Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 129 (2010)

Heft: 1

Artikel: Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts

Autor: Müller-Chen, Markus

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896390

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.03.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts

MARKUS MÜLLER-CHEN*

Kunst ist schön, macht aber viel Arbeit.

(Karl Valentin)

* Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Zürich. Ich danke von Herzen Prof. Dr. iur. Claire Huguenin, Dr. iur. Peter Mosimann, RA, und Dr. iur. Andrea F.G. Raschèr, die sich viel Zeit genommen haben, um mit kritischem Auge Entwürfe dieses Beitrags zu lesen. Sie haben mir zahlreiche wertvolle weiterführende Hinweise gegeben. Lara Pair, JD, Tabea Lorenz und Céline Hofer haben unermüdlich den Text und den Fussnotenapparat sprachlich, redaktionell und formell bearbeitet, wofür ich ihnen herzlich danke. Lic. iur. Simon Gluch und MLaw Flavia Weber haben bei der Literaturrecherche wertvolle Dienste geleistet.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 11
B. Gegenstand des Kunstrechts 14
I. Kunst – Künste 14
1. Einzelne Künste 14
a) Antike bis Renaissance 14
b) Zeitalter der Aufklärung 15
c) Moderne 16
2. Verhältnis der Künste zum Begriff der Kunst 16
II. Kunsttheoretisches Verständnis von Kunst 17
1. Wortbedeutung 17
2. Was ist Kunst? 17
a) Antike und byzantinische Kunst 17
b) Kunst des Mittelalters 18
c) Renaissance 19
d) Barock 19
e) Romantik 21
f) 19. Jahrhundert 22
g) Die Moderne 23
3. Ergebnis 26
III. Juristischer Kunstbegriff 27
1. Kunst im Verfassungsrecht 28
2. Urheberrechtlicher Kunstbegriff 30
a) Im Allgemeinen 30
aa) Geistige Schöpfung 31
bb) Individualität 32
b) Im Besonderen 33
aa) Zeitgenössische Kunst 33
bb) Fotografie 37
cc) Weitere Kunstformen der Gegenwart 40
3. Kunst im Kulturgütertransfer 41
4. Abgaberechtlicher Kunstbegriff 43
a) Mehrwertsteuerrecht 43
b) Einfuhrzoll 44
5. Ergebnis: Kunst als relativer Begriff 44
C. Schutz und Schranken des künstlerischen Werk- und Wirkbereichs 45
I. Schutz des künstlerischen Werk- und Wirkbereichs 45
1. Verfassungsrechtlicher Schutz 45
2. Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz 48
a) Im Allgemeinen 48
b) Schutz vor verletzender Kritik 49
3. Droit Moral des Urhebers 51
a) Allgemeine Grundsätze 51
b) Ausprägungen des urheberrechtlichen Persönlichkeitsschutzes 52
aa) Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und Namensnennung 53
bb) Recht auf Erstveröffentlichung 55
cc) Recht auf Werkintegrität 56

4. Urheberrechtlicher Schutz der Vermögensinteressen des Künstlers . . . 58
II. Schranken des künstlerischen Werk- und Wirkbereichs . . . 61
1. Persönlichkeitsrechte Dritter . . . 62
a) Drittwirkung der Kunstfreiheit . . . 62
b) Verletzung der Persönlichkeit durch Kunst- oder Wortwerke 63
aa) Beispiele . . . 63
bb) Beurteilungskriterien für die Prüfung der Persönlichkeitsverletzung . . . 64
cc) Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung . . . 64
2. Urheberrecht . . . 66
a) Allgemeines . . . 66
b) Zitierrecht im Besonderen . . . 66
D. Rechtsgeschäftlicher Umgang mit Kunst . . . 68
I. Einführung . . . 68
II. Entstehung von Kunst . . . 70
1. Allgemeines . . . 70
2. Erfüllungsanspruch bei Kunstverträgen . . . 71
3. Original und Reproduktion . . . 73
a) Original . . . 73
b) Reproduktion . . . 75
aa) Begriff . . . 75
bb) Urheberrechtliche Relevanz . . . 77
4. Fälschung . . . 79
a) Begriff und Bedeutung der Fälschung . . . 79
aa) Begriff . . . 79
bb) Bedeutung . . . 81
b) Schutz vor und Verhinderung von Fälschungen . . . 83
aa) Echtheitsattest und untadelige Provenance . . . 83
bb) Provenance im Besonderen . . . 84
cc) Prävention . . . 86
c) Rechtliche Auswirkungen von Fälschungen . . . 87
aa) Ansprüche des Künstlers, dessen Werk gefälscht wird . 87
bb) Ansprüche des Käufers einer Fälschung . . . 87
cc) Ansprüche des Museums, das eine Fälschung ausstellt . 88
dd) Strafrechtliche Konsequenzen . . . 89
III. Verkauf von bildender Kunst . . . 90
1. Grundlagen . . . 90
a) Vertragstypus und Abwicklung . . . 90
b) Anwendbares Recht . . . 93
aa) Bestimmung des Vertragsstatuts im Allgemeinen . . . 93
bb) Anwendung des CISG im Besonderen . . . 94
2. Pflichten der Parteien . . . 95
3. Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel . . . 99
4. Haftung des Verkäufers für Sachmängel . . . 100
a) Begriff des Sachmangels . . . 100
b) Ansprüche des Käufers . . . 101
aa) Nichterfüllungsansprüche oder Gewährleistungshaftung . . . 101
bb) Voraussetzungen der Sachmängelhaftung . . . 102

cc) Rechtsfolgen 103
E. Illegaler Kunstmarkt 103
I. Einführung 103
II. Abhandengekommene und illegal importierte Kunst 107
1. Anwendbares Recht 107
a) Vorbemerkungen 107
b) Lageort der Sache als Anknüpfungspunkt 108
aa) Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten 108
bb) Einfluss öffentlich-rechtlicher Kulturgüterschutznormen 109
c) Alternativen zur Anknüpfung an das Lagerecht 110
2. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten 112
a) Allgemeines 112
b) Anvertraute und abhanden gekommene Kunstwerke 112
aa) Anvertraute Kunstwerke 112
bb) Abhandengekommene Kunstwerke 113
c) Guter Glaube des Erwerbers 115
aa) Begriff 115
bb) Ausschluss des Gutglaubensschutzes wegen mangelnder Aufmerksamkeit 115
d) Beweislast 119
3. Rechtspolitische Überlegungen 119
a) Allgemein 119
b) Kulturgüter 120
c) Raubgut 120
III. Raubkunst 122
1. Einleitung 122
2. Entwicklung auf internationaler Ebene 124
a) Londoner Erklärung von 1943 124
b) Washingtoner Erklärung von 1998 und Terezin-Erklärung von 2009 125
3. Entwicklungen auf nationaler Ebene 126
a) Deutschland 126
aa) Die Gemeinsame Erklärung von 1999 126
bb) Die Handreichung zur Umsetzung der Gemeinsamen Erklärung 127
b) Schweiz 128
aa) Der Raubgutbeschluss von 1945 129
bb) Neuere Entwicklungen 129
4. Fazit 130
5. Überlegungen zum Umgang mit Raubkunst 130
a) Bedeutung 130
b) Erlass eines Rückgabegesetzes 131
F. Thesen 133
I. Das Recht muss künstlerische Prozesse und Veränderungen wahrnehmen und in der Gesetzgebung berücksichtigen 133
II. Die Rechtsanwendung sollte sich bei der Auslegung stärker als bisher eine kunstspezifische Betrachtung zu Eigen machen 133

III. Urheberrechtlich geschützte Werke sollen über die Belegfunktion hinaus als Gegenstand und Gestaltungsmittel der künstlerischen Aussage des Zitierenden verwendet werden dürfen 134
IV. Die Integrität des Kunstmarkts ist durch Sorgfalts-, Aufklärungs- und Informationspflichten der Marktteilnehmer zu sichern 134
V. Der gutgläubige Erwerb von abhanden gekommener Kunst ist nur zu rechtfertigen, wenn es das Verkehrsinteresse fordert 135
VI. Raubgut liegt vor, wenn der Verlust des Kultur- bzw. Kunstguts verfolgungsbedingt erfolgt ist 135
VII. Die Schweiz sollte ein Gesetz zur Restitution von Raubgut erlassen . 135

A. Einleitung

Kunst entzieht sich einer festen Definition,[1] es gibt weder einen kunsttheoretisch noch juristisch allgemein akzeptierten Kunstbegriff. Daher existiert auch kein fester «Kanon» des Kunstrechts (wie z.B. beim Vertrags- oder Familienrecht). Selbst die Bezeichnungen variieren, so wird z.B. auch von «Kunst und Recht» gesprochen.[2] Immerhin scheint Einigkeit darüber zu bestehen, dass es sich beim Kunstrecht (art law, droit de l'art) an sich um eine Querschnittsmaterie handelt und nicht um ein eigenständiges Rechtsgebiet.[3] Hingegen lässt sich beobachten, dass gewisse Zweige des Kunstrechts (z.B. Kulturgütertransfer, Kulturförderung) sich verselbständigen.[4]

Die Tätigkeit des Künstlers bzw. als deren Resultat die Kunst sind Gegenstand verschiedenster Bereiche des nationalen, internationalen und europäischen Rechts, welches das künstlerische Schaffen gleichermassen schützt und begrenzt.[5] Relevante Vorschriften finden sich sowohl im öffentlichen Recht als auch im Privat- und Strafrecht: Art. 21 BV gewährleistet die Kunstfreiheit, das Urheber-, Marken- und Designrecht schützen u.a. die Arbeitsergebnisse des Kunstschaffens, der Kulturgüterschutz ist Inhalt verschiedener multilateraler Staatsverträge (z.B. UNESCO-Konvention 1970) und nationaler Gesetzgebung (KGTG). Zahlreiche Erlasse des eidgenössischen und kantonalen Verwaltungsrechts beschäftigen sich mit der Kunst oder einzelnen Künsten: Zu denken ist z.B. an das Filmgesetz, welches die Vielfalt und Qualität des Filmangebots sowie das Filmschaffen fördern und die Filmkultur stärken will (Art. 1 FiG); das Museums- und Sammlungsgesetz (MSG) bzw. die entsprechenden kantonalen Museumsgesetze; die die Stiftung «Pro Helvetia» betreffende Gesetzgebung;[6] die kantonalen Archivgesetze und die (eidgenössische, kantonale und kommunale) Kulturförderung im Bereich von Kunst und Musik etc. Daneben finden sich im Bundesrecht zahlreiche Bestimmungen, welche für kunstrelevante Tatbestände besondere Regelungen vorsehen (z.B. Art. 210 Abs. 1bis OR: Verjährung der kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüche bei Kulturgütern; Art. 934 Abs. 1bis ZGB: Verwirkung/Verjährung bei Kulturgütern; Art. 98a IPRG: Gerichtsstand bei Kulturgütern; Art. 197 Ziff. 5 StGB: keine strafbare Pornografie

---

1 Siehe unten Ziff. B.II.1.; kritisch dazu LEONIE BREUNUNG und JOACHIM NOCKE, Die Kunst als Rechtsbegriff oder wer definiert die Kunst?, in: Birgit Dankert und Lothar Zechlin (Hrsg.), Literatur vor dem Richter: Beiträge zur Literaturfreiheit und Zensur, Baden-Baden 1988, S. 235 ff., S. 238 f.

2 Siehe das gleichnamige grundlegende Werk von HAIMO SCHACK, Kunst und Recht, 2. Aufl., Tübingen 2009.

3 SCHACK (Fn. 2), S. VII.

4 PETER MOSIMANN, MARC-ANDRÉ RENOLD und ANDREA F.G. RASCHÈR (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und Internationales Recht, Basel 2009, S. V (zit. KKR-BEARBEITER).

5 HAIMO SCHACK, Das Recht als Grundlage und Grenze künstlerischen Schaffens, KUR 2006, S. 157 ff., S. 157 ff.

6 Inskünftig Art. 31 ff. KFG.

bei schutzwürdigem kulturellem Wert; Art. 21 Abs. 2 Ziff. 16 MWSTG: künstlerische Darbietungen sind von der Mehrwertsteuer ausgenommen etc.). Hinzu kommt insb. im Bereich des Kulturgüterschutzes sog. *soft law,*[7] d.h. nicht-staatliche Prinzipien und Regeln, deren Wirksamkeit die Selbstbindung des Betroffenen voraussetzt.[8]

Die Breite, Vielschichtigkeit und gleichzeitige Unbestimmtheit des Themas bringt es mit sich, dass die mittlerweile zahlreichen Publikationen zum Kunstrecht sich in Inhalt, Methode und Darstellungsart zum Teil erheblich unterscheiden. Dies hängt auch mit den jeweiligen persönlichen, praktischen oder wissenschaftlichen Präferenzen des Autors zusammen.

