den Entscheidungswillen eines Dritten in der Weise Einfluss, dass dieser einen bestimmten Vertrag abschließt oder einen vorteilhaften Vertrag aufgrund des Gutachtens nicht abschließt.³⁶³

Die überwiegende Lehre³⁶⁴ bejaht das Bestehen von objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen im Sinne der Lehre von *Canaris*. Die Schutz- und Sorgfaltspflichten des Sachverständigen sind unter anderem auf die besondere Stellung des Sachverständigen in der Öffentlichkeit zurückzuführen. Der Sachverständige genießt das öffentliche Vertrauen hinsichtlich seiner Fachkunde und Fachkenntnisse, was wiederum seine besondere Haftung rechtfertigt.

³⁶⁰ *Canaris*, in FS Larenz II, 84 ff.

³⁶¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 146.

³⁶² *Canaris* in FS Larenz II, 85.

³⁶³ *Canaris*, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) 491.

³⁶⁴ *Welser*, Haftung 86.

*Welser*³⁶⁵ zufolge muss sich der Sachverständige Sorgfaltspflichten gegenüber allen Personen gefallen lassen, denen gegenüber er mit dem Anspruch auf Glaubwürdigkeit auftritt. Das Gutachten eines Sachverständigen genießt Autorität und kann einen Vertrauenstatbestand darstellen. Da der Sachverständige mit dem Anspruch auf Glaubwürdigkeit auftritt scheint es auch angemessen, ihm erweiterte Sorgfaltspflichten aufzuerlegen.

Schafft der Sachverständige mit seinem Gutachten einen Tatbestand, auf welchen ein Dritter vertraut und auch vertrauen darf, haftet er für den Schaden, den der Dritte aufgrund wirtschaftlicher Fehldispositionen im Vertrauen auf diesen Tatbestand (Gutachten) erleidet.

Als Rechtfertigung für die erweiterten Schutz- und Sorgfaltspflichten des Sachverständigen kann einerseits der „allgemeinen Vorteil“ des Sachverständigen, den er aus seiner Stellung in der Öffentlichkeit ableitet und andererseits die Möglichkeit der Risikoabgeltung durch den Vertragspartner angesehen werden³⁶⁶. Der Sachverständige kann sich das Risiko der Dritthaftung vom Vertragspartner abgelten lassen, sodass ein Teil seines Entgelts dieses Risiko erfasst bzw von einer allfälligen Haftpflichtversicherung gedeckt ist.

Zur Abgrenzung vom allgemeinen Deliktsrecht, insbesondere § 1300 ABGB, muss jedenfalls noch hinzutreten, dass der Rat oder die Auskunft ihrer äußeren Gestalt nach für bestimmte Personen eine geeignete Vertrauensgrundlage darstellt³⁶⁷. Der Kreis der betroffenen Personen wird, mit Hilfe der Verkehrsübung ermittelt. Eine Haftung ist von vornherein ausgeschlossen, wenn die Information – unter Berücksichtigung der Verkehrsübung- nicht für einen Dritten bestimmt ist.³⁶⁸ Auch der Zweck des Gutachtens muss ermittelt werden, da der Sachverständige nur innerhalb seiner Aufgabe als Sachverständiger zur Verantwortung gezogen werden kann.

³⁶⁵ *Welser*, Haftung 87.

³⁶⁶ *Welser*, Haftung 87.

³⁶⁷ *Welser*, Haftung 87.

³⁶⁸ Als Beispiel nennt *Welser* Rohentwürfe von Untersuchungen oder Berichte für den „internen Bereich“ eines Unternehmens.

Dabei ist stets von einem begrenzten Verwendungszweck des Gutachtens auszugehen. Selbst wenn der Gutachter weiß, dass seine Stellungnahme publiziert oder sonst verbreitet werden soll, kommt es zu keiner Verantwortlichkeit gegenüber beliebigen Personen. Das Vertrauen gegenüber sachkundigen Personen soll geschützt werden, wenn dem Dritten die Äußerung des Sachverständigen direkt zugänglich gemacht wird. Die Kenntnis einer Information nur vom „Hörensagen“ ist demnach keine geeignete Vertrauensgrundlage. Überhaupt ist die Weitergabe eines Gutachtens oder einer Auskunft nur dann eine geeignete Vertrauensgrundlage, wenn die Information in vollem Wortlaut oder zumindest inhaltlich unverändert und unter ausdrücklicher Bezugnahme weitergeleitet wird, sowie dass der Auskunftsgeber mit dieser Weitergabe rechnen musste.

4.2.3.2 Objektiv-rechtliche Schutzpflichten in der österr. Judikatur

Auch die österreichischen Gerichte haben die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten zur Begründung einer Haftung gegenüber Dritten übernommen³⁶⁹.

Die neuere Rechtsprechung will den Dritten bereits schützen, wenn das konkrete Gutachten eine Vertrauensgrundlage für den Dritten darstellt. In Anlehnung an *Welser*³⁷⁰ führt der OGH³⁷¹ hierzu aus, dass die Drittrichtung der Erklärung im Hinblick auf einen objektiv abgrenzbaren und überschaubaren Personenkreis gerichtet sein muss. Dem folgend verneint er eine Haftung gegenüber beliebigen Personen, wenn der Gutachter bloß damit rechnen kann, dass seine Stellungnahme einem Dritten als Dispositionsgrundlage dienen soll. Wie auch bei Vorliegen eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter kann die abstrakte Möglichkeit einer Weitergabe des Rates oder des Gutachtens, noch keine Haftung begründen.

³⁶⁹ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258 = JBl 1997, 524 (674) (Anm Harrer).

³⁷⁰ *Welser*, Haftung 85.

³⁷¹ Vgl *Karner* in ÖBA 2001, 893 und *derselbe* in *Koziol/Bollenberger/Bydlinski*, ABGB² Rz 3 zu § 1300.

4.2.3.3 Schutz des Dritten trotz gegenläufiger Interessen

Das Vorliegen von divergierenden Interessen zwischen Gutachtenbesteller und Dritten ist, anders als beim Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, noch kein hinreichender Grund, eine Haftung zu verneinen. Der Rechtsprechung folgend erstrecken sich die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen auf jene Dritte, die auf das Gutachten vertrauen und vertrauen dürfen dies unabhängig von den jeweiligen Interessen der betroffenen Vertragsparteien. Als Begründung lässt sich die gesetzliche Natur der Sorgfaltspflichten ins Treffen führen.³⁷²

Der OGH ließ im Falle der Expertise über die Urheberschaft von *Franz Richard Unterberger* offen, ob die Expertise auch Schutzwirkungen zugunsten des Eigentümers entfalte, da sich dies nicht aus der Natur der Sache ergibt.³⁷³

Dies ließe sich allenfalls für Erwerber des Gemäldes sagen, was allerdings aufgrund der „*Eigentümlichkeit*“ einer Expertise nur dann gelten kann, wenn eine Ausbietung in einer (hier beabsichtigten) Versteigerung entsprechend den Schlussfolgerungen der beklagten Gutachterin erfolgt wäre (Erkennbarkeit der Fürsorgepflicht).

4.2.3.4 Kritik

Gegen die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten wurde eingewendet, dass ein Schutzverhältnis nicht angenommen werden kann, wenn die beteiligten Subjekte nicht miteinander in Kontakt kommen.³⁷⁴ Neben dem gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnis kann nicht noch ein weiteres gegenüber Dritten unterstellt werden. *Welser*³⁷⁵ entkräftet diese Argumentation, indem er vorbringt, dass es dogmatisch zulässig ist, aus einem Tatbestand mehrere Sonderbeziehungen abzuleiten. Er vergleicht die Lage mit einem vorvertraglichen Schuldverhältnis.

³⁷² OGH 1 Ob 818/33 SZ 16/143.

³⁷³ OGH 3 Ob 67/05g JBl 2006, 178.

³⁷⁴ *Musielak*, Haftung 31 f.

³⁷⁵ *Welser*, Haftung 87.

Auch dort bestehen bereits vor rechtsgeschäftlichem Kontakt vorvertragliche Pflichten. Zu einer Haftung kommt es nur dann, wenn nachträglich der Kontakt hergestellt wird. Dies gilt auch für die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten. Die Sorgfalt ist geboten, weil die Äußerung (auch) für den Dritten bestimmt ist und dieser ihr vertrauen soll. Der erforderliche Kontakt folgt später nach, nämlich wenn die Erklärung bzw das Gutachten dem Dritten vorgelegt wird oder er entsprechende Kenntnis von dessen Inhalt erlangt.

4.3 Haftungsbeschränkungen

Mit einer Haftungsbeschränkung werden vor allem die Interessen des Kunstsachverständigen mitberücksichtigt. Allgemein versteht man unter einer Haftungsfreizeichnung eine zwischen Vertragsparteien getroffene Vereinbarung, nach welcher die Haftung im Voraus ausgeschlossen wird.

Kunstsachverständige sind naturgemäß bemüht, ihre Haftung möglichst einzuschränken oder überhaupt auszuschließen. Haftungsbegrenzungen haben aber auch für den Vertragspartner des Kunstsachverständigen eine wichtige Bedeutung, denn nur so kann vermieden werden, dass sich der Experte aus Angst vor dem Haftungsrisiko in nichtssagende Formulierungen flüchtet, oder die Übernahme des Gutachtensauftrages gänzlich ablehnt.³⁷⁶

Da der Gesetzgeber die Haftungsfreizeichnung nur sehr grob regelt, ist der Sachverständige auf eine privatautonome vertragliche Einschränkung angewiesen. Bei Prüfung der Zulässigkeit der Haftungsfreizeichnung ist zunächst zu unterscheiden, ob der Vertragspartner Unternehmer oder Verbraucher ist.

Der damit einhergehenden Einschränkung der Rechte einer der Parteien soll zunächst durch die „Gute-Sitten-Klausel“ des § 879 ABGB eine Grenze gesetzt werden, wobei grundsätzlich festzuhalten ist, dass ein genereller Haftungsausschluss jedenfalls unzulässig iSd § 879 ABGB und somit nichtig ist. Hinsichtlich einzelner Haftungsfreizeichnungsbestimmungen entspricht es der hM, dass Haftungsausschlüsse für Personenschäden unzulässig sind³⁷⁷, für Sachschäden darf im Anwendungsbereich des KSchG ein Ausschluss nur für leichte Fahrlässigkeit erfolgen.³⁷⁸

³⁷⁶ Schack, Kunst und Recht 80.

³⁷⁷ OGH 1 Ob 400/97y SZ 71/58 = JBl 1998, 511 = RdW 1998, 455 = ZVR 1999/37; JBl 2001, 590.

³⁷⁸ Vgl Koziol, Haftpflichtrecht AT³ Rz 18/1 ff; Krejci in Rummel³ I Rz 114 zu § 879, Welser, Haftung 102 ff; OGH 7 Ob 666/84 SZ 57/184 = JBl 1986, 168 = RdW 1985, 74; SZ 71/58 = JBl 1998, 511 = RdW 1998, 455 = ZVR 1999/37.

Zwischen Unternehmern nimmt vor allem die ältere Rechtsprechung³⁷⁹ die Unzulässigkeit eines Haftungsausschlusses bei grober Fahrlässigkeit an, die jüngere Rechtsprechung beschränkt diesen Ausschluss auf jene Fälle, in denen der Ausschluss in AGB³⁸⁰, unter Ausnützung einer Monopolstellung oder sonst durch wirtschaftlichen Druck zustande kam.³⁸¹ Mitunter wird auch darauf abgestellt, ob der Sorgfaltsverstoß derart krass sei, dass damit nach den Erfahrungen des täglichen Lebens und redlicher Verkehrsübung nicht gerechnet werden kann³⁸², sodass die grobe Fahrlässigkeit dem Vorsatz gleichzustellen ist.³⁸³

Im Folgenden werden die Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung gegenüber Dritten näher untersucht.

Eine Haftung des Dritten kann sich durch die Einbeziehung des Dritten in die Vertragswirkungen oder durch das Erstrecken der objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen auf den Dritten ergeben. Im Hinblick auf den Ausschluss der Haftung muss daher unterschieden werden.

4.3.1 Ausschluss der Haftung für Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter

Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter wirft in diesem Zusammenhang zwei Fragen auf: Einerseits jene, inwiefern sich ein Haftungsausschluss zwischen den Vertragsparteien auch auf den Dritten

³⁷⁹ 2 Rv 284/20 = SZ 2/104; OGH 8 Ob 51/63, JBl 1964, 147; OGH 8 Ob 254/68 SZ 41/139; OGH 4 Ob 565/68 JBl 1970, 201; OGH 7 Ob 826/76 MietSlg 29.202; OGH 5 Ob 707/78 JBl 1979, 483; OGH 2 Ob 41/94 = ZVR 1997, 271; Vgl auch die Übersicht bei *Edlbacher*, ZVR 1965, 113 (115).

³⁸⁰ Vgl OGH 25.4.1995, 4 Ob 522/95 (AGB einer Parkgarage).

³⁸¹ Vgl OGH 8 Ob 51/63 JBl 1964, 147; OGH 8 Ob 254/68 EvBl 1969/99; OGH 5 Ob 54/73 JBl 1974, 473.

³⁸² 6 Ob 72/58 SZ 31/57; 8 Ob 254/68 SZ 41/139; 2 Ob 108/74 SZ 48/67; 7 Ob 666/84 EvBl 1985/98; 6 Ob 836/83 JBl 1986, 172 (unüberprüfte Weitergabe einer Selbstauskunft durch Auskunftserteilung).

³⁸³ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1295 Rz 93.

erstreckt und andererseits die Frage, ob Vertragsparteien einen Dritten explizit von den Schutz- und Sorgfaltspflichten des Vertrages ausschließen können.³⁸⁴

Grundsätzlich wird vertreten, dass wenn die Verantwortlichkeit gegenüber Dritten aufgrund eines Vertrages zugunsten Dritter oder eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter besteht, der Ausschluss eines Dritten durch eine Willensübereinkunft der Vertragsparteien vereinbart werden kann.³⁸⁵ Dazu bedarf es nach keines technischen Haftungsausschlusses, da der Dritte gar nicht im Schuldverhältnis steht. Durch den bekannten gegenläufigen Willen der Vertragsparteien wird lediglich der ergänzenden Vertragsauslegung die Möglichkeit genommen, einen Dritten überhaupt einzubeziehen. Der Prüfungsmaßstab für die inhaltliche Sittenwidrigkeit ist ident mit jenem der Hauptparteien.

In diesem Sinne entschied auch der OGH³⁸⁶, allerdings im Zusammenhang mit der Haftungsfreizeichnung im Produkthaftungsrecht. In seiner Entscheidung führte der Oberste Gerichtshof aus, dass bei vertraglichen Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter ohne besondere Anhaltspunkte nicht angenommen werden kann, dass die Parteien dem Dritten einen Schutz gewähren wollen, den sie für sich selbst ausgeschlossen haben.

Der Haftungsausschluss auf vertraglicher Grundlage wird auch mit der Begründung bejaht, dass wenn die Parteien ausdrücklich übereinkommen, dass sie den Schutz eines Dritten nicht wollen, dh die Interessen des Dritten durch den Vertrag nicht mitberücksichtigt werden sollen, es bereits an einer wesentlichen Voraussetzung für das Bestehen eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter fehlt.³⁸⁷ Wird bereits das Vorliegen eines entsprechenden Vertrages, welcher Schutzwirkungen entfalten soll, verneint, stellt sich erst gar nicht die Frage nach einem Haftungsausschluss.

³⁸⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 103.

³⁸⁵ *Welser*, Haftung 86.

³⁸⁶ OGH 5 Ob 707/78 SZ 51/169 = JBl 1979, 483.

³⁸⁷ *Reischauer in Rummel*³ I § 1300 Rz 9.

4.3.2 Ausschluss der Haftung aufgrund objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten

Begründet sich die Haftung durch objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten, die sich auf den Dritten erstrecken, sind Teile der Lehre der Ansicht³⁸⁸, dass es keiner Parteienvereinbarung bedarf, um die Haftung zwischen den Vertragsparteien und dem Dritten auszuschließen. Die Haftung aufgrund objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten stellt eine Vertrauenshaftung dar. Vertrauenshaftungen wiederum können durch eine einseitige Erklärung, dh ohne Zustimmung des anderen Teils, ausgeschlossen werden. Daher wirkt die Freizeichnungsklausel auch gegenüber den Dritten, ungeachtet dessen, dass keine vertragliche Vereinbarung über den Haftungsausschluss mit ihm besteht. Dieses Ergebnis kann dahingehend begrüßt werden, da der Dritte im Endeffekt nicht besser gestellt werden soll als die Partei, von der er seinen Anspruch „ableitet“.³⁸⁹ Der Schutz des Dritten liegt darin begründet, dass der Rat, das Gutachten oder die Auskunft eine geeignete Vertrauensgrundlage, dh „vertrauensfähig“ sind. Daraus ist zu schließen, dass wenn der Dritte erkennen kann, dass die Information nicht für ihn bestimmt ist oder dass die Haftung gegenüber ihm nicht übernommen wird, er nicht schutzwürdig ist und somit keinen Anspruch gegenüber dem Schädiger geltend machen kann. Es genügt eine einseitige Erklärung des Rat- oder Auskunftgebers (Gutachters), um den Vertrauenstatbestand des Dritten zu „zerstören“.³⁹⁰

Auch bei objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten können die Rechte des Dritten nicht weitreichender sein als jene des Mittelsmannes. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung ist weiters die objektive Erkennbarkeit der Vereinbarung für den Dritten.³⁹¹

³⁸⁸ *Welser*, Haftung 108.

³⁸⁹ Vgl *Welser*, Haftung 108.

³⁹⁰ *Welser*, Haftung 108.

³⁹¹ *Welser*, Haftung 108.

*Koziol*³⁹² nimmt im Anschluss an den bereits im *Koziol/Welser* vertretenen Standpunkt an, dass die Schutzpflicht nicht auf dem Willen der Beteiligten, sondern auf objektivem Recht beruht. Er lehnt auch die von *F. Bydlinski*³⁹³ vorgeschlagene Zuhilfenahme der ergänzenden Vertragsauslegung ab und gelangt zu dem Ergebnis, dass die Schutzpflichten zugunsten Dritter aus dem Gesetz abzuleiten sind. Ein Abbedingen der gesetzlichen Pflichten ist folglich ein unzulässiger Vertrag zugunsten Dritter. Jeder Ausschluss wäre, ihm folgend, ein unzulässiger Vertrag zugunsten Dritter. Anders als *Welser* stellt *Koziol* jedoch nicht darauf ab, ob ein Haftungsausschluss dem Dritten objektiv erkennbar war, sondern hält ihn jedenfalls für unzulässig.

Der Oberste Gerichtshof³⁹⁴ lehnt, wie auch *F. Bydlinski* einen Ausschluss ab, wenn die Einbeziehung des Dritten aufgrund von objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten und somit von Gesetzes wegen erfolgt. Ein Ausschluss der von Gesetzes wegen bestehenden Sorgfaltspflichten durch eine Parteienvereinbarung wäre ein Vertrag zugunsten Dritter und somit unzulässig.

4.3.3 Exkurs: Zulässigkeit einer Haftungsfreizeichnung im Fall *Unterberger*

Im Folgenden wird anhand des Sachverhaltes der bereits dargestellten *Unterberger* Entscheidung die Zulässigkeit einer Haftungsfreizeichnung der Kunstsachverständigen gegenüber dem Auktionshaus diskutiert.

Zu diesem Zweck wird unterstellt, dass der Begutachtungsvertrag zwischen der Kunstsachverständigen und dem Auktionshaus eine entsprechende Freizeichnungsklausel enthält.

Vorweg ist festzuhalten, dass mit einer Haftungsfreizeichnung nicht die Schädigungshandlung als solche in Kauf genommen wird, sondern es werden die Konsequenzen der schädigenden Handlung in gewissem Umfang beschränkt.³⁹⁵

³⁹² *Koziol*, Grundfragen der Produkthaftung (1980) 20 ff.

³⁹³ *Bydlinski* in *Klang/Gschnitzer*² IV/2 169 ff.

³⁹⁴ OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258; vgl auch OGH 6 Ob 81/01g ÖBA 2002/1068.

³⁹⁵ Vgl *Krejci* in *Rummel*³ I Rz 113 ff zu § 879; sowie *Krejci* in *Rummel*³ I Rz 116 ff zu § 6 KSchG.

Durch die von der Kunstsachverständigen vorgenommene Tätigkeit, das Erstellen von Kunstexpertisen, liegt bei der Kunstsachverständigen die Unternehmereigenschaft iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG vor.³⁹⁶ Da auch das Auktionshaus ein Unternehmen im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes darstellt, liegt bei dem Begutachtungsvertrag ein beidseitig unternehmensbezogenes Geschäft vor. Für die Freizeichnungsklausel bedeutet dies, dass die Verbraucherschutzbestimmungen des KSchG³⁹⁷ im Verhältnis Kunstsachverständiger und Auktionshaus keine Anwendung finden.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen entgeltlichen Begutachtungsvertrag, was die Beurteilung der Grenze der Haftungsfreizeichnung schwieriger macht, als bei Vorliegen eines unentgeltlichen Vertrages. Gänzlich unentgeltliche Geschäfte, die ohne jegliche Gegenleistung bestehen, erlauben einen Haftungsausschluss bis zur Grenze des Vorsatzes. Die meines Erachtens legitime Rechtfertigung liegt im Fehlen einer sogenannten „*Risikoprämie*“.³⁹⁸

Im Rahmen des vorliegenden entgeltlichen Begutachtungsvertrages ist meiner Meinung nach eine Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit nicht zulässig. Der Ausschluss würde eine unseriöse Vertrauensenttäuschung zulassen bzw die Vertrauensbasis zwischen dem Auktionshaus und der Kunstsachverständigen verfälschen. Die Erstellung der vertragsgegenständlichen Expertise ist für das Auktionshaus nicht kontrollierbar. Die Innsbrucker Kunstsachverständige gilt als Koryphäe in Bezug auf *Unterberger*, für das Auktionshaus jedoch ist es nicht überprüfbar, ob die Expertin die entsprechenden Regeln ihrer Kunst bei der Erstellung des konkreten Gutachtens auch walten lässt.

Rechtlich zulässig ist ein Ausschluss für grobe Fahrlässigkeit wenn die zu leistende Tätigkeit genau festgelegt wird oder wenn das Ausmaß der „zulässigen Fahrlässigkeit“ der Leistung genau beschrieben wird³⁹⁹.

³⁹⁶ Ein Unternehmen im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

³⁹⁷ Vgl ua § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, § 6 Abs 2 Z 5 KSchG.

³⁹⁸ *Welser*, Haftung 106.

³⁹⁹ *Welser*, Haftung 107.

Im vorliegenden Fall wird das beratene Auktionshaus davon ausgehen, dass die erhaltene Expertise aufgrund der geringeren Sorgfaltsanwendung durch die Expertin einen geringeren Wert hat. Eine weitere negative Folge ist, dass der Haftungsausschluss zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zweifellos eine negative Auswirkung auf das Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten hat.

Die im Fall *Unterberger* beauftragte Expertin ist Autorin einer Monographie und als die Expertin in Fragen der Echtheit der Bilder des betreffenden Malers bekannt. Auch von verschiedenen international tätigen Auktionshäusern ist sie als Instanz für *Unterberger* gefragt. Wie bereits in Kapitel 1 näher ausgeführt, unterscheiden sich die einzelnen Kunstsachverständigen aufgrund ihrer Spezialisierungen wesentlich voneinander, daher ist es auch weitaus schwieriger ein Zweitgutachten von einem Sachverständigen mit vergleichbarem Fachwissen auf demselben Niveau einzuholen.

Das umfassende Expertenwissen über *Franz Richard Unterberger* verschafft der Kunstsachverständigen eine Sonderstellung. Am europäischen Kunstmarkt ist sie die einzige Sachverständige, die ein Gutachten dieser Art über *Unterberger* anbieten kann. Daraus ist meines Erachtens zu schließen, dass ein Ausschluss ihrerseits für eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit aufgrund ihrer Monopolstellung rechtlich nicht zulässig ist. Die Befürchtung besteht auf Grund der Gefahr, dass der Sachverständige seine Vertragspartner dermaßen unter Druck setzen kann und so für ihn günstige Vertragsbestimmungen zu erreichen. Unter diesen Voraussetzungen scheint eine Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit meines Erachtens nicht mit der Sittenwidrigkeitsklausel des § 879 ABGB vereinbar.

4.3.4 Verkürzung der Verjährung

Auch durch die Verkürzung der Verjährungsfrist kann eine Beschränkung der Haftung erreicht werden. § 1502 ABGB bestimmt, dass die Verjährung weder im Voraus entsagt, noch dass eine längere Verjährungsfrist, als die durch die Gesetze bestimmte, bedungen werden kann.

Eine Verkürzung der Verjährungsfrist ist für abdingbare aber auch für zwingende gesetzliche Ansprüche⁴⁰⁰ grundsätzlich zulässig. Die uneingeschränkte Zulässigkeit gilt jedoch nur für Fällen, in denen sich zumindest annähernd gleich starke Vertragspartner gegenüberstehen. Für Verbrauchergeschäfte kann daher eine Verkürzung der Verjährung ausgeschlossen werden, da die Verkürzung eine Einschränkung des Schadenersatzanspruches bewirkt, welche nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG als unzulässiger Vertragsbestandteil gewertet wird.

Zwischen Unternehmern darf eine entsprechende Verkürzungsvereinbarung getroffen werden, jedoch unterliegt sie der Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 879 ABGB. Die Vereinbarung hält dieser Kontrolle nicht stand, wenn die Geltendmachung von Ansprüchen beispielsweise durch eine unangemessen kurze Frist ohne sachlichen Grund erschwert wird.⁴⁰¹

Der OGH bejahte die gröbliche Benachteiligung und somit die Sittenwidrigkeit einer in AGB getroffenen Vereinbarung zwischen Kaufleuten, wonach die 3-Jahres-Frist für Schadenersatzansprüche schon mit Lieferung der Kaufsache begann.⁴⁰²

⁴⁰⁰ stRsp in Arbeitsrechtssachen vgl ua OGH 3 Ob 529/77 SZ 51/97.

⁴⁰¹ R. Madl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1502 Rz 9.

⁴⁰² OGH 4 Ob 279/04i EvBl 2005/134; RIS-Justiz RS0119755.

4.4 Nachvertragliche Aufklärungspflichten des Verkäufers

Auch ein Verstoß gegen nachvertragliche Aufklärungspflichten kann eine Schadenersatzpflicht begründen.

In der Entscheidung *Laske*⁴⁰³ galt es zu beurteilen, inwieweit den Verkäufer eines Kunstgegenstandes nachträgliche Sorgfalts- und Aufklärungspflichten treffen, wenn er nach Abschluss des Kaufvertrages mit Zweifel hinsichtlich der Echtheit der Kaufgegenstandes konfrontiert wird.

Unmissverständlich stellte der OGH klar, dass sich die Klägerin, im vorliegenden Fall die Käuferin, nicht auf eine gesetzliche, zu besonderer nachvertraglicher Sorgfalt verpflichtende Bestimmung berufen kann.

Grundsätzlich bejahen Lehre⁴⁰⁴ und Rechtsprechung⁴⁰⁵ entsprechend den Rechten aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen auch nachvertragliche Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten, die dem Vertragspartner gegenüber zu redlichem und im Hinblick auf seine Rechtsgüter zu sorgfältigem Verhalten verpflichten. Die genannten nachvertraglichen Pflichten können sich unmittelbar aus einer gesetzlichen Bestimmung⁴⁰⁶, sowie aus der an der Übung des redlichen Verkehrs orientierten Vertragsauslegung im Sinne des § 914 ABGB ergeben. Von den nachvertraglichen Pflichten überwiegend betroffen sind absolut geschützte Rechtsgüter, wie beispielsweise der Schutz der körperlichen Unversehrtheit.⁴⁰⁷ Die Rechtsprechung⁴⁰⁸ gewährt einen Anspruch basierend auf nachvertragliche Pflichten, wenn die Qualität des geschützten Rechtsguts, ermittelt durch eine Interessenabwägung, für eine Erweiterung der Schutz- und Sorgfaltspflichten spricht. In Einzelfällen wurde eine nachvertragliche Pflicht auch dann bejaht, wenn dem früheren Vertragspartner ein eindeutiger Vorteil, hingegen dem (früheren) Schuldner kein Nachteil erwuchs.⁴⁰⁹

⁴⁰³ OGH 16.11.2009, 9 Ob 13/09s; Der Sachverhalt der gegenständlichen Entscheidung wurde in Kapitel 3 ausführlich dargestellt.

⁴⁰⁴ *Rummel in Rummel*³ I § 859 Rz 30; *Binder in Schwimann*³ IV § 914 Rz 232.

⁴⁰⁵ OGH 19.12.2000, 1 Ob 93/00h; SZ 60/50.

⁴⁰⁶ Vgl die Interessenswahrungspflicht des Handelsvertreters gegenüber dem Geschäftsherrn nach § 2HVG bzw § 5 HVG.

⁴⁰⁷ Als Beispiel kann die Warnung bzw die Rückholung einer gefährlichen Ware genannt werden.

⁴⁰⁸ OGH 16.09.1998, 3 Ob 68/98s.

⁴⁰⁹ OGH SZ 36/68, SZ 60/50, JBl 1987, 782.

In der geschilderten Laske Entscheidung wurde der beklagte Verkäufer nachträglich mit Zweifel hinsichtlich der Echtheit von durch ihn verkaufte Bilder konfrontiert, die aus derselben Bezugsquelle stammten, wie das streitgegenständliche Bild. Bereits das Berufungsgericht hat meines Erachtens zutreffend festgestellt, dass diese Zweifel dem Beklagten als Kunstsachverständigen, welcher dieser gar nicht teilte, nicht zu einem aktiven Handeln gegenüber der Klägerin verpflichtet haben.

Auch aus später folgenden Geschäftsbeziehungen zwischen Klägerin und Beklagten, die in keinem Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Vertragsverhältnis standen, kann keine Verpflichtung zum Aufklären und Mitteilen der unbestätigten Zweifel und somit auch keine nachvertragliche Pflichtverletzung abgeleitet werden.