Eine verbreitete Darstellungsart behandelt die einzelnen Künste bzw. Kombinationen davon je einzeln (z.B. Malerei, Plastik, Architektur, Musik, Theater, Oper, Film, Fotografie, Literatur etc.).[9] Diese Segmentierung darf aber nicht den Blick darauf verstellen, dass es Rechtsgrundsätze und Normen gibt, die sich auf alle Künste gleichermassen anwenden lassen: Schriftsteller, Musiker, Opernsänger und Maler stehen z.B. gleichermassen unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Kunstfreiheit von Art. 21 BV.[10] Eine Person kann sowohl durch ein Bild wie auch durch ein Musikstück verunglimpft werden, so dass der zivil- und/oder strafrechtliche Persönlichkeitsschutz einzugreifen hat.[11] Das Urheberrecht findet auf alle Künste Anwendung, sofern eine geistige Schöpfung individuellen Charakters nach Art. 2 URG vorliegt.[12]

Andere kunstrechtliche Abhandlungen knüpfen an die Rechtsregeln an, die für die Kunst bzw. die Künste relevant sind und legen diese im Hinblick auf die Besonderheiten der Kunst aus. Es entsteht so ein Verfassungs-, Urheber-, Design-, Sachen- und Vertragsrecht etc. der Kunst. Dies läuft m.a.W. auf eine kunstbezogene Darstellung der Rechtsordnung hinaus.

Eine dritte Möglichkeit ist es, unter dem Titel des Kunstrechts ein *Vademecum* zu schaffen und so den im Kunstbetrieb involvierten Akteuren (Künstler,

---

7 Z.B. Washington Conference Principles On Nazi-Confiscated Art Released in connection with the Washington Conference on Holocaust-Era Assets, Washington, DC, December 3, 1998; Terezin-Erklärung vom 30. Juni 2009 (http://www.lootedart.com/index.php?r=NPMG2Q663241); ICOM Code of Ethics for Museums (http://icom.museum/ethics.html); die Verweise auf das Internet entsprechen dem Stand vom März 2010.

8 Erik Jayme, Narrative Normen im Kunstrecht, in: Jürgen Becker (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes: Festschrift für Manfred Rehbinder, Bern 2002, S. 539 ff., S. 539 ff.; Erik Jayme, Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies, Vanderbilt Journal of Transnational Law 38 (2005), S. 927 ff., S. 943 f.

9 Conrad Fiedler, Der Ursprung der künstlerischen Tätigkeit (1887), in: Conrad Fiedler, Schriften über Kunst, Köln 1996, S. 131; siehe unten Ziff. B.I.1.

10 Siehe unten Ziff. B.III.1.

11 Siehe unten Ziff. C.I.2.; Thomas Geiser, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, S. 6; KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 40 ff.

12 Siehe unten Ziff. C.I.4.; die grundsätzliche Geltung des Urheberrechts bedeutet nicht, dass alle Kunstgattungen gleich intensiv geschützt werden; so geniesst insb. die Architektur weniger Schutz als die Musik.

Kunstvermittler, Sammler, Museen etc.) einen rechtlichen Praxisleitfaden an die Hand zu geben.[13]

Angesichts des vorgegebenen Umfangs kann es weder das Ziel dieses Referats sein, das Recht der bildenden Kunst, das Musik-, Film-, Architektur-, Bühnenrecht etc. im Einzelnen darzustellen, noch kann eine kunstbezogene Darstellung des Schweizer Rechts gegeben werden.[14] Es wird vielmehr ein Mittelweg eingeschlagen: Zunächst wird der Gegenstand des Kunstrechts, d.h. die Kunst (bzw. die Künste) sowohl aus kunsttheoretischer wie juristischer Sicht beleuchtet (Kapitel B.). Im nachfolgenden Kapitel C. steht der Künstler als Schöpfer von Kunst im Mittelpunkt, wobei der Schwerpunkt auf dem Schutz bzw. den Schranken der künstlerischen Entfaltung (im Verfassungs-, Urheber- und Persönlichkeitsrecht) liegt. Für weitere, die gesellschaftliche, kulturpolitische, ökonomische und rechtliche Stellung des Künstlers betreffende Fragen, muss auf die jeweilige Spezialliteratur verwiesen werden.[15] Kapitel D. beschäftigt sich – schwergewichtig am Beispiel der bildenden Kunst – mit dem rechtsgeschäftlichen Umgang mit Kunst (vor allem Entstehung und Verkauf von Kunst). Das letzte Kapitel (Kapitel E.) ist dem illegalen Kunstmarkt gewidmet (Diebstahl, Raub, illegaler Import). In allen Kapiteln werden rechtsvergleichende Erkenntnisse und internationale Entwicklungen angemessen berücksichtigt. Abgeschlossen wird der Beitrag durch Thesen als Grundlage weiterführender Diskussion (Kapitel F.).

---

13 So z.B. BRUNO GLAUS und PETER STUDER, Kunstrecht, Zürich 2003; HERMANN JOSEF FISCHER und STEVEN A. REICH (Hrsg.), Der Künstler und sein Recht, 2. Aufl., München 2007; GÜNTHER PICKER, Praxis des Kunstrechts, München 1990; DERS., Kunstgegenstände & Antiquitäten, München 2000; FRIEDRICH BISCHOFF, Kunstrecht von A-Z, München 1990; BRUNO DIX, Das Recht der Bildenden Kunst: Der Ratgeber für Künstler zum Urheberrecht, Köln 2008; STEPHEN B. SMART und MARY BAXTER, Art, the Art Community, and the Law: A Canadian Legal Guide for Artists, Collectors, Gallery Owners, and Curators, North Vancouver 1994; RALPH E. LERNER und JUDITH BRESLER, Art Law, The Guide for Collectors, Investors, Dealers, & Artists, 3 Bde., 3. Aufl., New York 2005 etc.

14 Siehe dazu die umfassende Darstellung von MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR (Fn. 4).

15 Ausführlich JOHN HENRY MERRYMAN, ALBERT E. ELSEN und STEPHEN K. URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 5. Aufl., Alphen 2007, S. 817 ff.; Überblick bei STEVEN A. REICH, in: Hermann Josef Fischer und Steven A. Reich (Hrsg.), Der Künstler und sein Recht, 2. Aufl., München 2007, S. 118 ff.; *Sozialversicherungsrecht:* KKR-MOSIMANN/RENOLD (Fn. 4), Kap. 1 Rn. 77 ff.; MARCEL SCHULZE, Künstlersozialversicherungsrecht, in: Klaus Ebling und Marcel Schulze (Hrsg.), Handbuch des Kunstrechts, München 2007, S. 94 ff.; *Steuerrecht:* KKR-OBERSON/MARAIA (Fn. 4), Kap. 14 Rn. 3 ff.; KLAUS EBLING, in: Klaus Ebling und Marcel Schulze (Hrsg.), Handbuch des Kunstrechts, München 2007, S. 253 ff.; *Bühnenarbeitsrecht:* KKR-MOSIMANN (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 100 ff.; zur *gesellschaftlichen* Stellung des Künstlers in der Geschichte siehe ARNOLD HAUSER, Sozialgeschichte der Kunst und Literatur, München 1990, S. 31, 60, 331 ff.; zur *ökonomischen* Situation siehe z.B. MERJA HEIKKINENE, Evaluating the Effects of Direct Support on the Economic Situation of Artists, Journal of Cultural Economics 19 (1995), S. 261 ff., S. 262 ff.

Weitere Bereiche des Kunstrechts (z.B. staatliche Kulturpolitik und -förderung) müssen aus Platzgründen unberücksichtigt bleiben.[16] Auch das Recht der Musik und der Bühnenkünste bleibt aufgrund der spezifischen Fragestellungen weitgehend ausgeklammert. Gleiches gilt für die Architektur. Fragen des nationalen und internationalen Kulturgüterschutzes (inkl. der Archäologie) werden im Referat von Prof. Dr. Marc-André Renold behandelt und hier auf Grund dessen nicht ausgeführt.[17] Dies ist auch ein Grund dafür, dass die aussereuropäische Kunst in diesem Referat nicht thematisiert wird, da die damit verbundenen Probleme weitgehend dem Kulturgüterschutz zugerechnet werden können. Professor Renold behandelt ferner auch Fragen des Museumsrechts sowie die Beilegung von kunstrechtlichen Streitigkeiten.

B. Gegenstand des Kunstrechts

I. Kunst – Künste

1. Einzelne Künste

Im Verlaufe der Geschichte hat sich das Verständnis gewandelt, was Künste im Einzelnen sind und wie sie einzuteilen sind.

a) Antike bis Renaissance

In der Antike werden unter den «freien Künsten» (artes liberales) sieben Studienfächer verstanden, die eines «freien Mannes» würdig sind. Als frei gilt dieser dann, wenn er für seinen Broterwerb nicht für Geld arbeiten muss. Man unterscheidet dabei das trivium (Grammatik, Rhetorik, Logik) und das quadrivium (Arithmetik, Geometrie, Musik, Astronomie).[18] Malerei, Bildhauerei und Dichtung gehören zur Gruppe der mechanischen Künste (artes mechanicae), die von niedrigem Ansehen sind, da sie Werke hervorbringen, die von Hand produziert werden und zudem auch von Sklaven ausgeführt werden können.

Mit der Renaissance beginnt sich im 14./15. Jahrhundert das Selbstverständnis der Künstler und die Rezeption der Künste zu verändern. Kunstwerke sind nicht länger in der Hauptsache Identifikations- bzw. Legitimationsobjekte religiöser oder weltlicher Herrscher oder anderer Auftraggeber. Aus der Mitte des Bürgertums entsteht der Typus des fachkundigen Kunstsammlers.

---

16 Vgl. zur Kulturpolitik und Kulturförderung KKR-Raschèr/Vitali (Fn. 4), Kap. 3 und KKR-Uhlmann/Raschèr/Reichenau (Fn. 4), Kap. 4.

17 Marc-André Renold, Droit de l'art et les bien culturels en Suisse: Questions choisies, ZSR 2010 II, S. 137 ff.

18 German Hafner, Cassiodor, Stuttgart 2002, S. 91.

b) Zeitalter der Aufklärung

Unter dem Einfluss von Lessing (1729–1781) bildet sich im Zeitalter der Aufklärung (spätes 17. bis frühes 19. Jahrhundert) der Begriff der «bildenden Kunst» heraus.[19] Darunter werden Architektur, Bildhauerei, Malerei und Grafik subsumiert. Lessing bezeichnet diese auch als *Raumkünste* und stellte sie den *Zeitkünsten* gegenüber. Die Raumkünste benötigen den drei- bzw. zweidimensionalen Raum, um sich zu entfalten: Sie wirken durch und aus sich selbst heraus, eine Plastik muss z.B. im Raum aufgestellt werden.[20] Demgegenüber werden die Literatur (z.B. der Roman, das Drama, das Gedicht), die darstellenden Künste (Sprech-, Musik- oder Tanztheater) sowie die Musik den Zeitkünsten zugerechnet.[21] Diese vollziehen sich im zeitlichen Ablauf: Ein Roman, ein Ballet oder ein Musikstück kann nur rezipiert werden, wenn Zeit dafür aufgewendet wird: Die ästhetischen Elemente des Kunstwerks entfalten sich – zeitlich – nacheinander. Erst durch die Aufführung wird die Notation des Werks (z.B. das Libretto einer Oper oder die Partitur einer Sinfonie) zum Leben erweckt, erst dann kommt es zur intendierten ästhetischen Wahrnehmung.[22]

Im heutigen (deutschen) Sprachgebrauch wird in unbewusster Anlehnung an diese kunsttheoretischen Begrifflichkeiten häufig der Begriff der Kunst mit dem der bildenden Kunst gleichgesetzt und von Musik und Literatur abgegrenzt (s. z.B. Art. 1 Abs. 1 lit. a URG: «Dieses Gesetz regelt den Schutz der Urheber und Urheberinnen von Werken der Literatur und Kunst»). Im Gegensatz dazu umfassen der französische und der englische Begriff («Beaux-Arts» bzw. «Fine Arts») alle Kunstformen, die Kunstwerke ohne bestimmten Gebrauchszweck hervorbringen, d.h. sowohl bildende wie darstellende Künste als auch Literatur und Musik.