4.5 Exkurs: Zivilrechtliche Ansprüche im Falle einer Kunstfälschung

Erwirbt ein Käufer ein Kunstwerk und stellt sich anschließend heraus, dass es sich um eine Fälschung handelt, so wird er sich zunächst an seinen Verkäufer wenden und all jene Rechtsbehelfe geltend machen, die das ABGB im Fall einer Schlechterfüllung vorsieht. Dies sind die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum, Arglist und Täuschung, *laesio enormis* sowie die Geltendmachung von Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüchen.

Zusätzlich steht dem geschädigten Käufer jedenfalls auch die Möglichkeit offen, seinen erlittenen Schaden auf den Kunstsachverständigen zu übertragen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Kunstsachverständige ein fehlerhaftes Gutachten schuldhaft erstellt hat und der Käufer daraufhin einen Schaden erleidet.

Da der Käufer jedoch zunächst versuchen wird, den Vertrag über das gefälschte Werk zu beseitigen und rückabzuwickeln, werden im Folgenden die zivilrechtlichen Ansprüche gegen den Verkäufer erörtert.

4.5.1 Die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum gemäß § 871 ABGB

Dem Käufer einer Kunstfälschung steht zunächst die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung gemäß § 871 ABGB innerhalb einer Frist von drei Jahren zu. Damit beruft er sich auf eine falsche, unzutreffende bzw mangelhafte Vorstellung von der Wirklichkeit. In seinem Fall macht er eine falsche Vorstellung von der Echtheit des erworbenen Kunstwerkes geltend.

Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung eines Irrtums ist weiters das Vorliegen eines Geschäftsirrtums, sowie, dass der Irrtum vom Verkäufer entweder veranlasst worden ist, diesem hätte aus den Umständen offenbar auffallen müssen oder vom Verkäufer rechtzeitig aufzuklären gewesen wäre.⁴¹⁰

In den meisten Fällen kann davon ausgegangen werden, dass der Käufer einem Irrtum unterliegt und davon ausgeht, ein Original zu erwerben und dass dieser Irrtum auch kausal für den Abschluss des Vertrages war.

Vor allem wenn spekulative Interessen im Vordergrund des Kaufgeschäftes stehen und der Käufer das erworbene Kunstwerk auch als Investitionsobjekt ansieht, liegt sein ausschließliches Interesse im Erwerb eines Originals. Dieses große Interesse des Erwerbers an der Originalität des Kaufgegenstandes bewirkt auch die Qualifikation des Irrtums zu einem beachtlichen Geschäftsirrtum, da die Echtheit im Regelfall Inhalt des Kaufvertrages wird und der Käufer über eine für das Geschäft bedeutsame Eigenschaft im Sinne des § 871 ABGB irrt.⁴¹¹

Vor allem beim Erwerb eines Kunstwerkes im Rahmen einer Auktion ist das Vorliegen eines Geschäftsirrtums ohne Schwierigkeiten nachzuweisen, wenn der Kunstgegenstand im Auktionskatalog unter Anführung der Urheberschaft eines bestimmten Künstlers dargestellt wird. Bei allen im Katalogtext beschriebenen Eigenschaften handelt es sich um zugesicherte Eigenschaften, die Inhalt des Kaufvertrages werden.

⁴¹⁰ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 871 Rz 22 mwN; Rummel in Rummel³ I § 871 Rz 23 mwN.

⁴¹¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I 151; Rummel in Rummel³ I § 871 Rz 3.

Die drei Alternativvoraussetzungen die „*Veranlassung*“, das „*hätte auffallen müssen*“ sowie das „*rechtzeitig aufgeklärt*“⁴¹² stellen den Irrenden vor keine schwer bewältigbaren Beweisschwierigkeiten, da die Unterlassung der verkehrsüblichen Aufklärung durch den Kunsthändler über die Tatsache, dass die Echtheit des Kunstwerkes nicht außer Zweifel steht, bereits ausreicht. Derartige Aufklärungen im Kunsthandel gelten als verkehrsüblich.⁴¹³

Wenn dem Käufer auch noch hätte auffallen müssen, dass der Käufer von dem Erwerb eines Originals ausgeht, obwohl ihm dies nicht vom Veräußerer zugesichert wurde und es sich tatsächlich nicht um ein solches handelt, so liegt auch eine der Alternativvoraussetzungen vor, womit eine Irrtumsanfechtung zulässig wird.

Auch gegenüber einem Verkäufer, den kein Verschulden am Verursachen oder am Nichtauffallen des Irrtums trifft, kann die Anfechtung und Rückabwicklung des Kaufvertrages wegen Irrtum geltend gemacht werden.

Zu berücksichtigen bleibt allerdings die relativ kurze Verjährungsfrist von drei Jahren ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, die den Rechtsbehelf häufig obsolet werden lässt, da die Fälschungseigenschaft oft erst nach Ablauf dieser Frist offenkundig wird.⁴¹⁴

4.5.2 Die Anfechtung des Vertrages wegen List

List als eine Sonderform der Irrtumsanfechtung, setzt die bewusste Herbeiführung eines Irrtums beim Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraus.⁴¹⁵

⁴¹² Vgl § 871 Abs 1 ABGB „*War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.*“

⁴¹³ *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht*¹³ I 156; siehe auch *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB*² § 871 Rz 14 mwN; *Rummel in Rummel*³ I § 871 Rz 15; *Härth, Original und Fälschung* 194.

⁴¹⁴ *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB*² § 871 Rz 16.

⁴¹⁵ § 870 ABGB lautet wie folgt: „*Wer von dem anderen Teile durch List oder durch ungerechte und gegründete Furcht (§ 55) zu einem Verträge veranlaßt worden, ist ihn zu halten nicht verbunden.*“

Die bewusste Täuschung liegt vor, wenn der Erklärende vorsätzlich durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen zur Willensäußerung bewegt wird.⁴¹⁶

Unter den Tatbestand des § 870 ABGB fällt nicht nur die aktive Irreführung, sondern auch das Unterlassen einer Aufklärung zu der der Vertragspartner verpflichtet gewesen wäre. So ist auch das Schweigen als arglistiges Verhalten zu deuten, wenn ein Teil in einem Irrtum befangen ist und sein Gegenüber den Irrtum bewusst ausnutzt.⁴¹⁷

Wie bereits oben näher ausgeführt kann davon ausgegangen werden, dass eine Aufklärung über Zweifel an der Echtheit eines Werkes durch den Verkäufer im Kunsthandel üblich ist. Auf die Besonderheiten des Kunstmarktes wurde in einem vorangegangenen Kapitel bereits ausführlich eingegangen, an dieser Stelle soll nur das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, welches den Kunsthandel entscheidend prägt, in Erinnerung gerufen werden. Insbesondere das Vertrauen des Käufers auf die Tatsache, dass die offerierten Kunstgegenstände der angegebenen Qualität und Authentizität gerecht werden, soll dadurch geschützt werden.

Der sogleich geschilderte Fall erregte internationales Aufsehen und stellt ein Beispiel für Arglist bei Abschluss von Kaufverträgen über Kunstwerke dar:

Die *Park West Gallery*⁴¹⁸ ist eine 1969 gegründete Kunstgalerie, die hauptsächlich auf Kreuzfahrtschiffen Kunstauktionen durchführt. Nach Angaben des Unternehmens erzielte es die Hälfte seines Umsatzes (300 bis 400 Millionen Dollar) durch den Verkauf von Kunstgegenständen auf Luxuskreuzfahrtschiffen, wobei es auf etwa 85 Luxuslinern seine Waren anbot. In den letzten Jahren kam es vermehrt zu Beschwerden und Gerichtsverfahren, da sich Käufer einerseits auf Grund des Preis – Leistung – Verhältnisses, andererseits aufgrund der Irreführung durch die Verkäufer in ihren Rechten verletzt sahen.

Angestellte der *Park West Gallery* boten unter Zuhilfenahme gefälschter Expertisen unter anderem gefälschte Druckserien von *Salvador Dali* und

⁴¹⁶ Vgl OGH SZ 67/170; JBI 1996, 174; ÖBA 1996, 382.

⁴¹⁷ *Rummel in Rummel*³ I § 870 Rz 4; *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² § 871 Rz 23 mwN.

⁴¹⁸ <http://www.parkwestgallery.com/>, aufgerufen am 16.11.2012.

bewarben diese als „*besonders wertvoll*“ und „*besonders selten*“. Folglich erworben zahlreiche Kreuzfahrtpassagiere zu überhöhten Preisen Werke von ungesicherter Provenienz.

In den folgenden Sammelklagen wird dem Versteigerungsunternehmen „*bis in Detail geplanter Betrug*“ vorgeworfen. Die listige Irreführung durch die Verkäufer und das Ausnützen unerfahrener Käufer erfüllt nicht nur den Tatbestand des § 870 ABGB, sondern begründet unter Umständen auch eine strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens.⁴¹⁹

Die Frist zur Anfechtung eines Vertrages wegen List beträgt 30 Jahre ab Vertragsabschluss.⁴²⁰ Dies stellt zunächst einen Vorteil im Vergleich zur kurzen drei Jahres Frist bei der Irrtumsanfechtung dar. Allerdings stellt sich den getäuschten Käufer die Schwierigkeit der Beweislast für das Vorliegen der List bei dem Vertragspartner.⁴²¹

⁴¹⁹ Kunstbetrug auf Kreuzfahrtschiffen?, <http://news1.orf.at/090723-40788/> vom 4.8.2009.

⁴²⁰ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 871 Rz 8 mwN.

⁴²¹ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 871 Rz 3.

4.5.3 Die Anfechtung des Vertrages wegen *laesio enormis*

Das Rechtsmittel der Verkürzung über die Hälfte beruht auf dem Gedanken der objektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung.⁴²² Im Rahmen der Privatautonomie steht es den Vertragsparteien grundsätzlich frei über Leistung und Entgelt zu bestimmen und so über die Werte allein zu urteilen (subjektive Äquivalenz). Das ABGB sieht jedoch in § 934 ABGB⁴²³ vor, dass die Aufhebung des Vertrages möglich ist, wenn das Verhältnis der objektiven Werte zueinander außergewöhnlich gestört ist. Erhält bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft eine Vertragspartei nicht einmal die Hälfte des gemeinen Wertes der von ihr erbrachten Gegenleistung, so kann der objektiv verkürzte Teil die Aufhebung und Rückabwicklung des Vertrages fordern. Durch Aufzahlung auf den gemeinen Wert kann der verkürzende Vertragspartner dies verhindern.⁴²⁴

Um eine gravierende Abweichung von der objektiven Äquivalenz feststellen zu können, muss zunächst der Frage nach dem „gemeinen Wert“ von Kunstwerken nachgegangen werden. Eine detaillierte Darstellung der bestehenden Lehrmeinungen und der aktuellen Rechtsprechung zu dieser Fragestellung erfolgte bereits in Kapitel zwei. Als Ergebnis in Hinblick auf den „gemeinen Wert“ im Kunstkauf kann Folgendes festgehalten werden:

⁴²² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 93 ff.

⁴²³ § 934 ABGB: „Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Teile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Teile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werte zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältnis des Wertes wird nach dem Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes bestimmt.“

⁴²⁴ Reischauer in Rummel³ I § 934 Rz 2; Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 934 Rz 1.

- Der „*gemeine Wert*“ gemäß § 934 ABGB entspricht dem „*gemeinen Preis*“ nach § 305 ABGB;⁴²⁵
- Kunstwerke, die am Markt in Erscheinung treten besitzen in der Regel einen Marktwert;⁴²⁶
- Kunstwerke sind eine „*schätzbare Sache*“ im Sinne des § 303 ABGB,⁴²⁷ einem Kunstsachverständigen ist es möglich, den Wert zu bestimmen;
- Der Marktpreis eines Kunstwerkes lässt sich nicht auf einen Fixpreis festlegen, jedoch ist eine Eingrenzung des Wertes zwischen einer Unter- und einer Obergrenze möglich.

*Zemen*⁴²⁸ schlägt für die konkrete Ermittlung des gemeinen Wertes vor, bei einer Anfechtung durch den Verkäufer an der Untergrenze, bei der Anfechtung durch den Käufer hingegen an der Obergrenze der Preisspanne anzuknüpfen. Dadurch führt der Rechtsbehelf der *laesio enormis* im Bereich des Kunstkaufes zu angemessenen Lösungen und wird auf jene Fälle beschränkt, in denen das Missverhältnis zwischen dem wahren Wert und dem gezahlten Kaufpreis besonders gravierend ist.

Die Beweislast für das grobe Missverhältnis trägt meist der Kunstkäufer, von dem in den überwiegenden Fällen die Initiative zur Anfechtung des Vertrages wegen *laesio enormis* ausgehen wird. Dieser muss zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch in Unkenntnis über den wahren Wert der Ware gewesen sein.

Für gewöhnlich kann davon ausgegangen werden, dass eine erworbene Fälschung eines Kunstwerkes weniger als die Hälfte des objektiven Wertes des Originales hat. Handelt es sich jedoch um eine Fälschung einer antiken Skulptur, die etwa zeitgleich mit dem originalen Kunstwerk entstanden ist, so muss dies nicht der Fall sein. Auch Fälschungen können einen beachtlichen

⁴²⁵ § 305 ABGB: „Wird eine Sache nach dem Nutzen geschätzt, den sie mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet, so fällt der ordentliche und gemeine Preis aus; nimmt man aber auf die besonderen Verhältnisse und auf die in zufälligen Eigenschaften der Sache gegründete besondere Vorliebe desjenigen, dem der Wert ersetzt werden muss, Rücksicht, so entsteht ein außerordentlicher Preis.“; vgl *Zemen*, ÖJZ 1997, 215 f.

⁴²⁶ *Reischauer in Rummel*³ I § 934 Rz 3.

⁴²⁷ § 303 ABGB: „Schätzbare Sachen sind diejenigen, deren Wert durch Vergleichung mit andern zum Verkehre bestimmt werden kann; darunter gehören auch Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten. Sachen hingegen, deren Wert durch keine Vergleichung mit andern im Verkehre befindlichen Sachen bestimmt werden kann, heißen unschätzbare Sachen.

⁴²⁸ *Zemen*, ÖJZ 1997, 215 f.

Wert vorweisen, womit das objektive Wertverhältnis nicht das erforderliche Missverhältnis darstellt und somit eine Anfechtung wegen *laesio enormis* nicht möglich ist.⁴²⁹

Die Bestimmung des § 935 ABGB sieht vor, dass das Rechtsmittel der *laesio enormis* nicht ausgeschlossen werden kann, jedoch dann keine Anwendung findet, wenn der Erwerber erklärt hat, die Sache zum vereinbarte Entgelt aus besonderer Vorliebe zu übernehmen, wenn er ihren wahren Wert gekannt hat, wenn die Parteien eine gemischte Schenkung vereinbaren oder wenn die Sache in einer gerichtlichen Versteigerung erworben wurde.⁴³⁰

Auch hier besteht für die Geltendmachung des Rechtsbehelfes eine Frist von drei Jahren ab Abschluss des Vertrages dh der durch die Inäquivalenz zwischen Kaufgegenstand und Kaufpreis eingetretene Schaden kann mithilfe der *laesio enormis* nur innerhalb dieses Zeitraumes geltend gemacht werden.⁴³¹

4.5.4 Gewährleistung im Kunstkauf

Die Gewährleistung ist die verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners für Sach- und Rechtsmängel, die seine Leistung bei Erbringung aufweist. Der Rechtsbehelf der Gewährleistung ist in § 922 ABGB⁴³² gesetzlich angeordnet und bezweckt die Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei entgeltlichen Verträgen.

Anknüpfungspunkt für die Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe ist die Abweichung von der subjektiven Äquivalenz, die durch eine mangelhafte Leistung verursacht wird. Um die Mangelhaftigkeit der erbrachten Leistung feststellen zu können, muss der Vertragsinhalt und die vertraglich geschuldete Leistung feststehen, da ein Mangel eine Abweichung vom vertraglich Geschuldeten darstellt.

⁴²⁹ Härth, Original und Fälschung 198.

⁴³⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 94.

⁴³¹ Reischauer in Rummel³ I § 934 Rz 3.

⁴³² § 922 Abs 1 ABGB: „Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann.“

Der Inhalt eines Kaufvertrages über ein Kunstwerk welcher im Rahmen einer Kunstauktion abgeschlossen wird, wird maßgeblich von dem Katalogtext des Auktionshauses über das vertragsgegenständliche Kunstwerk beeinflusst.

Zunächst dient der Auktionskatalog der Information des potentiellen Käufers, entscheidet er sich sodann das Kunstwerk zu erwerben, so gibt er sein Kaufangebot auf der Grundlage des Katalogtextes ab, die Angaben im Ausstellungskatalog werden somit Inhalt des Kaufvertrages.⁴³³

Die Mangelhaftigkeit manifestiert sich einerseits in der Abweichung von ausdrücklich bedungenen Eigenschaften, andererseits im Fehlen gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften. Eine zugesicherte Eigenschaft kann dann angenommen werden, wenn die Vertragsparteien ausdrücklich oder stillschweigend bestimmte Eigenschaften zum Vertragsinhalt machen. Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften sind all jene, die aufgrund der Verkehrssitte von allen Beteiligten erwartet werden können.⁴³⁴

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern Objektbeschreibungen in Ausstellungskatalogen als zugesicherte Eigenschaften oder lediglich als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften zu deuten sind.

*Ramsauer*⁴³⁵ beschäftigt sich im Rahmen ihrer Dissertation mit dieser Fragestellung und kommt in Analogie zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung⁴³⁶ zu Angeboten in Urlaubskatalogen über Hotelbeschreibungen zu dem Ergebnis, dass es sich bei Angaben zur Authentizität eines Werkes um Eigenschaftszusicherungen handelt.

Angaben über die Maße und das Gewicht des Kunstwerkes, das Entstehungsjahr, die Technik sowie die Signatur sieht *Ramsauer* jedenfalls als verbindliche Zusage, Abbildungen gelten hingegen nur eingeschränkt als Zusicherung, da sie Farben sowie den Erhaltungszustand oft nur sehr eingeschränkt wiedergeben können.⁴³⁷

⁴³³ *Ramsauer*, Die Kunstauktion 174 f.

⁴³⁴ *Perner/Spitzer*, Bürgerliches Recht¹. Lernen, Wissen, Üben (2007) 166; *Reischauer* in *Rummel*³ I § 923 Rz 4.

⁴³⁵ *Ramsauer*, Die Kunstauktion 174 f.

⁴³⁶ OGH in JBl 1986, 245 (246); OLG Wien ZVR 1989, 307; HG Wien ZVR 1992, 109.

⁴³⁷ *Ramsauer*, Die Kunstauktion 176.

Zu unterscheiden ist weiters, ob es sich um eine tatsächliche Zusicherung, oder lediglich um unverbindliche Anpreisungen sowie rein informative Mitteilungen handelt, wie es bei Angaben wie „qualitätsvoll“, „Meisterwerk“, „ausstellungsreif“ oder „sammelwürdig“ der Fall sein kann.

*Braunfels*⁴³⁸ geht davon aus, dass es sich bei den zitierten Angaben um unverbindliche Anpreisungen handelt, da beispielsweise „ausstellungsreif“ lediglich ausdrückt, „*dass es sich allgemein um ein besonders schönes, interessantes, für einen Künstler oder eine Stilepoche typisches Kunstwerk handelt*“.

⁴³⁸ *Braunfels*, Haftung 96 ff.

Meiner Ansicht nach, ist jedoch der kritischen Meinung *Ramsauer*⁴³⁹ zu folgen, die die entsprechenden Angaben als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften eines Kunstwerkes qualifiziert und somit zum Vertragsgegenstand ernennt. Die Rechtfertigung liegt in dem besonderen Vertrauen, welches die Ersteigerer aufgrund der Sachkunde des Auktionators in die Richtigkeit der Katalogbeschreibungen legt. Die Beschreibung „ausstellungsreif“ kann von einem objektiven Durchschnittskäufer dahingehend verstanden werden, dass es sich um ein Kunstwerk in einem dem Alter entsprechenden guten Zustand befindet. Auch die Echtheit des Kunstwerkes darf angenommen werden, da auf Ausstellungen von Museen und Galerien nur echte Kunstgegenstände präsentiert werden.

*Ramsauer*⁴⁴⁰ stützt diese Feststellungen auf die Kombination der Katalogbeschreibungen mit den Echtheitsgarantien in den AGB der Aktionshäuser. Die Unzulässigkeit entsprechender AGB Klauseln, wonach Katalogangaben keine Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft darstellen bewirkt, dass das Fehlen im Katalog zugesicherter Eigenschaften einen Mangel begründet, der die Gewährleistungsbehelfe auslöst.

Im Bereich des Kunstkaufs kommen lediglich die sekundären Gewährleistungsbehelfe gemäß § 932 Abs 4 ABGB in Betracht. Verbesserung und Austausch als primäre Gewährleistungsbehelfe sind, da es sich bei Kunstwerken um keine Gattungsschuld handelt sowie aufgrund der weiteren Besonderheiten der Ware „Kunst“ unmöglich, womit der Umstieg auf die sekundären Behelfe, Preisminderung und Wandlung, zulässig wird.

Selten wird der Käufer nach Kenntnis der Fälschung Interesse bekunden, das mangelhafte Kunstwerk dennoch zu behalten und so den Behelf der Preisminderung geltend zu machen. Sollte er sich doch dafür entscheiden, ist der aufgrund der relativen Berechnungsmethode festzustellende Minderungsbetrag zu eruieren, womit das vereinbarte Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung beibehalten werden kann.⁴⁴¹ Es stellt sich jedoch

⁴³⁹ *Ramsauer*, Die Kunstauktion 177.

⁴⁴⁰ *Ramsauer*, Die Kunstauktion 185; *Härth*, Original und Fälschung 201.

⁴⁴¹ *Reischauer* in *Rummel*³ I § 923 mwN.

die Schwierigkeit, den Wert einer Fälschung festzustellen. Diesfalls muss entweder der Materialwert der Fälschung oder der Preis von „legalen“ Fälschungen, anzudenken wäre diesfalls das *Fälschermuseum*⁴⁴² in Wien, herangezogen werden, um den Minderungsbetrag annähernd festzustellen.⁴⁴³

Wird hingegen der Rechtsbehelf der Wandlung geltend gemacht, so führt dies zur Aufhebung des Vertrages und zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der erbrachten Leistungen.

Teile der Lehre⁴⁴⁴ vertreten die Ansicht, dass bei älteren Werken, deren Authentizität unsicher ist, keine Gewährleistungsansprüche bestehen sollen. Begründet wird dies durch die Aleatorik, die jedem Kunstkauf innewohnt und der Tatsache, dass besonders bei älteren Werken eine zweifelsfreie Zuschreibung zu einem Urheber und damit eine Echtheitserklärung nicht möglich sind.

Dem kann entgegen gewirkt werden, indem die Höhe des Kaufpreises an diese Unsicherheit angepasst wird. Dieser Denkansatz *Ramsauers*⁴⁴⁵, welcher den Kaufpreis als Anhaltspunkt für die Originalität eines Werkes heranzieht, ist sehr durchdacht und meiner Ansicht nach durchaus zu unterstützen.

4.5.5 Schadenersatzanspruch gemäß § 933a ABGB

Durch die Übergabe eines mangelhaften Kunstwerkes erleidet der Erwerber üblicherweise auch einen Vermögensnachteil, da er einen hohen Kaufpreis für einen gefälschten oder anderswertig mangelhaften Kunstgegenstand bezahlt hat. Hat der Verkäufer die Schlechterfüllung auch verschuldet, so ist er neben den Gewährleistungsansprüchen auch einem Schadenersatzanspruch gem §

⁴⁴² <http://www.faelschermuseum.com/>, aufgerufen am 19.11.2012.

⁴⁴³ Zur Problematik der Wertbestimmung siehe auch *Krejci*, *Privatrecht*² (1995) 105; *Ramsauer*, *Die Kunstauktion* 164.

⁴⁴⁴ *Kühn*, *Die Sachmängelgewährleistung des Kunst- und Antiquitätenhandels* (1987) 135; *Locher*, *Das Recht der bildenden Kunst* (1970) 127 f; *Heinbuch*, *Kunsthandel und Kundenschutz*, *NJW* 1984, 15 f.

⁴⁴⁵ *Ramsauer*, *Die Kunstauktion* 127.

933a ABGB⁴⁴⁶ durch den Käufer ausgesetzt. Der Vorteil von Schadenersatzansprüchen liegt darin, dass sie in 3 Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger verjähren; außerdem besteht eine absolute Frist von 30 Jahren gem § 1489 ABGB. Dadurch ist es möglich, dass die schadenersatzrechtliche Verjährungsfrist noch nicht zu laufen begonnen hat, während der Anspruch auf Gewährleistung bereits verjährt ist.⁴⁴⁷

Hinsichtlich des Verschuldens kann gesagt werden, dass gem § 933a Abs 3 ABGB⁴⁴⁸ in den ersten 10 Jahren ab Übergabe eine Verschuldensvermutung besteht, danach trägt der Käufer die Beweislast für die mangelhafte Ware.⁴⁴⁹

Die aufwendigste Beweisfrage wird sich meist in Zusammenhang mit dem Mangel bzw der Fälschung stellen. Nur hinsichtlich des Verschuldens greift die Beweislastumkehr, daraus folgt, dass der Käufer als Geschädigter den Umstand der Fälschung beweisen muss. Dies ist natürlich sehr schwer möglich und wird meist erst nach Einholung eines kostspieligen Kunstgutachtens erfolgen.

4.6 Résumé

Im Rahmen dieses Abschnittes konnte gezeigt werden, dass die vertragliche Haftung eines Kunstsachverständigen besonderen Herausforderungen, wie der Feststellung der Sorgfaltswidrigkeit sowie des Beweises des Kausalzusammenhanges zwischen fehlerhaften Gutachten und eingetretenem Schaden unterliegt.

Kommt es zu einem Schadenseintritt, stehen aber auch dem geschädigten Dritten Möglichkeiten, wie einerseits die Berufung auf einen Vertrag mit

⁴⁴⁶ § 933 a Abs 1 ABGB: „Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, so kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern.“

⁴⁴⁷ Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 933a Rz 11 f mwN.

⁴⁴⁸ § 933a Abs 3 ABGB: „Nach Ablauf von zehn Jahren ab der Übergabe der Sache obliegt für einen Ersatzanspruch wegen der Mangelhaftigkeit selbst und wegen eines durch diese verursachten weiteren Schadens dem Übernehmer der Beweis des Verschuldens des Übergebers.“

⁴⁴⁹ § 1298 iVm § 933a ABGB; Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 933a Rz 14f; Perner/Spitzer, Bürgerliches Recht¹ 174; Jayme, Beschaffensvereinbarung und Haftungsausschluss beim Kunstkauf – Unter besonderer Berücksichtigung der Falschlieferung in FS Athanassios Kaissis (2012) 432 ff.

Schutzwirkungen zugunsten Dritter, sowie andererseits die Geltendmachung der objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten offen.

Die damit verbundenen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung und der Ermittlung des Schutzzweckes sowie die differenzierende höchstrichterliche Judikatur führen jedoch klar vor Augen, dass nicht immer nachvollziehbare bzw als fair empfundene Ergebnisse erzielt werden können.

Wie der Fall *Unterberger* verdeutlicht, können aber auch diese beiden Lösungsansätze keine Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten begründen, wenn weder die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens noch die Kenntnis des Sachverständigen über den Adressatenkreis seines Gutachtens nachgewiesen wird.

Auch wenn Sachverständige mitunter als heimliche Richter gelten und weiters die Möglichkeit haben, sich ihr Haftungsrisiko von ihrem Vertragspartner abgelten zu lassen, müssen die Voraussetzungen, unabhängig davon, ob man die Haftung mit Hilfe des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, oder wie die neue Rechtsprechung durch die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten begründet, sorgfältig geprüft werden, denn nur so kann die die Gefahr einer unbegrenzten und nicht versicherbaren Haftung gegenüber einem theoretisch nicht abgrenzbaren Personenkreis verneint werden.

Es konnte gezeigt werden, dass der geschädigte Kunstkäufer gegen den Kunstsachverständigen als Verfasser des Gutachtens, aber auch gegen den Verkäufer gerichtlich vorgehen kann. Es bestehen mehrere zivilrechtliche Möglichkeiten, den Schaden der durch einen entsprechenden Kaufvertrag entstanden ist zu beseitigen. Da jedoch die relativ kurzen Fristen viele Ansprüche ins Leere laufen lassen, empfiehlt es sich bereits vor Erwerb eines wertvollen Kunstwerkes ein Sachverständigengutachten eines anerkannten Experten einzuholen und nicht erst im Streitfall im Rahmen eines Gerichtsverfahrens um eine eventuelle Fälschung zu beweisen.

5 DIE RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND

5.1 Der Sachverständige

Die primären Vorschriften zur Regelung des Sachverständigenrechts in der BRD finden sich in den Verfahrensvorschriften.⁴⁵⁰ Eine gesetzliche Definition des Sachverständigen ist nicht vorzufinden, sodass die Definition und die Festlegung seiner beruflichen und standesrechtlichen Pflichten aus dem Begriff selbst bzw aus der Zweckbestimmung seiner Tätigkeit abgeleitet werden müssen.⁴⁵¹

Aufgrund der in Deutschland bestehenden Gewerbefreiheit können Kunstgutachten grundsätzlich von jedem erstellt werden, der auf dem fraglichen Gebiet die erforderlichen Kenntnisse besitzt.⁴⁵² Die Tätigkeit eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen hingegen darf nur nach einer entsprechenden Sachkunde- und Eignungsprüfung aufgenommen werden; für den Werdegang eines Kunstsachverständigen an sich ist aber auch in Deutschland keine spezielle Ausbildung vorgesehen.

Da die Vielfalt und damit verbundene Komplexität der Fragestellungen, die an einen Kunstsachverständigen herangetragen werden, eine Spezialisierung des Kunstsachverständigen erforderlich machen, zeigt die gerichtliche Praxis in Deutschland, entsprechend der Tendenz in Österreich, dass gerichtliche Expertisen überwiegend von sogenannten freien Sachverständigen erstellt werden, denen aufgrund ihrer Spezialisierung eine höhere Aussagekraft zukommt.⁴⁵³

Der herrschenden Meinung zufolge⁴⁵⁴ ist Sachverständiger, wer eine überdurchschnittliche Fachkunde und Erfahrung in einem inhaltlich bestimmten Fachgebiet vorweisen kann. Es ist erforderlich, dass die

⁴⁵⁰ §§ 402 ff und § 287 Abs 1 S 2 Zivilprozessordnung, § 26 Abs 1 Satz 2 Nr. 2 und Abs 3 sowie § 65 Verwaltungsverfahrensgesetz, § 74a Abs 5 S 1 Zwangsversteigerungsgesetz.