Allen drei Begriffen (bildende Kunst, Beaux-Arts, Fine Arts) steht die angewandte Kunst (Gebrauchskunst) gegenüber, wie z.B. Kunsthandwerk, Textilien, Design. Diese Unterscheidung hat jedoch keine universelle Gültigkeit; insb. im asiatischen Raum existiert(e) diese Trennung nicht.[23] Doch auch in Westeuropa ist diese Differenzierung in Auflösung begriffen; z.B. gibt es bei der keramischen Ausbildung oder bei Design-Lehrgängen Tendenzen, den Unterricht in bildender Kunst einerseits und Kunsthandwerk anderseits zu vereinigen.[24]

---

19 Dazu KKR-Raschèr/Reichenau (Fn. 4), Kap. 1 Rn. 13 f.

20 Georg W. Bertrams, Kunst: Eine philosophische Einführung, Stuttgart 2005, S. 62 f.

21 Bertrams (Fn. 20), S. 63.

22 Zum Bühnenwerk vgl. Andrea F.G. Raschèr, Für ein Urheberrecht des Bühnenregisseurs, Baden-Baden 1989; Bertrams (Fn. 20), S. 64.

23 Vgl. z.B. die in Museen ausgestellten Keramiken des japanischen Meisters Hamada Shoji (1894–1978): http://www.mingeikan.or.jp/english/html/hamada-shouji.html.

24 NZZ Nr. 233 vom 8. 10. 2008, S. 19: «Ein funktional gutes Gefäss ist auch schön».

c) *Moderne*

Neue, insb. digitale, Medien, ein gewandeltes Verständnis von Kunst, eine Öffnung des Kunstmarkts und die durch das Internet geförderte Massenkommunikation haben den Begriff der bildenden Kunst erweitert und die Grenzen zur darstellenden Kunst verschwimmen lassen:[25] Heute können der bildenden Kunst i.w.S. zugerechnet werden u.a. Comics, Ambient Art, Installationen, Land Art, Fotografie, Film, Video, Internetkunst, Konzeptkunst, Performances, Musikclips etc.[26] Darin zeigt sich eine begriffliche Annährung an das französische und englische Verständnis.[27]

2. *Verhältnis der Künste zum Begriff der Kunst*

Angesichts der Unterschiedlichkeit der einzelnen Künste lässt sich fragen, ob es überhaupt gelingen kann, diese unter einen einheitlichen Begriff der Kunst zu subsumieren. Es gibt vor allem zwei bedeutende Versuche, die Künste in einen systematischen Zusammenhang zu stellen.[28]

Den ersten Versuch macht Hegel. Für Hegel tritt in der Kunst ein geistiger Inhalt in einer materialen Gestalt zu Tage.[29] Dieses Sichtbarwerden des Geistigen ist für die verschiedenen Künste (z.B. Literatur, Architektur, Bildhauerei, Malerei, Musik) durchaus unterschiedlich. Nach Hegel hängen die Künste aber dadurch zusammen, dass sie unterschiedliche Verhältnisse der Verbindung von Sinnlich-Materialem und Geistig-Inhaltlichen darstellen.[30]

Von Wagner stammt der zweite Versuch, die unterschiedlichen Künste gleichsam «unter den Hut» der Kunst zu bringen und dadurch ihre Unterschiedlichkeit zu überwinden. Er entwickelt das Konzept des *Gesamtkunstwerks:* Erst durch das Zusammenspiel der Künste gelinge es, deren individuellen Beschränkungen aufzuheben. Paradigmatisch für dieses Verständnis ist die Oper: Sie bildet ein harmonisches Zusammenspiel von Tanz, Musik, Dichtung, der Gestaltung des Bühnenbilds und der Architektur des Gebäudes. Die Grenzen der einzelnen Künste werden gesprengt, und diese fügen sich zu einem ästhetischen, organi-

---

25 Diese Entwicklung ist nicht neu: Schon die «neue» Musik der 1920er Jahre (wie z.B. der Jazz) und aufkommende Tänze wie der Tango, der Foxtrott oder der Charlston haben die bildende Kunst beeinflusst, vgl. z.B. Mondrians «Fox Trot A» bzw. «Fox Trot B», dazu: VERENA SENTI-SCHMIDLIN, Wege der Abstraktion in Malerei und Tanz, NZZ Nr. 241 vom 17.10.2009, S. 60.

26 Vgl. zu den verschiedenen Formen zeitgenössischer Kunst HUBERTUS BUTIN (Hrsg.), DuMonts Begriffslexikon zur zeitgenössischen Kunst, 2. Aufl., Köln 2006.

27 Diese Entwicklung widerspiegelt sich auch sonst im Kunstbetrieb: So war z.B. das in Toulouse stattfindende Festival «Le Printemps de Septembre de Toulouse» einmal ein Theater- und Musikfestival. Mittlerweile sind auf öffentlichem Grund, in Galerien, Museen und Kinos auch viele Ausstellungen verschiedenster Art zu sehen (Videoarbeiten, Fotografien, Skulpturen, Bilder, Filme etc.), siehe http://www.printempsdeseptembre.com.

28 BERTRAMS (Fn. 20), S. 78 f.

29 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, Vorlesungen über die Ästhetik I, Frankfurt a.M. 1977, S. 151.

30 Dazu und zur Kritik an Hegel vgl. BERTRAMS (Fn. 20), S. 88 ff.

schen Ganzen zusammen, welches alle Sinne beansprucht.[31] Eine moderne Variation dieses Konzepts ist die *Intermedialität,* d.h. das Zusammenspiel ästhetischer Medien.[32] So verbinden sich etwa in der Kunstbewegung des Fluxus visuelle Poesie, poetische Bilder, Aktionsmusik, musikalische Aktion, Happenings und Events.[33] Ziel ist die offene Interaktion, das synästhetische Zusammenspiel verschiedener künstlerischer Medien.[34]

Zusammengefasst lässt sich daher sagen, dass Kunst sich im Spannungsfeld der Künste verwirklicht.[35]

II. Kunsttheoretisches Verständnis von Kunst

1. Wortbedeutung

Das zu dem Verb «können» gebildete Substantiv «Kunst»[36] bedeutet zunächst in Anlehnung an «Wissen, Weisheit, Kenntnis, Erkenntnis» auch Wissenschaft.[37] Später wird das Wort auch im Sinn von (durch Übung erworbenes) Können, Geschicklichkeit, Vermögen und Fähigkeit verwendet (z.B. Kochkunst).[38] Erst seit dem 17./18. Jahrhundert bezieht sich Kunst speziell auf die künstlerische Betätigung des Menschen und auf die ästhetischen Geistesschöpfungen in Malerei, Bildhauerei, Dichtung und Musik. Das Wort wird ferner auch gebraucht im Sinne von «künstlich Geschaffenes» und steht so im Gegensatz zur Natur.[39]

2. Was ist Kunst?

a) Antike und byzantinische Kunst

Die Kunst der Antike repräsentiert und verherrlicht die Grösse, Macht, Stärke und Bedeutung des jeweiligen Reiches sowie dessen Götter: Monumentale Bauten wie die Akropolis oder das Kolosseum, in Stein gehauene Götterbildnisse der ägyptischen Hochkultur, die klassische griechische Skulptur des athletischen Jünglings, die ornamentalen Malereien der Kreter, das griechische Epos,

---

31 RICHARD WAGNER, Das Kunstwerk der Zukunft, in: Richard Wagner, Gesammelte Schriften und Dichtungen, Band 3, Leipzig 1887, S. 42 ff., S. 69; BERTRAMS (Fn. 20), S. 90 ff.

32 BERTRAMS (Fn. 20), S. 95 ff.

33 GABRIELE KNAPSTEIN, Fluxus, in: Hubertus Butin (Hrsg.), DuMonts Begriffslexikon zur zeitgenössischen Kunst, 2. Aufl., Köln 2006, S. 86 ff.

34 BERTRAMS (Fn. 20), S. 96; PAUL W. HERTIN, Einige grünrechtliche Anmerkungen zur Verschmelzung von Bildender Kunst und Musik, in: Rainer Jacobs, Hans-Jürgen Papier und Peter-Klaus Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue, Köln 2006, S. 461 ff., S. 463 ff.

35 BERTRAMS (Fn. 20), S. 166.

36 Mittel- und althochdeutsch: *kunst;* germanisch: **kunsti, *kunstiz.*

37 Vgl. zu den sieben freien Künsten oben Ziff. B.I.1.a.

38 Zur Entwicklung des Begriffs siehe WŁADYSŁAW TATARKIEWICZ, Um die Definition der Kunst, in: Studia philosophica, Jahrbuch der Schweizerischen Gesellschaft, Vol. 33, Basel 1973, S. 185 ff., S. 185 ff.

39 DUDEN, Das Herkunftswörterbuch, Eintrag «Kunst», 4. Aufl., Mannheim 2007.

die römischen Mosaiken, etc. sind Träger und Vermittler einer realpolitischen, philosophischen oder religiösen Botschaft. Die frühchristliche und byzantinische Kunst integriert z.T. die Bilder und Symbolsprache der älteren Kulturen und füllt sie mit einem neuen Bedeutungsinhalt (z.B. die Wandmalereien in den Katakomben von San Callisto in Rom; die Basilika San Vitale in Ravenna mit ihren Mosaiken).

Platon (427–347 v.Chr.) und Aristoteles (384–322 v.Chr.) haben mit ihren jeweiligen Auffassungen über die Kunst massgeblichen Einfluss auf das Kunstverständnis. Im Zentrum steht für beide Philosophen die Ästhetik.[40] Nach Platon müssen Musik und Dichtung (von der bildenden Kunst hält er nicht viel) die Erkenntnis des Wahren, Vollkommenen fördern: Die Erfahrung von Schönheit führe zum Streben des Menschen nach der Wahrheit der Ideen.[41] Kunst hat m.a.W. diese Ideen darzustellen und besitzt somit einen moralischen Auftrag.[42] Für Aristoteles ist die Kunst (für ihn vor allem die Dichtung) demgegenüber die Nachahmung (mímesis) des Natürlichen, der Wirklichkeit, welche beim Menschen eine Reinigung (kátharsis) von der Unvollkommenheit bzw. von den menschlichen Affekten bewirken soll.[43]

b) Kunst des Mittelalters

Auch die Kunst des sich bis ca. in die Mitte des 15. Jahrhunderts erstreckenden Mittelalters ist massgeblich religiös geprägt (insb. die mächtigen Sakralbauten der Romanik und Gotik mit den oft reich skulpturierten Portalen und Kapitellen sowie die Evangeliare wie z.B. die Ada-Handschrift in Trier (ca. 800), der Codex aureus Epternacensis in Nürnberg (ca. 1030) oder die Heidelberger Manessische Liederhandschrift aus der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts).[44] Neben der geistlichen Musik bildet sich eine Kultur der höfischen Musik heraus mit fahrenden Musikern und Sängern (insb. die südfranzösischen «troubadours»).

Demgemäss hat die Kunst primär den Zweck, das von Gott kommende Gute, Wahre und Vollkommene abzubilden: Die sichtbare Schönheit reflektiert die göttliche Schönheit, sie ist deren Abglanz.[45] Die Kunstwerke[46] müssen daher nicht nur in ihrer sinnlichen Wahrnehmung schön, sondern auch zweckgemäss sein. Hässliches war des Teufels.

---

40 Der Begriff der Ästhetik (zu griech. *aisthánesthai:* durch die Sinne wahrnehmen) ist vielschichtig. Im kunstgeschichtlichen und -theoretischen Zusammenhang umfasst er vornehmlich die Lehre vom «Schönen», wobei sich das Verständnis dieser Schönheit im Verlauf der Zeit immer wieder veränderte.

41 MICHAEL HAUSKELLER, Was ist Kunst? Positionen der Ästhetik von Platon bis Danto, 9. Aufl., München 2008, S. 12.

42 So z.B. heute noch PAUL KEARNS, The Legal Concept of Art, Oxford 1998, S. 1.

43 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 17 ff.

44 FRANZ STEINBRÜCHEL, Kunstbegriff und Umwelt im Wandel, in: Balthasar Staehelin und Silvio Jenny (Hrsg.), Das Bild vom Menschen, Engadiner Kollegium, Zürich 1971, S. 161 ff., S. 165.