⁴⁵¹ *Döbereiner/v.Keyserlingk*, Sachverständigenhaftung mit Haftungsbegrenzung sowie Versicherung des privaten und gerichtlichen Sachverständigen (1979) Rn 14.

⁴⁵² *Hoyningen-Huene*, Zur Rechtsstellung und Haftung des Kunstsachverständigen in FS *Jayme* (2004) 1461.

⁴⁵³ *Gerlach*, Haftung 33.

⁴⁵⁴ *Simons*, Fachliche Autorität im Kunsthandel 9.

Qualifikation der jeweiligen Person im Vergleich zu den vielen gleich Qualifizierten und im gleichen Berufsfeld Tätigen als überdurchschnittlich anzusehen ist. Aufgrund dieser besonderen Fachkunde genießen Sachverständige ein besonderes öffentliches Vertrauen, welches sie sich auch beruflich zu Nutze machen.

Konsequenz dieser Vertrauensstellung ist jedoch ein hohes Maß an Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit, welches Außenstehende von dem Sachverständigen erwarten.⁴⁵⁵ Die von dem Sachverständigen erwartete Objektivität bei Verfassen der Expertise ist schließlich nur dann gewährleistet, wenn er unabhängig, vorurteilsfrei und frei von sachfremden Einflüssen tätig wird, dh auch unbeeinflusst von Wünschen und Vorstellungen des Auftraggebers.

Die Erfordernisse der Unabhängigkeit und Objektivität sind in § 36 Abs 1 GewO, welcher die öffentliche Bestellung von Sachverständigen regelt, normiert: *„...sie sind darauf zu vereidigen, daß sie ihre Sachverständigenaufgaben unabhängig, weisungsfrei, persönlich, gewissenhaft und unparteiisch erfüllen und ihre Gutachten entsprechend erstatten werden. Die öffentliche Bestellung kann inhaltlich beschränkt, mit einer Befristung erteilt und mit Auflagen verbunden werden.“*

Weitere allgemeine Vorschriften über die Führung der Bezeichnung Sachverständiger bestehen nicht, sodass daraus geschlossen werden kann, dass es sich hierbei um eine ungeschützte Berufsbezeichnung handelt und somit auch jedermann als Sachverständiger auftreten kann.

Unter Berufung auf einen bereits gefestigten Sachverständigenbegriff sowie auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb entspricht es der herrschenden Ansicht, dass als Sachverständiger nur bezeichnet werden kann, wer mit seinem Können und Wissen als überdurchschnittlich gilt, sowie seine Sachkunde jedermann in Form einer gutachterlichen Leistung anbietet.⁴⁵⁶

Mangels einer *lex specialis* in der deutschen Rechtsordnung betreffend der Rechtsstellung und Haftung des Kunstexperten werden im folgenden Abschnitt zunächst die einzelnen Sachverständigengruppen genannt und sodann die

⁴⁵⁵ Musielak, Haftung 41.

⁴⁵⁶ Remmers, Haftung des Kunstsachverständigen 192.

Bestimmungen des BGB zur Begründung einer Haftung zwischen Auftraggeber und Sachverständigen, sowie einer Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten diskutiert.

5.1.1 Die einzelnen Sachverständigengruppen

Zunächst ist festzuhalten, dass in allen gerichtlichen Verfahren natürliche Personen, die Inhaber relevanter Sachkompetenz auf irgendeinem Gebiet sind, als gerichtliche Sachverständige zugezogen werden können.⁴⁵⁷ Die öffentliche Bestellung einer Person zum Sachverständigen ist nicht Voraussetzung für ihre Heranziehung als gerichtlicher Sachverständiger, stellt jedoch den Regelfall dar.

Folgende Sachverständigengruppen sind in Deutschland aufzufinden:

- Personen-zertifizierte Sachverständige,
- Staatlich anerkannte Sachverständige,
- Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige,
- Medizinische Sachverständige,
- Verbandsanerkannte Sachverständige,
- Freie Sachverständige,
- Behörden als Sachverständige.

5.1.1.1 Personen-zertifizierte Sachverständige

Die europäische Normenorganisation führte ein Akkreditierungs- und Zertifizierungsverfahren ein.

Nach diesen internationalen Normen werden Anforderungen für Stellen, die Personen aufgrund spezifischer Anforderungen zertifizieren, sowie Anforderungen für die Entwicklung und Aufrechterhaltung eines

⁴⁵⁷ *Jessnitzer/Frieling/Ulrich*, Der gerichtliche Sachverständige. Ein Handbuch für die Praxis¹¹ (2001) 31.

Zertifizierungsprogramms festgelegt. In Deutschland regelt dies die Deutsche Akkreditierungsstelle (DAKkS).⁴⁵⁸

Die Zertifizierung von Sachverständigen ist gesetzlich nicht geregelt, kann aufgrund freiwilliger Basis erfolgen und stellt lediglich eine privatrechtliche Anerkennung aufgrund europarechtlicher Normen dar.⁴⁵⁹

Mit dieser Zertifizierung wird ein angemessenes Vertrauen dahin bestärkt, dass ein bestimmtes Erzeugnis, Verfahren oder eine Dienstleistung in Übereinstimmung mit einer europarechtlichen Norm oder einem anderen normativen Dokument steht.

Mit der Akkreditierung wird einer autorisierten Stelle die Kompetenz einer Prüf- oder Zertifizierungsstelle zur Vornahme bestimmter Aufgaben und Prüfungen formell anerkannt.

Die Praxis zeigt jedoch, dass diese europarechtliche Zertifizierung im deutschen Recht kaum Bedeutung erlangt hat. Ein Grund dafür, sind die verfahrensrechtlichen Vorschriften, die vorsehen, dass anders als öffentlich bestellte Sachverständige nur dann herangezogen werden, wenn besondere Umstände dies erfordern.⁴⁶⁰

5.1.1.2 Staatlich anerkannte Sachverständige

Die Bezeichnung des staatlich anerkannten Sachverständigen ist gesetzlich geschützt. Staatlich anerkannte Sachverständige unterstehen der Aufsicht des Staates und sind, ebenso wie öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, befugt einen Rundstempel zu führen. Sie werden privatrechtlich, selbstständig und auf eigene Rechnung tätig.

⁴⁵⁸ <http://www.dakks.de/>, aufgerufen am 19.10.2012.

⁴⁵⁹ *Jessnitzer/Frieling/Ulrich*, Der gerichtliche Sachverständige¹¹ 43.

⁴⁶⁰ Vgl § 404 Abs 2 ZPO.

5.1.1.3 Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige

Entsprechend des § 404 Abs 2 der ZPO werden im Regelfall öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige als Hilfsorgane des Gerichts herangezogen. Der Werdegang des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen umfasst Bewerbungsverfahren, in dem die persönliche und fachliche Eignung zur Erstellung von Gutachten sowie der überdurchschnittliche Sachverstand geprüft werden.

Nach positiver Absolvierung dieser Verfahren ist er befugt die Bezeichnung „*öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger*“ zu tragen, welche nach § 132a StGB gesetzlich geschützt ist. Durch die öffentliche Bestellung geht eine behördliche Überprüfung einher welche die Zuverlässigkeit, besondere Sachkunde und Unparteilichkeit des Sachverständigen bekräftigen kann.⁴⁶¹

Um den europarechtlichen Anforderungen⁴⁶² hinsichtlich der öffentlichen Bestellung von Sachverständigen zu entsprechen wurde § 36 GewO novelliert sowie § 36a GewO neu eingeführt.

Die gesetzlichen Grundlagen für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen finden sich in § 91 der Handwerksordnung (HwO) sowie in § 36 GewO, wobei zu den Pflichten des Sachverständigen neben der Objektivität und der Unparteilichkeit auch die Weisungsfreiheit zählen.

Kann ein Bewerber alle geforderten Voraussetzungen vorweisen, hat er einen Anspruch auf die Bestellung zum Sachverständigen, welche durch die Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Landwirtschaftskammer, eine Architekten- oder Ingenieurkammer oder durch das Regierungspräsidium eines Landes erfolgen kann. Eine Bestellung erfolgt für die Dauer von fünf Jahren, Wiederbestellungen sind möglich.

Die von den Industrie- und Handelskammern öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen finden sich in dem offiziellen bundesweiten

⁴⁶¹ Bayerlein/Heck, Praxishandbuch Sachverständigenrecht (2008) §1 Rn 9.

⁴⁶² vgl die Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) und die Berufsanerkennungsrichtlinie (2005/36/EG).

Sachverständigenverzeichnis⁴⁶³; die Handwerkskammern beispielsweise führen ebenso eine bundeseinheitliche Sachverständigen-Datenbank.⁴⁶⁴

5.1.1.4 Freie und allgemein anerkannte, sonstig qualifizierte Sachverständige

Jedermann, der die entsprechenden persönlichen und fachlichen Voraussetzungen (Fachkenntnis, Berufserfahrung und ständige Fortbildung) vorweisen kann, ist befugt sich als Sachverständiger zu bezeichnen.

Da keine gesetzliche Norm Zugangsvoraussetzungen zu dem Sachverständigenberuf durch den Nachweis einer besonderen Ausbildung und Prüfung vorsieht, ist zu schließen, dass das Allgemeininteresse kein uneingeschränktes Verbot der Bezeichnung „Sachverständiger“ erfordert.⁴⁶⁵

Die geforderten fachlichen Eigenschaften kann der „selbst ernannte Sachverständige“ auch durch eine bedeutsame Mitarbeit bei einem Sachverständigen oder durch praktische Arbeiten und Weiterbildungsmaßnahmen im einschlägigen Bereich erworben haben. Diese Art des Erwerbs von Grundlagenkenntnissen wird vor allem bei Kunstsachverständigen in Betracht kommen, die ihre Expertise durch langjährige Mitarbeit in Museen oder Auktionshäusern oder durch das Verfassen von Werkverzeichnissen erwerben.

Fachkundige und interessierte Personen können sich entweder selbst zu Sachverständigen ernennen, oder von Organisationen privat anerkennen lassen. Es steht Ihnen auch offen, einem Sachverständigenberufsverband beizutreten. Wie bereits erwähnt, werden aber auch verbandsanerkannte, freie Sachverständige im Rahmen der gerichtlichen Tätigkeit in der Regel nicht beauftragt.

Eine Ausnahme stellt die Kategorie der Kunstsachverständigen dar.

⁴⁶³ Das Sachverständigenverzeichnis der Industrie- und Handelskammern ist aufrufbar unter: <http://svv.ihk.de/content/home/home.ihk>, zuletzt besucht am 21.10.2012.

⁴⁶⁴ Die Sachverständigen-Datenbank der Handwerkskammern ist aufrufbar unter: <http://www.gfwh.de/sachverstand-bund/start.htm>, zuletzt besucht am 21.10.2012.

⁴⁶⁵ BGH VII ZR 265/86 NJW-RR 1988, 77 = MDR 1988, 225 = ZMR 1988, 16 = WM 1988, 62 = BB 1987, 2123; OLG München 21.1.1999 DAR 99, 217.

5.2 Der Kunstsachverständige

Im Bereich des Kunstsachverständigen sind überwiegend freie Sachverständige als Verfasser der Kunstgutachten gefragt, da sie sich auf einzelne Künstler spezialisiert haben und somit in ihrem Fachgebiet eine größere Expertise vorweisen können. Daraus folgen eine höhere Aussagekraft und eine größere Bedeutung der Expertisen der freien Kunstsachverständigen.⁴⁶⁶

Freie Kunstsachverständige unterstehen gesetzlich nicht den von den Kammern erlassenen Sachverständigenordnungen, zur Gewissenhaftigkeit und Unparteilichkeit gegenüber ihrem Auftraggeber und dem Rechtsverkehr sind sie dennoch verpflichtet. Wird der Sachverständige von einer Privatperson mit der Erstellung eine Expertise beauftragt, so muss der Experte selbst dafür sorgen, dass er neben der Parteidarstellung möglichst viel Material von seinem Auftraggeber erhält um ein objektives Bild von dem Sachverhalt zu bekommen. Im Bereich des Kunstsachverständigen ist diese Pflicht nachrangig, da sich der Untersuchungsgegenstand eigentlich auf das Werk beschränkt; ein gewissenhafter Kunstsachverständiger darf einen dem Werk widersprechenden Sachverhalt nicht berücksichtigen.

Mit dem Auftreten und der Bezeichnung als Sachverständige, aber vor allem mit der Erstellung einer Expertise bringen Sachverständige ihr Fachwissen sowie ihre Sonderstellung zum Ausdruck. Daher wird an die Tätigkeit des Sachverständigen und somit auch an das Gutachten ein strenger Maßstab gelegt.

Den Maßstab für den Kunstexperten bildet ein Experte auf dem jeweiligen Untersuchungsgebiet. Von einem Experten wird beispielsweise auch verlangt, dass er die Übernahme eines Gutachtensauftrages ablehnt, wenn er das erforderliche Fachwissen nicht besitzt.

Allgemein ist festzuhalten, dass die Feststellungen und Schlussfolgerungen einer Expertise dem neuesten Stand der Technik entsprechen und für den Gutachtensempfänger verständlich und klar niedergelegt sein müssen.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Gerlach, Haftung 33.

⁴⁶⁷ Gerlach, Haftung 33.

5.2.1 Der Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen im BGB

Die Pflichten des Kunstsachverständigen und somit auch der Sorgfaltsstandard der Begutachtung ergeben sich einerseits aus den allgemeinen Anforderungen an einen Sachverständigen, andererseits aber auch aus der vertraglichen Vereinbarung zwischen Kunstsachverständigen und Auftraggeber.

Erwartet werden kann jenes Maß an Sorgfalt, welches jeder gewissenhafte Angehörige des betreffenden Verkehrskreises anwendet.⁴⁶⁸

Wie später im Zusammenhang mit der sogenannten *Perserteppich-Entscheidung* gezeigt werden wird, sind die Sorgfaltsanforderungen an einen internationalen Experten höher, als jene an einen Experten eines regionalen Universalauktionshauses. Das höchste Maß an Spezialwissen kann demnach von einem Experten gefordert werden, der auf dem jeweiligen Gebiet als Zuschreibungsautorität anerkannt ist. Kunstwerke im obersten Preissegment gelten erst nach seiner bestätigenden Expertise als Original, was dazu führt, dass von diesem Experten erwartet wird, dass ihm alle weltweit verfügbaren Erkenntnisse auf seinem Spezialgebiet bekannt sind.⁴⁶⁹

Der Sachverständige ist vertraglich verpflichtet ein nach „*bestem Wissen und Gewissen*“ erstelltes Gutachten zu erbringen und um diesen Standard gerecht zu werden, hat er sich laufend fortzubilden sowie die Lehre und die Erfahrungen der Praxis zu berücksichtigen.⁴⁷⁰

Ohne ausdrückliche Übereinkunft kann beispielsweise nicht von dem Einsatz hochqualifizierter, kostspieliger naturwissenschaftlicher Untersuchungsmethoden ausgegangen werden.⁴⁷¹

Die Anwendung der sog Stilkritik sowie auch die mit wenig Aufwand mögliche Streifenlichtbetrachtung kann jedenfalls vorausgesetzt werden. Bei Werken besonderer Qualität und besonderen Wertes empfiehlt es sich eine naturwissenschaftlich-technische Untersuchung zu vereinbaren, denn nur diese kann die erforderliche Sicherheit über den Authentizitätszustand geben. Da die

⁴⁶⁸ Wellmann, Der Sachverständige in der Praxis (1997) 26; Jayme, Pflichten und Obliegenheiten im Kunstauktionswesen: Einlieferer, Experte, Auktionshaus, Ersteigerer – Einige Fallstudien, Kunstrechtsspiegel 3/2011 97 ff.

⁴⁶⁹ Simons, Fachliche Autorität im Kunsthandel 192.

⁴⁷⁰ Remmers, Die Haftung des Kunstsachverständigen 189.

⁴⁷¹ Gerlach, Haftung 47 mwN.

Kosten für das Expertengutachten in einem angemessenen Verhältnis zum Wert des Kunstgegenstandes stehen sollen, kann nicht in jedem Fall eine umfassende naturwissenschaftliche Untersuchung erwartet werden. Verbleiben jedoch nach erfolgter stilkritischer Betrachtung Zweifel, so ist der Kunstsachverständige verpflichtet auf die weiterführenden Möglichkeiten der naturwissenschaftlichen Untersuchung hinzuweisen.⁴⁷²

5.2.1.1 Die „Perserteppich“ – Entscheidung

Am 27. Jänner 2012 erging am Landgericht Augsburg ein Urteil⁴⁷³, welches einen grundlegenden Beitrag in Bezug auf den Sorgfaltsstandard im Auktionshandel leistet. Folgender Sachverhalt liegt der Entscheidung zugrunde:

Die Klägerin ist Erbin eines 3,38 mal 1,53 Meter großen Perserteppichs, welchen sie in ein *Augsburger* Auktionshaus zur Versteigerung einbringt. Dort wird der 300 Jahre alte, unscheinbare Perserteppich mit Blumenmuster und Laufstellen von dem zuständigen Auktionator auf € 900,- geschätzt. In der folgenden Versteigerung des Auktionsburger Auktionshauses erzielt der Perserteppich einen Betrag von

€ 19.700,-. Die Freude über den hohen Erlös währt jedoch nicht lange, denn nur wenige Monate später avanciert derselbe Teppich im Londoner Auktionshaus *Christie´s* mit 6,2 Millionen Pfund (7,2 Millionen Euro) zum bislang teuersten Teppich der Kunstgeschichte.

Wegen der millionenschweren Fehleinschätzung bringt die Erbin eine Schadensersatzklage auf Zahlung von € 350.000 (die eingeklagte Summe war der Schätzwert der Teppich-Spezialisten bei *Christie´s* in London) gegen den Auktionator beim zuständigen Landgericht Augsburg ein.

Das zuständige Gericht in Augsburg bot den beiden Parteien zunächst einen Vergleich an, welchen diese jedoch ablehnten.

⁴⁷² *Döbereiner/v.Keyserlink*, Sachverständigenhaftung 42, *Gerlach*, Haftung 48; *Remmers*, Die Haftung des Kunstsachverständigen 198.

⁴⁷³ LG Augsburg 27.1.2012 Az 22 O 3153/10.

Das daraufhin ergangene Urteil in erster Instanz enthält folgende rechtliche Beurteilung:

Die Klage auf Zahlung von Schadenersatz in der Höhe von € 350.000,-- wird mangels Verschuldens des Auktionators abgewiesen.

Das Gericht hielt die Untersuchung des Teppichs durch das Augsburger Auktionshaus für ausreichend sorgfältig, denn der auf Teppiche spezialisierte Mitarbeiter des Auktionshauses, welcher mit dieser Angelegenheit betraut wurde, stellte ausführliche Nachforschungen bezüglich Herkunft und Alter an, blieb jedoch trotz Recherche in verschiedenen Fachbüchern erfolglos. Der ersten Instanz zufolge entspricht es weiters der nötigen Sorgfalt und einer hinreichenden Absicherung, dass der zuständige Sachverständige mehreren Händlern Fotos von dem Teppich geschickt hatte und den Teppich auch in einer großen Anzeige in der Fachzeitschrift „Weltkunst“ sowie über das bekannte Auktionsportal „lot-tissimo“ im Internet veröffentlicht hatte. Durch diese Bekanntmachung reisten anerkannte Teppichhändler zur Vorbesichtigung der Auktion an und inspizierten das Versteigerungsobjekt, was dem Gericht als Beweis dazu diente, dass die relativ knappe Beschreibung „*Persische Galerie, antik, blaugrünlich, floral durchgemustertes Mittelfeld, Laufstellen, Sammlerstück, 338 mal 135 Zentimeter*“⁴⁷⁴ zusammen mit der Abbildung ausreichende Aufmerksamkeit erregt hatte. Das Gericht hält zwar fest, dass die relativ knappe Beschreibung im Versteigerungskatalog ausführlicher ausfallen hätte können, führt jedoch gleichzeitig aus, dass dadurch nicht geschlossen werden kann, dass es bei einem ausführlicheren Text zu einem höheren Gebot gekommen wäre.

Demnach kann dem Auktionshaus nicht der Vorwurf der mangelnden Recherche gemacht werden. Weiters hätte es der Einlieferin freigestanden, eine Zweitmeinung bei einem anderen Auktionshaus oder Spezialisten einzuholen, oder das Erbstück wegen der zu knappen Beschreibung aus der Auktion zurückzuziehen.

⁴⁷⁴ LG Augsburg 27.1.2012 Az 22 O 3153/10.

Im Zusammenhang mit dem Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen betont das Gericht, dass der Auktionator kein Teppich-Experte, sondern ein Universalversteigerer sei. Der immens hohe Versteigerungswert in London ergab sich vor allem daraus, dass der Teppich einst im Besitz der französischen Kunstsammlerin *Comtesse de Béhague* war. Christie's hatte dies herausgefunden, dieses wichtige Detail der Herkunft war aber für das „nur regionale Auktionshaus“ nicht erkennbar gewesen. Auch die Klägerin war dahingehend in Unkenntnis; sie erbt drei Teppiche von einer Freundin, welche diese, als Putzfrau eines Münchner Teppichhändlers, geschenkt bekam.

Die Zeugenaussagen der vom Gericht gehörten sachverständigen Zeugen haben ebenso bestätigt⁴⁷⁵, dass auch andere Sachverständige zum gleichen Ergebnis wie der ausgewiesene Fachmann des Auktionshauses gekommen wären.

Mit der vorliegenden Entscheidung hat die 2. Zivilkammer des Landgericht Augsburg juristisches Neuland betreten, ein vergleichbarer Rechtsstreit ist jedenfalls in der Augsburger Justiz nicht bekannt. Das ergangene Urteil liefert wesentliche Orientierungen im Bereich der Haftung des Kunstsachverständigen. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass eine strenge Prüfpflicht hinsichtlich des Kunstgegenstandes und den Angaben des Einlieferers besteht. Welche Anforderungen dabei an ein Auktionshaus gestellt werden können, hängt maßgeblich von dessen Größe und Bedeutung ab.

Vor allem zu berücksichtigen ist das Vorliegen von Spezialwissen und Spezialisierungen auf bestimmten Sammelgebieten, welches internationale Auktionshäuser regelmäßig, kleinere regionale Universalauktionshäuser hingegen viel seltener vorweisen können und wie der vorliegende Fall zeigt, auch müssen.

Im Allgemeinen gilt, dass der Auktionator die Qualität des Kunstgegenstandes (Alter, Zuordnung, Zustand), weiters die Echtheit, um Fälschungen auszuschließen und schließlich die Provenienz, also die Eigentumslage und Herkunft des eingebrachten Kunstgegenstandes prüfen muss.

⁴⁷⁵ Beispielsweise gab ein auf Teppiche spezialisierter Iraner dem Gericht zu Protokoll, dass er für den streitgegenständlichen Perserteppich maximal € 2.000,-- geboten hätte.

Im Rahmen dieser Prüfung ist ein Mittelweg, zwischen einer Plausibilitätsprüfung der Angaben des Einlieferers einerseits und einer sorgfältigen eigenständigen Untersuchung, die unter Umständen auch die Beiziehung eines fachkundigen Dritten erforderlich machen kann zu finden. Aufgrund der aktuellen Rechtslage für Deutschland, insbesondere nach dem „Augsburger Teppich-Urteil“ ist jedoch von einem Universalversteigerer nicht zu erwarten, dass er von jedem eingelieferten Objekt die exakte Herkunft und das genaue Alter ohne jeden verbleibenden Zweifel ermitteln muss.⁴⁷⁶

5.2.2 Die Expertise

Die Gutachtenserstellung erfasst einerseits die Feststellung von Tatsachen, die Ableitung von Schlussfolgerungen aus Tatsachen sowie, vor allem für den Bereich der Kunstexperten relevant, die Darstellung von Erfahrungssätzen eines Fachgebietes.⁴⁷⁷

Der genaue Inhalt, sowie Form und Aufbau eines Gutachtens sind gesetzlich nicht geregelt. Aus dem Wesen und Zweck des Gutachtens lassen sich jedoch Mindestanforderungen ableiten, an dieser Stelle darf auf Kapitel zwei verwiesen werden, in dem der Mindestinhalt und die Anforderungen an eine Kunstexpertise ausführlich dargestellt werden.

Wie bereits oben näher ausgeführt, ist die Vertrauensstellung des Sachverständigen ein Anknüpfungspunkt für die Haftung wie auch für den Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen. Da der Kunstsachverständige aber auch erheblich von seiner Sonderstellung und dem ihm entgegengebrachten Vertrauen profitiert, folgt daraus auch die Pflicht zum höchstpersönlichen Vorbereiten, Bearbeiten und Abschließen des

⁴⁷⁶ Auktionswesen: Ein Urteil, das den Weg weist, ein Beitrag der Rechtsanwälte und Kunsthistoriker von dtb Berlin, <http://www.handelsblatt.com/panorama/kunstmarkt/auktionswesen-ein-urteil-das-den-weg-weist/6179958.html>; <http://www.merkur-online.de/lokales/landkreis-starnberg/prozess-millionen-teppich-urteil-gefallen-mm-1578264.html>; <http://www.augsburger-allgemeine.de/augsburg/Die-erste-Versteigerung-nach-dem-Teppich-Urteil-id18672231.html>, aufgerufen am 7.2.2012.

⁴⁷⁷ *Roeßner/Bayerlein*, Praxishandbuch Sachverständigenrecht³ (2002) 171.

Gutachtensauftrages.⁴⁷⁸ Abgesehen von einzelnen Hilfstätigkeiten, die von einer beaufsichtigten Hilfskraft vorgenommen werden können, ist das persönliche Werk des Sachverständigen vertraglich geschuldet. Das Heranziehen von Hilfskräften darf die Eigenverantwortlichkeit des Gutachters nicht in Frage stellen oder an dem Charakter des Gutachtens, als eine persönliche Stellungnahme des Gutachters, rütteln.⁴⁷⁹

Ebenfalls dem Wortlaut und Zweck der Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Sachverständigen ist zu entnehmen, ob das Gutachten nur der Information des Auftraggebers dienen soll, oder ob es zur Verwendung im Rechtsverkehr gegenüber Dritten bestimmt ist. Erstellte Kunstexpertisen werden häufig als Beweis für die Herkunft und die Authentizität der Kunstwerke auch gegenüber Dritten verwendet, um diesen zu einem Kauf oder Verkauf zu veranlassen, sodass eine Weitergabe der Kunstexpertise in den überwiegenden Fällen dem Wortlaut oder Zweck zu entnehmen sein wird.

Die deutsche Lehre⁴⁸⁰ sowie auch der BGH⁴⁸¹ qualifizieren den Begutachtungsvertrag als Werkvertrag. Der vertraglich geschuldete Erfolg besteht im Verfassen einer klar verständlichen fachkundigen Stellungnahme, die dem neuesten Stand der Wissenschaft und Technik gerecht werden muss sowie die eingesetzte Arbeitsmethode offenlegt.⁴⁸² Gegenstand des Werkvertrages ist die entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB.⁴⁸³

Haftungsrechtlich interessant stellen sich vor allem die Fälle der Haftung gegenüber Dritten aufgrund der Weitergabe des Gutachtens dar. Die folgenden Ausführungen werden sich demnach auf jene Fälle konzentrieren, in denen es ohne unmittelbaren Kontakt zwischen Gutachter und Dritten zu einer Haftung auch gegenüber ihm kommt.

⁴⁷⁸ *Döbereiner/v. Keyserlingk*, Sachverständigenhaftung Rn 44.

⁴⁷⁹ *Roeßner/Bayerlein*, Praxishandbuch Sachverständigenrecht³ 240.

⁴⁸⁰ *Busche* in Münchener Kommentar⁴ Teil II Band 4 (2005) § 631 BGB Rn 261; *Sprau* in *Palandt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶⁵ (2006) § 631 Rn 24.

⁴⁸¹ BGH III ZR 50/94 BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392 = ZIP 1994, 1954 = MDR 1995, 354 = VersR 1995, 225 = WM 1995, 204 = BB 1995, 170 = DB 1995, 209 = ZfBR 1995, 75 = IBR 1995, 116 = IBR 1995, 66.; BGH VII ZR 249/77 BGHZ 72, 257; BVerfG 2 BvR 682/64 NJW 1966, 539 = DÖV 1966, 473; BGH VII ZR 114/64 NJW 1967, 719; BGH VII ZR 129/74 BGHZ 67, 1 = NJW 1976, 1502 = VersR 1976, 1064 = BauR 1976, 354; BGH X ZR 203/98 NJW 2001, 514 = ZIP 2001, 574 = MDR 2001, 623 = NZM 2001, 253.

⁴⁸² *Roeßner/Bayerlein*, Praxishandbuch Sachverständigenrecht³ 183.

⁴⁸³ *Döbereiner/v. Keyserlingk*, Sachverständigenhaftung 65.

5.3 Die Haftung des Kunstsachverständigen nach dem BGB

5.3.1 Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten gem § 675 Abs 2 BGB

Vergleichbar mit der österreichischen Rechtsordnung unterscheidet auch das deutsche Zivilrecht deliktische von vertraglichen Schadensersatzansprüchen.⁴⁸⁴

Voraussetzung für eine Haftung ist ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten.

Das deutsche Schadensersatzrecht kennt ebenso eine Haftung für bloße Vermögensschäden dh eine Haftung für Schäden, die ohne Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut entstanden sind. Um eine Ausuferung der Haftung zu verhindern sind diese, wie in Österreich auch, grundsätzlich nur in den Fällen der vertraglichen Haftung ersatzfähig.⁴⁸⁵

Die entsprechende Haftungsbestimmung für Rat, Auskunft und Gutachten findet sich in § 675 Abs 2 BGB und lautet wie folgt: *„Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis, einer unerlaubten Handlung oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.“*

Entsprechend der österreichischen Rechtslage sieht auch das BGB vor, dass eine Haftung für Rat und Auskunft auf vertraglicher Grundlage oder als Folge einer unerlaubten Handlung, also im Rahmen der deliktischen Haftung eintreten kann.⁴⁸⁶ Haftungs begründende Normen, die über die Haftung für Rat und Auskunft nach den Normen des BGB hinausgehen finden sich in Spezialgesetzen wie beispielsweise § 44 BörsG oder §§ 37b, 27c WpHG⁴⁸⁷.