45 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 23.

46 Siehe oben Ziff. B.I.1.b.

c) Renaissance

Maler, Bildhauer und Baumeister werden im Mittelalter zu den Handwerkern gezählt, die regelmässig anonym bleiben. Erst in der Renaissance (Mitte 15. bis ca. 16. Jahrhundert) führen die Wiederentdeckung der klassischen Antike, das Aufkommen des Humanismus, der Bedeutungsverlust des zünftischen Ordnungssystems, das Interesse der gebildeten Schicht an der bildenden Kunst, das Mäzenatentum und der aufkommende Kunsthandel zum Entstehen des Berufsbilds des Künstlers, der neu auch soziales Ansehen geniesst. Dies führt u.a. dazu, dass die Künstler ihre Arbeiten auch signieren. In der Zeit der Hochrenaissance entsteht die «klassische» Malerei, deren Ziel es ist, Natur und Ideal, Bewegung und Ruhe, Raum und Fläche, Linie und Farbe, Profanes und Sakrales in vollkommener Harmonie darzustellen. Berühmte Beispiele sind Leonardos «Abendmahl» im Refektorium des Mailänder Klosters Santa Maria delle Grazie (1495–1497) und Raffaels Fresken in der Stanza della Segnatura im Vatikan (1509–1511).[47] Auch musikalisch kommt es in der Renaissance zu einem Aufbruch, als die Grenzen zwischen Kirche und weltlichem Leben gelockert werden. Die neu gefundene Freiheit beginnt sich in der Polyphonie auszudrücken und die Instrumentalmusik gewinnt an Ansehen.[48]

Die Kunst tritt aus dem Schatten der Religion heraus: Die Natur wird nicht mehr darum nachgebildet, weil sie als sichtbare Erscheinung des Göttlichen verstanden wird, sondern um der sinnlichen Erfahrung bei der Rezeption selbst willen. Der Künstler beginnt sich, auch dies ein Novum, mit der theoretischen Seite der Kunst zu befassen. Er muss neben dem «disegno naturale» auch Kenntnis des «disegno artificiale» (z.B. Kenntnis der Anatomie des Menschen, der Perspektive etc.) haben. Nicht nur die persönlichen Fähigkeiten und Fertigkeiten des Künstlers, sondern auch die hinter der Form des Kunstwerks stehende Idee (inventio) wird massgeblich. Gefordert wird, dass die einzelnen Teile eines Kunstwerks sich zu einem harmonischen, organischen Ganzen zusammenfügen.[49]

d) Barock

Architektur, Malerei und Bildhauerei des Barock (16./17. Jahrhundert) haben ihre Wurzeln in Rom, wo die Kirche angesichts der Reformation unter einem gewissen Erneuerungszwang steht. Dies führt zu einem neuen «bizarren, schiefen» Stil: In Abkehr von den strengen Formen der Renaissance werden vor al-

---

47 Der Brockhaus: Kunst, Künstler, Epochen, Sachbegriffe, 3. Aufl., Mannheim 2006, S. 761.

48 Marcus Weeks, Musik, Klassisches von der Gregorianik bis zur Moderne, München/London/New York 1999, S. 24 ff.

49 Friedrich Wilhelm Joseph Schelling, Philosophie der Kunst (1802/3), in: K.F.A. Schelling (Hrsg.), Sämtliche Werke, Band 5, Stuttgart 1859, S. 349 ff., S. 357; Hauskeller (Fn. 41), S. 31.

lem in der Baukunst neue Dimensionen gesucht und Bauten mit szenischen Elementen voller Bewegung geschaffen.[50] Die Malerei ist zunächst noch religiösen Motiven verpflichtet (z.B. Caravaggios «Die Berufung des hl. Matthäus», San Luigi dei Francesi, Rom), wendet sich dann aber auch Landschaften, Portraits und Stillleben zu (z.B. die Werke von Jan Vermeer, Diego Velázquez, El Greco u.a.). Es entsteht eine bürgerliche Kunst, die realitätsnah sein will und ihre Motive im Alltag findet (z.B. Rembrandt van Rijn, Die Heilige Familie am Abend, um 1644). Neben Rembrandt ist Peter Paul Rubens (1577–1640) einer der bedeutendsten Künstler des Barock, der es zu grossem Einfluss und Reichtum bringt. Er kann aufgrund der hohen Nachfrage seine Aufträge nur erfüllen, weil seine Werkstatt in Antwerpen eher eine streng organisierte Manufaktur als ein Atelier ist. Er beschäftigt viele Gehilfen, Schüler und selbständige Meister, die in seinen Bildern bestimmte Details (z.B. Tiere oder Landschaften) ausführen.[51]

In die Epoche des Barocks fällt auch die Entstehung der (italienischen) Oper als dramatische Verbindung von Sprache und Musik. Der erste bedeutende Opernkomponist ist Claudio Monteverdi, ihm folgen im 19. Jahrhundert Komponisten wie z.B. Gioacchino Rossini (1800–1924) und Giuseppe Verdi (1813–1901). Die Popularität von Georg Friedrich Händel (1685–1759) kann u.a. auch auf die Tatsache zurück geführt werden, dass in jener Zeit viele Opernhäuser und Konzertsäle entstehen, wodurch die Musik nicht mehr auf Kirchen, Fürstenhöfe oder Salons beschränkt ist.[52] Die Dichtung hat – wie in den Jahrhunderten zuvor – die Aufgabe, die Welt bzw. deren göttlichen Ursprung den Menschen zugänglich und verständlich zu machen.[53]

Im Barock und in der – sich zeitlich teilweise damit überschneidenden – Epoche der Aufklärung wird unter Rückgriff auf antike Belegstellen der Kunst die doppelte Aufgabe des «delectare» und «prodesse» zugemessen: Dichtung und Theater sollen zur moralischen Läuterung des Menschen beitragen (Lessing). In der «hübschen» Verpackung hat somit der Kern der Vernunft zu ste-

---

50 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 334.

51 DER BROCKHAUS (Fn. 47), S. 799.

52 WEEKS (Fn. 48), S. 54 f.

53 MARTIN OPITZ, Buch von der Deutschen Poeterey (1624), Stuttgart 1991, S. 48, 2. Kapitel: «DJe Poeterey ist anfangs nichts anders gewesen als eine verborgene Theologie/vnd vnterricht von Göttlichen sachen. Dann weil die erste vnd rawe Welt gröber vnd vngeschlachter war/als das sie hette die lehren von weißheit vnd himmlischen dingen recht fassen vnd verstehen können/so haben weise Männer/was sie zue erbawung der Gottesfurcht/gutter sitten vnd wandels erfunden/in reime vnd fabeln/welche sonderlich der gemeine pöfel zue hören geneiget ist/verstecken vnd verbergen mussen. (...) Weil aber GOtt ein unbegreiffliches wesen vnnd vber menschliche vernunfft ist/haben sie vorgegeben/die schönen Cörper vber vns/Sonne/Monde vnd Sternen/item allerley gutte Geister des Himmels wehren Gottes Söhne vnnd Mitgesellen/welche wir Menschen vieler grossen wolthaten halber billich ehren solten.» (Text verfügbar unter http://gutenberg.spiegel.de/).

cken.[54] Die Vernunft wiederum verhindert den Missbrauch bzw. die Instrumentalisierung der Schönheit.[55]

e) Romantik

Die Romantik (ca. 1790 bis 1850) nimmt die Gegenposition zur Rationalität der Aufklärung ein. Auf der Basis von Werken der Gebrüder Schlegel (August Wilhelm Schlegel, 1767–1845, und Friedrich Schlegel, 1772–1829), von E.T.A. Hoffmann (1776–1822), Novalis (Georg Friedrich Philipp Freiherr von Hardenberg, 1772–1801) und anderen wird der Wert des Individuums, dessen Subjektivität und Empfindungen sowie das Gefühl und die Fantasie betont. Emotion und Intuition werden als der Vernunft gleichberechtigt betrachtet. Diese Gedanken äussern sich prägnant in der oft leidenschaftlichen Darstellung der wilden, als geheimnisvoll wahrgenommenen Natur z.B. durch Joseph M.W. Turner (1775–1851), Caspar David Friedrich (1774–1840) oder Eugène Delacroix (1798–1863). Der Rezipient soll den Inhalt des Bilds nicht intellektuell entziffern müssen, sondern gefühlsmässig erfahren können.[56]

Auch in der Musik treten der emotionale Ausdruck und die seelischen Stimmungen in den Vordergrund. Frühes Beispiel ist die Oper «Der Freischütz» von Carl Maria von Weber (1786–1826), die, 1821 uraufgeführt, in dramatischer Sprache das Übernatürliche, die Träume und die «furchteinflössende» Natur thematisiert.[57] Der Höhepunkt dieser Entwicklung ist mit Richard Wagners «Ring des Nibelungen» erreicht, der 1876 in Bayreuth, im eigens errichteten Festspielhaus uraufgeführt wird. Mit dieser als Gesamtkunstwerk angelegten Oper, für die Wagner Text, Musik und die szenischen Anweisungen schreibt, soll im Realismus und der dramatischen Wahrhaftigkeit ein Kontrapunkt zur Künstlichkeit der italienischen Oper gesetzt werden.[58]

Kunst ist somit gefühlsbetont, sie muss eine Empfindung beim Betrachter auslösen, welche der Verstand, die ratio, nicht benennen kann (und auch nicht muss).[59] Daher braucht auch gar nicht danach gefragt zu werden, was Kunst ist – Kunst ist etwas «Un-Begreifliches», Eigentümliches, Geheimnisvolles. Später sieht Jean-François Lyotard (1924–1998) die Aufgabe der Kunst gerade darin, dieses Unbegreifliche sicht- und fühlbar zu machen.[60]

---

54 WOLFGANG ULLRICH, Was war Kunst? Biographien eines Begriffs, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2006, S. 100 ff.

55 JOHANN GEORG SULZER, Allgemeine Theorie der Schönen Künste, Leipzig 1771–74.

56 DER BROCKHAUS (Fn. 47), S. 788.

57 Weitere Vertreter der Romantik sind z.B. Felix Mendelssohn Bartholdy (1809–1847), Franz (Ferenc) Liszt (1811–1886), Hector Berlioz (1803–1869), Johannes Brahms (1833–1897).

58 WEEKS (Fn. 48), S. 94 f.

59 ULLRICH (Fn. 54), S. 23 ff.

60 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 93 ff.

Immanuel Kant (1724–1804) kommt das Verdienst zu, eine neue Theorie der Ästhetik geschaffen zu haben.[61] Nach ihm ist wichtigster Zweck eines Kunstwerks, schön zu sein, ohne dass es aber für die Beurteilung der Schönheit objektive, rationale Kriterien gebe: Es handelt sich um ein Geschmacksurteil. Da aber die Wertschätzung des Guten und Schönen auf Seiten des Rezipienten keinerlei Interesse (ausser an dem Gegenstand an sich) voraussetzt, kann das Geschmacksurteil in Anspruch nehmen, allgemein gültig zu sein.[62] Für William Hogarth (1697–1764) ist ästhetisch, was massvoll ist: Schönheit liegt zwischen Symmetrie und Chaos, zwischen Steifheit und Exaltiertheit.[63] Friedrich Schiller (1759–1805) führt den Gedanken weiter, indem er sagt, dass Kunst dem Menschen den Zustand seiner Vollendung, seiner vollkommener Harmonie vor Augen führe,[64] was voraussetzt, dass das Kunstwerk von externen Zielen frei ist. Durch die Betrachtung des Kunstwerks soll der Mensch motiviert werden, sich der «stillen Grösse» (Winckelmann) der Kunst würdig zu erweisen.[65] Nach Schopenhauer (1788–1860) hat die Kunst die Funktion, das Wesentliche und Bleibende, die Wahrheit darzustellen. Hegel (1770–1831) wiederum sieht die Aufgabe der Kunst in der poetischen Verklärung der Wirklichkeit; die Kunst muss dem Ideal der Schönheit entsprechen.[66] In der sinnlich wahrnehmbaren Schönheit eines Gegenstands tritt die Geistigkeit hervor. Schönheit ist *«das sinnliche Scheinen der Idee»*.[67] Nach Hegel kann und darf Kunst nicht nur erfahren, sondern muss reflektiert werden. Dieser Gedanke wird später von Nelson Goodman (1906–1998) aufgegriffen; nach ihm muss Kunst gelesen und dechiffriert werden.[68] Je mehr das Kunstwerk zur Erkenntnis, zum Erfassen der Welt beiträgt, desto bedeutungsvoller ist es.[69]

f) 19. Jahrhundert

Im 19. Jahrhundert verschafft sich die Konzeption des «l'art pour l'art» Raum.[70] Kunst ist danach für andere Künstler da; vom Kunstwerk kann nichts anderes erwartete werden, als dass es Kunst ist. Schönheit schliesst nach dieser Auffas-