Die vom deutschen Gesetzgeber formulierte Bestimmung des § 675 Abs 2 BGB bringt zum Ausdruck, dass die Erteilung von Rat, Auskunft oder Empfehlungen mangels Rechtsbindungswillens grundsätzlich keinen Verpflichtungsgrund bildet, sodass die Befolgung bei falscher Auskunft keinen Schadenersatzanspruch des Geschädigten begründet. Ohne

⁴⁸⁴ Vgl §§ 284, 288 und 823 BGB.

⁴⁸⁵ Honsell, Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 1976 625.

⁴⁸⁶ Fehrenbacher in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar² (2007) § 675 Abs 2 Rz 42.

⁴⁸⁷ Wertpapierhandelsgesetz.

Rechtsbindungswillen liegt eine bloße, nicht haftungsbegründende Gefälligkeit vor.⁴⁸⁸

Anders als in Österreich wird in der deutschen Literatur regelmäßig betont, dass bei unentgeltlichem Tätigwerden eines Sachverständigen in der Regel mehr als ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis bzw mehr als eine schlichte Auskunft vorliegt.

Voraussetzung für die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages ist jedoch, dass die Gesamtumstände ergeben⁴⁸⁹, dass die Parteien nach ihren Erklärungen bzw den Rat oder die Empfehlung tatsächlich zum Inhalt vertraglicher Pflichten gemacht haben.⁴⁹⁰

Die geforderte Rechtsbindung kann sich aus zwei wesentlichen Kriterien ergeben: Auf der Seite des Anfragenden sind „*der Grad der Bedeutung der Leistung und die erkennbar auf der Grundlage der Anfrage zu treffende Entscheidung zu berücksichtigen*“⁴⁹¹. Auf der Seite des Auskunftsgewährenden sind wiederum die besondere Sachkunde im Hinblick auf die Leistung und ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Auskunftsperson zu beachten.

Insbesondere bei schriftlicher Niederlegung der Ergebnisse durch den Sachverständigen, liegt, wegen der für den Gutachter erkennbaren schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen eines unrichtigen Gutachtens, kein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vor.⁴⁹² Die wirtschaftliche Bedeutung der Expertise und die damit zusammenhängende Gefahr begründen einen Bindungswillen. Daher wird bei unentgeltlichen Begutachtungsverträgen überwiegend das Vorliegen eines Auftrages nach den §§ 662 ff BGB angenommen.⁴⁹³

⁴⁸⁸ *Gottwald*, Haftung für Auskunft und Gutachten gegenüber Dritten (1993) 45.

⁴⁸⁹ BGH 2 StR 347/90 NJW 1991, 32 = MDR 1991, 69 = BGHR StGB = NStZ 1991, 32 = StV 1991, 512 = JR 1991, 208.

⁴⁹⁰ BGH NJW 86, 180; abgeleitet für die Information eines Reisebüros nach der getroffenen Auswahlentscheidung BGH NJW 06, 205.

⁴⁹¹ BGH VI ZR 73/84 NJW 1986, 180 = VersR 1986, 158 = ZIP 1985, 1506 = WM 1985, 1531 = BB 1986, 25 = DB 1986, 422.

⁴⁹² *Remmers*, Die Haftung des Kunstsachverständigen 189 mwN, *Gerlach*, Haftung 51.

⁴⁹³ *Larenz*, SchuldR II/1 412.

5.3.2 Die Haftung des Kunstsachverständigen aufgrund des Auftragsvertrages

Wird der Kunstsachverständige mit der Erstellung einer Expertise betraut, verpflichtet er sich zu einer fachwissenschaftlichen Stellungnahme und Auskunft über das Kunstwerk. Da er sich sohin vertraglich verpflichtet, den geschuldeten Erfolg herzustellen, liegt ein Werkvertrag iSd §§ 631 ff BGB vor.⁴⁹⁴

Gegenstand dieses Vertrages ist eine entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB.⁴⁹⁵ Entsprechend der Differenzierung der deutschen Rechtsprechung zwischen einem engen und einem weiten Geschäftsbesorgungsbegriff wird vertreten, dass die Erstellung einer Expertise durch einen Sachverständigen eine selbstständige Tätigkeit darstellt, die für das Vermögen des Geschäftsherrn von erheblicher Bedeutung, also wirtschaftlicher Art ist. Eine Geschäftsbesorgung ist nur in jenen Fällen verwirklicht, in denen eine bereits bestehende Obliegenheit des Geschäftsherrn wahrgenommen wird. Da durch die Prüfung eines Kunstobjektes durch den Sachverständigen eine ungünstige Vermögensdisposition des Geschäftsherrn verhindert werden soll, wird mit der Begutachtung durch den Sachverständigen diese Voraussetzung erfüllt; womit ein Geschäftsbesorgungsvertrag, auf welchen gem § 675 BGB die Bestimmungen des Werkvertrages, ergänzend die Bestimmungen des Auftragsrechtes Anwendung finden, vorliegt.⁴⁹⁶

Der Kunstsachverständige hat gem § 633 BGB die Expertise mit den zugesicherten Eigenschaften sowie fehlerfrei, dh entsprechend der vertraglich oder gewöhnlich vorausgesetzten Beschaffenheit zu erstellen. Kommt der Kunstexperte zu einer fehlerhaften Zuschreibung liegt ein Sachmangel im Sinne dieser Bestimmung vor, der den Wert und die Gebrauchstauglichkeit des

⁴⁹⁴ BGH VII ZR 144/64 BGHZ 46, 242 = NJW 1967, 388 = JR 1967, 258 = ZfBR 1989, 253 = ZfBR 1988, 126; BGH VII ZR 129/74 BGHZ 67, 1, 4 = NJW 1976, 1502 = VersR 1976, 1064 = BauR 1976, 354; BGH III ZR 50/94 BGHZ 127, 378, 384 = NJW 1995, 392 = ZIP 1994, 1954 = MDR 1995, 354 = VersR 1995, 225 = WM 1995, 204 = BB 1995, 170 = DB 1995, 209 = ZfBR 1995, 75 = IBR 1995, 116 = IBR 1995, 66; *Gerlach* Haftung 49; *Hoyningen-Huene* in FS *Jayme* II 1462; *Wolf*, Die Expertise : Inhalt, Form und Rechtswirkungen von Kunstgutachten (2001) 120.

⁴⁹⁵ *Döbereiner/v.Keyserlingk*, Sachverständigenhaftung 65.

⁴⁹⁶ *Schack*, Kunst und Recht 76.

Gutachtens mindert.⁴⁹⁷ Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, dass heißt die Garantie des Experten für die Richtigkeit seiner Zuschreibung, wird kaum erteilt, da sich jeder Kunstexperte des Risikos seiner Fehlbarkeit bewusst ist.⁴⁹⁸ Auch eine konkludente Zusicherung scheidet aus, da die Schadensersatzpflicht im Werkvertragsrecht des BGB auch bei Zusicherungen Verschulden voraussetzt. Ein falsches Zuschreibungsergebnis stellt somit einen Sachmangel dar, der bei schuldhafter Verursachung durch den Sachverständigen eine Schadensersatzpflicht begründet.⁴⁹⁹

Wie bereits an anderer Stelle näher ausgeführt, handelt es sich bei den Vermögenseinbußen, die der Werkbesteller aufgrund der fehlerhaften Expertise erleidet, um ersatzfähige Mangelfolgeschäden⁵⁰⁰, gem § 634 Nr. 4 BGB, deren Geltendmachung - in der Situation des Geschädigten - zweckmäßiger ist, als jene der Gewährleistungsbehelfe.⁵⁰¹

Voraussetzung eines vertraglichen Schadensersatzanspruches ist die fehlerhafte Zuschreibung des Kunstwerkes, die der Gutachter zu vertreten hat. Hat demnach der Experte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, wobei hier als Vergleichsmaßstab der durchschnittliche Gutachter dieses Fachgebietes herangezogen wird, wird er seinem Vertragspartner schadensersatzpflichtig.⁵⁰²

Vertragliche Beziehungen zwischen dem Gutachter und Gutachtensempfänger können sowohl bei entgeltlicher als auch bei unentgeltlicher Gutachtenserstellung bestehen.

Die deutsche Literatur⁵⁰³ ist sich hinsichtlich der Qualifikation dieses Vertrages uneinig, vertritt aber überwiegend die Ansicht⁵⁰⁴, dass im unentgeltlichen

⁴⁹⁷ Wolf, Die Expertise 133.

⁴⁹⁸ So *Hoyningen-Huene* in FS *Jayme* 1463; Gutachter verwenden sehr häufig den Konjunktiv und ziehen sich auf eine persönliche Einschätzung zurück („...dürfte um ... entstanden sein ...“, „... ist meines Erachtens ...“).

⁴⁹⁹ *Hoyningen-Huene*, Das Sachverständigengutachten über Briefmarken (1972) 42, *Soergel* in *Münchener Kommentar*⁴ II/4 § 633 Rn 29.

⁵⁰⁰ *Simons*, Fachliche Autorität im Kunsthandel 160, *Gerlach*, Haftung 55.

⁵⁰¹ *Gerlach*, Haftung 62; *Remmers*, Die Haftung des Kunstsachverständigen 189 (203).

⁵⁰² BGH VI ZR 68/86 NJW 1987, 1479 = NJW-RR 1987, 857 = MDR 1987, 656 = VersR 1987, 686; *Soergel* in *Münchener Kommentar*⁴ II/4 § 635 Rn 8.

⁵⁰³ *Larenz*, SchuldR II/1 411; *Seiler* in *Münchener Kommentar*⁴ II/4 § 662 Rn 53; *Gerlach*, Haftung; *Reis*, Bulletin Kunst&Recht 2/2011, 56; *Remmers*, Die Haftung des Kunstsachverständigen 189 (199); *Schack*, Kunst und Recht 77.

Tätigwerden eines Sachverständigen das Vorliegen eines Auftrages nach §§ 662 ff angenommen werden kann, was ebenfalls zu einer Haftung aus positiver Forderungsverletzung des Auftrages nach § 195 BGB führt. Auch die unentgeltliche Begutachtung durch Museumsangestellte oder durch Auktionshäuser ist idR mehr als eine schlichte Auskunft bzw ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis, da die wirtschaftliche Bedeutung der Expertise und die damit verbundene für den Kunstsachverständigen erkennbare Gefahr einen rechtlichen Bindungswillen vermuten lässt.

5.3.3 Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten

Im Bereich des Kunstmarktes haben Kunstexpertisen eine sehr große Bedeutung und werden häufig gemeinsam mit dem Kunstwerk am Markt präsentiert. Die Verkehrsfähigkeit von hochpreisigen Kunstwerken ist stark vom Bestehen einer seriösen Kunstexpertise eines anerkannten Kunstsachverständigen abhängig. Demnach ist im Normalfall davon auszugehen, dass der Inhalt von Kunstgutachten auch Dritten zur Kenntnis gelangt. Trifft ein Dritter im Vertrauen auf die falsche Auskunft nachteilige Dispositionen oder unterlässt er eine vorteilhafte Disposition, so erleidet er einen reinen Vermögensschaden⁵⁰⁵ ohne mit dem Schädiger in einem Vertragsverhältnis zu stehen, welcher im deliktischen Bereich des BGB grundsätzlich nicht ersatzfähig ist.⁵⁰⁶

Im Folgenden sollen demnach die Lösungsansätze der deutschen Literatur und Rechtsprechung zur Haftung eines Kunstsachverständigen gegenüber Dritten diskutiert werden.

⁵⁰⁴ Für eine genauere Ausführung hinsichtlich der Qualifikation des unentgeltlichen Tätigwerden des Sachverständigen siehe oben.

⁵⁰⁵ Mit dem Begriff „reine Vermögensschäden“ pflegt man Eingriffe in das Vermögen als solches, als wertmäßige Zusammenfassung der sog. Aktiva einer Person zu bezeichnen; vgl *Teichmann* in *Jauernig, Bürgerliches Recht*¹¹ (2004) §823 Rn 19.

⁵⁰⁶ *Gerlach*, Haftung 85.

5.3.3.1 Die deliktische Haftung

5.3.3.1.1 Haftung aufgrund § 823 Abs 1 BGB⁵⁰⁷

Als Anspruchsgrundlage für eine deliktische Haftung kommt zunächst § 823 Abs 1 BGB in Betracht. Da diese Bestimmung die Ersatzfähigkeit auf die taxativ aufgezählte Güter wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und das Eigentum beschränkt, bildet sie keine geeignete Anspruchsgrundlage für Schäden, die durch eine fehlerhafte Kunstexpertise verursacht werden.

5.3.3.1.2 Haftung aufgrund § 823 Abs 2 BGB

Absatz zwei der zitierten Bestimmung sieht die Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden im Fall einer Schutzgesetzverletzung vor. Besteht ein solches Schutzgesetz, welches gezielt den Schutz individueller Rechtsgüter dient⁵⁰⁸, wobei auch Berufsordnungen solche Schutzgesetze darstellen können, ist der eingetretene reine Vermögensschaden ersatzfähig.

Dieser Auffassung zufolge treffen den Sachverständigen basierend auf seiner gesteigerten Verantwortung als Gutachter deliktsrechtliche Verkehrspflichten zum Schutz fremder Vermögensinteressen. Ein Verstoß dieser Pflichten stellt somit eine Schutzgesetzverletzung dar. Befürworter sehen die Rechtfertigung dieser berufsspezifischen Sorgfaltspflicht des Gutachters in den Auswirkungen, die er als Verfasser des Gutachtens auf fremde Vermögensdispositionen hat.⁵⁰⁹

Der Schutzgesetzcharakter von Sachverständigenordnungen der Industrie- und Handelskammer wird jedoch abgelehnt, womit eine deliktische Haftung für Gutachten nach § 823 Abs. 2 BGB kaum begründet werden kann.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ § 823 BGB: (1), „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

(2) „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

⁵⁰⁸ Vgl BGH II ZR 204/90 = NJW 1992, 241 = BGHZ 116, 7 = NJW 1992, 241 = ZIP 1991, 1597 = MDR 1992, 350 = VersR 1992, 245 = WM 1991, 2090 = DB 1992, 728 = IBR 1992, 66.

⁵⁰⁹ Mertens in Münchener Kommentar⁴ II/4 §823 Rn 475 ff.

⁵¹⁰ Bayerlein/Wessel, Praxishandbuch Sachverständigenrecht³ 594.

Bejaht man eine deliktische Haftung des Sachverständigen gem § 823 Abs 2 BGB so muss man sich im Klaren darüber sein, dass diese Ausweitung der Verkehrspflichten zu einer deliktischen Generalklausel führt. Das System des BGB sieht, wie auch das ABGB, eine Differenzierung von Schäden dahingehend vor, dass das Vermögen als solches weniger intensiv geschützt wird, als absolute Rechte. Lediglich die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung führt, § 826 BGB zufolge, zum Ersatz bloßer Vermögensschäden außerhalb von vertraglichen Beziehungen.

Letztlich kann eine Ablehnung dieser Ansicht auch damit begründet werden, dass sich Auskunftspflichten eines Kunstsachverständigen auf einen kleineren Personenkreis beziehen, nämlich all jene Adressaten, die vom Inhalt Kenntnis erlangen und folglich im Vertrauen auf das Urteil wirtschaftliche Dispositionen tätigen. Deliktische Pflichten bestehen hingegen uneingeschränkt gegenüber jedermann, womit eine deliktische Haftung aufgrund von Schutzgesetzverletzungen abgelehnt werden muss.

5.3.3.1.3 Haftung aufgrund § 826 BGB

Der deliktische Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB setzt vorsätzliches, sittenwidriges Verhalten voraus, wobei der Gutachter zumindest bedingten Vorsatz bezüglich der Schadenszufügung gehabt haben muss.⁵¹¹ Eine Haftung tritt nach dem Gesetzeslaut folglich nur dann ein, wenn sich sowohl der Mangel des Gutachtens als Sittenverstoß darstellt als auch die Schädigung vorsätzlich geschieht.⁵¹² Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind im Bereich der Gutachterhaftung sehr schwer nachzuweisen, was eine Haftung nach § 826 BGB zunächst kaum Anwendung finden ließe, hätte nicht die Judikatur des BGH⁵¹³ die Anwendbarkeit des § 826 BGB extensiv ausgeweitet.⁵¹⁴

⁵¹¹ Vgl § 826; §823 II BGB iVm § 263 StGB; vgl BGH X ZR 250/02 BGHZ 159, 1 = NJW 2004, 3035 = ZIP 2004, 1814 = MDR 2004, 1345 (Ls.) = NZBau 2004, 674 (Ls.) = NZM 2004, 756 = NJ 2005, 33 = VersR 2004, 1328 = WM 2004, 1887 = DB 2004, 2150 = BauR 2005, 122 = ZfBR 2005, 40 = BauR 2004, 1671 (Ls.).

⁵¹² Gerlach, Haftung mwN.

⁵¹³ BGH VI ZR 1/65 WM 1966, 1150 = BB 1966, 1324 = VersR 1966, 1034.

⁵¹⁴ BGH VI ZR 189/78 NJW 1979, 1599 = VersR 1979, 526.

Ausgangspunkt ist die besondere Vertrauensstellung des Sachverständigen, die er aufgrund seiner Fachkunde genießt. Diese Sonderstellung hat zur Konsequenz, dass die leichtfertige Erstellung einer Expertise angesichts der Bedeutung eines Gutachtens für einen Dritten, der sich auf die Fachkunde des Experten verlässt, für besonders rücksichtslos und gewissenlos gehalten wird. Diese Leichtfertigkeit liegt vor, wenn Auskünfte erteilt werden, deren Unrichtigkeit der Sachverständige nicht kennt, aber für möglich halten muss, weil er die Informationen ohne ausreichende tatsächliche Grundlage „*in Blaue hinein*“ abgegeben hat. Dadurch wird für die Gutachterhaftung eine gewissenlose Verletzung von Berufspflichten der Sittenwidrigkeit gleichgestellt⁵¹⁵, wenn ein besonderes, durch die berufliche Tätigkeit hervorgerufenen Vertrauen leichtfertig enttäuscht wird.⁵¹⁶

Der BGH ist sich darüber im Klaren, dass mit dieser Interpretation Sittenwidrigkeit mit grober Fahrlässigkeit gleichgesetzt wird,⁵¹⁷ doch kann einer extensiven Haftungsausweitung entgegengehalten werden, dass die Haftung des Sachverständigen die grob fahrlässige Erstellung der Expertise voraussetzt, deren schwer zu erbringender Beweis dem Geschädigten obliegt und nur in krassen Fällen zu einer deliktischen Haftung gegenüber Dritten führt.⁵¹⁸

Die durch die extensive Interpretation des § 826 BGB entstandene Dehnung des Begriffs der „*vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung*“ ist in der Lehre auf große Kritik gestoßen.⁵¹⁹ Fehlerhafte Sachverständigengutachten entstehen überwiegend fahrlässig, sodass trotz der Herabsetzung der Anforderungen des § 826 BGB diese Vorschrift nur sehr selten als Haftungsgrundlage gegenüber Dritten herangezogen werden kann.⁵²⁰

BGH VI ZR 293/90 NJW 1991, 3282 = MDR 1991, 1138 = VersR 1991, 1413 = WM 1991, 2034 = BB 1991, 2401 = DB 1992, 37 = BauR 1992, 101 = IBR 1992, 71.

⁵¹⁵ BGH VI ZR 230/76 BGHZ 74, 281 = NJW 1979, 1882 = VersR 1979, 769.

⁵¹⁶ Honsell, JuS 1976, 628; Damm, Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung, JZ 1991, 383; Honsell, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen in FS Medicus 1999, 215.

⁵¹⁷ Der BGH spricht in diesem Zusammenhang von einem „*allzusehr strapazierten Tatbestand*“ vgl. BGH VI ZR 230/76 BGHZ 74, 281 = NJW 1979, 1882 = VersR 1979, 769.

⁵¹⁸ Gerlach, Haftung 91.

⁵¹⁹ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 § 78 II d 453.

⁵²⁰ Tarman, Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht (2007) 33.

5.3.3.2 Die Berufshaftung

Einen weiteren Lösungsansatz für eine Haftung des Sachverständigen außerhalb eines Vertragsverhältnisses stellt die Berufshaftung dar, wonach Gutachter für Fehler im Rahmen der Ausübung ihres Berufes haften.⁵²¹ Ausgangspunkt bzw. Rechtfertigung kann wiederum in der beruflichen Sonderstellung des Sachverständigen und der damit verbundenen gesellschaftlichen Rolle gesehen werden.

Erteilt der Sachverständige eine Auskunft, die seinem beruflichen Fachgebiet entspringt, so tritt eine quasi - vertragliche Haftung des Sachverständigen ein. Der Haftungsgrund liegt im Vertrauen des Dritten auf die berufliche Kompetenz des Gutachters und somit in den besonderen Verkehrspflichten des Gutachters zum Schutz fremden Vermögens.⁵²²

Aufgrund der starken Bezugnahme auf das Vertrauen in das berufliche Sachwissen besteht in der Praxis kein großer Unterschied zwischen der Berufshaftung sowie der Vertrauenshaftung. Die gesellschaftliche und berufliche Sonderstellung des Gutachters kann nur dann einen Vertrauenstatbestand begründen, wenn die erteilte Auskunft auf berufsbezogenem Gebiet erteilt wird und der Gutachter das in die „*berufsspezifische Sachkunde legitimerweise gesetzte Vertrauen infolge mangelhafter Überprüfung der Grundlagen enttäuscht*“.⁵²³

Abschließend muss jedoch angeführt werden, dass die Haftung des Auskunftsgewähers aufgrund einer Berufspflicht sehr heftig kritisiert wurde.⁵²⁴ Fraglich ist die gesetzliche Grundlage, wobei insbesondere in Hinblick auf § 675 Abs. 2 BGB eine positivrechtliche Grundlage abzulehnen ist.⁵²⁵ Abgesehen von einer fehlenden dogmatischen Rechtfertigung sind die

⁵²¹ Lammel, Zur Auskunftshaftung, AcP 1979, 360; Tarman, Die Gutachterhaftung 34 mwN.

⁵²² Honsell, JuS 1976, 626; Strauch, Verträge mit Schutzwirkung für Dritte, JuS 1982, 824.

⁵²³ Lammel, AcP 1979, 366.

⁵²⁴ Canaris in FS Larenz 83; Canaris, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 1999, 219.

⁵²⁵ Lammel, AcP 1979, 366.

Kriterien der Berufshaftung nicht klar abzugrenzen, womit eine große Rechtsunsicherheit bestehen bliebe.⁵²⁶

5.3.3.3 Der konkludente Auskunftsvertrag

Die im BGB bestehende Vertragsfreiheit lässt grundsätzlich die Möglichkeit der Annahme eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages zwischen dem Sachverständigen und etwaigen Dritten zu.

Die deutsche höchstgerichtliche Rechtsprechung trifft zunächst eine Unterscheidung ob der Dritte das Gutachten von dem Auftraggeber erhalten hat, sodass der Dritte mit dem Gutachter in keinen unmittelbaren Kontakt stand, oder ob der Gutachter zu dem Dritten unmittelbar schriftlich oder mündlich in Kontakt getreten ist.

In der Konstellation des unmittelbaren Kontakttretens bejaht der BGH in ständiger Rechtsprechung⁵²⁷ eine Haftung aus einem stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrag, unter der Prämisse, dass es für den Auskunftsgeber objektiv erkennbar war, dass die Auskunft für den Empfänger von erheblicher Bedeutung war und ihm zur Grundlage wesentlicher Maßnahmen dienen sollte.⁵²⁸

Die Rechtsprechung kann dahingehend zusammengefasst werden, dass der Gutachter in jenen Fällen haftet, in denen er durch seine berufliche Sonderstellung ein besonderes Vertrauensverhältnis gegenüber dem Dritten schafft.⁵²⁹ „*Ohne Inanspruchnahme einer eigenständigen Expertenstellung*“, so der BGH⁵³⁰, „*fehlt es für eine eigene vertragliche Haftung sowohl an der rechtlichen Grundlage als auch an einem schutzwürdigen Bedürfnis des*

⁵²⁶ Tarman, Die Gutachterhaftung 37.

⁵²⁷ BGH XI ZR 12/93 BGHZ 123, 126 = NJW 1993, 2433 = ZIP 1993, 1148 = MDR 1993, 861 = VersR 1993, 1236 = WM 1993, 1455 = BB 1993, 1903 = BB 1994, 44 = DB 1993, 1869.

⁵²⁸ BGH II ZR 204/90 = NJW 1992, 241 = BGHZ 116, 7 = NJW 1992, 241 = ZIP 1991, 1597 = MDR 1992, 350 = VersR 1992, 245 = WM 1991, 2090 = DB 1992, 728 = IBR 1992, 66; BGH XI ZR 12/93 BGHZ 123, 126 = NJW 1993, 2433 = ZIP 1993, 1148 = MDR 1993, 861 = VersR 1993, 1236 = WM 1993, 1455 = BB 1993, 1903 = BB 1994, 44 = DB 1993, 1869.

⁵²⁹ BGH II ZR 283/51 BGHZ 7, 371 = NJW 1953, 60; BGH ZIP 1983, 433 = WM 1983, 263.

⁵³⁰ BGH VI ZR 73/84 NJW 1986, 180 = VersR 1986, 158 = ZIP 1985, 1506 = WM 1985, 1531 = BB 1986, 25 = DB 1986, 422.

Auskunftsempfängers für eine derartige zusätzliche Sicherung neben den vertraglichen Bindungen zum eigentlichen Vertragspartner.“

Liegt kein unmittelbarer Kontakt zwischen Gutachter und dem geschädigten Dritten vor, so ist der Sachverhalt schwieriger zu beurteilen, da keine einheitliche höchstgerichtliche Rechtsprechung⁵³¹ dahingehend besteht. Eine nähere Ausführung dieser Problematik kann insofern unterbleiben, da die Judikatur von der Lehre⁵³² aus den sogleich angeführten Gründen stark kritisiert wurde, was zu einer Änderung der Judikatur und somit zu einer Ablehnung des konkludenten Auskunftsvertrages führte.

Hauptkritikpunkt der Lehre ist der fehlende Parteiwille des Gutachters. Die Judikatur konstruiert einen Auskunftsvertrag, kann diesen aber nicht mit dem tatsächlichen Parteiwillen begründen, womit eine Willenserklärung des Vertragspartners nicht vorliegt. In den überwiegenden Fällen hat der Gutachter keinen rechtsgeschäftlichen Willen gegenüber einem Dritten haftungsrechtlich einzustehen, somit kann ihm dies nicht im Rahmen der Auskunftserteilung unterstellt werden.⁵³³ Das Interesse des Auskunftsgebers liegt, neben finanziellen Aspekten, in der Erteilung der Auskunft, nicht jedoch in der Übernahme der Haftung gegenüber einer weiteren Person neben dem Vertragspartner.

Eine Mindermeinung in der Lehre geht davon aus, dass mit der Erstellung der Expertise ein konkludentes Angebot seitens des Sachverständigen an „*alle die es angeht*“ auf Abschluss eines Auskunftsvertrages vorliegt.⁵³⁴ Unterstützt von der Rechtsprechung, wird die Dritthaftung in Fällen bejaht, in denen der Auskunftsgeber zum Ausdruck bringt, dass er jedem, den es angeht, für die Richtigkeit der Expertise haften will.⁵³⁵

⁵³¹ Vgl. BGH XI ZR 165/88 WM 1990, 1991 = NJW 1991, 352 = NJW-RR 1991, 503 = MDR 1991, 338 = VersR 1991, 311 = BB 1990, 2291 = DB 1990, 2516 = BauR 1991, 102 = IBR 1991, 60.

⁵³² *Canaris*, Die Schadenersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung in FS Schimansky (1999), 48; *Damm*, JZ 1991, 373; *Honsell* in FS *Medicus* 211; *Honsell*, JuS 1976, 625.

⁵³³ Lammel, AcP 1979, 337.

⁵³⁴ *Döbereiner/v. Keyserlingk*, Sachverständigenhaftung 141ff; *Gerlach*, Haftung 85.

⁵³⁵ BGH III ZR 73/67 WM 1969, 36, 37 = NJW 1969, 1065 = NJW 1969, 234 = JR 1969, 181; Auskunft eines Kunsthändlers über den Wert von 21 Gemälden, die der Käufer dann bei einem

Da im Zeitpunkt eines konkludenten Vertragsabschlusses die Expertise aber bereits vorliegt, handelt es sich strenggenommen nicht um einen konkludenten Auskunftsvertrag, sondern vielmehr um einen konkludenten Haftungsvertrag zwischen dem Sachverständigen und dem Dritten. Gesetzlich ist auch dies zulässig, jedoch kann ein objektiv feststellbarer Wille des Sachverständigen dahingehend kaum bejaht werden.⁵³⁶

Eine weitere Schwierigkeit kann darin gesehen werden, dass die Dauer der Bindungswirkung des Sachverständigen an sein Angebot offen bleibt, was sich schließlich auf die Dauer der Verjährungsfrist auswirkt. Da die Verjährungsfrist mit Vertragsabschluss zu laufen beginnt und der Sachverständige weiterhin an sein Angebot gebunden ist, würde ein mehrfacher Weiterverkauf die Verjährungsgrenze immer weiter hinausschieben, ohne dass der Sachverständige dies beeinflussen könnte.⁵³⁷

Auch für den Dritten birgt die Annahme Unklarheiten, wie beispielsweise getroffenen Abreden zwischen dem Besteller und dem Sachverständigen, die sich gem § 166 Abs 1 BGB auch auf ihn beziehen, sodass die Konstruktion eines konkludenten Auskunftsvertrages mittlerweile auch von der Rechtsprechung abgelehnt wird.⁵³⁸

5.3.3.4 Der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte

Die von der Rechtsprechung häufig herangezogene Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte sieht eine Haftung des Sachverständigen aufgrund der Einbeziehung des Dritten in die Schutzwirkungen des Vertrages zwischen Sachverständigem und Auftraggeber vor. Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung wird aufgrund des Parteiwillens, der sich aus ausdrücklichen Parteierklärungen, sowie auch aus dem Verhalten der Parteien oder besonderen Umständen ergeben kann, der Dritte in die Schutzwirkungen

Dritten kaufte. Entsprechend BGE 112 II 347, 350 (1986) – Lampe von Emile Galle; *Schack*, Kunst und Recht 78.