---

61 Vgl. im Einzelnen HAUSKELLER (Fn. 41), S. 33 ff.
62 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 35.
63 The Line of Beauty, 1753; ULLRICH (Fn. 54), S. 45.
64 FRIEDRICH SCHILLER, Was kann eine gute stehende Schaubühne eigentlich wirken? – Die Schaubühne als eine moralische Anstalt betrachtet (1784), in: Benno von Wiese (Hrsg.), Nationalausgabe, Band 20, Weimar 1962, S. 100; HAUSKELLER (Fn. 41), S. 42; ULLRICH (Fn. 54), S. 114.
65 ULLRICH (Fn. 54), S. 64.
66 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 52.
67 HEGEL (Fn. 29), S. 151.
68 NELSON GOODMAN, Languages of Art, London 1988, S. 127 ff.
69 GOODMAN (Fn. 68), S. 133 ff.
70 ULLRICH (Fn. 54), S. 124 ff.

sung Zweckfreiheit ein.[71] Diese Theorie ist die Reaktion auf die Instrumentalisierung der Kunst für irgendeinen Zweck. Kunst hat sich m.a.W. mit Kunst zu beschäftigen – und nicht mit den Problemen und Nöten der Welt oder anderer Menschen: *«Fine art can only be defined as exclusive, (...), absolute and timeless. It is not practical, useful, (...), applicable, or subservient to anything else.»*[72] Und: *«Art is art, life is life»,* d.h. konkrete Aussagen zur Kunst erübrigen sich.[73]

g) Die Moderne

Für die literarische Moderne ist der *Naturalismus* von Bedeutung, eine literarische Strömung Ende des 19. Jahrhunderts, welche auf exakter Naturbeobachtung und -wiedergabe beruht (z.B. Gerhart Hauptmann, 1862–1946; Fjodor Dostojewski, 1821–1881; Émile Zola, 1840–1902). Vor dem Hintergrund der negativen Auswirkungen der Industrialisierung (insb. auch der Verstädterung) sehen es diese Dichter als ihre Aufgabe an, durch möglichst genaue Abbildung der Realität den Unterprivilegierten, Armen und Kranken bzw. ganz allgemein dem «Hässlichen» Raum in der Kunst zu geben. Der Dichter versteht sich als (Sozial-)Wissenschaftler.

Die Kunst des 20. Jahrhunderts wird von vielen Einflüssen geprägt. Nennenswert ist etwa die *Wiener Moderne,* die sich um die Jahrhundertwende als Gegenströmung zum Naturalismus herausbildet. Sie lehnt die «kalte» Rationalität des Naturalismus ab und rückt, wie die impressionistischen Maler, das subjektive Wahrnehmen und Empfinden in den Mittelpunkt. Massgebliche Vertreter der Wiener Moderne sind etwa der Maler Gustav Klimt (1862–1918), der Komponist Arnold Schönberg (1874–1951) mit seiner atonalen Zwölftonmusik oder die Schriftsteller Arthur Schnitzler (1862–1931) und Hugo von Hofmannsthal (1874–1929). Schnitzler führt im «Leutnant Gustl» (1900) den sog. «inneren Monolog» in die Literatur ein:[74] Die emotionale Verfassung des Prota-

---

71 HANS-GEORG GADAMER, Der Kunstbegriff im Wandel, in: Marie Bonnet und Gabriele Kopp-Schmidt (Hrsg.), Kunst ohne Geschichte?, München 1995, S. 88 ff., S. 93.

72 AD REINHARDT, Twelve Rules for a New Academy, in: Barbara Rose (Hrsg.), Art-as-Art. The Selected Writings of Ad Reinhardt, Berkeley/Los Angeles 1991, S. 203 ff., S. 203 ff.

73 AD REINHARDT (Fn. 72), S. 216; kritisch dazu NIKLAS LUHMANN (1927–1998), Das Kunstwerk und die Selbstreproduktion der Kunst, in: Hans Ulrich Gumbrecht und Karl Ludwig Pfeiffer (Hrsg.), Stil: Geschichte und Funktionen eines kulturwissenschaftlichen Diskurselements, Frankfurt a.M. 1986, S. 620 ff., S. 620 ff.; ablehnend auch PABLO PICASSO, Was ist ein Künstler?, abgedruckt in: Charles Harrison und Paul Wood (Hrsg.), Kunsttheorie im 20. Jahrhundert, Band II, Ostfildern 1992, Rn. 777: «Er [der Künstler] ist (...) ein politisches Wesen, das ständig im Bewusstsein der zerstörerischen, brennenden oder beglückenden Weltereignisse lebt und sich ganz und gar nach ihrem Bilde formt. Wie könnte man kein Interesse an den anderen Menschen nehmen und sich in elfenbeinerner Gleichgültigkeit von einem Leben absondern, das einem so überreich entgegengebracht wird? Nein, die Malerei ist nicht erfunden, um Wohnungen auszuschmücken! Sie ist eine Waffe zum Angriff und zur Verteidigung gegen den Feind».

74 WILLY GRABERT, ARNO MULOT und HELMUT NÜRNBERGER, Geschichte der deutschen Literatur, 24. Aufl., München 1988, S. 243.

gonisten, seine Ängste und Obsessionen werden ausschliesslich aus der subjektiven Perspektive des Protagonisten erzählt, stellen aber gleichzeitig eine beissende Kritik an der herrschenden Gesellschaftsstruktur dar.[75] Der Bruch mit der Vergangenheit tritt exemplarisch auch zu Tage in von Hofmannsthals «Brief des Lord Chandos an Francis Bacon» (1902). Darin werden die Vorbehalte jener Tage gegen das Vermögen der Sprache formuliert, Gefühle oder Dinge adäquat thematisieren zu können.

In der bildenden Kunst wird die «primitive» Kunst Afrikas und Ozeaniens entdeckt: Kunst muss nicht mehr schön, hübsch sein. Als Wendepunkt gilt diesbezüglich Pablo Picassos 1907 gemaltes Bild «les Demoiselles d'Avignon».[76] Das 20. Jahrhundert ist von verschiedenen Kunstrichtungen («-ismen») geprägt: z.B. der vom Dichter Filippo Tommaso Marinetti (1876–1944) mitinitiierte *Futurismus,* der eine totale Erneuerung von Kunst und Kultur forderte; der *Fauvismus* mit seinen schreienden Farben und den starken Form- und Kompositionskontrasten; der aus der existenziellen Krise Deutschlands heraus entstandene *Expressionismus* mit seinen deformierten Gestalten, primitiven Zeichnungen und der bewussten Hässlichkeit.

Schliesslich mündet die Kunstgeschichte in die in unzählige Richtungen zersplitterte zeitgenössische Kunst ein (ab ca. den 1960er/70er Jahren), die sich mit neuen Medien, Ausdrucksformen und Prozessen beschäftigt: z.B. das Color Field Painting von Mark Rothko oder Barnett Newman, die Pop-Art (z.B. Frank Stella und Andy Warhol), die Art Brut (Jean Dubuffet), Konzeptkunst, Fake, Fluxus, Postminimal Art, Soziale Plastik, Beat-Literatur (Jack Kerouac, Allen Ginsberg) etc.[77] Auch in der modernen Musik existiert eine kaum überblickbare Vielfalt an Stilrichtungen. Bei den darstellenden Künsten rückt der ausübende Künstler in den Mittelpunkt.

Der Kunstbegriff fokussiert nicht länger auf das Kunstwerk als Ergebnis des künstlerischen Schaffensprozesses; dieses muss nicht in materialer Gestalt einen Niederschlag finden oder anschaulich sein.[78] Kunst ist nach Benedetto Croce (1866–1952) der Ausdruck intuitiver Erkenntnis («Kunst ist Vision»),[79] was bedeutet, dass Kunst weder physische Tatsache noch Nützlichkeitsakt ist

---

75 Auch im ebenso berühmten wie umstrittenen *Reigen* (1896/97) exponiert Schnitzler die Diskrepanz zwischen dem privaten Verhalten und den moralischen Auffassungen seiner Zeit schonungslos.

76 Picasso zeigte das Bild erst 1916 zum ersten Mal öffentlich. Die Öffentlichkeit und selbst viele seiner Künstlerkollegen, darunter Georges Braques, reagierten grösstenteils negativ; das Bild wurde als unmoralisch empfunden.

77 Siehe dazu das ausgezeichnete DuMonts Begriffslexikon zur zeitgenössischen Kunst von BUTIN (Fn. 26).

78 Zu Kunsttheorien insb. des 20. Jahrhunderts vgl. BEATE VON MICKWITZ, Streit um die Kunst: über das spannungsreiche Verhältnis von Kunst, Öffentlichkeit und Recht: Fallstudien aus dem 19. und 20. Jahrhundert mit dem Schwerpunkt Deutschland, München 1996, S. 11 ff.

79 BENEDETTO CROCE, Theorie der Ästhetik als Wissenschaft vom Ausdruck und Allgemeine Linguistik, Leipzig 1902 (zitiert nach HAUSKELLER [Fn. 41], S. 63 ff.).

noch etwas zum Ausdruck bringt.[80] Weil jede dargestellte Intuition Kunst ist, sind sowohl das Ready-Made von Marcel Duchamp wie auch Werke des Dadaismus Kunst.[81] Für Theodor W. Adorno (1903–1969) ist Kunst Utopie: Sie gibt etwas wieder, was es noch nicht gibt, aber geben könnte.[82] Um diesen Auftrag zu erfüllen, muss die moderne Kunst sich immer wieder von neuem gegen die gesellschaftliche Vereinnahmung wehren, sie hat die Dissonanz und den Widerspruch aufrechtzuerhalten.[83] Kunst muss somit auch die tradierten ästhetischen Normen sprengen, hässlich und grausam sein und schmerzen: Nur dann kann sie die Scheinheiligkeit und Verlogenheit der Welt blossstellen.[84] Kunst darf nicht nur Schönes nachahmen, sondern muss überraschen, schockieren.[85] Umgekehrt wird an anderer Stelle die Kunst angesichts der Schrecken der Welt (insb. der beiden Weltkriege) als Refugium, als Ruhepol angesehen.[86] Für Luhmann ist die Funktion der Kunst die «Entlarvung der Realität».[87]

Angeregt durch Andy Warhols Brillo Boxes (New York 1964) erkennt der amerikanische Philosoph Arthur Coleman Danto (geb. 1924), dass zwar alles Kunst sein kann, dass aber nicht alles Kunst ist, nur weil es als solche ausgegeben wird.[88] Nur wenn erklärt werden kann, was z.B. die von Warhol ausgestellten Topflappen (Brillo Boxes) ausdrücken (z.B. über unsere Wahrnehmung der Welt), können sie als Kunst anerkannt werden («to be about something»): Das Kunstwerk hat – wenn vielleicht auch verborgene – Eigenschaften, die ein blosses «Ding» nicht hat. Der Betrachter benötigt aber Kenntnis z.B. des Titels, des Entstehungsorts und -zeitpunkts, des historischen Kontexts etc.,[89] um den

---

80 BENEDETTO CROCE, Brevario di estetica: quattro lezioni, Bari 1913, in: Julius von Schlosser (Hrsg.), Gesammelte philosophische Schriften, Band II.2.1, Kleine Schriften zur Ästhetik I, Tübingen 1929, S. 8 ff.: «Die Idealität (...) ist die eigenste Tugend der Kunst: sobald sich aus dieser Idealität die Reflexion und das Urteil entwickelt, löst sich die Kunst auf und stirbt; stirbt im Künstler, der aus dem Künstler zum Kritiker wird; stirbt im Beschauer, der aus dem entzückten Kunstgeniesser sich in den nachdenklichen Beobachter des Lebens verwandelt».

81 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 67.