⁵³⁶BGH VI ZR 189/78 NJW 1979, 1599 = VersR 1979, 526; *Honsell*, JuS 1976, 626; *Schack*, Kunst und Recht 78.

⁵³⁷*Goepfert*, Haftungsprobleme 84.

⁵³⁸*Honsell* in FS *Medicus* 222; *Honsell*, JuS 1976, 626.

der Vertrages einbezogen.⁵³⁹ Da sich dadurch die Haftung des Sachverständigen erheblich erweitert, müssen die folgenden Voraussetzungen für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter sorgfältig geprüft werden:

5.3.3.4.1 Die Voraussetzungen

Die Voraussetzung der Leistungsnähe sieht vor, dass der Dritte entsprechend dem Willen des Auftraggebers bestimmungsgemäß mit der Leistung in Kontakt tritt.⁵⁴⁰

Weiters ist es erforderlich, dass der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten hat. Dieses Kriterium soll den Kreis der anspruchsberechtigten Dritten dahingehen eingrenzen, dass der Sachverständige mit einem objektiv vorhersehbaren Personenkreis rechnen kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Gutachter damit rechnen musste, dass das Gutachten weitergegeben wird und dass ein Dritter auf Grund des Gutachtens Vermögensdispositionen trifft.⁵⁴¹

Zunächst stellte die Judikatur des BGH auf die sogenannte *Wohl-und-Wehe-Formel*⁵⁴² ab. Mit der sogenannten *Lastschrift* Entscheidung⁵⁴³ nahm die Judikatur eine entscheidende Wende, in der von der *Wohl-und-Wehe-Formel* als persönliche Begrenzung des vertraglichen Drittschutzes abgesehen wurde.

⁵³⁹ Gerlach, Haftung 94; Schack, Kunst und Recht 78.

⁵⁴⁰ BGH VI ZR 109 NJW 1959, 1676 = VersR 1959, 645..

⁵⁴¹ BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 335 = ZIP 1984, 70 = VersR 1984, 85 = WM 1984, 34 = BauR 1984, 189; BGH IVa ZR 66/83 JZ 1985, 951 = NJW-RR 1986, 484 = NJW-RR 1986, 485 = ZIP 1985, 398 = MDR 1985, 1001 = WM 1985, 450 = DB 1985, 1464 = ZfBR 1985, 121.

⁵⁴² Dieser Formel entsprechend musste der Gläubiger ein eigenes, berechtigtes Interesse daran haben, dass der Dritte in den Schutzbereich des Vertrags miteinbezogen wurde. Dies wurde bejaht, wenn der Gläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich war, weil er ihm Schutz und Fürsorge zu gewähren hatte; vgl BGH VI ZR 212/66 BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 = MDR 1969, 209 = VersR 1969, 155 = WM 1969, 38 = BB 1969, 12 = DB 1969, 32.

⁵⁴³ BGH II ZR 52/75 BGHZ 69, 82 = NJW 1977, 1916.

Diese Neuorientierung hatte erhebliche Auswirkungen auf die Fälle der Gutachterhaftung gegenüber Dritten, da die mangelnde Fürsorgepflicht des Vertragspartners alleine die Haftung nicht verneint.⁵⁴⁴

Für den Bereich des Kunstgutachtens wird bereits aus dem Zweck der Expertise, nämlich dem Rechtverkehr als Echtheitsbestätigung zu dienen, das Parteieninteresse geschlossen, dass auch ein Dritter das Urteil der Expertise als für ihn verbindlich ansehen wird. Vorausgesetzt hierfür ist jedoch, dass der Kreis der Dritten objektiv eingrenzbar ist, was für die Käufer von einem konkreten Kunstwerk auch zutrifft. Treffen der Kunstsachverständige und sein Auftraggeber nicht die Vereinbarung das Gutachten ausschließlich für interne Zwecke zu verwenden, so hat der Sachverständige davon auszugehen, dass das Gutachten auch Dritten zur Kenntnis gelangt und von diesen als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden wird.⁵⁴⁵ Fehlen im Sachverhalt hingegen jegliche Momente, die dem Gutachter die Leistungsnähe sowie das Gläubigerinteresse erkennbar machen, fehlt eine wesentliche Voraussetzung für den Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte.⁵⁴⁶

Der BGH stellt auf die besondere Sachkunde des Gutachters ab, um das Interesse an einer Haftung gegenüber Dritten zu rechtfertigen. Demnach hält er fest, dass diese besondere Sachkunde insbesondere dann vorliegt, wenn der Gutachter staatlich anerkannt ist, da der Rechtsverkehr gegenüber öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen *„die berechtigte Erwartung einer höheren Sachkunde und Zuverlässigkeit habe, als gegenüber privaten Sachverständigen.“*⁵⁴⁷

Für den Bereich des Kunstsachverständigen muss jedoch anderes gelten, da erst die Spezialisierung die besondere Fachkunde ausmacht und, da nur selten öffentlich bestellte und vereidigte Kunstsachverständige tätig werden, kann im

⁵⁴⁴BGH VI ZR 120/71 WM 1973, 141 = NJW 1973, 700 = NJW 1973, 321 = VersR 1973, 247; BGH VI ZR 120/71 WM 1973, 141 = NJW 1973, 700 = NJW 1973, 321 = VersR 1973, 247.

⁵⁴⁵BGH IVa ZR 66/83 JZ 1985, 951 = NJW-RR 1986, 484 = NJW-RR 1986, 485 = ZIP 1985, 398 = MDR 1985, 1001 = WM 1985, 450 = DB 1985, 1464 = ZfBR 1985, 121; BGH IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 = NJW 1987, 1758 = NJW-RR 1987, 983 = ZIP 1987, 376 = MDR 1987, 477 = VersR 1987, 262 = WM 1987, 257 = BB 1987, 371 = DB 1987, 828; BGH XI ZR 355/02 NJW 2004, 3036 = ZIP 2004, 452 = MDR 2004, 520 = NZM 2004, 349 = VersR 2004, 740 = WM 2004, 422 = BB 2004, 515 = BauR 2004, 1154 = IBR 2004, 227; BGH VI ZR 120/71 WM 1973, 141 = NJW 1973, 700 = NJW 1973, 321 = VersR 1973, 247; OLG Köln 5 U 157/90 VersR 1991, 565 f.

⁵⁴⁶Remmers, Die Haftung des Kunstsachverständigen 189 (211).

⁵⁴⁷BGH VI ZR 120/71 NJW 1973, 700 = NJW 1973, 321 = VersR 1973, 247 = WM 1973, 141.

Fall von Kunstexpertisen die Erwartung an die entsprechende Fachkunde nicht an einen staatlichen Akt geknüpft sein.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ *Gerlach, Haftung 97.*

5.3.3.4.2 Einwendungen nach § 334 BGB

Auch wenn der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte mitunter zu sachgerechten Lösungen führt, bleiben für den Dritten Schutzlücken bestehen. Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien gehen den schutzwürdigen Interessen eines Dritten vor, auch wenn diese aus der Expertise nicht hervorgehen bzw der Dritte keine Kenntnis davon erlangt. Da grundsätzlich alle Aspekte der Haftung aus dem ursprünglichen Vertragsverhältnis abgeleitet werden, muss sich der Dritte gem § 334 BGB alle Einwendungen und Haftungsbeschränkungen entgegenhalten lassen und steht schließlich auch im Falle eines nichtigen Vertrages zwischen den Sachverständigen und Auftraggeber schutzlos dar.⁵⁴⁹

Die eingeschränkte Haftung des Dritten kann mit der Ableitung der vertraglichen Ansprüche begründet werden. Der Inhalt und Umfang seines abgeleiteten Anspruches entspricht exakt jenem des Gläubigers.

Davon abweichend besteht eine interessante Rechtsprechung des BGH⁵⁵⁰, welche sehr stark kritisiert und in der Lehre vehement abgelehnt wird:

Dieser Judikatur zufolge führt der Gedanke des § 334 BGB nur dann zu einer Einschränkung, wenn nicht die „*Natur des Vertrages*“ entgegensteht, was bedeutet, dass der Umfang der Haftung des Dritten jeweils einzelfallbezogen bewertet werden muss. Weiters sieht der BGH die Möglichkeit des stillschweigenden Abbedingens des § 334 BGB durch die Parteien, wiederum durch die Natur des Vertrages gerechtfertigt. Demnach können dem Dritten weitergehende Rechte zustehen als dem Auftraggeber, dh dem Vertragspartner selbst.

Die Lehre sieht ihre ablehnende Haltung vor allem darin bestätigt, dass es sich bei dem Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte um eine abgeleitete Haftung handle. Besprechen die Vertragsparteien explizit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wie eine Haftung gegenüber Dritten definiert sein soll, so

⁵⁴⁹ *Canaris*, ZHR 163 (1999), 206 (216 f.); *Remmers*, Die Haftung des Kunstsachverständigen 189 (212).

⁵⁵⁰ BGH III ZR 50/94 BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392 = ZIP 1994, 1954 = MDR 1995, 354 = VersR 1995, 225 = WM 1995, 204 = BB 1995, 170 = DB 1995, 209 = ZfBR 1995, 75 = IBR 1995, 116 = IBR 1995, 66.

wird kein Gutachter ausdrücklich § 334 BGB abbedingen.⁵⁵¹ Demzufolge kann auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ohne entsprechenden Parteiwillen ein stillschweigendes Abbedingen angenommen werden. Um den Dritten diesfalls nicht schutzlos zu lassen, wird vorgeschlagen, dass der Auftraggeber den Dritten gem § 241 Abs 2 BGB auf die eingeschränkte Haftung hinweist, allenfalls er dem geschädigten Dritten gemäß §§ 280 Abs 1 und 241 Abs 2 BGB aus vertraglicher Pflichtverletzung haftet.⁵⁵²

5.3.3.5 Die Vertrauenshaftung

Die bevorstehend aufgezeigten Lösungsmodelle des konkludenten Auskunftsvertrages bzw des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte haben gemeinsam, dass sich die Haftung des geschädigten Dritten aus dem Verhältnis zwischen Sachverständigem und Vertragspartner ableitet. Daraus folgt, dass für den tatsächlich Geschädigten sehr häufig eine unbefriedigende Situation entsteht, die sich aus Haftungsbeschränkungen oder Abreden zwischen den Vertragsparteien ergibt. Das Prinzip der Vertrauenshaftung versucht diese Probleme zu vermeiden und sieht den eigentlichen Haftungsgrund in dem bestehenden Vertrauensverhältnis zwischen Sachverständigen und dem auf die Expertise vertrauenden Dritten.

Ein Schadensersatzanspruch kann demnach bereits dann entstehen, wenn der Dritte im Vertrauen auf die Expertise ein Kunstwerk kauft, auch wenn die Haftung zwischen den Vertragsparteien für den Dritten nicht erkennbar beschränkt ist oder die Expertise ausschließlich internen Zwecken dienen soll.

Auch die Judikatur bejaht die Möglichkeit, dass berechtigtes Vertrauen eines Dritten auf die Richtigkeit einer Expertise eine Haftung begründen kann, zurückgeführt auf den Gedanken, dass bei einem Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte der Grund für eine Einbeziehung die berechnete Erwartung einer

⁵⁵¹ *Canaris*, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei Gegenläufigkeit der Interessen, JZ 1995, 444; *Picker*, Gutachterhaftung in FS *Medicus* 407.

⁵⁵² *Grunewald*, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, ZGR 1999, 590; *Medicus*, Anmerkung zu BGH III ZR 50/94 BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392 = ZIP 1994, 1954 = MDR 1995, 354 = VersR 1995, 225 = WM 1995, 204 = BB 1995, 170 = DB 1995, 209 = ZfBR 1995, 75 = IBR 1995, 116 = IBR 1995, 66.

hervorgehobenen Sachkunde und Zuverlässigkeit des Sachverständigen in der Öffentlichkeit sein soll.

Federführend in diesem Bereich sind die Denksätze *Canaris*⁵⁵³, welcher die Erwartung des Auskunftsempfängers in ein sorgfältiges Vorgehen des Auskunftsgebers als Ausgangspunkt ansieht. Voraussetzung ist weiters, dass der Auskunftsgeber diese Verhaltenserwartung zurechenbar hervorgerufen hat, denn nur diesfalls kann für die Gewährung und Inanspruchnahme des Auskunftsempfängers gehaftet werden.⁵⁵⁴

Dogmatisch handelt es sich bei dieser Variante um eine Haftung zwischen Vertrag und Delikt, welche ebenso wie die culpa in contrahendo, grundsätzlich zulässig ist und unabhängig von dem Zustandekommen eines Vertrages, gesetzlicher Natur ist.⁵⁵⁵

Mehrere Stimmen in der deutschen Lehre⁵⁵⁶ führen in diesem Zusammenhang aus, dass der Begriff des Vertrauens sehr unbestimmt ist und somit Abgrenzungsprobleme in sich birgt. Dem kann entgegengehalten werden, dass nur ein berechtigtes Vertrauen, das auf der Qualifikation des Sachverständigen basiert, für eine Haftung des Sachverständigen herangezogen werden kann. Begründet wird dies mit der Sonderstellung des Sachverständigen und der aus der soziologischen Rolle des Experten resultierenden Erwartungen der Gesellschaft.⁵⁵⁷ Dabei handelt es sich nicht um ein tatsächlich ablaufendes Verhalten, sondern vielmehr um ein Bündel von Verhaltenserwartungen, die der Einzelne an den Sachverständigen stellt.⁵⁵⁸ Der Auskunftssuchende verfügt in den überwiegenden Fällen nicht über die erforderlichen Kenntnisse um die Untersuchungsergebnisse des Sachverständigen zu überprüfen. Dementsprechend hat er kaum Alternativen als sich auf die Kompetenz des Sachverständigen zu verlassen. Befürworter leiten folglich aus dieser

⁵⁵³ *Canaris*, Vertrauenshaftung 538.

⁵⁵⁴ *Canaris*, Vertrauenshaftung 473.

⁵⁵⁵ *Larenz/Canaris*, SchuldR II/1 425.

⁵⁵⁶ *Altenburger*, Die zivilrechtliche Haftung des Architekten für Vermögensschäden Dritter (1996) 188 ff; *Schmitz*, Dritthaftung aus culpa in contrahendo (1980) 43; *Gerlach*, Haftung 104 mwN.

⁵⁵⁷ *Rehbinder*, Status – Kontrakt – Rolle – Wandlung der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft in *FS Hirsch* (1968) 141, 163 mwN.

⁵⁵⁸ *Rehbinder* in *FS Hirsch*, 141f.

„Angewiesenheitssituation“ eine Einstandspflicht des Sachverständigen ab.⁵⁵⁹ Der Vorteil der Spezialisierung birgt andererseits eine Ausweitung der Haftung im Sinne eines anonymen Vertrauens in die Berufsstellung in sich. Dieses Vertrauen in die Berufsstellung wird auch dann bejaht, wenn die entsprechende Sachkunde beim konkreten Sachverständigen nicht vorliegt, da der Auskunftsnnehmer die Fachkenntnis des Gutachtensersellers nicht überprüfen kann und somit schutzwürdig ist.⁵⁶⁰

5.4 Résumé

Auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung bejaht die Drittwirkung von Sachverständigengutachten. Als Lösungsansätze werden der konkludente Auskunftsvertrag, die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung nach § 826 BGB, die Haftung aufgrund deliktischer Schutzpflichten im Sinne von berufsspezifischen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen, der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte sowie die Vertrauenshaftung diskutiert.

Die Deutung der Abfassung einer Expertise als konkludentes Angebot des Sachverständigen zum Abschluss eines Auskunftsvertrages gegenüber dem Käufer und allen Dritten, die auf das Gutachten vertrauen ist insofern problematisch, da dadurch einerseits dem Sachverständigen ein Rechtsbindungswillen gegenüber unbekanntem Dritten unterstellt wird sowie andererseits offenbleibt, inwiefern die Gutachtenserstellung als Willenserklärung zu deuten ist.⁵⁶¹

Die Grundlage der Vertrauenshaftung wird in der deutschen Lehre in der Sonderstellung des Sachverständigen und seiner auftragsgemäßen Erstellung der Expertise sowie mit der Teilnahme am Rechtsverkehr gesehen. Dadurch entsteht ein Vertrauenstatbestand, welcher die Annahme einer rechtlichen Bindung des Kunstsachverständigen zulässt.

⁵⁵⁹ Jost, Vertragslose Auskunfts- und Beratungshaftung (1991) 255.

⁵⁶⁰ Gerlach, Haftung 105.

⁵⁶¹ Locher, Recht der bildenden Kunst 167.

Somit kann festgehalten werden, dass die deutsche Lehre die Vertrauensstellung des Sachverständigen gegenüber Dritten sehr weit auslegt. Anders als in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung, vor allem in der Entscheidung *Unterberger*, wird nicht auf den Einzelfall, den Auftragszweck sowie den jeweiligen Adressatenkreis abgestellt. Vielmehr erstreckt sich die Haftung des Sachverständigen nach deutschem Recht auf alle Personen, die auf die Richtigkeit des Sachverständigengutachtens vertrauen. Damit besteht in der deutschen Rechtsordnung hinsichtlich der Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten eine größere Rechtsunsicherheit, da der Kreis der potentiellen Geschädigten, anders als in Österreich, nicht abgrenzbar ist.

6 DIE RECHTSLAGE IN DER SCHWEIZ

6.1 Der Sachverständige

Wie bereits aus der österreichischen sowie der deutschen Rechtsordnung bekannt, hat auch der Gesetzgeber der Schweiz von einer Allgemeindefinition des Sachverständigen abgesehen. Der Umfang seiner Aufgaben und Pflichten ist aus dem Begriff selbst sowie der Zweckbestimmung seiner Tätigkeit abzuleiten.⁵⁶²

Als unabdingbare Voraussetzung ist neben der besonderen Sachkunde, dh die Fähigkeit fachliche Beurteilungen und Schlussfolgerungen in einer allgemein verständlichen Weise darzustellen, auch die Unabhängigkeit des Sachverständigen zu nennen. Ein Sachverständiger ist verpflichtet im Rahmen der Gutachtenserstellung frei von den Wünschen und Vorstellungen des Auftraggebers tätig zu werden und Aufträge abzulehnen, wenn er die unbeeinflusste Auftrags Erfüllung nicht gewährleisten kann.

6.2 Der Kunstsachverständige

Abgesehen einiger Regelungen betreffend das Berufsbild des gerichtlich bestellten Sachverständigen, welcher besonderen zivil- und strafprozessualen Rechtsnormen, wie auch Honorierungsvorschriften und dem Berufsgeheimnis unterliegt, ist in der schweizerischen Rechtsordnung keine *lex specialis* zum Expertenwesen vorzufinden.

Kunstsachverständiger ist folglich jemand, der als solcher auftritt und von den Marktteilnehmern auch als Experte anerkannt wird. In Betracht kommen neben Auktionshäusern und Kunsthändlern auch Kunstkritiker, Sammlungsbetreuer, Nachlassverwalter, Autoren eines Werkverzeichnisses sowie Kuratoren.

Die bewertende und begutachtende Tätigkeit der Kunstexperten kann sich auf die Zuschreibung und Zertifizierung eines Kunstwerkes, auf die Wertschätzung

⁵⁶² *Döbereiner/Keyserlingk*, Sachverständigenhaftung mit Haftungsbegrenzung Rn 14.

nach ökonomischen Faktoren sowie auf die kunstkritische Betrachtung beziehen.⁵⁶³

Auf die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Erstellung von Wertgutachten wurde bereits an anderer Stelle ausführlich eingegangen. Dem ist noch hinzuzufügen, dass der Wert eines Kunstgegenstandes meist im Moment einer bevorstehenden Transaktion festzustellen ist und dass dieser Geschäftsvorgang sich auch auf den geschätzten Wert auswirkt⁵⁶⁴. Die Praxis der Schweizer Museen zeigt, dass es den Experten meist untersagt ist, im Rahmen einer Authentizitätsprüfung eine Wertschätzung vorzunehmen.

Wird explizit ein Wertgutachten in Auftrag gegeben, so fragen die zuständigen Experten nach dem Zweck zu dem das Werk bewertet werden soll, um den Schätzwert möglichst genau festlegen zu können.

6.2.1 Der Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen

Die Sorgfaltsanforderungen an die Begutachtung des Kunstsachverständigen ergeben sich aus den allgemeinen Anforderungen an einen Sachverständigen sowie aus der individuellen privatrechtlichen Vereinbarung zwischen dem Experten und seinem Auftraggeber.

Das Obligationenrecht sieht einen objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstab vor, was dazu führt, dass der anzuwendende Sorgfaltsmaßstab nicht an den individuellen Fähigkeiten des jeweiligen Schädigers, sondern an jener Sorgfalt zu messen ist, die eine vernünftige Person aus dem Verkehrskreis des Schädigers in der konkreten Situation des Schädigers aufgebracht hätte.⁵⁶⁵ Der Schädiger kann sich nicht auf eine individuelle Unfähigkeit oder Sorglosigkeit berufen.

⁵⁶³ *Glaus*, Haftung für die unrichtige Schätzung von Kunstobjekten, *Recht & Steuern* 1/2008, 59; *Byrne-Sutton/Renold*, L'Expertise dans lavente d'objets d'art in Band 1 der Schriftenreihe des Centre du droit de l'art (1991) 5 ff.

⁵⁶⁴ Vgl die Entscheidung *Émile Gallé* BGE 112 II 347, die Eigentümer einer Jugendstillampe unterzogen diese vor Verkauf durch eine Schweizer Galerie einer Schätzung.

⁵⁶⁵ *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht⁴ Allgemeiner Teil (2006) 114.

Handelt es sich bei dem Kunstsachverständigen um einen außergewöhnlichen Experten mit Spezialkenntnis über einen Künstler oder eine Epoche, so hat er dieses Fachwissen einzusetzen und kann sich nicht unter Berufung auf Anwendung der durchschnittlichen Kunstkenntnisse vom Verschuldensvorwurf freibeweisen.

Die entsprechende Bestimmung für den Verschuldensmaßstab des Auftragsvertrages findet sich in Art 398 OR die für die Festlegung des Sorgfaltsmaßstabs auf die arbeitsrechtlichen Normen der Art 321 a⁵⁶⁶, und Art 97 OR⁵⁶⁷ verweist. Der gesetzgeberisch angeordnete Verweis auf den Sorgfaltsmaßstab beim Arbeitsvertrag wurde von der Lehre sehr stark kritisiert und mitunter auch als Fehlleistung der Gesetzgebung bezeichnet.⁵⁶⁸ Mitunter ausschlaggebend für die Ablehnung des arbeitsrechtlichen Sorgfaltsmaßstabes für den Auftragsvertrag ist, dass an den Sorgfaltsmaßstab für den Auftragsvertrag höhere Anforderungen gestellt werden, als an den Arbeitnehmer. Begründet wird dies unter anderem mit der Weisungsintensität beim Arbeitsvertrag.⁵⁶⁹ Für den Gutachter bedeutet dies, dass er bei Gutachtertätigkeiten die Fachkunde und Erfahrung eines durchschnittlichen Gutachters anzuwenden hat.

6.2.2 Die Expertise

Anders als in den beiden Vergleichsländern Österreich und Deutschland wird das Erstellen eines Gutachtens in der Rechtsordnung der Schweiz nicht als Werk im Sinne eines Werkvertrages qualifiziert.⁵⁷⁰ Vielmehr ordnet das

⁵⁶⁶ Art 321 a OR Satz 1 besagt: „Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.“

⁵⁶⁷ Art 97 OR: „Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.“

⁵⁶⁸ So Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil⁴ 286 mwN.

⁵⁶⁹ Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil⁴ 287.

⁵⁷⁰ Honsell, JuS 1976, 621.

schweizerische Recht die Gutachtertätigkeit eines Sachverständigen als Auftrag iSd Art 394 Abs 2 OR ein.⁵⁷¹

Eine Mindermeinung in der schweizerischen Lehre bejaht jedoch die Anwendung des Werkvertragsrechts auf Gutachten um auch in diesen Fällen die im Vergleich zum Gewährleistungsrecht für den Auftraggeber günstigeren Bestimmungen des Werkvertragsrechts Anwendung finden zu lassen.⁵⁷² Diese Rechtsmeinung hat sich letztendlich jedoch nicht durchgesetzt.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵⁷³ bejahte zunächst die Möglichkeit von Unkörperlichem als Gegenstand eines Werkvertrages. Nach einer stark kritisierten Änderung der Judikatur⁵⁷⁴ wurden als Werke im Sinne eines Werkvertrages jedoch nur noch körperliche Werke anerkannt, was dazu führte, dass die vertragliche Verpflichtung zu immateriellen Leistungen als Auftragsvertrag galt. Da auch schriftlich niedergelegte Expertisen keine körperlichen Werke, sondern das Ergebnis geistiger Arbeit sind, ist das Werkvertragsrecht nicht auf Gutachterfälle anzuwenden.

Auch eine neuerliche Wende in der höchstgerichtlichen Judikatur, mit welcher zu der bereits bekannten Rechtsprechung und dem Erfassen von Unkörperlichem als Werkvertragsinhalt zurückgekehrt wurde, bewirkte keine Änderung für die Fälle der Gutachterhaftung.⁵⁷⁵ Die Vertreter der Mindermeinung scheiterten mit ihrem Versuch Gutachten als unkörperliche Arbeitserfolge unter das Werkvertragsrecht zu subsumieren.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2001⁵⁷⁶ unterschied das Bundesgericht, ob die Richtigkeit des Gutachtens nach objektiven Kriterien festgestellt werden kann. Ist dies der Fall, so liegt ein Werkvertrag vor.

*Honsell*⁵⁷⁷ kritisiert die Heranziehung dieses Kriteriums indem er darauf hinweist, dass auch wenn dem Gutachtensverfasser ein Ermessensspielraum

⁵⁷¹ Vgl. BGE 117 II 563; 112 II 347; *Fellmann* in Berner Kommentar VI/2, § 394 OR Rdnr. 330; Kuhn, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 1986, 350.

⁵⁷² *Klocke*, Erstattung von Gutachten, BauR 1986, 294.

⁵⁷³ BGE 83 II 529; 70 II 218.

⁵⁷⁴ BGE 98 II 311.

⁵⁷⁵ *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil⁴ (1997) 247.

⁵⁷⁶ BGE 127 III 328.

⁵⁷⁷ *Honsell* in FS Nobel 2005, 6 f.

bleibt, letztendlich immer objektive Kriterien vorliegen, nach denen sich die Richtigkeit des Gutachtens nachprüfen lässt.

Kunstexperten sind grundsätzlich schwer nachprüfbar, da primär geisteswissenschaftliche Untersuchungsmethoden wie etwa die Stilkritik herangezogen werden. Auch diesfalls muss jedoch der Kunstsachverständige die verwendeten Methoden objektiv nachvollziehbar darstellen und sollte nur neueste wissenschaftliche Erkenntnisse heranziehen, was auch Wertgutachten, nach der Unterscheidung des Bundesgerichts in die Kategorie der Werkverträge einordnen lässt.

Da aber die Sachmangelgewährleistung des Werkvertragsrechts auf körperliche Werke zugeschnitten ist, ist die hL der Ansicht, dass der Gutachervertrag als Auftragsvertrag zu qualifizieren ist und dementsprechend sind für Gutachten die Bestimmungen des Art. 394 Abs 2 OR relevant.

6.3 Die Haftung des Kunstsachverständigen

Die Haftung des Gutachters gegenüber seinem Auftraggeber ist in Art 398 OR⁵⁷⁸ geregelt. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der Beauftragte seiner vertraglichen Verpflichtung bereits dann nachkommt, wenn er im Interesse seines Auftraggebers tätig wird. Zur Herstellung eines bestimmten Erfolgs ist der beauftragte Gutachter hingegen nicht verpflichtet, er haftet wenn er die auftragsgemäßen Pflichten schuldhaft verletzt. Gemäß Art 97 Abs 1 OR besteht eine Verschuldensvermutung, ein Freibeweis durch den Beauftragten ist möglich.⁵⁷⁹

Gutachter die sich zur vertraglichen Erstellung einer Kunstexpertise verpflichten haften ihrem Auftraggeber für fahrlässig verursachte Fehler, sofern die Haftung nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt wurde, was im Rahmen des Art 100 OR⁵⁸⁰ grundsätzlich möglich ist.

Steht endgültig fest, dass die Expertise objektiv mangelhaft ist, dh dass nicht nur das von dem Auftraggeber gewünschte Ergebnis nicht vorliegt, sondern dass die Expertise auch tatsächlich fehlerhaft ist, so kommt eine Haftung aus Vertrag, aus deliktischem Handeln sowie aus erwecktem Vertrauen in Betracht. Besondere Bedeutung kommen auch den berufsethischen Normen im Kunsthandel, im Galerie-, Restaurations- und Auktionswesen zu. Die Verhaltensanordnungen können als Maßstab für die Festlegung des zu erwartenden Standards bezüglich der geforderten Sorgfalt herangezogen werden. Somit werden die berufsrechtlichen Vorschriften neben der

⁵⁷⁸ Art 398 OR lautet wie folgt: „Der Beauftragte haftet im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.

Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.

Er hat das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäß als zulässig betrachtet wird.“

⁵⁷⁹ Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht BT⁴ 286; Glaus, Die Haftung von Experten und Werkverzeichner nach schweizerischem Recht, KUR 4/2004, 112 ff.

⁵⁸⁰ Art 100 2. OR Webedingung der Haftung: „Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig.

Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.“

Würdigung der ethischen Verantwortlichkeit auch für die Beurteilung des haftungsbegründenden Sorgfaltsmaßstabes relevant.

Häufig bestehen betriebsinterne Richtlinien bei Auktionshäusern, die als Versteigerungsbedingungen in Erscheinung treten und eine Durchsetzung der Haftung erleichtern können. Die beiden international tätigen Auktionshäuser Christie's und Sotheby's⁵⁸¹, aber auch das Wiener Auktionshaus im Kinsky Kunst Auktionen GmbH⁵⁸² garantieren in ihren Versteigerungsbedingungen die Rücknahme des ersteigerten Werkes innerhalb einer gewissen Zeitspanne, gegen Rückzahlung des Kaufpreises, soweit nachgewiesen werden kann, dass das versteigerte Kunstwerke eine Fälschung oder eine falsche Zuschreibung darstellt.

6.3.1 Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten

6.3.1.1 Die Haftung nach Deliktsrecht gem Art 41 OR

Zunächst werden die Voraussetzungen für eine Haftung des Sachverständigen im Rahmen des schweizerischen Deliktsrechts erörtert.

Anders als das österreichische und das deutsche Deliktsrecht sieht die Rechtsordnung der Schweiz in Art 41 OR⁵⁸³ eine deliktische Generalklausel vor und benennt nicht taxativ die einzelnen deliktsrechtlich geschützten Rechtsgüter.⁵⁸⁴ Durch die Formulierung einer Generalklausel erfolgt grundsätzlich die einzelfallbezogene Anwendung, Auslegung und Eingrenzung

⁵⁸¹ <http://www.sothebys.com/content/dam/sothebys/PDFs/ZH1203-COS.pdf>, aufgerufen am 6.12.2012; <http://www.christies.com/services/other-services.aspx>, aufgerufen am 6.12.2012.

⁵⁸² <http://www.imkinsky.com/downloads/imKinsky-DE-Geschaeftsordnung2012.pdf>, aufgerufen am 6.12.2012.

⁵⁸³ Art 41 OR lautet wie folgt: „*Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet. Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise absichtlich Schaden zufügt.*“

⁵⁸⁴ Das ABGB sieht beispielsweise vor, dass im deliktischen Bereich ein Verstoß gegen Schutzgesetze, die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (Persönlichkeitsrechte, dingliche Rechte, das Erbrecht), die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten und die absichtlich sittenwidrige Schädigung grundsätzlich rechtswidrig ist; vgl auch § 823 Abs 1 BGB.

der Haftung durch die Gerichte und ermöglicht grundsätzlich auch die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden im deliktischen Bereich.⁵⁸⁵

Liegen neben dem Schaden, der Kausalität zwischen schädigender Handlung und Schadenseintritt auch ein Verschulden des Schädigers und die Widerrechtlichkeit des schädigenden Verhaltens vor, so kann ein deliktischer Schadenersatzanspruch grundsätzlich bejaht werden.

Schaden

Die erste Voraussetzung für eine Haftung des Sachverständigen ist das verursachen eines Schadens. Die hier behandelten Fällen der Gutachterfälle haben gemein, dass sie ausschließlich reine Vermögensschäden dh Schäden, die dadurch entstehen, dass jemand auf die Expertise des Kunstsachverständigen vertraut, folglich Vermögensdispositionen tätigt und dadurch einen Vermögensnachteil erleidet, verursachen.

Die deliktsrechtlichen Bestimmung der Art 41 ff OR sehen keine Unterscheidung zwischen Personen-, Sach- und sonstigen Schäden vor, woraus zu schließen ist, dass jeder Schaden ersatzfähig ist, welcher mit dem schädigenden Verhalten des Schädigers in einem adäquaten Kausalzusammenhang steht.⁵⁸⁶ Auch ein Dritter, welcher in dieser Konstellation die Position eines mittelbaren Geschädigten darstellt, erleidet einen im Sinne der Art 41 ff OR ersatzfähigen reinen Vermögensschaden.

Widerrechtlichkeit

Die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit wird von der herrschenden Lehre und ständigen Rechtsprechung mit der sogenannten objektiven Widerrechtlichkeitstheorie erklärt, die besagt, dass eine Schadenszufügung nur

⁵⁸⁵ Die Praxis zeigt jedoch, dass Lehre und Rechtsprechung die in § 823 BGB aufgezählten Deliktstatbestände weitgehend übernommen haben und folglich ebenso auf die Verletzung bestimmter, absolut geschützter Rechtsgüter abstellen und den Ersatz reiner Vermögensschäden nur in den Fällen von Schutzgesetzverletzungen bejahen vgl. *Schlechtriem*, Schutzpflichten und geschützte Personen in FS *Medicus* 534.

⁵⁸⁶ *Brehm* in Berner Kommentar VI/ 2. Abt. 4 Art 41 Rn 69.

dann widerrechtlich ist, wenn sie durch Verletzung eines absoluten Rechts bzw eines geschützten Rechtsguts des Geschädigten erfolgt.⁵⁸⁷

Das Vermögen an sich wird nicht unter den Begriff der absolut geschützten Rechtsgüter subsumiert, was dazu führt, dass reine Vermögensschäden im außervertraglichen Bereich nur dann ersatzfähig sind, wenn das schädigende Verhalten Inhalt einer entsprechenden Schutznorm ist, die dem Schutz des Betroffenen vor Schädigungen dient.

Diese Rechtsansicht führt zu einer bedeutenden Einschränkung der Ersatzfähigkeit und somit zu dem gleichen Ergebnis, wie in den österreichischen oder deutschen Rechtsordnungen, dass auch in der Schweiz im deliktisch Bereich reine Vermögensschäden nur dann ersetzt werden wenn sie aufgrund des Verstoßes gegen eine Schutznorm erfolgen.⁵⁸⁸

Kritik an dieser Ansicht kommt von Seiten der Vertreter der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie, denen zufolge die Generalklausel so verstanden wird, dass jede Schädigung eines anderen rechtswidrig ist, es sei denn, der Schädiger kann sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen.⁵⁸⁹ Gestützt wird dies von der jüngeren Lehre vor allem damit, dass weder der Wortlaut des Art 41 Abs 1 OR noch die Entstehungsgeschichte für die Anwendung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie sprechen.⁵⁹⁰ Die Mindermeinung kann keinen Grund erkennen, warum die Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden von der Verletzung einer entsprechenden Schutznorm abhängig gemacht werden soll. Lediglich der Einfluss des deutschen BGB führte dazu, dass der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie gegenüber der subjektiven der Vorrang gegeben wird.⁵⁹¹

Für die Fälle der Gutachterhaftung würde das entsprechend dem bisher gesagten bedeuten, dass die erlittenen reinen Vermögensschäden iSd Art 41

⁵⁸⁷ *Brehm* in Berner Kommentar VI/ 2. Abt. 4 Art 41 Rn 33.

⁵⁸⁸ Die hL sieht die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes immer als widerrechtlich an, unabhängig davon, ob gleichzeitig eine Norm verletzt wurde, die den Schutz des absolut geschützten Rechtsgutes bezweckt. Anders in den Fällen des reinen Vermögensschadens wo die Verletzung einer das Vermögen schützenden Norm haftungsbegründend ist vgl *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht⁵ I (1995) § 4 Rn 23 ff.

⁵⁸⁹ *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht⁵ § 4 Rn 13 ff.

⁵⁹⁰ *Bruno*, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden (1987) Rn 212 ff.

⁵⁹¹ *Kramer*, Reine Vermögensschäden als Folge von Stromkabelbeschädigungen recht 1984 131.

Abs 1 OR nur dann ersatzfähig sind, wenn der Schädiger eine Norm verletzt, deren Zweck es ist, das Vermögen des Geschädigten zu schützen und sich dieser Schutzzweck der Norm in der konkreten Situation verwirklicht hat.

Die Rechtsprechung⁵⁹² bleibt dieser Linie jedoch nicht immer treu und zieht die Generalklausel im Bereich der Auskunftshaftung, soweit berechtigtes Vertrauen enttäuscht worden war und Verschulden, Kausalzusammenhang und Schaden gegeben waren sehr wohl heran und gewährt somit einen deliktischen Schadenersatzanspruch nach Art 41 OR. Die dogmatische Erklärung nennt den Verstoß gegen eine ungeschriebene Verhaltensnorm, die den Gutachter zu Sorgfalt, Wahrheit und Gewissenhaftigkeit verpflichtet. Liegt eine unrichtige oder unvollständige Auskunft des Sachverständigen vor, so kann die Widerrechtlichkeit bejaht werden.⁵⁹³

Adäquater Zusammenhang

Weiters muss ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Schaden vorliegen um eine Haftung zu begründen.

Diese Voraussetzung liegt vor, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens eine Ursache geeignet ist einen Schaden in dem eingetretenen Umfang zu verursachen.⁵⁹⁴ Unabhängig von der Vorhersehbarkeit des Erfolges durch den Schädiger, geht es nur um die objektive Möglichkeit – unter Würdigung aller im Nachhinein bekannten Umstände – den eingetretenen Erfolg herbeizuführen.

Wird ein Gutachten an einen Dritten weitergeben und erlangt er Kenntnis des Inhalts, so wird die Kausalitätskette um eine Handlung erweitert, denn nicht das Gutachten, sondern die darauffolgende Weitergabe löst die Schädigung aus und ist somit unmittelbar kausal für den Schadenseintritt beim Dritten. Diesfalls muss jedoch festgestellt werden, dass der Dritte im Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens die Vermögensdisposition vorgenommen hat. Die Beweggründe des Dritten können sich einerseits aus der Vorhersehbarkeit der

⁵⁹² BGE 116 II 699.

⁵⁹³ Honsell in FS Medicus 217.

⁵⁹⁴ Schnyder in Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht², Obligationenrecht I (1996) Art 41 Rn 16.

Weitergabe für den Gutachter, sowie der zeitliche Unterschied zwischen der Gutachtenserstellung und der Vermögensdisposition des Dritten ergeben.⁵⁹⁵

Verschulden

Auch das Verschulden ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Haftung des Gutachters, da das schweizerische Schadenersatzrecht auf dem Verschuldensprinzip aufgebaut ist. Es besteht ein objektivierter Verschuldensmaßstab, dh nicht die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse des Schädigers, sondern jene Sorgfalt, die eine vernünftige Person in der Situation des Schädigers angewendet hätte dient als Vergleichsmaßstab.⁵⁹⁶ Die herangezogene Maßfigur entstammt dem jeweiligen Verkehrskreis des Gutachters und muss alle bestehenden Verhaltensanforderungen soweit erforderlich und zumutbar berücksichtigen. Ist der Gutachter in Kenntnis oder müsste er in Kenntnis sein, dass seine Expertise als Entscheidungsgrundlage für Dritte herangezogen wird, so erstrecken sich die Sorgfaltspflichten des Gutachters auch auf diesen Bereich. Als Beispiel kann genannt werden, dass der Gutachter Informationen des Auftraggebers, welcher er ungeprüft in seinem Gutachten verwertet, auch als solche erkennbar machen muss, wenn das Gutachten für Drittzwecke vorgesehen ist.⁵⁹⁷ Das entsprechende Vorgehen bewirkt unter Umständen einen Ermäßigungsgrund zugunsten des Gutachters und ein Mitverschulden des Dritten.⁵⁹⁸

6.3.1.2 Die Haftung nach Art 41 Abs 2 OR

Art 41 Abs 2 OR lautet wiefolgt: „*Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.*“

⁵⁹⁵ Kuhn, SJZ 1986, 353.

⁵⁹⁶ Schnyder in Honsell/Vogt/Wiegand Rn 45-50.

⁵⁹⁷ Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht⁵ § 5 Rn 63-64; Brehm in Berner Kommentar VI/ 2. Abt. 4 Art 41 Rn 166.

⁵⁹⁸ Kuhn, SJZ 1986, 354.

Die zitierte Bestimmung, die beinahe wortgleich auch in der deutschen und in der österreichischen Rechtsordnung vorzufinden ist, begründet eine Haftung, wenn der Gutachter vorsätzlich und sittenwidrig einen Schaden verursacht hat. Obwohl ein Vorteil dieser Regelung darin besteht, dass reine Vermögensschäden Sach- und Personenschäden gleichgestellt werden und ein weiterer darin, dass keine Widerrechtlichkeit iSd Art 41 Abs 1 OR vorliegen muss, kommt diese Anspruchsgrundlage in den Fällen der Gutachterhaftung kaum zur Anwendung, da fehlerhafte Expertisen überwiegend durch ein fahrlässiges, sorgfaltswidriges Verhalten entstanden sind.⁵⁹⁹

An dieser Stelle sei nochmals auf die Besonderheit des schweizerischen Schadenersatzrechtes und die deliktische Generalklausel verwiesen. Die deliktische Grundnorm des Art 41 Abs 1 OR ermöglicht bereits eine Haftungsbegründung für bloße Vermögensschäden Dritter als Folge von Falschgutachten. Aufgrund der deliktischen Generalklausel wird in der Schweiz eine extensive Anwendung des auf Vorsatzdelikte beschränkten Art 41 Abs 2 OR abgelehnt.⁶⁰⁰

Die Rechtslage in Österreich sowie auch in Deutschland ist different, da der Anwendungsumfang der entsprechenden deliktsrechtlichen Normen deutlich geringer ist. Demnach hat die Bestimmung über die absichtliche sittenwidrige Schädigung in den beiden genannten Ländern theoretisch eine größere Bedeutung.⁶⁰¹

6.3.1.3 Die Widerrechtlichkeit bei reinen Vermögensschäden

Wie vorangehend näher ausgeführt ist das Kriterium der Widerrechtlichkeit ein Hauptcharakteristikum für die deliktische Haftung nach dem Obligationenrecht der Schweiz.

Der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie und somit auch der herrschenden Lehre folgend entspricht es auch der Ansicht des Bundesgerichtes bei einem

⁵⁹⁹ *Brehm* in Berner Kommentar VI/ 2. Abt. 4 Art 41 Rn 192-195; *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht⁴ 318.

⁶⁰⁰ *Brehm* in Berner Kommentar VI/ 2. Abt. 4 Art 41 Rn 237; *Tarman*, Gutachterhaftung 99.

⁶⁰¹ Vgl § 1300 ABGB und § 826 BGB.

Vermögensschaden das Erstellen eines falschen Gutachtens ohne eine Schutznormverletzung nicht als widerrechtlich anzuerkennen. Da die Rechtsordnung weder eine ausdrückliche allgemeine Wahrheitspflicht, noch eine Schutznorm zur Erstellung richtiger Gutachten vorsieht, blieb der Rechtsprechung nur ein Kunstgriff mit dem auf eine ungeschriebene Verhaltensordnung zurückgegriffen und somit die fehlende Schutznorm umgangen wird.⁶⁰²

Folglich gilt jeder Verstoß gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Norm der schweizerischen Rechtsordnung, die dem Schutz des verletzten Rechtsguts dient, als widerrechtlich iSd Art 41 Abs 1 OR. Mitunter zog das Höchstgericht auch Art 2 ZGB⁶⁰³ als Schutznorm heran um eine Haftung für falsche Auskunft und Raterteilung zu begründen.⁶⁰⁴

Die Judikatur⁶⁰⁵ gesteht diesen deliktischen Anspruch nicht nur gegenüber dem unmittelbar Anfragenden, sondern auch Dritten gegenüber, für die die Auskunft erkennbar bestimmt ist, zu. In seiner Entscheidung betreffend der deliktischen Haftung einer schweizerischen Bank über eine Kreditauskunft hielt das Höchstgericht fest: *„dass derjenige, der über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, wahrheitsgetreue Auskunft zu geben hat, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Auskunftsempfänger voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat bzw haben kann. Er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen behaupten oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit bzw Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss. Der Angefragte handelt im Übrigen auch dann widerrechtlich, wenn er Tatsachen verschweigt, die ihm*

⁶⁰² Brehm in Berner Kommentar VI/ 2. Abt. 4 Art 41 Rn 45a; Kuhn, SJZ 1986, 353; Rey, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung in FS Keller (1989) Rn 695; BGE 111 II 473 (Kreditauskunft); BGE 112 II 347; BGE 116 II 695; BGE 57 II 81; BGE 68 II 295; BGE 41 II 77. In BGE 41 II 77 ff; Honsell FS Medicus 217.

⁶⁰³ Art. 2 Abs. 1 ZGB: „Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.“

⁶⁰⁴ Kaiser, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten (1987) 112 ff.

⁶⁰⁵ BGE 111 II 474 (Kreditauskunft).

*bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte“.*⁶⁰⁶

Dieser Entscheidung ist zu entnehmen, dass es im Interesse eines geordneten Rechtslebens als notwendig und sinnvoll angesehen werden kann, dass ein Auskunftgeber gegenüber dem Auskunftsempfänger zu wahrheitsgetreuer Auskunft verpflichtet wird. Vorausgesetzt, dass er aufgrund seiner Stellung einen besonderen Einblick in die entsprechenden Verhältnisse hat, sowie dass es für ihn erkennbar ist, dass die Auskunft für den Auskunftsempfänger von erheblicher Bedeutung ist.⁶⁰⁷

Somit wird die Verletzung dieser Verpflichtungen des Auskunftgebers als Verstoß gegen eine Rechtsnorm für die Begründung der Widerrechtlichkeit herangezogen.⁶⁰⁸

6.3.2 Die Berufshaftung

Einen weiteren Lösungsansatz für die Haftung des Gutachters für unrichtige Ratschläge und Auskünfte außerhalb einer vertraglichen Beziehung stellt die in der schweizerischen Lehre sehr umstrittene Berufshaftung dar.⁶⁰⁹ Demnach sollen die berufliche Sonderstellung und die damit verbundene gesellschaftliche Rolle Berufspflichten zum Schutz fremden Vermögens begründen, deren Verletzung auch außerhalb von Vertragsverhältnissen zur Haftung führt.

Durch die Erteilung der Auskunft die seinem beruflichen Fachgebiet entspringt schafft der Gutachter einen Vertrauenstatbestand, dessen Enttäuschung zu einer Haftung führt. Der Haftungsgrund liegt im Vertrauen des Dritten auf die berufliche Kompetenz des Gutachters und somit in den besonderen Verkehrspflichten des Gutachters zum Schutz fremden Vermögens.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ BGE 111 II 475 ff (Kreditauskunft).

⁶⁰⁷ Fischer, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, ZvglR 1984, 25.

⁶⁰⁸ Vgl. BGE 116 II 699.

⁶⁰⁹ Wick, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht: Versuch einer kurzen Orientierung nach dem Swissair-Entscheid, AJP 1995, 1273.

⁶¹⁰ Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht⁴ 311; Brehm in Berner Kommentar VI/ 2. Abt. 4 Art 41 Rn 52a.

Es handelt sich auch hierbei um eine deliktische Haftung des Gutachtenverfassers, da der Verstoß gegen die besondere berufrechtliche Verkehrspflicht als Widerrechtlichkeit im Sinne des Art 41 Abs 1 OR zu qualifizieren ist.

6.3.3 Der konkludente Auskunftsvertrag

Im Rahmen der Vertragsautonomie steht es den Vertragsparteien frei, ob bzw mit welchem Inhalt sie einen Vertrag abschließen wollen. Auch die Erteilung einer Auskunft bzw der Auftrag zur Erstellung einer Kunstexpertise kann nach dem Obligationenrecht selbstständiger Gegenstand eines Vertrages sein.

Die Tendenz der Lehre und Rechtsprechung⁶¹¹ lässt jedoch erkennen, dass das Erfordernis des vertraglichen Bindungswillens des Auftraggebers einschränkend ausgelegt wird und eine Lösung im Rahmen des Deliktsrechts präferiert wird.

Fehlt eine ausdrückliche Willenserklärung der Vertragsparteien so müssen die entsprechenden Willenserklärungen aus dem Verhalten der Vertragspartner geschlossen werden, welches sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt und mitunter als große Schwierigkeit darstellt.⁶¹² Sehr häufig wird das Kriterium der Entgeltlichkeit als sicheres Indiz für das Bestehen eines Vertrages herangezogen, aber auch aus Umständen wie einer gewerbsmäßigen Beratung, dem wirtschaftlichen Interesse des Ratgebers, der Geschäftsbeziehung vor der Raterteilung, der fachmännischen Beratung sowie der Bedeutung der Auskunft für den Empfänger kann sich ein Bindungswille ableiten lassen.⁶¹³

Die Rechtsprechung⁶¹⁴ ist jedoch bei der Annahme eines konkludenten Auskunftsvertrages zurückhaltend und bejaht diesen zunächst nur, wenn der Ratgeber entweder in Ausübung eines Gewerbes oder sonst gegen Entgelt tätig gewesen ist.

⁶¹¹ BGE 124 III 363.

⁶¹² *Kramer* in Berner Kommentar VI/ 1 Abt. 1 Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar Rn 143.

⁶¹³ *Kramer* in Berner Kommentar VI/ 1 Abt. 1 Allgemeine Einleitung Rn 68.

⁶¹⁴ BGE 30 II 276; BGE 41 II 82; BGE 57 II 85; BGE 68 II 295. Vgl Kuhn, SJZ 1986, 348.

6.3.3.1 Die Entscheidung *Émile Gallé*⁶¹⁵

Eine Änderung dieser Sichtweise erfolgte im Zusammenhang mit der sog *Gallé*-Entscheidung über die Schätzung einer Jugendstilllampe von *Émile Gallé*⁶¹⁶ aus dem Jahr 1986, welcher folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Ein Ehepaar als Eigentümer einer Lampe von *Émile Gallé* bekam ein Angebot zum Verkauf dieser Lampe in der Höhe von 15.000 Franken. Da die Eigentümer diese Lampe vor Verkauf einer Schätzung unterziehen wollten, nahm die Ehegattin Kontakt zu der S. AG in Zürich auf und ersuchte um Schätzung der Lampe bis zum 10. Dezember, da der Käufer der Lampe sein Angebot bis zu diesem Tag befristet hatte.

Die Angestellte der S. AG teilte der Ehegattin mit, dass die Lampe von der Firma S. in London anhand einer guten Fotografie geschätzt werden müsse und versprach ihr die Anfrage an den zuständigen Experten in London weiterzuleiten, die Einhaltung der Frist bis zum 10. Dezembers könne aber nicht garantiert werden.

Die schriftliche Anfrage für London enthielt neben einer Fotografie auch die Informationen, dass es sich um eine in einwandfreien Zustand befindliche Lampe handelt und ein Sammler dafür ein Angebot von 15.000 Franken gemacht habe, welches er bis zum 10. Dezember aufrecht halte.

Am 9. Dezember erkundigte sich die Ehegattin bei der Firma S. AG in Zürich nach dem Schätzwert, welcher aber noch nicht vorlag. Daraufhin rief eine Angestellte der Firma S. AG in Zürich bei dem Unternehmen in London an, wo man die Fotografie jedoch noch nicht erhalten hatte. Daraufhin beschrieb die Angestellte dem Londoner Experten G. telefonisch die Lampe, ohne deren Ausmaße zu nennen. Dieser legte den Wert zwischen £ 2.000 und 3.000, was einem Wert zwischen 8.000 und 12.000 Franken entspricht, fest.

⁶¹⁵ BGE 112 II 347.

⁶¹⁶ *Émile Gallé* (1846 - 1904) war ein französischer Kunsthandwerker, besonders durch den Entwurf von Keramik, Glas und Möbeln im Stil des Historismus und des Jugendstils erlangte er Bekanntheit.

Daraufhin schlossen die Ehegatten den Kaufvertrag über die Lampe um einen Kaufpreis von 16.500 Franken ab.

Im Februar des darauffolgenden Jahres wurde der *Gallé*-Experte in London auf die Fotografie dieser Jugendstillampe aufmerksam. Bei genauer Betrachtung kam er zu dem Ergebnis, dass nicht, wie ursprünglich angenommen, eine Serienlampe sondern eine Einzelausfertigung vorliege.

Der tatsächliche Wert liege zwischen 30.000 und 40.000 Franken. Unmittelbar darauf verständigte er die Kollegen in Zürich, die auch die Ehegatten davon in Kenntnis setzten. Das Unternehmen in London bot an, die Lampe um diesen Betrag zu erwerben, was jedoch aufgrund des im Dezember getätigten Kaufvertrags nicht mehr möglich war.

Die Ehegatten forderten von der S. AG in Zürich vertraglichen Schadenersatz in der Höhe von 233.500 Franken, da sie erfahren hatten, dass für *Gallé* wesentlich höhere Preise erzielt würden.

Die Kläger waren überzeugt, dass zwischen den Parteien ein Auftragsvertrag bestanden habe und die Beklagte ihnen daraus für das Verhalten ihrer Hilfsperson in London hafte, was von der Beklagten bestritten wurde.

Das Bundesgericht deutete die unentgeltliche Schätzung der Lampe als Auftragsvertrag und bejahte somit die vertragliche Haftung der Schweizer Galerie.

Folgende Erwägungen lagen der Entscheidung des Bundesgerichts zugrunde:

Zunächst führte das Bundesgericht aus, „*dass eine Auskunft, die weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt erteilt wird, nicht als Erfüllung einer vertraglich übernommenen Pflicht, sondern als ausservertragliches Handels zu werten ist.*“⁶¹⁷

Im vorliegenden Fall sah das Bundesgericht bereits in den geschilderten Vertragsumständen und dem Verhalten der Parteien das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses.

⁶¹⁷ BGE 112 II 348.

Das Angebot auf Abschluss eines Auskunftsvertrages wurde von Seiten der Klägerin (Ehefrau und Verkäuferin der Jugendstillampe) gestellt, als sie sich an die S. AG in Zürich mit der Bitte um Begutachtung und Schätzung wendete. Die stillschweigende Annahme der Willenserklärung durch die Beklagte erfolgt durch Umstände wie die Weiterleitung der Anfrage an die S. AG in London und das telefonische Nachfragen nach dem Schätzwert.

Das Bundesgericht bejaht auch ein eigenes Interesse der S. AG, da sich das Unternehmen nicht auf eine beiläufige Auskunft beschränken wollte, sondern einen entsprechenden *Gallé* – Experten für die fachkundige Auskunft beizog.

Hinsichtlich der Passivlegitimation der Beklagten stellt das Bundesgericht klar, dass es zweifellos ist, dass der Auskunftsvertrag mit der S. AG in Zürich zustande gekommen war, da die Klägerin ausschließlich mit dieser in Kontakt getreten war. Zusätzlich erweckt die S. AG im Geschäftsverkehr unter anderem aufgrund ihres Briefkopfes den Eindruck, dass es sich bei dem Londoner und dem Schweizer Unternehmen um das gleiche Unternehmen handelt.⁶¹⁸

Aufgrund dieser Erwägungen bejahte das Bundesgericht meiner Ansicht nach zu Recht die Haftung der Galerie aufgrund des konkludenten Auskunftsvertrages. Um den Vorwurf einer Willensfiktion entkräften zu können, bedarf es einer sorgfältigen Auslegung der Handlungen der Parteien und demzufolge einer zurückhaltenden Annahme eines unmittelbaren Auskunftsvertrages zwischen Gutachter und Auskunftssuchendem. Die Begleitumstände im vorliegenden Fall sprechen jedenfalls für das Vorliegen eines Bindungswillens.

6.3.4 Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Auch im schweizerischen Recht ist der von der deutschen Rechtsprechung entwickelte Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ein anerkanntes Rechtsinstitut.

⁶¹⁸ BGE 112 II 348.

Um einen Dritten, den mit dem Auskunftserteilenden weder ein Vertrag noch ein geschäftlicher Kontakt verbindet, einen Vermögensschutz im Falle der fahrlässigen Schädigung zu gewähren, wird auch bei diesem Lösungsansatz der stillschweigende Parteiwille zur Begründung einer Haftung herangezogen.⁶¹⁹

Der Gedanke einer Haftungsausdehnung auf gewisse Dritte, die fahrlässig einen reinen Vermögensschaden erleiden, wird grundsätzlich auch von Kritikern des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte befürwortet.⁶²⁰ Jener Teil der Lehre kritisiert primär die dadurch einhergehende Abschwächung bzw. Missachtung der Relativität der Schuldverhältnisse⁶²¹ und tritt für einen Lösungsansatz basierend auf einer deliktischen Haftung ein. Die deliktische Generalklausel des schweizerischen Obligationenrechts, die anders als in Deutschland und in Österreich, keine taxative Aufzählung von geschützten Rechtsgütern vorsieht, kann durch eine sachgerechte Weiterentwicklung den geforderten Drittschutz begründen.

Vor allem die jüngere Lehre befürwortet die Einbeziehung des Dritten in die Schutzwirkungen des Vertrages zwischen Auskunftsgeber und dessen Vertragspartner, wenn der Dritte bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Kontakt tritt sowie wenn er von der Schlechterfüllung des Vertrages in gleicher Weise betroffen ist, wie der Gläubiger. Die dogmatische Erklärung liegt in der Auslegung des Parteiwillens, die zu dem Ergebnis führt, dass die entsprechenden Schutzpflichten stillschweigend vereinbart und somit zum Vertragsinhalt werden, soweit dem Gläubiger eine dem Schuldner erkennbare Schutz- und Fürsorgepflicht trifft.⁶²²

Abschließend kann festgestellt werden, dass es keine höchstgerichtliche Entscheidung gibt, in denen das schweizerische Bundesgericht einen Gutachtervertrag mit Schutzwirkung für Dritte bejaht hat, wiewohl das

⁶¹⁹ *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht⁴ 470.

⁶²⁰ *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht⁴ 470; *Kaiser*, Die zivilrechtliche Haftung 97.

⁶²¹ *Hofstetter*, Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht, ACP 1998, 262; *Merz*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1986, 190.

⁶²² *Kramer* in Berner Kommentar VI/ 1 Abt. 1 Allgemeine Einleitung Rn 144; *Walter*, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1966, 290.

Höchstgericht diese stillschweigende Vereinbarung von Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter grundsätzlich bejaht.⁶²³

Haftungsansprüche Dritter werden demnach von Lehre und Rechtsprechung auf die deliktische Haftung nach Art 41 OR gestützt.

6.3.5 Die Vertrauenshaftung

Eine weitere Möglichkeit der schweizerischen Rechtsordnung eine Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten gegenüber Dritten zu begründen stellt die Vertrauenshaftung dar. Basierend auf den Grundsätzen der Haftung aus culpa in contrahendo tritt eine Haftung ein, wenn aufgrund einer Sonderverbindung ein schutzwürdiges Vertrauen geweckt und folglich pflichtwidrig enttäuscht wird.⁶²⁴

Die Beteiligten treten in eine Sonderverbindung, wodurch ein Vertrauensverhältnis entsteht, welches aus *Treu und Glauben* hergeleitete gesetzliche Schutz- und Aufklärungspflichten rechtfertigt.