82 THEODOR W. ADORNO, Ästhetische Theorie, Frankfurt a.M. 1973, S. 127.

83 ADORNO (Fn. 82), S. 41.

84 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 83 ff.; vgl. auch SAMUEL HERZOG, Kunst in der Kiste, NZZ Nr. 200 vom 31.8.2009, S. 19: «Gegenwartskunst ist ein grelles Licht, in dem das Schöne dieser Welt so hell erscheint wie das Hässliche. Sie ist ein Ort, wo (...) Werte neu geschaffen oder neu bestimmt werden. (...) Das Gleichschwebende der Gegenwartskunst (...) macht sie zu einer schwer kontrollierbaren Kraft, die Veränderungen herbeiführen oder wenigstens sichtbar machen kann. Das müssen indes nicht zwingend Veränderungen hin zum Besseren sein – genauso gut kann das Gegenteil der Fall sein. Das macht Gegenwartskunst unberechenbar (...). Wenn man sie in der Kiste hat, (...) kann man sich auf ihre transformatorische Kraft berufen, ohne sich ihren möglicherweise unangenehmen Effekten aussetzen zu müssen».

85 JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, Das Erhabene und die Avantgarde, in: Jacques Le Rider und Gérard Raulet (Hrsg.), Verabschiedung der (Post-) Moderne?, Tübingen 1957, S. 251 ff., S. 261.

86 PAUL KLEE, Tagebücher 1898–1918, Köln 1957, S. 323; ULLRICH (Fn. 54), S. 200 ff.

87 LUHMANN (Fn. 73), S. 620 ff.

88 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 100.

89 HAUSKELLER (Fn. 41), S. 101 f.

scheinbar trivialen Gegenstand «lesen» zu können. Etwas verkürzt gesagt, schafft Interpretation nach diesem Verständnis Kunst.

Joseph Beuys (1921–1986) konzipiert den «erweiterten Kunstbegriff»: Danach sind auch gesellschaftliche Vorgänge, für die jeder Mensch eine Mitverantwortung trägt, Teil der Kunst. Diese muss somit – in deutlicher Abkehr der These des *l'art pour l'art* – einen möglichst engen Bezug zur Realität haben.[90] Die Kunst wird damit so stark ausgedehnt, dass es gar keine Nicht-Kunst mehr gibt. Vor diesem Hintergrund ist auch der Beuys'sche Satz zu verstehen, dass «jeder Mensch ein Künstler ist», wobei er damit ausdrücklich nichts über die qualitativen Fähigkeiten sagen will, sondern nur über die prinzipielle Möglichkeit, die in jedem Menschen liegt.[91]

3. *Ergebnis*

Die Vielfalt der Künste sowie der Kunst- und Stilformen zeigt, dass auf die Frage, was Kunst ist, keine einheitliche, für alle Epochen und Gattungen gültige Antwort gegeben werden kann.[92] Die Kunsttheorie ist wie andere philosophische Theorien dem Wandel der Zeit unterworfen und vom jeweiligen ideologischen, historischen, gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Kontext abhängig.[93] Es lassen sich jedoch einige verbindende Themen erkennen.[94]

Zu praktisch jeder Zeit dient Kunst einem bestimmten Zweck, sei dieser religiöser,[95] politischer, gesellschaftskritischer oder schlicht praktischer Natur. Die dann und wann angerufene Zweckfreiheit, dass Kunst nur der Schönheit dienen soll, erweist sich vor diesem Hintergrund eher als idealistische, programmatische Forderung. Das Verständnis von Kunst oszilliert in verschiedenster Hinsicht zwischen zwei Polen: Mal soll die Kunst bilden, mal unterhalten; mal ist Kunst vernunftbetont, dann wieder voller Emotionen und Pathos; Kunst soll nachahmen, dann wieder sich mit existentiellen Fragen des Daseins beschäftigen;[96] jahrhundertelang wird Kunst mit Schönheit gleichgesetzt, die Wirklichkeit soll möglichst realitätsgetreu abgebildet werden, wobei diese Realität idealisiert, mystifiziert oder heroisiert wird. Im 20. Jahrhundert erweitert

---

90 ULLRICH (Fn. 54), S. 214 f.

91 SUSANNA PARTSCH, Die 101 wichtigsten Fragen zur Modernen Kunst, 2. Aufl., München 2006, S. 42; GERHARD PFENNIG, Kunst, Markt und Recht, München 2009, S. 17.

92 IBRAM LASSAW (1913–2003), On Inventing Our Own Art, in: American Abstract Artists 1938, S. 23 f., abgedruckt in: Charles Harrison und Paul Wood (Hrsg.), Kunsttheorie im 20. Jahrhundert, Band I, Ostfildern 1992, Rn. 474; TATARKIEWICZ (Fn. 38), S. 194 ff.

93 LUHMANN (Fn. 73), S. 620 ff.

94 Vgl. zum Nachfolgenden MICHAEL GUERY, Geschichte der Künste von der Antike bis zur Gegenwart, Berlin 2009, S. 245 ff.

95 Vgl. z.B. ALESSANDRO TOPA und ROSHANAK ZANGENEH, Kunst unter dem Diktat Gottes, NZZ Nr. 53 vom 5.3.2009, S. 41.

96 WILHELM WORRINGER, Abstraktion und Einfühlung, Bern 1907, S. 1 ff.

sich der Begriff der Ästhetik; auch Hässliches, Abstossendes, Ekliges gilt nun als ästhetisch.

Bis zur Romantik herrscht die Vorstellung vor, dass Kunst ein erlernbares Handwerk sei; der Künstler ist (Kunst-)Handwerker. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts gewinnt das Konzept an Boden, dass Kunst eine schöpferische Leistung des Künstlers sei, was dem Urheberrecht als zeitlich begrenztem Monopolrecht den Weg ebnet.[97] Das Gedankliche, Inhaltliche, d.h. die Idee, tritt in den Vordergrund, das handwerkliche Können in den Hintergrund. Parallel zu dieser Entwicklung gewinnt der Künstler ein erhöhtes Sozialprestige. Ausdruck dessen ist, dass seit der Renaissance die Künstler ihre Arbeiten auch signieren und so aus der Anonymität hervortreten.

Abstrakt lässt sich abschliessend wohl nur sagen, dass Kunst kein apriorischer Begriff ist,[98] sondern *«(...) eine komplexe Form sinnlich-konkreter Selbstverständigung des Menschen in seinen historisch-kulturellen Wirklichkeiten».*[99] Dies bedeutet, dass Kunst in ihrer Komplexität das Verständnis des Menschen anspricht, das er von sich und der Welt hat. Dieses ist geprägt von seiner geschichtlichen, kulturellen Identität und seinen Erfahrungen. Vor diesem Hintergrund wird Kunst entziffert und gedeutet.[100] Kunst löst somit einen spannungsreichen Erkenntnisprozess aus, der dazu führt, dass das Verständnis des Menschen seiner selbst und der Welt bestätigt, verändert oder in Frage gestellt wird.[101]

III. Juristischer Kunstbegriff

Die kunsttheoretischen Erklärungen können zur Begriffsbestimmung für die Zwecke der einzelnen Rechtsgebiete fruchtbar gemacht werden. Sie können jedoch nicht unbesehen übernommen werden, da zum einen Kunstgeschichte und -philosophie andere Zwecke als die Rechtswissenschaft verfolgen[102] und zum anderen im vorigen Abschnitt deutlich gemacht wurde, dass es eine Vielzahl verschiedener, zum Teil sich diametral widersprechender Theorien gibt, so dass der Anwendung (nur) einer bestimmten Theorie etwas Willkürliches anhaften würde. Trotzdem kann und soll die Kunsttheorie nicht vollständig aus-

97 FRANK VISCHER, Monopol und Freiheit in Wissenschaft und Kunst, zum Grundproblem des Urheberrechts, Rektoratsrede vom 28. November 1980, Basel 1980, S. 5 f.

98 STEINBRÜCHEL (Fn. 44), S. 163.

99 BERTRAMS (Fn. 20), S. 167; der Sache nach so auch HANS HOFMANN (1880–1966), On the Aims of Art, in: The Fortnightly, 1(13), 1932, S. 7 ff., in dt. Übersetzung auszugsweise abgedruckt in: Charles Harrison und Paul Wood (Hrsg.), Kunsttheorie im 20. Jahrhundert, Band I, Ostfildern 1992, Rn. 443 ff., Rn. 446: «Das Ziel der Kunst (...): die Verschmelzung eines durch die Lebenserfahrung gewonnenen Materials mit den natürlich gegebenen Eigenschaften des Mediums».

100 BERTRAMS (Fn. 20), S. 206 ff.

101 BERTRAMS (Fn. 20), S. 167 f.

102 GEISER (Fn. 11), S. 2.

geblendet werden, da das Recht an den tatsächlichen Gegebenheiten der Kunst anknüpfen muss[103] und diese wiederum von den kunstwissenschaftlichen und -philosophischen Theorien mitgeprägt werden.[104] Gesetzgebung und Rechtsanwendung müssen künstlerische Prozesse und Veränderungen wahrnehmen und bei der Schaffung und Auslegung von Normen berücksichtigen.[105]

1. Kunst im Verfassungsrecht

In Art. 21 BV wird die Freiheit der Kunst gewährleistet, ohne dass der Kunstbegriff definiert und somit festgelegt wird. Angesichts dessen Relativität und der fundamentalen Bedeutung des Grundrechtsschutzes ist dies auch angebracht: Der verfassungsrechtliche Kunstbegriff muss offen sein,[106] um möglichst weitgehenden Schutz vor staatlichen Eingriffen zu bieten,[107] um der Breite und Vielfalt des künstlerischen Werkens und Wirkens gerecht zu werden, um Raum für neue Kunstformen zu lassen[108] und schliesslich um zu verhindern, dass aufgrund eines zu engen Kunstbegriffs künstlerische Ausdrucksformen, die in Konflikt mit den Rechten anderer geraten, von vornherein vom Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit ausgeschlossen werden.[109]

---

103 JOSEF KOHLER, Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz, eine juridisch-ästhetische Studie, Mannheim 1892, S. 37 ff., S. 182: (...) *«der richtige Weg zur Erkenntnis des Autorrechtes führt durch die Erkenntnis der Kunst hindurch»*.

104 In diesem Sinn auch VISCHER (Fn. 97), S. 7 f.

105 KARL-HEINZ LADEUR, Kunstfreiheit, digitale Kunst und Urheberrecht, KUR 2009, S. 181 ff., S. 182.

106 ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER und HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rn. 530; REGULA KIENER und WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 247 f.; THOMAS GEISER, Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in: Ivo Schwander und Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, St. Gallen 2008, S. 9 ff., S. 29.

107 SCHACK (Fn. 2), Rn. 3; JÖRG PAUL MÜLLER und MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 554; BVerfGE 30, 173, Rn. 53 (Mephisto): Die Funktion der Kunstfreiheit besteht darin, «die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden, von ästhetischen Rücksichten bestimmten Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten»; dazu FEDOR SEIFERT, Dichtung und allgemeines Persönlichkeitsrecht, in: Rainer Jacobs, Hans-Jürgen Papier und Peter-Klaus Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue, Köln 2006, S. 695 ff., S. 700 ff.; ERNST VON BELING, Kunstfreiheit und Rechtsbann, in: Hugo Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Wölfflin zum 60. Geburtstag, München 1924, S. 19 ff., S. 20: «Armselige Machthaber dieser Erde, – soviel ihr auch vermögt, der Kunst könnt ihr die Freiheit weder schenken noch nehmen»; d.h. der Staat kann nichts anderes tun, als die vorgefundene Freiheit der Kunst zu respektieren und sich jeder Bevormundung zu enthalten; VON MICKWITZ (Fn. 78), S. 24.

108 BGE 131 IV 64 E. 10.1.3; KKR-MOSIMANN/UHLMANN (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 8.

109 BVerfGE 119, 1, Rn. 69 (Esra); siehe auch BGH vom 24.11.09, VI ZR 219/08, Rn. 11 ff., GRUR 2010, S. 171 ff.: Die Klägerin, die durch den Roman Esra eine schwerwiegende Verletzung ihrer Persönlichkeit erlitt, erhält keinen Schadenersatz, da das gerichtliche Verbreitungsverbot des Romans zum einen bereits einen schweren Eingriff in die Kunstfreiheit darstellt und anderseits die Beeinträchtigung ihrer Persönlichkeit durch das Publikationsverbot hinreichend ausgeglichen wurde; dazu ANNA-MIRJAM FREY und MATTEO FORNASIER, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24. November 2009 – VI ZR 219/08, ZUM 2010, S. 253 f.