Die Vertrauenshaftung kann zwischen der deliktischen und der vertraglichen Haftung eingeordnet werden und begründet somit eine zusätzliche Kategorie der Haftung.⁶²⁵

Das Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung wird auch vom Bundesgericht anerkannt, welches erstmals in der sogenannten *Swissair*-Entscheidung⁶²⁶ eine vertragliche und deliktische Haftung verneinte und stattdessen eine Haftung aus erwecktem Vertrauen in das Konzernverhalten bejahte. In der vorgenannten Entscheidung führte das Bundesgericht auch einzelne Voraussetzungen für das Vorliegen einer haftungsbegründenden rechtlichen Sonderverbindung an, aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Sorgfaltspflichten ergeben können.

⁶²³ BGE 117 II 315.

⁶²⁴ *Amtstutz/Watter*, Konzernhaftung – Urteilsanmerkung zu BGE 120 II 331ff in AJP 1995, 502.

⁶²⁵ *Kaiser*, Die zivilrechtliche Haftung 41; *Walter*, ZBJV 1966, 273.

⁶²⁶ BGE 120 II 331 ff.

Ausdrücklich festzuhalten ist die Tatsache, dass die durch Vertrauen entstandene Sonderverbindung unabhängig von Leistungspflichten besteht.

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Haftung für schriftlich erteilte Gutachten lässt sich wie folgt darstellen:

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1998⁶²⁷ bejahte das Höchstgericht zunächst eine Haftung für die unrichtige unentgeltliche Erteilung einer Auskunft eines Rechtsanwalts und in einer aus dem Jahre 2003⁶²⁸ sprach es sich für die Haftung eines Gutachters gegenüber Dritten aus.

Den Erwägungen des Bundesgerichts ist zu entnehmen, dass ein Sachverständiger, welcher im Rahmen seines Fachgebietes Auskünfte erteilt, Dritten gegenüber haftet, soweit diese in einer mittelbaren Beziehung zu dem Sachverständigen stehen und im Vertrauen auf seine Kompetenz und Fachkunde einen Schaden erleiden. Die vorausgesetzte mittelbare Beziehung liegt bereits vor, wenn der Vertragspartner des Gutachters die Expertise mit dem tatsächlichen oder vertrauenstheoretisch zurechenbaren Einverständnis an den Dritten weitergibt. Ausschlaggebend für das *vertrauenstheoretisch zurechenbare* Einverständnis des Gutachters sind der tatsächliche Inhalt des Gutachtens sowie sein Verwendungszweck, nicht hingegen die tatsächliche Kenntnis der jeweiligen dritten Person. So verneinte das Bundesgericht das erforderliche Vertrauensverhältnis und das Vorliegen einer Sonderbeziehung in einer Entscheidung über die Haftung für eine Kreditauskunft, in der der Dritte auf das Gutachten im Zusammenhang mit einem Kauf vertraute, der Vertragspartner des Gutachters die Expertise jedoch im Zusammenhang mit einer Kreditauskunft in Auftrag gegeben hatte. Zusätzlich lag ein zeitlicher Abstand von zwei Jahren zwischen diesen beiden Ereignissen, welchen das Bundesgericht ebenso entsprechen berücksichtigte.⁶²⁹

Teile der Lehre lehnen die Vertrauenshaftung mit dem Fehlen einer dogmatischen Herkunftserklärung ab. Die Trennung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung kann nicht mehr klar vollzogen werden, da quasi jede

⁶²⁷ BGE 124 III 363.

⁶²⁸ BGE 130 III 345.

⁶²⁹ BGE 130 III 345.

dieser Haftungen schlussendlich an ein enttäushtes Vertrauen anknüpft.⁶³⁰ Als Lösungsansatz wird eine Weiterentwicklung und Ausweitung der deliktischen Haftungsvoraussetzungen vorgeschlagen, wie etwa die Berufung auf Berufspflichten zum Schutz fremden Vermögens iSd Art 41 Abs 1 OR.

6.4 Résumé

Die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Gutachtervertrages wird in der Lehre und Rechtsprechung der Schweiz nicht einhellig beantwortet. Der herrschenden Lehre folgend, handelt es sich um einen Auftragsvertrag iSd 394 Abs 2 OR, welcher den Experten verpflichtet im Interesse seines Auftraggebers tätig zu werden, nicht hingegen zur Herstellung eines bestimmten Erfolges.

Ein Auftrag kann entgeltlich sowie auch unentgeltlich sein, wobei im Rahmen der Entscheidung *Émile Galle*⁶³¹ gezeigt werden konnte, dass die Judikatur das Vorliegen eines konkludenten Auftragsvertrages soweit rechtlich möglich und begründbar, relativ schnell bejaht.

Als Lösungsansätze für eine Haftung des Gutachters gegenüber Dritten kommen der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte, die Vertrauenshaftung sowie die deliktische Haftung in Betracht.

Die Variante des Gutachtervertrages mit stillschweigend vereinbarten Schutzwirkungen für Dritte hält das Bundesgericht für möglich, in der Praxis wurde sie jedoch noch nie zur Begründung einer Dritthaftung herangezogen.

Die Vertrauenshaftung als neuen Haftungstyp setzt eine rechtliche Sonderverbindung voraus, welche berechtigtes Vertrauen erweckt, welches später enttäuscht wird.

Die primäre Kritik an diesem Lösungsansatz liegt in der Tatsache, dass durch diese Haftungsgrundlage die Trennung zwischen vertraglicher und deliktischer

⁶³⁰ *Kramer* in Berner Kommentar VI/ 1 Abt. 1 Allgemeine Einleitung Rn 150; *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht BT⁴ 281; *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht⁴ 321; *Wick*, AJP 1995, 1278.

⁶³¹ BGE 112 II 347.

Haftung nicht mehr klar vollzogen werden kann, da quasi jede dieser Haftungen letztlich an ein enttäushtes Vertrauen anknüpft.⁶³²

Die Begründung einer Haftung gegenüber Dritten soll auf jene Fälle beschränkt werden, in denen eine Haftungserweiterung für den Gutachter vorhersehbar ist und andererseits schutzwürdige Interessen des Dritten betrifft.

Das Obligationenrecht sieht trotz deliktischer Generalklausel keinen generellen deliktischen Vermögensschutz vor. Dieser einschränkende deliktische Vermögensschutz (Haftung aufgrund des Art 41 Abs 2 OR oder aufgrund einer Schutzgesetzverletzung) führt zu dem sachgerechten Ergebnis, dass der Gutachter gegenüber seinem Auftraggeber einer strengeren Haftung unterliegt, als gegenüber Dritten.

Als Lösungsansatz wird eine Weiterentwicklung und Ausweitung der deliktischen Haftungsvoraussetzungen vorgeschlagen, wie etwa die Berufung auf Berufspflichten zum Schutz fremden Vermögens iSd Art 41 Abs 1 OR. Die deliktische Generalklausel des schweizerischen Obligationenrechts, die anders als in Deutschland und in Österreich, keine taxative Aufzählung von geschützten Rechtsgütern vorsieht, kann durch eine sachgerechte Weiterentwicklung den geforderten Drittschutz begründen.

⁶³² *Kramer* in Berner Kommentar VI/ 1 Abt. 1 Allgemeine Einleitung Rn 150; *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht BT⁴ 281; *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht⁴ 321; *Wick*, AJP 1995, 1278.

7 ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

Kunstexperten eines anerkannten Kunstsachverständigen sind von erheblicher Bedeutung für den Kunstmarkt. Der Kunstsachverständige ist gefragt anhand der schriftlichen Expertise zuverlässige Angaben über Zustand, Herkunft und vor allem über die Originalität eines Kunstwerkes durch Zuschreibung zu einem bestimmten Künstler zu machen.⁶³³ Die Entwicklung der Kunstgegenstände zu beliebten Investitions- und Spekulationsgütern sowie die Tatsache, dass der eigentlich wertbildende Faktor der Kunstwerke die die Originalität bestätigende Expertise ist,⁶³⁴ verstärkt die wirtschaftliche Bedeutung der Expertise und führt dazu, dass die Stellungnahme des Kunstsachverständigen unmittelbare Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wert des begutachteten Kunstwerkes hat.⁶³⁵

Mit einer Darstellung der gesetzlichen Grundlagen des Sachverständigenrechts im Rahmen des ersten Kapitels wird an die Thematik herangeführt, wobei im Besonderen auf die Person des Kunstsachverständigen als Zuschreibungsautorität eingegangen wird. Das Fehlen gesetzlicher Vorschriften bezüglich Stellung und Ausbildung des Sachverständigen führt mitunter zu einem Überangebot an selbsternannten Experten und sohin auch zu einem Qualitätsproblem in der Kunstbranche, wie im Rahmen dieses Abschnittes belegt werden konnte.⁶³⁶ Gleichzeitig regulieren jedoch die drohende Haftung für falsche Auskünfte sowie die Auswirkungen auf den Ruf des Gutachters in Fachkreisen die Tätigkeiten und das öffentliche Auftreten der Kunstsachverständigen.

⁶³³ *Hoyningen-Huene*, Zur Rechtsstellung und Haftung des Kunstsachverständigen in *FS Jayme* (2004) 1461.

⁶³⁴ Siehe Kapitel 2.2.2 Das Wesen der Expertise.

⁶³⁵ *Friedländer*, Kunst und Kennerschaft 110; *Siehr*, Was ist eine Fälschung? Rechtsfolgen des Handels mit gefälschten Kunstwerken in *Reichelt* (Hrsg) Vorlesungen und Vorträge des Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Heft 27 (2008) 24, *Ploil*, Was ist ein Original III: Ein Lösungsvorschlag in *PARNASS* 03/2012 8; *Härth*, Original und Fälschung 147f; *Gerlach*, Haftung 13.

⁶³⁶ Siehe Kapitel 1.2 Die Person des Kunstsachverständigen und Kapitel 1.2.3.1 Das Anforderungsprofil.

Die Sonderstellung der Angehörigen eines Künstlers als Kunstsachverständige sowie die Zweischneidigkeit dieser Konstellation konnte mit Beispielen sowie höchstgerichtlichen Erkenntnissen bestärkt werden.⁶³⁷

Inwiefern ein Angehörigenverhältnis eine Sachverständigeneigenschaft begründet, ist von der Rechtsprechung bisweilen nicht abschließend geklärt worden. Ausgehend von dieser Situation wird als Lösungsansatz das Heranziehen einer „Mosaiktheorie“ vorgeschlagen. Diese im Bereich des Strafrechts anerkannte Theorie sieht vor, dass eine Tatbestandsvoraussetzung als gegeben angesehen werden kann, wenn mehrere Sorgfaltsverstöße und damit mehrerer risikosteigernde Faktoren zusammentreffen.⁶³⁸

Da sich die Mosaiktheorie auf die haftungsbegründenden Sorgfaltsverstöße bezieht ist sie insofern nicht direkt auf die Begründung der Sachverständigeneigenschaft heranzuziehen. Auf den Bereich des Kunstexperten angewendet würde dies bedeuten, dass das Verhalten des Verfassers von Expertisen dann dem erhöhten objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB unterliegt, wenn er eine gewisse Anzahl „risikosteigernder Faktoren“ setzt. Diese können sich neben dem öffentlichen Auftreten, auch in Zusatzinformationen auf Visitenkarten, Mundpropaganda, durch fachliche Kritik an anderen Kunstexperten oder auch durch mehrfaches unentgeltliches Begutachten von Kunstwerken des jeweiligen Künstlers manifestieren.

Liegen sohin mehrere dieser Faktoren vor, so kann sich der jeweilige Angehörige nicht mehr unter Hinweis auf eine fehlende Ausbildung oder eine hauptberufliche Tätigkeit der Anwendung des erhöhten Sorgfaltsmaßstabes entziehen. Macht sich der Angehörige das bestehende Verwandtschaftsverhältnis zu Nutze, so können meiner Ansicht nach die weiteren „risikosteigernden Faktoren“ auch weniger stark ausgeprägt sein, ohne dass es Auswirkungen auf das Vorliegen einer Sachverständigeneigenschaft hat.

⁶³⁷ Siehe Kapitel 1.2.2 Angehörige des Künstlers als Kunstsachverständige.

⁶³⁸ *Fuchs/Reindl*, Strafrecht Besonderer Teil I³ (2003) 27.

Im folgenden Kapitel gilt es unter dem Titel „Die Expertise“ den Marktteilnehmern die historischen und juristischen Besonderheiten des Kunstgutachtens zuzuführen.

Insbesondere wird der Frage nach dem Marktwert von Kunstgegenständen nachgegangen und die an einen Kunstsachverständigen in diesem Zusammenhang gestellte Herausforderung der Beantwortung einer Rechtsfrage sowie einer Tatsachenfrage geschildert. Das Fehlen rechtlicher Vorgaben bei Ermittlung des Marktwertes führt dazu, dass sich der Kunstsachverständige primär an publizierten Auktionserlösen orientiert. Die Manipulierbarkeit sowie die Tatsache, dass ein Vergleich nur dann angestellt werden kann, wenn dasselbe Kunstwerk innerhalb einer bestimmten Periode wiederholt am Auktionsmarkt erscheint, bleiben zu berücksichtigen und führen zu dem Schluss, dass auch bei Wertgutachten eines profunden Kunstsachverständigen Vorsicht geboten ist.⁶³⁹

Der Schwerpunkt im anschließenden Abschnitt liegt auf dem kürzlich ergangenen Erkenntnis des OGH in der Rechtssache *Walde*⁶⁴⁰. Die genannte Entscheidung gibt Anlass den Grundtatbestand des § 1300 ABGB in Bezug auf die unentgeltliche Auskunftserteilung einer Künstler-Tochter zu diskutieren. Die von der Rechtsprechung sehr weit interpretierte Formulierung des § 1300 ABGB „*gegen Belohnung*“ wird meines Erachtens im Fall *Walde* nach der geltenden Rechtslage zurecht als nicht verwirklicht angesehen. Aus der Sicht des Gutachtensempfängers ist dieses Ergebnis natürlich nicht sehr zufriedenstellend. Um die Problematik, dass für unentgeltliche Auskunftserteilung grundsätzlich nicht gehaftet wird, zu entschärfen, wäre meiner Meinung nach die Aufnahme einer entsprechenden Aufklärungspflicht in das KSchG zu befürworten. Dann wären Verbraucher in Kenntnis, dass sie eine Haftung des Sachverständigen grundsätzlich nur im Fall der entgeltlichen Raterteilung geltend machen können.⁶⁴¹

⁶³⁹ Siehe Kapitel 2.3 Exkurs: Der Marktwert von Kunstgegenständen in Lehre und Rechtsprechung.

⁶⁴⁰ OGH 22.2.2011, 8 Ob 127/10z.

⁶⁴¹ Siehe Kapitel 3.4 Kritik an der Entscheidung *Walde*.

Im Anschluss an dieses Kapitel werden die Herausforderungen der vertraglichen sowie der außervertraglichen Haftung des Kunstsachverständigen erörtert. Neben einer umfassenden Darstellung der Lösungsansätze für eine Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten, ist diesem Teil der Arbeit aber auch klar zu entnehmen, dass die Feststellung der Sorgfaltswidrigkeit als allgemeine Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches, im Bereich der Haftung des Kunstsachverständigen eine besondere Schwierigkeit darstellt. Die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens und somit die Pflichtverletzung des Kunstsachverständigen ist relativ schwer nachzuweisen, vor allem da die geisteswissenschaftliche Vorgehensweise kaum mit naturwissenschaftlichen Methoden überprüft werden kann.⁶⁴²

Um den Anforderungen der Praxis gerecht zu werden, gilt es weiters die Zulässigkeit von Haftungsbegrenzungen aufzuzeigen. Ausgehend von der jüngeren Rechtsprechung wird im Rahmen unternehmensbezogener Geschäfte ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit in jenen Fällen als unzulässig deklariert, in denen der Ausschluss in AGB, unter Ausnützung einer Monopolstellung oder sonst durch wirtschaftlichen Druck zustande kam. Wie bereits an anderer Stelle näher ausgeführt wurde, kann die Spezialisierung eines Experten auf ein bestimmtes Fachgebiet oder einen Künstler ihm die Stellung einer Zuschreibungsautorität einräumen. Dieser Wissensvorsprung kann sich dahingehend auf den Kunstmarkt auswirken, dass der Erwerb eines Kunstgegenstandes im obersten Preissegment nur nach positiver Zuschreibung durch den anerkanntesten Experten erfolgt. Diese Tatsache erfüllt meines Erachtens den Tatbestand der Monopolstellung, sodass im Bereich der Kunstsachverständigen eine Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit unzulässig ist. Der Ausschluss würde eine unseriöse Vertrauensenttäuschung zulassen und die Vertrauensbasis zwischen Auftraggeber und Kunstsachverständigen verfälschen.⁶⁴³

⁶⁴² Siehe Kapitel 2.5 Die Zuschreibungsmethoden und Kapitel 4 Zur Haftung des Kunstsachverständigen.

⁶⁴³ Siehe Kapitel 4.3 Haftungsbegrenzungen.

Da in nur relativ wenigen Fällen ein direktes, zweipersonales Vertragsverhältnis zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Geschädigten besteht, sind Juristen gefordert die Reichweite und den Adressatenkreis einer Kunstexpertise genau zu bestimmen, um geschädigten Dritten einen Schadenersatzanspruch gewährleisten zu können. In der Entscheidung *Unterberger*⁶⁴⁴ spricht sich der OGH für eine enge Auslegung aus, wobei das Höchstgericht selbst den Eigentümer eines Bildes nicht automatisch von dem Schutzzweck eines Gutachtensauftrages mitumfasst sieht. Ein gänzlicher Ausschluss einer Dritthaftung würde sich aber einerseits negativ auf die Verkehrsfähigkeit von Expertisen sowie auch auf deren Eigenschaft als Entscheidungshilfe bei Kaufentscheidung auswirken.

Die Drittwirkung von Sachverständigengutachten stellt kein österreichisches Spezifikum dar, was auch ein Blick über die Grenze nach Deutschland sowie in die Schweiz zeigt. Es konnte festgestellt werden, dass alle drei Vergleichsländer adäquate Lösungsansätze für eine Haftung des Sachverständigen für Gutachten gegenüber Dritten vorsehen.⁶⁴⁵ Die damit verbundenen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung, dem Nachweis eines adäquaten Vertrauensverhältnisses sowie die differenzierende höchstrichterliche Judikatur vor allem in Österreich⁶⁴⁶ führen jedoch deutlich vor Augen, dass die Beantwortung von Haftungsfragen gegenüber Dritten nicht immer nachvollziehbare bzw als fair empfundene Ergebnisse erzielt. Würde man aber einen Schritt weitergehen und einen gänzlichen Ausschluss einer Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten annehmen, würde dies eine negative Auswirkung auf die Verkehrsfähigkeit von Kunstwerken haben, da der gänzliche Haftungsausschluss das Vertrauen der Marktteilnehmer enttäuschen würde.

Auch wenn Kunstsachverständige mitunter als heimliche Richter gelten und weiters die Möglichkeit haben, sich ihr Haftungsrisiko von ihrem

⁶⁴⁴ OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g.

⁶⁴⁵ Siehe Kapitel 5 Die Rechtslage in Deutschland und Kapitel 6 Die Rechtslage in der Schweiz.

⁶⁴⁶ OGH 1 Ob 536/86 SZ 59/51 = JBl 1986, 381; SZ 54/65; SZ 53/169 und 13; SZ 51/97.

Vertragspartner abgelten zu lassen, müssen die Voraussetzungen für ihre Haftung sorgfältig geprüft werden, denn nur so kann die Gefahr einer unbegrenzten und nicht versicherbaren Haftung gegenüber einem theoretisch nicht abgrenzbaren Personenkreis verneint werden.

Aus der in Österreich vorliegenden uneinheitlichen Judikatur muss jedoch leider der Schluss gezogen werden, dass sich Personen, die sich zur Frage der Echtheit eines Werkes äußern, dies nicht gegen Belohnung tun sollten und in Anbetracht des weiten Verständnisses des Begriffs der Belohnung einen Haftungsausschluss bzw eine Haftungsbeschränkung vereinbaren sollten. Erst wenn das Anforderungsprofil des Kunstsachverständigen konkretisiert und verschärft ist, ist in diesem Bereich die Anbahnung einer sachgerechten und einheitlichen Rechtsprechung zu erwarten.

Abschließend kann festgehalten werden, dass mit den derzeitigen Rechtsgrundlagen den Anforderungen des Kunstsachverständigen sehr wohl entsprochen wird. Um sachgerechte Lösungen zu erzielen ist es jedoch erforderlich, dass ein Einblick in die Besonderheiten des Kunstexperten und ein gewisses Verständnis für diesen Bereich aufgebracht werden.

Alsberg Max/Nüse Karl Heinz/Mayer Karl Heinz, Der Beweisantrag im Strafprozeß⁵, Heymann, Köln 1983.

Altenburger Peter C.F., Die zivilrechtliche Haftung des Architekten für Vermögensschäden Dritter – Eine Untersuchung zu den dogmatischen Grundlagen der Expertenhaftung anhand ausgewählter Probleme des Architektenrechts, Literatur Verlag Münster 1996.

Amstutz Marc/Watter Rolf, Konzernhaftung – Urteilsanmerkung zu BGE 120 II 331ff., in Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1995, S. 502 - 508.

Apathy Peter/Riedler Andreas, Bürgerliches Recht III, Schuldrecht Besonderer Teil², Springer-Verlag, Wien/New York 2000 und 2002.

Baumeister Peter, Die Auktion – Zur Preisbildung für Seltenheitsgüter im Versteigerungsgewerbe, Deutsch, Frankfurt am Main 1975.

Bayerlein Walter/Heck Hans-Joachim, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, Beck, München 2008.

Bayerlein Walter/Roeßner Wolfgang, Praxishandbuch Sachverständigenrecht³, Beck, München 2002.

Bayerlein Walter/Wessel Heinz, Praxishandbuch Sachverständigenrecht³, Beck, München 2002.

Behrman Samuel N., Duveen, Zsolnay, Wien 1954.

Bertel Christian/Venier Andreas, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts⁸, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2004.

Braunfels Florian, Die Haftung für Fehler und zugesicherte Eigenschaften bei Kunstauktionen, München 1994.

Brehm Roland in Berner Kommentar³, Obligationenrecht Band VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, Allgemeine Bestimmungen und Kommentar zu Art 41-61 OR, Stempfli, Bern 2006.

Bruno Gabriell, Die Widerrechtlichkeit in Art 41 Abs 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, Dissertation, Universität Freiburg 1987.

Busche Jan in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁴, Schuldrecht Besonderer Teil II, Band 4, §§ 611-704, Beck, München 2005.

Byrne-Sutton Quentin/Renold Marc-André, Resolution Methods for Art-Related Disputes, Etudes en droit de l'art, Vol. 11, Centre du droit de l'art, Zürich 1999.

Byrne-Sutton Quentin/Renold Marc-André, L'Expertise dans la vente d'objets d'art in Band 1 der Schriftenreihe des Centre du droit de l'art, Zürich 1991.

Canaris Claus-Wilhelm, Bankvertragsrecht² de Gruyter, Berlin 1981.

Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Beck, München 1971.

Canaris Claus-Wilhelm, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten in FS für Karl Larenz zum 80. Geburtstag 1983, Beck, München 1983, S. 30 - 109.

Canaris Claus-Wilhelm, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei Gegenläufigkeit der Interessen, JZ 1995, S. 441 - 446.

Canaris Claus Wilhelm, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 1999, 207-245.

Canaris Claus-Wilhelm, Die Schadenersatzpflicht der Kreditinstitute für einen unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung, Festschrift für Herbert Schimansky, RWS-Verl. Kommunikationsforum, Köln 1999, S 43-66.

Cohn Leo Carl, JBl 1930, 503.

Damm Reinhard, Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung, JZ 1991, S. 373-385.

Dittrich Robert, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch³², Manz'sche Ausgabe der österreichischen Gesetze, Manz, Wien 1985.

Döbereiner Walter/Keyserlingk Alexander Graf v., Sachverständigenhaftung mit Haftungsbegrenzung sowie Versicherung des privaten und gerichtlichen Sachverständigen, Bau-Verlag, Wiesbaden, Berlin 1979.

Dossi Piroshka, Hype! Kunst und Geld, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 2007.

Ehrenzweig Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts², I/2, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1957.

Eisenberg Ulrich, Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar⁴, Beck, München 2002.

Fabrizy Ernst Eugen, Die österreichische Strafprozessordnung¹¹ (Strafprozessordnung 1975) ; mit dem neuen Vorverfahren und den wichtigsten Nebengesetzen; Kurzkomentar, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2011.

Fasching Hans Walter/Bajons Ena-Marlis, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen², Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2010.

Feil Erich, Sachverständigenhaftung, eine systematische Darstellung für die Praxis, LINDE VERLAG WIEN Ges.m.b.H., Wien 1997.

Fehrenbacher Markus in *Prütting Hanns/ Wegen Gerhard/ Weinreich Gerd*, BGB Kommentar², Luchterhand, Neuwied 2007.

Fellmann Walter in *Berner Kommentar*, Band VI/2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Stämpfli, Bern 1992.

Fischer Willi, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, ZvglR 1984, S. 1 – 31.

Floerke Hanns, Studien zur niederländischen Kunst- und Kulturgeschichte – Die Formen des Kunsthandels, das Atelier und die Sammler in den Niederlanden vom 15.-18. Jahrhundert, München, Leipzig 1905.

Frangen Ute, Ökonomische Analyse des Marktes für Malerei in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main 1983.

Friedländer Max J., Der Kunstkenner, Cassirer, Berlin 1919.

Friedländer Max J., Echt und unecht – Aus den Erfahrungen des Kunstkenner, Berlin 1929.

Friedländer Max J., Kunst und Kennerschaft: Was ist Kunst?, Ullstein, Frankfurt am Main 1957.

Fuchs Helmut/Reindl Susanne, Strafrecht Besonderer Teil³, Springer-Verlag, Wien/New York 2003.

Gerlach Tilo, Die Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen, Nomos Verl.-Gesellschaft, Baden-Baden 1998.

Glaus Bruno, Haftung für die unrichtige Schätzung von Kunstobjekten, Recht & Steuern 1/2008, S. 58 - 59.

Glaus Bruno, Die Haftung von Experten und Werkverzeichner nach schweizerischem Recht, KUR Kunst und Recht, Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik 4/2004 S. 112 -117.

Goepfert Alexander, Haftungsprobleme im Kunst- und Antiquitätenhandel, Duncker & Humblot, Berlin 1991.

Gottwald Peter, Haftung für Auskunft und Gutachten gegenüber Dritten, Unité de Droit Allemand, Fac. de Droit, England, Deutschland, Schweiz, Genf 1993.

Gräfin von Brühl Friederike, Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem. Der Anspruch auf Erteilung eines Expertise und auf Aufnahme in ein Werkverzeichnis, Carl Heymanns Verlag, Köln, München 2008.

Groß Ernst, JBl 1930, 322.

Grunewald Barbara, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, ZGR 1999, 583-600.

Harrer Friedrich, Die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen in *Aicher Josef/Funk Bernd Christian*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben, LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, Wien 1990, S. 177 ff.

Härth Gabriele, Original und Fälschung: Rechtsproblem für bildende Künstler, Dissertation Universität Wien 2010.

Heinbuch Holger, Kunsthandel und Kundenschutz, NJW 1984, S. 15.

Herchenröder Christian, Die Kunstmärkte, Econ Verlag, Düsseldorf Wien 1978.

Herchenröder Christian, Kunstmärkte im Wandel: Vom Jahrzehnt des Umbruchs in die Gegenwart, Verlag Wirtschaft und Finanzen, Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, Düsseldorf 2000.

Heuer Carl-Heinz, Die Bewertung von Kunstwerken in Steuer- und Erbrechtsstreitigkeiten in Tagungsband des Dritten Heidelberger Kunstrechtstags, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010.

Hinterhofer Hubert in Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, *Fuchs/Ratz* (Hrsg.), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2009.

Hoeren Thomas/Holznagel Bernd/Ernstschneider Thomas, Handbuch Kunst und Recht, Schriftenreihe zum Urheber- und Kunstrecht, Lang, Frankfurt am Main, Wien 2008.

Hofstetter Karl, Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht, AJP 1998, S. 261 - 268.

Honsell Heinrich, Probleme der Haftung für Gutachten JuS 1976, S. 621-629.

Honsell Heinrich, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen in Festschrift für *Dieter Medicus* zum 70. Geburtstag 1999, Heymann, Köln 1999, S. 211 - 233.

Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil⁴, Stämpfli, Bern 1997.

Honsell Heinrich, Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten in *Waldburger Robert*, Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Stämpfli Verlag, Bern 2005.

Hoyningen-Huene Gerrick, Das Sachverständigengutachten über Briefmarken, Zivilrechtliche Grundfragen zum philatelistischen Prüfungswesen, Wiss. Verlag der Praxis, Bad Schwartau 1972.

Hoyningen-Huene Gerrick, Zur Rechtsstellung und Haftung des Kunstsachverständigen in Festschrift *Erik Jayme II* (2004), Sellier, European Law Publishers, München 2004.

Huttenlauch Anna Blume, Die Haftung des Kunstexperten für seine Expertise, KUR Kunst und Recht, Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik 4/2004 S.118 - 128.

Jaquet Christian, Werte und Preise auf dem Weltmarkt neuzeitlicher Kunst, Winterthur, Keller, Dissertation Universität Bern 1962.

Jayme Erik, Beschaffensvereinbarung und Haftungsausschluss beim Kunstkauf – Unter besonderer Berücksichtigung der Falschlieferung in Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag (2012), Sellier, European Law Publishers, München 2012, S. 431 - 438.

Jayme Erik, Pflichten und Obliegenheiten im Kunstauktionswesen: Einlieferer, Experte, Auktionshaus, Ersteigerer – Einige Fallstudien, Kunstrechtsspiegel 3/2011 Magazin des Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V., S. 97.

v. *Jhering Rudolf*, Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts IV, Jena 1861.

Jessnitzer Kurt/Frieling Günter/Ulrich Jürgen, Der gerichtliche Sachverständige, Ein Handbuch für die Praxis¹¹, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 2001.

Jost Fritz, Vertragslose Auskunfts- und Beratungshaftung, Nomos Verl.-Gesellschaft, Baden-Baden 1991.

Kadric Mira, Sichtbare Gerechtigkeit in gedolmetschten Verhandlungen in *juridikum* 2004/4, S. 195.

Kaiser Urs, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Stämpfli, Bern 1987.

Kirchmaier Robert in *Ebling Klaus/Schulze Marcel*, Kunstrecht –Zivilrecht/ Steuerrecht, Beck, München 2007.

Klang Heinrich / Gschnitzer Franz, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² IV, §§ 1293-1502, Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1968.

Klauser Alexander/Stohanzl Rudolf/Kodek Georg, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung¹⁶, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006.

Klocke Wilhelm, Erstattung von Gutachten, *BauR*, 1986, S. 294 - 298

Koldehoff Stefan, Jetzt sind die Kunstkenner gefragt, *art – Das Kunstmagazin* 1/1998.

Koziol Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht II², Besonderer Teil: mit einem Abschnitt über den "Unlauteren Wettbewerb" von *Peter Rummel*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1984.

Koziol Helmut, Grundfragen der Produkthaftung, Signum-Verlag, Wien 1980.

Koziol Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil³, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1997.

Klang Heinrich, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II², Verlag Österreich, Wien 1950.

Koziol Helmut / Welser Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006.

Kramer Ernst, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art 1-18 OR, Stempfli, Bern 1986.

Kramer Ernst, Reine Vermögensschäden als Folge von Stromkabelbeschädigungen, in: recht 1984, S. 128 - 134.

Krammer Harald, Die Allmacht des Sachverständigen, Orac, Wien 1990.

Krammer Harald/Schiller Jürgen/Schmidt Alexander/Alfred Tanczos, Sachverständige und ihre Gutachten, Handbuch für die Praxis, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2012.

Krejci Heinz, Privatrecht², Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1995.

Kucsko Guido, Urheber.recht: systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2008.

Kuhn Moritz, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 1986, S. 345 - 356.

Kühn Bernhard, Die Sachmangelgewährleistung des Kunst- und Antiquitätenhandels, UTZ Verlag, München 1987.

Lammel Siegbert, Zur Auskunftshaftung, AcP 1979, S. 337 - 366.

Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts II, Besonderer Teil¹³ Halbband 2, München 1994.

Leopold Diethard, Rudolf Leopold – Kunstsammler, Holzhausen, Wien 2003.

Locher Horst, Das Recht der bildenden Kunst, Thiemig, München 1970.

Loebenstein Edwin/ Kaniak Gustav/ Schragel Walter, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz², Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1985.

Lohsing Ernst, Serini Eugen, Österreichisches Strafprozeßrecht⁴, Dr. u. Verl. d. Österr. Staatsdr., Wien 1952.

Löhr Dieter, Haftungsfragen der Kunstversteigerung, Weltkunst 1993, S. 856.

Lorenz Werner, Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1973.

Maleczky Oskar, Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷, LexisNexis ARD Orac, Wien 2008.

Manzl Franz, Eine Untersuchung über die Preisbildung im Kunsthandel, Dissertation Universität Wien 1956.

Medicus Dieter, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 10.11.1994 – III ZR 50/94 (OLG Köln), JZ 1995, S. 308 - 309.

Merz Hans, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1986, ZBJV 1988, S. 190 – 218.

Meyer-Göfner Lutz, Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen⁴⁸, Beck, München 2005.

Moser Sybille, Franz Richard Unterberger. Zur Stellung der Salonmalerei im 19. Jahrhundert und ihre Bewertung heute, Dissertation Universität Innsbruck 1984.

Müllerschön Bernd, Gemälde als erfolgreiche Kapitalanlage, Stroheck, Stuttgart 1991.

Musielak Hans-Joachim, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, de Gruyter, Berlin, New York 1974.

Oftinger Karl/Stark Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht⁵ I, Allgemeiner Teil, Schulthess, Polygraph. Verlag, Zürich 1995.

Picker Eduard, Gutachterhaftung in Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag 1999, Heymann, Köln 1999, S. 397 - 447.

Ploil Ernst, Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes im Kunsthandel (§ 934 des österreichischen ABGB) in *Bulletin Kunst&Recht* 2/2012.

Ploil Ernst, Was ist ein Original III: Ein Lösungsvorschlag in PARNASS 03/2012.

Rechberger Walter in *Fasching Hans/Konecny Andreas*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen², Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2000.

Rechberger Walter in *Rechberger Walter/Frauenberger Andreas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung³, Springer Wien 2006.

Reindl-Krauskopf Suanne in *Höpfel Frank/Ratz Eckart*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1999.

Reischauer Rudolf in *Rummel Peter*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² I, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1990.

Reischauer Rudolf in *Rummel Peter*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ I, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2004.

Reis Leonhard, Ein Fall Walde – Zur Haftung für eine unentgeltliche Auskunft einer Künstlertochter zur Echtheit eines Gemäldes des Vaters, *Bulletin Kunst&Recht* 2/2011, S. 56.

Reis Leonhard, Zur nachvertraglichen Aufklärungspflicht des Kunsthändlers bei Fälschungsverdacht, *KUR Kunst und Recht, Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik* 2/2010 S. 63-65.

Remmers Elisabeth, Die Haftung des Kunstsachverständigen in *Hoeren/Holznapel/Ernstschnieder*, Handbuch Kunst und Recht, Schriftenreihe zum Urheber- und Kunstrecht, Lang, Frankfurt am Main, Wien, 2008, S. 191 - 215.

Ressler Otto Hans, Der Markt der Kunst, Böhlau Verlag Ges.m.b.H. und Co KG, Wien, Köln, Weimar 2001.

Ressler Otto Hans, Der Wert der Kunst, Böhlau Verlag Ges.m.b.H. und Co KG, Wien, Köln, Weimar 2007.

Rummel Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2000/2004.

Rüffler Friedrich, Der Sachverständige im Zivilprozeß: die "Bindung" des Richters an Sachverständigengutachten, Möglichkeiten und Grenzen der Kontrolle der Sachverständigentätigkeit, Verlag Österreich, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1995.

Rychlik Otmar, Wer, wenn nicht die Erben, soll Echtheit bestätigen? Gastkommentar in „*die Presse*“ vom 12.04.2011.

Schmaranzer Gerhard, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Linde, Wien 2006.

Schmidt Alexander, Haftpflichtversicherung für Sachverständige, Sachverständige 2011, S. 18 - 29.

Schmidt Alexander, Die Ethik des Sachverständigen auf <http://wien.gerichtsv.at>.

Schnyder Anton K. in Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht², Obligationenrecht I; Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 1996.

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht⁴ Allgemeiner Teil, Stämpfli, Bern 2006.

Siehr Kurt, Was ist eine Fälschung? Rechtsfolgen des Handels mit gefälschten Kunstwerken in Reichelt (Hrsg) Vorlesungen und Vorträge des Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Heft 27, Kommissionsverlag der Österreichischen Verlagsgesellschaft Dworak, Wien 2008.

Siehr Kurt, Fälschungen im Kunstrechtsstreit in Kunstrechtsspiegel 3/09, Magazin des Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V., S. 145.

Simons Simone, Fachliche Autorität im Kunsthandel und ihre haftungsrechtliche Bedeutung, Dissertation Universität Konstanz, 1999.

Sprau Hartwig in *Palandt Otto*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶⁵, Beck, München 2006.

Strauch Dieter, Rechtsgrundlagen der Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, JuS 1992, S. 897 - 902.

Strauch Dieter, Verträge mit Schutzwirkung für Dritte, JuS 1982, S- 823 - 828.

Strobl Alice, Die Zeichnungen. 4. Nachtrag 1878-1918, Verlag Galerie Welz, Salzburg 1989.

Koziol Helmut/Bollenberger Raimund/Bydlinski Peter, Kurzkomentar zum ABGB² überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer, Wien 2007.

Mayer-Maly Theo, Renaissance der laesio enormis? In Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, Salzburg 1983.

Pächt Otto, Methodisches zur kunsthistorischen Praxis, Ausgewählte Schriften, Prestel-Verlag München 1977.

Perner Stefan / Spitzer Martin, Bürgerliches Recht¹. Lernen, Wissen, Üben, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007.

Posch Willibald, Produzentenhaftung in Österreich de lege lata et de lege ferenda, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1982.

Ramsauer Jutta, Die Kunstauktion – Haftungsproblematik und Käuferschutz, Dissertation Juridicum Wien 1999.

Rechberger Walter H./Simotta Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷, Erkenntnisverfahren, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2009.

Rehbinder Manfred, Status – Kontrakt – Rolle – Wandlung der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft in Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch zum 65. Geburtstag, Duncker&Humblot, Berlin 1968.

Rey Heinz, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess, Zürich 1989, S. 231 - 243.

Rubin Daniel, Eine Rechtsprechungsübersicht für den Kunstsammler, *ecolex* 1997, S. 416.

Schack Haimo, Kunst und Recht: bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2009.

Schack Haimo, Schönheit als Gegenstand richterlicher Beurteilung, *KUR Kunst und Recht, Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik* 6/2008, S. 141-148.

Scheucher Birgit, Die Haftung des Sachverständigen für sein Gutachten, *ÖJZ* 1961, S. 225

Schlechtriem Peter, Schutzpflichten und geschützte Personen in Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag 1999, Heymann, Köln 1999, S. 529 - 542.

Schmitz Erich, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, Duncker & Humblot, Berlin 1980.

Schreiner Manfred, Bacher Ernst, Naturwissenschaften in der Kunst, Böhlau, Wien 1995.

Schütte Reiner, Kunstgutachten – Grenzen des Sachverständigen, Weltkunst 70/2000.

Schwimmann Michael, Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen³, Verlag LexisNexis ARD Orac, Wien 2006.

Schwimmann Michael/Harrer Friedrich, Praxiskommentar zum ABGB V, §§ 1293-1502 ABGB, Wien 1987.

Seiler Stefan, Strafprozessrecht⁸, WUV Universitätsverlag, Wien 2006.

Tanock John L. in *Ronald D. Spencer*, The Expert versus the Object: Judging Fakes and False Attributions in the Visual Arts, Oxford University Press, Oxford 2004.

Tarman Zeynep Derya, Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht, Dissertation Universität Konstanz 2007.

Teichmann Arndt in *Jauernig Othmar*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹¹, Beck, München 2004.

Tietze Hans, Die Frage der Expertise in Kunst und Künstler 10/1928, S.379 - 382.

Ullmann Eike/Friederike Gräfin von Brühl, Expertise und Werkverzeichnis – Die Position der Außenstehenden in Kunstrechtsspiegel 3/08, Magazin des Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V., S. 148.

Völkl Clemens / Völkl Wolfgang, Handbuch der Beraterhaftung, Haftung und Haftungsvermeidung bei komplexen Dienstleistungen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007.

Völkl Clemens, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/8, S. 101.

Wagenführ Horst, Kunst als Kapitalanlage, Forkel, Stuttgart 1965.

Walter, Echtheitsbestätigung eines Werks der bildenden Künste – Sachverständigenhaftung, MR 2011, S. 207

Walter Hans Peter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, S. 273 - 295

Welser Rudolf, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, Zugleich ein Beitrag zur Bankauskunft, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1983.

Welser Rudolf, Bank-Archiv 1982, S. 122.

Weller Matthias, Was ist Kunst? Antworten aus den Rechtswissenschaften in Kunstrechtsspiegel 1/2010 Magazin des Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V., S. 19.

Wellmann Carl, Der Sachverständige in der Praxis⁶, Werner, Düsseldorf 1997.

Wick Markus, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht: Versuch einer kurzen Orientierung nach dem Swissair-Entscheid, AJP 1995, S. 1270 – 1282.

Wolff Karl, Grundriß des österreichischen bürgerlichen Rechts⁴, Springer Verlag, Wien 1948.

Wolf Andreas, Die Expertise: Inhalt, Form und Rechtswirkungen von Kunstgutachten, Dissertation Universität Bonn 2001.

Wölfflin Heinrich, Das Erklären von Kunstwerken², Verlag E. A. Seemann Leipzig 1940.

Zemen Herbert, Kunstkauf und laesio enormis, ÖJZ 1989, S. 589.

Zechner, Der gerichtliche Sachverständige - Privater oder Beweisorgan im Sinne des § 1 Abs 2 AHG? JBI 1986, S. 415.

von Zeiller Franz, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie III/2, Wien 1813.

OLG Wien 8 Rs 55/03 ZAS-Jud 2004/86.

OLG Wien 21.2.1991 Sach 1991/2, 23

OGH 5 Ob 1006/92 MietSlg 44.782.

OGH 1 Ob 1124/31 SZ 13/259.

OGH 3 Ob 158/34 SZ 16/51.

OLG Wien 23. 9. 1986 EvBl 1987/83 = Sach 1987/3, 10.

OGH 7 Ob 49-50/70 JBl 1971, 144.

LG Wien 31.3.1971 EFSlg 15.193.

OLG Wien 14.3.1978 EFSlg 32.030.

LG Wien 1.12.1988 EFSlg 57.759.

LG Salzburg 21 R 31/01g EFSlg 102.019.

LGZ Wien 43 R 479/02b EFSlg 102.028.

OGH 7 Ob 53/02y MietSlg 54.644.

OGH 16.11.2009, 9 Ob 13/09s.

OGH 11.11.1986 10 Os 137/86.

OGH 29.08.1991, 15 Os 59/91.

OGH 7.6.1994, 14 Os 77/94.

OGH 11.12.1996, 13 Os 181/96.

OGH 12 Os 75/03 JSt 2005/16.

OGH 14 Os 132/94 JBl 1996, 194.

OGH 14.07.2004 ,13 Os 178/03.

OGH 20.02.1991, 11 Os 87/90.

OGH 13 Os 170/03 EvBl 2004/113.

OGH 17.09.1991, 11 Os 86/91.

OGH 22.04.1999, 15 Os 22/99.

OGH 22.02.2011, 8 Ob 127/10z.

LG Ried im Innkreis 19 Cgs 238/99 SVSlg 50.007.

BGH X ZR 52/75 NJW 1975, 1363.

OGH 22. 5. 1978, 1 Ob 11/78.

OGH 1 Ob 7/85 SZ 58/42 = JBl 1985, 628 = EvBl 1985/125.

OGH 1 Ob 679/86 JBl 1987, 308 = EvBl 1987/117.

OGH 1 Ob 1/01f SV 2001, 131 = JBl 2001, 788.

OGH 1 Ob 49/05w SV 2005/3, 177.

OGH 18.7.2011, 6 Ob 129/10d.

OGH 3 Ob 977/29 JBl 1930, 322.

OGH 6 Ob 342/66 SZ 39/206=EvBl 1967, 281=JBl 1967.

OGH 11.6.1981 SZ 54/95

OGH 22.11.1927 JBl 1928, 151.

OGH 5.10.1955 EvBl 1956/232.

OGH 12.4.1983 RZ 1984, 95.

OGH 17. 6. 1981 SZ 54/95.

OLG Frankfurt/Main NJW 1970, 673.

OGH 15.12.2010, 15 Os 127/10f.

OGH 2 Ob 376/61 SZ 34/153 = JBl 1962, 322.

OGH 22.10.1992, 1 Ob 35/92.

OGH 2 Ob 376/61 SZ 34/153 = JBl 1962, 322.

OGH 22.10.1992, 1 Ob 35/92.

OGH 1 Ob 262/98f SZ 59/106.

OGH 11.09.1984, 8Ob207/83.

OGH 1Ob35/87 SZ 60/236.

OGH 10.10.1995, 4 Ob 574/95 (4 Ob 1642/95).

OGH 16.04.1997, 7 Ob 2113/96b.

OGH 29.09.1998, 1 Ob 262/98f.

OGH 10.02.2004, 4 Ob 12/04z.

OGH 23.3.1976, 5 Ob 536/76.

OGH 8 Ob 651/89 SV 1990/I, 22.

OGH 22.2.2011, 8 Ob 127/10z.

OLG Frankfurt/Main 20.1.1993, AZ 21 U 13/91.

OGH 16. 11. 2009, 9 Ob 13/09s.

LGZ Wien 3.4.2008, 53 Cg 127/07x – 10.

OGH 16. 11. 2009, 9 Ob 13/09s.

OGH 3 Ob 67/05g JBl 2006, 178.

OGH 3 Ob 13/04i ÖBA 2005, 55/1249.

OGH 8 Ob 246/01m ecolex 2003, 238.

OGH 2 Ob 588/94 514/95 ecolex 2003, 402.

OGH 1 Ob 587/90 JBl 1991, 249.

OGH 1 Ob 44/94 SZ 68/60 ÖBA 2002, 937.

OGH 8 Ob 246/01m ÖBA 2002, 937.

OGH 4 Ob 13/04x ÖBA 2004, 881.

OGH 1 Ob 43/92 SZ 66/129 = JBl 1991, 249.

OGH 6.6.2004, 9 Ob 67/03y.

LG ZRS Wien 3.11.2008, 22 Cg 71/07h.

HG Wien 28.01.2010, 42 Cg 89/09t-15.

OLG Wien 22. Juli 2010, GZ 1 R 81/10d-19.

OGH 4 Ob 252/00p ÖBA 2001/991.

OGH 8 Ob 246/01 m ecolex 2003, 238.

OGH 23. 3. 1976, 5 Ob 536/76.

OGH 3 Ob 51/98 s ZfRV 2000, 79.

OGH 5 Ob 38/05g RdW 2005/545, 483.

OGH 1 Ob 536/86 SZ 59/51 JBl. 1986, 381;

OGH 7 Ob 513/96 SZ 69/258 = JBl 1997, 524 = ÖBA 1997, 646.

OGH 22.3.1988, 5 Ob 506/87.

OGH 1 Ob 818/33 SZ 16/143.

OGH 1 Ob 400/97y SZ 71/58 = JBl 1998, 511 = RdW 1998, 455 = ZVR 1999/37; JBl 2001, 590.

OGH 7 Ob 666/84 SZ 57/184 = JBl 1986, 168 = RdW 1985, 74; SZ 71/58 = JBl 1998, 511 = RdW 1998, 455 = ZVR 1999/37.

OGH 8 Ob 51/63, JBl 1964, 147;

OGH 8 Ob 254/68 SZ 41/139 = EvBl 1969/99.

OGH 4 Ob 565/68 JBl 1970, 201.

OGH 7 Ob 826/76 MietSlg 29.202.

OGH 5 Ob 707/78 JBl 1979, 483.

OGH 2 Ob 41/94 ZVR 1997, 271.

OGH 25.4.1995, 4 Ob 522/95.

OGH 8 Ob 51/63 = JBl 1964, 147.

OGH 5 Ob 54/73 = JBl 1974, 473.

OGH 6 Ob 72/58 SZ 31/57.

OGH 8 Ob 254/68 SZ 41/139.

OGH 2 Ob 108/74 SZ 48/67.

OGH 7 Ob 666/84 EvBl 1985/98.

OGH 6 Ob 836/83 JBl 1986, 172.

OGH 5 Ob 707/78 SZ 51/169 = JBl 1979, 483.

OGH 6 Ob 81/01g ÖBA 2002/1068.

OGH 3 Ob 529/77 SZ 51/97.

OGH 4 Ob 279/04 i EvBl 2005/134.

OGH 19.12.2000, 1 Ob 93/00h.

OGH 16.09.1998, 3 Ob 68/98s.

BGH VII ZR 265/86 NJW-RR 1988, 77 = MDR 1988, 225 = ZMR 1988, 16 = WM 1988, 62 = BB 1987, 2123.

OLG München 21.1.1999 DAR 99, 217.

LG Augsburg 27.1.2012 Az 22 O 3153/10.

BGH III ZR 50/94 BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392 = ZIP 1994, 1954 = MDR 1995, 354 = VersR 1995, 225 = WM 1995, 204 = BB 1995, 170 = DB 1995, 209 = ZfBR 1995, 75 = IBR 1995, 116 = IBR 1995, 66.

BGH VII ZR 249/77 BGHZ 72, 257.

BVerfG 2 BvR 682/64 NJW 1966, 539 = DÖV 1966, 473.

BGH VII ZR 114/64 NJW 1967, 719.

BGH VII ZR 129/74 BGHZ 67, 1 = NJW 1976, 1502 = VersR 1976, 1064 =
BauR 1976, 354.

BGH X ZR 203/98 NJW 2001, 514 = ZIP 2001, 574 = MDR 2001, 623 = NZM
2001, 253.

BGH 2 StR 347/90 NJW 1991, 32 = MDR 1991, 69 = BGHR StGB = NStZ
1991, 32 = StV 1991, 512 = JR 1991, 208.

BGH VI ZR 73/84 NJW 1986, 180 = VersR 1986, 158 = ZIP 1985, 1506 =
WM 1985, 1531 = BB 1986, 25 = DB 1986, 422.

BGH 2 BvR 1075/05 NJW 2006, 205 = BVerfGK 7, 205 = NJW 2006, 1048 =
NStZ 2006, 459 = StV 2006, 281.

BGH XI ZR 52/88 NJW 1989, 2882 = NJW-RR 1989, 1449 = ZIP 1989, 1250
= MDR 1990, 48 = VersR 1989, 1305 = WM 1989, 1409 = BB 1989, 1714 =
DB 1989, 2016.

BGH IV a ZR 122/85 GHZ 100, 117 = NJW 1987, 1815 = NJW-RR 1987, 997
= ZIP 1987, 500 = MDR 1987, 563 = WM 1987, 495 = BB 1987, 850 = BB
1987, 1207 = DB 1987, 980.

BGH VII ZR 144/64 BGHZ 46, 242 = NJW 1967, 388 = JR 1967, 258 = ZfBR
1989, 253 = ZfBR 1988, 126.

BGH VII ZR 129/74 BGHZ 67, 1, 4 = NJW 1976, 1502 = VersR 1976, 1064 =
BauR 1976, 354.

BGH III ZR 50/94 BGHZ 127, 378, 384 = NJW 1995, 392 = ZIP 1994, 1954 =
MDR 1995, 354 = VersR 1995, 225 = WM 1995, 204 = BB 1995, 170 = DB
1995, 209 = ZfBR 1995, 75 = IBR 1995, 116 = IBR 1995, 66.

BGH VI ZR 68/86 NJW 1987, 1479 = NJW-RR 1987, 857 = MDR 1987, 656
= VersR 1987, 686.

BGH II ZR 204/90 = NJW 1992, 241 = BGHZ 116, 7 = NJW 1992, 241 = ZIP 1991, 1597 = MDR 1992, 350 = VersR 1992, 245 = WM 1991, 2090 = DB 1992, 728 = IBR 1992, 66.

BGH X ZR 250/02 BGHZ 159, 1 = NJW 2004, 3035 = ZIP 2004, 1814 = MDR 2004, 1345 (Ls.) = NZBau 2004, 674 (Ls.) = NZM 2004, 756 = NJ 2005, 33 = VersR 2004, 1328 = WM 2004, 1887 = DB 2004, 2150 = BauR 2005, 122 = ZfBR 2005, 40 = BauR 2004, 1671 (Ls.).

BGH VI ZR 1/65 WM 1966, 1150 = BB 1966, 1324 = VersR 1966, 1034.

BGH VI ZR 189/78 NJW 1979, 1599 = VersR 1979, 526.

BGH VI ZR 293/90 NJW 1991, 3282 = MDR 1991, 1138 = VersR 1991, 1413 = WM 1991, 2034 = BB 1991, 2401 = DB 1992, 37 = BauR 1992, 101 = IBR 1992, 71.

BGH VI ZR 230/76 BGHZ 74, 281 = NJW 1979, 1882 = VersR 1979, 769.

BGH II ZR 178/90 NJW 1992, 3167 = NJW-RR 1993, 165 = ZIP 1992, 1464 = MDR 1993, 130 = VersR 1993, 1112 = WM 1992, 1812 = BB 1992, 2163 = DB 1992, 2284.

BGH III ZR 28/90 NJW 1992, 2080 NJW 1992, 2080 MDR 1992, 708 = VersR 1992, 964 = WM 1992, 1031 = DB 1992, 1572.

BGH XI ZR 12/93 BGHZ 123, 126 = NJW 1993, 2433 = ZIP 1993, 1148 = MDR 1993, 861 = VersR 1993, 1236 = WM 1993, 1455 = BB 1993, 1903 = BB 1994, 44 = DB 1993, 1869.

BGH III ZR 28/90 NJW 1992, 2080 = MDR 1992, 708 = VersR 1992, 964 = WM 1992, 1031 = DB 1992, 1572.

BGH XI ZR 12/93 BGHZ 123, 126 = NJW 1993, 2433 = ZIP 1993, 1148 = MDR 1993, 861 = VersR 1993, 1236 = WM 1993, 1455 = BB 1993, 1903 = BB 1994, 44 = DB 1993, 1869.

BGH II ZR 283/51 BGHZ 7, 371 = NJW 1953, 60.

BGH ZIP 1983, 433 = WM 1983, 263.

BGH XI ZR 165/88 WM 1990, 1991 = NJW 1991, 352 = NJW-RR 1991, 503
= MDR 1991, 338 = VersR 1991, 311 = BB 1990, 2291 = DB 1990, 2516 =
BauR 1991, 102 = IBR 1991, 60.

BGH III ZR 73/67 WM 1969, 36, 37 = NJW 1969, 1065 = NJW 1969, 234 =
JR 1969, 181.

BGH VI ZR 109 NJW 1959, 1676 = VersR 1959, 645.

BGH IVa ZR 20/82 NJW 1984, 335 = ZIP 1984, 70 = VersR 1984, 85 = WM
1984, 34 = BauR 1984, 189.

BGH IVa ZR 66/83 JZ 1985, 951 = NJW-RR 1986, 484 = NJW-RR 1986, 485
= ZIP 1985, 398 = MDR 1985, 1001 = WM 1985, 450 = DB 1985, 1464 =
ZfBR 1985, 121.

BGH VI ZR 212/66 BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 = MDR 1969, 209 =
VersR 1969, 155 = WM 1969, 38 = BB 1969, 12 = DB 1969, 32.

BGH II ZR 52/75 BGHZ 69, 82 = NJW 1977, 1916.

BGH VI ZR 120/71 WM 1973, 141 = NJW 1973, 700 = NJW 1973, 321 =
VersR 1973, 247.

BGH VI ZR 120/71 NJW 1973, 700 = NJW 1973, 321 = VersR 1973, 247 =
WM 1973, 141.

BGH IVa ZR 86/85 NJW 1987, 1758 = NJW 1987, 1758 = NJW-RR 1987, 983
= ZIP 1987, 376 = MDR 1987, 477 = VersR 1987, 262 = WM 1987, 257 = BB
1987, 371 = DB 1987, 828.

BGH XI ZR 355/02 NJW 2004, 3036 = ZIP 2004, 452 = MDR 2004, 520 =
NZM 2004, 349 = VersR 2004, 740 = WM 2004, 422 = BB 2004, 515 = BauR
2004, 1154 = IBR 2004, 227.

OLG Köln 5 U 157/90 VersR 1991, 565 f.

BGH III ZR 50/94 BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392 = ZIP 1994, 1954 =
MDR 1995, 354 = VersR 1995, 225 = WM 1995, 204 = BB 1995, 170 = DB
1995, 209 = ZfBR 1995, 75 = IBR 1995, 116 = IBR 1995, 66.

Abstract

Auf rechtsvergleichende Weise wird zunächst das Berufsbild des Kunstsachverständigen beleuchtet und die Folgen der fehlenden gesetzlichen Vorschriften bezüglich Stellung und Ausbildung des Sachverständigen erörtert. Jüngst zu diesem Rechtsbereich ergangene Erkenntnisse des OGH haben das Spannungsfeld verstärkt und das damit einhergehende Qualitätsproblem in der Kunstbranche fortgesetzt.

Im zweiten Teil dieser Dissertation gilt es, unter dem Titel „die Expertise“ juristische Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Kunstgutachten zu beantworten. Besonderes Augenmerk liegt hierbei auf nach wie vor strittigen Fragen wie dem Marktwert von Kunstgegenständen und der Berücksichtigung eines aleatorischen Charakters.

Eine Analyse des Werkverzeichnisses und des Nachlassstempels setzt die Arbeit fort und gewährt einen Einblick in die Auswirkungen der Marktmacht von Kunstexperten.

Sodann widmet sich ein weiterer Abschnitt der individuellen Festlegung des objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstabes des Kunstsachverständigen. Neben einer umfassenden Darstellung der herrschenden Lehrmeinungen bietet die vorliegende Arbeit auch eine Stellungnahme zu aktuellen Judikaturlinien des OGH.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist weiters, die sog Drittwirkung von Kunstexpertisen, die aufgrund der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung der Expertise erforderlich ist, darzustellen. Es wird versucht diesen für den Kunstsachverständigen durchaus bedeutsamen Themenbereich dogmatisch aufzuarbeiten und gleichfalls einer Lösung zuzuführen. Eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse im Rechtsvergleich schließt die Arbeit ab.

LEBENS LAUF

Name: Mag. Martina Michor
Geburtsdaten: 18.02.1988 in Klagenfurt
Staatsbürgerschaft: Österreich
Familienstand: ledig

Aus- und Weiterbildung

Seit Oktober 2011 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

- Dissertationsthema: Der Kunstsachverständige
- Wahlfachkorb aus Banken- und Versicherungsrecht

Oktober 2006-
Oktober 2011 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

- Diplomandenseminare in Europarecht bzw Kunstrecht
- Wahlfachkorb aus Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

Juni 2006 Matura am Bundesoberstufenrealgymnasium Hermagor

Berufserfahrung

Seit März 2013 Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien

Oktober 2011 bis
Februar 2013 wissenschaftliche Mitarbeit der Forschungsgesellschaft Kunst & Recht

- wissenschaftliche Mitarbeit
- Lektorat
- Redaktionsarbeit

Weitere Fähigkeiten und Leistungen

Fremdsprachen	Englisch Italienisch
EDV-Kenntnisse	MS-Office
Wissenschaftsstipendium der Stadt Wien Forschungsprojekt:	„Aktuelle Rechtsprobleme am Wiener Kunstmarkt“, Februar 2012

Publikationen

Michor, Der Kunstsachverständige, Vorstellung des Dissertationsprojektes in

Bulletin Kunst&Recht 1/2013 der Forschungsgesellschaft Kunst&Recht,
Jänner 2013

Wien, März 2013