Ein offener Kunstbegriff bedeutet nicht, dass der verfassungsrechtliche Schutz grenzenlos ist. Die Kunstfreiheit ist den allgemeinen Schranken von Art. 36 BV unterworfen; insb. wird sie durch den Grundrechtsschutz Dritter (z.B. Art. 13 BV: Schutz der Privatsphäre) begrenzt (Art. 36 Abs. 2 2. Halbsatz BV).[110] Kollidieren Grundrechte, muss eine einzelfallbezogene Güterabwägung stattfinden, welche beide Grundrechte gleichermassen zu berücksichtigen hat; keines der Rechtsgüter hat a priori Vorrang gegenüber dem anderen.[111] Weitere gesetzliche Schranken der Kunstfreiheit finden sich im Verwaltungs- und Strafrecht.[112]

Das deutsche Bundesverfassungsgericht bedient sich zur Umschreibung des Kunstbegriffs – und damit indirekt des Schutzbereichs der Kunstfreiheit – der Formulierung, dass *«das Wesentliche der künstlerischen Betätigung die freie schöpferische Gestaltung [ist], in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden»*.[113] Kunst sei *«unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers»*.[114]

Doch auch diese Definition deckt nicht das ganze Spektrum der Kunst ab. Es wurde gezeigt, dass insb. die Kunst der Moderne oder die zeitgenössische Kunst nicht immer etwas vermitteln will; manchmal ist sie (nur) utopisch, visionär, intuitiv und irrational,[115] ohne dass dies in materialer Gestalt in einem Kunstwerk Niederschlag findet (z.B. der erweiterte Kunstbegriff von Joseph Beuys).[116] Auch diese Kunstformen (z.B. das Happening o.ä.) sowie die vielfältigen Formen digitaler Kunst, wo die Persönlichkeit des Künstlers oft keinen unmittelbaren Ausdruck findet,[117] müssen in den verfassungsrechtlichen Schutz der Kunstfreiheit (oder der Meinungsäusserungsfreiheit) einbezogen werden.[118]

---

110 Siehe unten Ziff. C.II.1.

111 BVerfGE 83, 130, Rn. 46 (Josephine Mutzenbacher); a.A. HORST-PETER GÖTTING, Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit, in: Rainer Jacobs, Hans-Jürgen Papier und Peter-Klaus Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue, Köln 2006, S. 427 ff., S. 435, der für einen Vorrang des Persönlichkeitsrechts vor der Kunstfreiheit plädiert; siehe auch KKR-MOSIMANN/UHLMANN (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 41 (unter Verweis auf: ANDREAS AUER, La liberté de l'art de libérer la conscience – un essai, in: Institut Suisse de droit comparé (Hrsg.), Liberté de l'art et indépendance de l'artiste, S. 81 ff., S. 84): In der Praxis wird das Persönlichkeitsrecht der Kunstfreiheit vorgezogen.

112 AG Tiergarten vom 4.6.2007, (235 Cs) 14 Js 1085/06 (180/06), KUR 2007, S. 116 ff.: Tierschutz hat Vorrang vor Kunstfreiheit, als ein Künstler im Rahmen einer Performance zwei Kaninchen tötete, um angeblich u.a. «die überhöhte spirituelle Reflektion des westlichen Kulturmenschen durch Diskussion dieser kontroversen Themen zu hinterfragen»; vgl. auch unten Ziff. C.II.

113 Z.B. BVerfGE 30, 173, Rn. 49 (Mephisto); ähnlich MÜLLER/SCHEFER (Fn. 107), S. 556.

114 BVerfGE 30, 173, Rn. 49 (Mephisto); vgl. auch BVerfGE 119, 1, Rn. 29 (Esra).

115 Vgl. oben Ziff. B.II.2.g.; so auch KKR-MOSIMANN/UHLMANN (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 8.

116 Vgl. oben Ziff. B.II.2.g.

117 LADEUR (Fn. 105), S. 182.

118 So auch MÜLLER/SCHEFER (Fn. 107), S. 557.

Dabei soll auch das Selbstverständnis des Künstlers beachtet werden.[119] Das Bundesgericht will aus der *«Sicht eines künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters»* beurteilen, ob Kunst vorliegt.[120] Dies soll dem Gericht *«in der Regel möglich sein, ohne einen Sachverständigen beizuziehen»*.[121] M.E. ist das Gericht jedoch in Zweifelsfällen gut beraten, Expertenwissen fruchtbar zu machen und nicht einfach auf die mehr oder weniger diffuse Wahrnehmung eines hypothetischen Rezipienten abzustellen.[122]

Insgesamt besteht aber wohl Konsens darüber, dass der Verfassungsgeber Kunst weder in allgemeingültiger Form und in abschliessender Definition festlegen kann noch muss,[123] da *«es im Wesen der Kunst* [liegt], *dass sie ständig neue Formen annimmt, Normen sprengt und das Bestehende in Frage stellt»*.[124] Letztlich handelt es sich um eine wertende Einzelfallentscheidung des Gerichts.

2. *Urheberrechtlicher Kunstbegriff*

a) *Im Allgemeinen*

Das moderne Urheberrecht schützt nicht nur den Urheber der Kunst und das Kunstwerk an sich,[125] sondern berücksichtigt auch die Interessen der Nutzer.[126] Dies ist insbesondere im Hinblick auf digitale Kunst von Bedeutung. Grenzen zwischen dem Urheber und dem Benutzer eines Werks verschwimmen, eine klare Zuordnung von gesampelten Bildern, Videos, Musik und Texten ist oft nicht möglich.[127] Allerdings fällt nicht alles, was aus kunstwissenschaftlicher, kunsthistorischer, künstlerischer oder gesellschaftlicher Sicht «Kunst» ist, unter den Schutz des Urheberrechts. Nach der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1 URG werden Kunstwerke geschützt, wenn sie *«geistige Schöpfungen* der *Literatur und Kunst* [sind], die *individuellen Charakter* haben». Wert oder Zweck des Kunstwerks sind für den urheberrechtlichen Begriff hingegen nicht massgeblich (Art. 2 Abs. 1 URG: «Werke sind, *unabhängig von ihrem Wert und Zweck* (...)»). So werden im schweizerischen Recht sowohl das *Opus Magnum* wie

---

119 BVerfGE 119, 1, Rn. 59 (Esra); KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 8; Müller/Schefer (Fn. 107), S. 557; Geiser (Fn. 11), S. 154; a.A. BGE 131 IV 64, 68.

120 BGE 131 IV 64, 69.

121 BGE 131 IV 64, 69.

122 KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 8, 15; in der Sache so auch Müller/Schefer (Fn. 107), S. 558; skeptisch Haimo Schack, Schönheit als Gegenstand richterlicher Beurteilung, KUR 2008, S. 141 ff., S. 147.

123 Müller/Schefer (Fn. 107), S. 557; Giovanni Biaggini, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 21 Rn. 4.

124 BGE 131 IV 64, 68; diese Aussage trifft, wie im kunsttheoretischen Teil gezeigt, nicht immer zu; es gibt Kunstströmungen, die gerade nicht gesellschaftliche Konventionen sprengen wollen, sondern diese bestätigen bzw. solche, die die Wirklichkeit möglichst echt wiedergeben wollen (vgl. zum Ganzen oben Ziff. B.II.2.).

125 Alois Troller, Immaterialgüterrecht, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1968, S. 136.

126 BGE 133 III 473 E. 6.3.

127 Ladeur (Fn. 105), S. 184 f.

auch das banale Werk, die kleine Münze, geschützt. Bei der Kunstwerksdefinition ebenfalls ausser Acht zu lassen sind Qualität, Aufwand, ästhetische Bewertung und Bestimmung der geistigen Schöpfung.[128] Die Versagung urheberrechtlichen Schutzes bedeutet aber nicht, dass ein bestimmtes Werk nicht Kunst ist – der Schöpfer kann nur nicht von den Urheberrechten profitieren, muss sich also z.B. eine Nachahmung gefallen lassen.

Von den drei in Art. 2 Abs. 1 URG genannten Tatbestandsvoraussetzungen sind die geistige Schöpfung und der Individualität konstitutiv für den Werkbegriff.[129] Die beispielhafte Aufzählung verschiedener Ausdrucksformen von Literatur und Kunst in Art. 2 Abs. 2 URG hat keine selbständige Bedeutung, d.h. ein bestimmtes Werk wird nicht darum geschützt, weil es in der Liste enthalten ist, und umgekehrt verhindert die Nichtnennung nicht die Anerkennung als urheberrechtliches Werk. Dieses muss in jedem Fall den Anforderungen von Art. 2 Abs. 1 URG genügen, d.h. eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter sein. Der urheberrechtliche Begriff der bildenden Kunst ist somit flexibel und umfassend, solange nur eine individuelle geistige Schöpfung vorliegt.[130] Auch Werke der angewandten Kunst («Gebrauchskunst») können in den Genuss von Urheberrechtsschutz kommen. Im Vergleich zum Designrecht ist aber ein höherer Grad an Individualität notwendig, d.h. der ästhetische Gehalt muss über das Übliche hinausgehen.[131]

aa) Geistige Schöpfung

Die erste werkskonstituierende Voraussetzung (geistige Schöpfung) bringt zum Ausdruck, dass das Werk auf einen schöpferischen Akt, auf eine gestalterische Tätigkeit eines Menschen zurückgehen muss.[132] Der Urheber muss in irgendeiner Form an der Erzeugung mitwirken und die Gestaltung beeinflussen.[133] Indirekt wird dadurch auch gesagt, dass die blosse Idee urheberrechtlich nicht ge-

---

128 BGE 130 III 168 E. 4.1 («Bob Marley»); Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 521; MAX KUMMER, Die Entgrenzung der Kunst und das Urheberrecht, in: Paul Brügger (Hrsg.), Homo Creator, Festschrift für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, S. 89 ff., S. 98 ff.; SCHACK (Fn. 122), S. 147; DENIS BARRELET und WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, Art. 2 Rn. 5 ff.

129 Zum Werkbegriff unter deutschem Urheberrecht siehe statt vieler WILHELM NORDEMANN, Urheberrecht, in: Klaus Ebling und Marcel Schulze (Hrsg.), Handbuch des Kunstrechts, München 2007, S. 55 ff.; HAIMO SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Auflage, Tübingen 2007, Rn. 220 ff.; REICH (Fn. 15), S. 11 ff.

130 SCHACK (Fn. 2), Rn. 222; KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 5 ff.

131 MANFRED REHBINDER und ADRIANO VIGANÒ, URG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 2 Rn. 12; HGer Aargau vom 7. 11. 2007, HOR.2006.3, E. 2.2 ff., sic! 2008, S. 707 ff.

132 KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 2 ff.

133 MARK A. REUTTER, Plädoyer für einen differenzierten Umgang mit dem urheberrechtlichen Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst, in: Peter J. Weber et al. (Hrsg.), Liber discipulorum et amicorum, Festschrift für Prof. Dr. Kurt Siehr zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 175 ff., S. 181.

schützt wird.[134] Erst wenn die Idee in irgendeiner sinnlich wahrnehmbaren Form (z.B. Töne, Worte, Schriftzeichen, Farben, Linien, Gerüche etc.) zum Ausdruck gebracht wird, erlangt sie in der jeweiligen Konkretisierung Schutz, sofern das Erfordernis der Individualität erfüllt ist.[135] Dieser Ausdruck muss nicht notwendigerweise visuell sein, sondern kann akustisch oder beschreibend, dauerhaft oder flüchtig sein.[136]

Künstlerische Motive, Sujets und bestimmte Stile sind nicht schützbar.[137] Blosse Auswahl, Präsentation oder Wiedergabe von in der Natur oder der Umwelt vorgefundenen Sachen oder Gegenständen stellt nach überwiegender Ansicht keine geistige Schöpfung dar.[138] Dies hat vor allem für die zeitgenössische Kunst Auswirkungen, worauf zurückzukommen sein wird.[139]

bb) Individualität

Das Werk muss darüber hinaus *individuellen* Charakter haben. Dies bedeutet nicht, dass das Werk «originell» im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Urheber sein muss. Die Individualität muss im Werk zum Ausdruck gelangen («Werk-Individualität» und nicht «Urheber-Individualität»).[140] Gefordert wird die *«statistische Einmaligkeit der Werksgestaltung, die sich vom allgemein*

---

134 BGE 117 II 466, 469; BGE 116 II 351, 354; BGE 77 II 377, 380 («Mickey Mouse»); KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 13; TROLLER (Fn. 125), S. 130; VISCHER (Fn. 97), S. 8; THOMAS HOEREN, BERND HOLZNAGEL und ERNST SCHNEIDER (Hrsg.), Handbuch Kunst und Recht, Frankfurt a.M. 2008, S. 13; SCHACK (Fn. 2), Rn. 14 ff.; AXEL NORDEMANN, in: Friedrich Karl Fromm und Wilhelm Nordemann (Hrsg.), Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Verlagsgesetz, 10. Aufl., Stuttgart 2008, § 2 UrhG Rn. 44.

135 BGE 113 II 190 (Le Corbusier); BGE 77 II 377 (Mickey Mouse); BGE 64 II 162; ROLAND VON BÜREN, EUGEN MARBACH und PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, Rn. 231 f.; MAX KUMMER, Der Werkbegriff und das Urheberrecht als subjektives Privatrecht, in: Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht (Hrsg.), 100 Jahre URG, Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen eines eidgenössischen Urheberrechts, Bern 1983, S. 123 ff., S. 130; REUTTER (Fn. 133), S. 179 f.; KOHLER (Fn. 103), S. 60, betont, dass die Verkörperung der Idee zwar unabdingbare Voraussetzung des urheberrechtlichen Schutzes ist, nicht aber auch die Grenze für die Ausdehnung des Schutzes.

136 REUTTER (Fn. 133), S. 183; WERNER STIEGER, Das Urheberrecht schützt nur die Form. Eine überholte Binsenwahrheit, in: Martin Kurer et al. (Hrsg.), Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David zum 60. Geburtstag, Zürich 1996, S. 243 ff., S. 251; MARTIN KURER und STEFANO CODONI, Die Geistesschöpfung muss konkretisiert und realisiert sein, um Schutz zu geniessen, in: Martin Kurer et al. (Hrsg.), Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David zum 60. Geburtstag, Zürich 1996, S. 229 ff., S. 231 ff.

137 STIEGER (Fn. 136), S. 251; ULRICH LOEWENHEIM, in: Gerhard Schricker (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 3. Aufl., München 2006, § 2 Rn. 26; BGE 113 II 190 ff.

138 SCHACK (Fn. 2), Rn. 10; vgl. auch REUTTER (Fn. 133), S. 179 zu Richard Long's «sculptures by walk».

139 Siehe unten Ziff. B.III.2.b.

140 BGE 134 III 166 E. 2.1; BGE 130 III 168 E. 4.4; zu den Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf das Urheberpersönlichkeitsrecht siehe unten Ziff. C.I.3.; anders noch die ältere Lehre, welche forderte, dass die «Handschrift» des Schöpfers im Werk erkennbar sein müsse, siehe dazu VISCHER (Fn. 97), S. 13 ff.

Üblichen abheben muss».[141] Anweisungen, Formeln und Formen an sich sollen nicht monopolisiert werden können.[142] Freigehalten werden müssen nicht auf ein Objekt bezogene Ideen und Konzepte (z.B. die Anweisung zum Gebrauch der Zwölfton-Technik).[143] Je konkreter demgegenüber die Anweisung oder das Konzept ist, je konkreter das sich aus der Anweisung oder dem Konzept ergebende Resultat ist, desto eher ist von Urheberrechtsschutz auszugehen.[144] Der Klarheit halber sei festgehalten, dass die *Darstellung* einer Anweisung oder eines Konzepts in Wort, Ton oder Bild nach wohl einhelliger Ansicht urheberrechtlich geschützt ist, wenn die Darstellung dem Erfordernis der Individualität genügt.[145]

Einen individuellen, einzigartigen Charakter hat ein Werk nicht schon dann, wenn es rein statistisch als Ereignis oder als Sache zwar nur einmal vorhanden bzw. neu ist, seine Gestaltung sich aber als banal oder alltäglich erweist.[146] Bei einem Sprachwerk bedeutet dies, dass es durch die konkrete Werksgestaltung *«als ausgeschlossen erscheint, dass bei gleicher Aufgabenstellung von einem Dritten das gleiche oder im Wesentlichen gleiche Werk geschaffen würde».*[147] An das Mass der geistigen Leistung bzw. an den Grad der Individualität sind nicht immer gleich hohe Anforderungen zu stellen. Dies hängt vom Spielraum des Schöpfers ab: Bleibt ihm von vornherein der Sache nach wenig Raum, wird der urheberrechtliche Schutz schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbständiger Tätigkeit vorliegt.[148] Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass diese Beurteilung das Gericht zum Kunstkritiker macht.[149]

b) Im Besonderen

aa) Zeitgenössische Kunst

Zeitgenössische Kunst stellt für das Urheberrecht eine Herausforderung dar. Zum einen akzentuieren sich die Auseinandersetzungen um den «richtigen» Werkbegriff vor dem Hintergrund des Spannungsfeldes zwischen der Freiheit

---

141 BGE 134 III 166 E. 2.3.1; BGE 130 III 714 E. 2.3.

142 Siehe unten Ziff. B.III.2.b.; insb. KUMMER (Fn. 128), S. 105; MAX KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, S. 20 f.; TROLLER (Fn. 125), S. 507 ff.

143 VISCHER (Fn. 97), S. 23.

144 VISCHER (Fn. 97), S. 24, 26.

145 FRANK VISCHER, Neue Tendenzen in der Kunst und das Urheberrecht, in: Hans Merz und Walter R. Schluep (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S. 277 ff., S. 282; KUMMER (Fn. 135), S. 131.

146 IVAN CHERPILLOD, in: Barbara K. Müller und Reinhard Oertli (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006, Art. 2 Rn. 30 f.

147 BGE 134 III 166 E. 2.3.2.

148 BGE 113 II 190, 196; KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 7; PETER STUDER, Das Kunstwerk als Werk: Wie das Urheberrecht Werkcharakter und Schutzfähigkeit zuspricht, in: Ivo Schwander und Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, St. Gallen 2008, S. 31 ff., S. 35.

149 VISCHER (Fn. 97), S. 13.

der Ideen und dem Schutz des Ausdrucks.[150] Zum anderen werden diese Fragen vor allem aufgrund der Tatsache aktuell, dass für einen grossen Teil dieser Werke noch Urheberrechtsschutz gewährt werden könnte, da viele der Künstler noch leben bzw. noch nicht 70 Jahre verstorben sind (Art. 29 Abs. 2 lit. b URG).

Sowohl die der Avantgarde zuzurechnenden Kunstrichtungen des Dadaismus[151] wie des Fluxus[152] negieren das Kunstwerk als solches; sie wollen einzig die schöpferische Idee als massgeblich anerkennen.[153] Diese ist aber urheberrechtlich nicht schützbar.[154] Kasimir Malewitsch und El Lissitzky als Vertreter des Suprematismus befreiten die Kunst von allen konkreten Bezügen und reduzierten sie auf einfachste geometrische Formen. Berühmtestes Werk ist wohl das 1915 entstandene «Schwarze Quadrat auf Weissem Grund» von Malewitsch. Eine geometrische Figur kann aber nicht monopolisiert werden, es fehlt an der Individualität, weshalb nach wohl überwiegender Ansicht kein Werk i.S.v. Art. 2 Abs. 1 URG vorliegt.[155]

Auch die Konzeptkunst wendet sich gegen das Konstrukt einer reinen Visualität des Kunstwerks. Etwas verkürzt gesagt soll die künstlerische Idee von ihrer Ausführung separiert werden, womit die Idee zum eigenständigen Objekt wird.[156] Bekanntes Beispiel sind die Ready-Mades von Marcel Duchamp. Dabei handelt es sich um massenhaft industriell gefertigte Alltagsobjekte, die nicht vom Künstler geschaffen werden, sondern von ihm ohne ästhetisches Vorurteil ausgesucht und ohne, bzw. mit nur minimalen, Eingriffe ausgestellt werden (z.B. der 1914 ausgestellte Flaschentrockner oder das 1917 unter dem Titel «Fountain» ausgestellte Urinal)[157]. Erst die Signatur durch den Künstler und die

---

150 KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 13; Übersicht bei ANDREA DEGGINGER, Beiträge zum urheberrechtlichen Schutz der Gegenwartskunst, Bern 1987, S. 35 ff.

151 Der Dadaismus ist eine 1916 u.a. von Hans Arp und Hugo Ball in Zürich gegründete Bewegung, die die durch Disziplin und die gesellschaftliche Moral bestimmten künstlerischen Verfahren durch einfache, willkürliche, meist zufallsgesteuerte Aktionen in Bild und Wort ersetzen will.

152 Unter dem Begriff «Fluxus» sind nach dem Künstler Dick Higgins Arbeiten zu verstehen, welche von ihrer Anlage her intermedial sind: visuelle Poesie, poetische Bilder, Aktionsmusik, musikalische Aktion, Happenings und Events, sofern sie Musik, Literatur und bildender Kunst konzeptuell verpflichtet sind. Eine griffige Eingrenzung ist per definitionem nicht möglich, vgl. KNAPSTEIN (Fn. 33), S. 86 ff.

153 Vgl. z.B. GEORGE BRECHT: «Drip Music (Drip Event)» (1959–1962): Das Konzept lautete: «For single or multiple performance. A source of dripping water and an empty vessel are arranged so that the water falls into the vessel» (zitiert nach KNAPSTEIN (Fn. 33), S. 89).

154 Siehe oben Ziff. B.III.2.a.aa); a.A. LG Düsseldorf vom 15.5.2009, 12 O 191/09, ZUM 2009, S. 975 ff., S. 976 f.: Happening als urheberrechtlich geschütztes Werk.

155 Der fehlende urheberrechtliche Schutz stellt nicht in Frage, dass es sich beim «Schwarzen Quadrat» von Malevitsch um Kunst handelt; vgl. im Übrigen unten Ziff. B.III.1.

156 Siehe zum Ganzen SABETH BUCHMANN, Conceptual Art, in: Hubertus Butin (Hrsg.), DuMonts Begriffslexikon zur zeitgenössischen Kunst, 2. Aufl., Köln 2006, S. 49.

157 Das ursprüngliche Objekt ging verloren. Es ist aber auf einer Fotografie von Alfred Stieglitz abgebildet, die im Mai 1917 in der Zeitschrift «The Blind Man» veröffentlicht wurde. Duchamp signierte das Urinal mit «R. Mutt». «R.» steht für «Richard», was einerseits in Anlehnung an das französische «un richard» «Geldsack» bedeuten kann. Anderseits lässt sich Richard phone-

Präsentation im Kunstbetrieb verleiht dem Objekt die Bedeutung als Kunstobjekt.

In diese Tradition gehört auch das Konzept des Künstlerehepaars Christo und Jeanne-Claude, Küstenabschnitte (1969 in Australien), Parkwege (1977 in Kansas City), Brücken und Gebäude (1984 Pont Neuf in Paris; 1995 der Reichstag in Berlin) oder Bäume (1998 im Berower Park in Riehen) temporär zu verhüllen, um so die dem Auge sonst verborgene Bedeutung des Objekts sichtbar zu machen.[158] Das Konzept, Gegenstände zu verhüllen, ist nicht schützbar, die Konkretisierung in Form von Skizzen oder Plänen dagegen schon.[159]

Dem Ready-Made verwandt ist das Objet Trouvé, welches im Umfeld des Dadaismus und Surrealismus entwickelt wurde (z.B. Kurt Schwitters, Pablo Picasso).[160] Beim Objet Trouvé handelt es sich um einen an sich bedeutungslosen Gegenstand, der vom Künstler ausgewählt, bearbeitet und mit anderen Objekten zu einem Kunstwerk arrangiert wird (Collagen aus Zeitungsfetzen, Bindfäden, Etiketten und Billetts, Blech- und Holzstücke etc.). Durch die Verschiebung der Perspektive soll ein neuer, frischer Blick auf den Herkunftsbereich des Gegenstands ermöglicht werden. Ein urheberrechtlich schützbares Werk liegt hier m.E. vor.[161]

Unter der Bezeichnung Appropriation Art hat sich seit den 1970er Jahren eine Kunstrichtung etabliert, deren Vorgehen darin besteht, sich fremde Werke anzueignen.[162] Viel zitiertes Beispiel sind die Werke von Sherrie Levine, welche 1981 Schwarzweiss-Fotografien mit dem Titel «Sherrie Levine: After Walker Evans» ausstellte. Ihre Fotografien weisen keine Unterschiede zu Evans Dokumentarbildern aus den 1930er Jahren auf. Levine eignete sich somit Evans Bilder als Vorlage für die eigene Arbeit an, ohne eine eigene künstlerische Leistung im Sinne einer originären Schöpfung zu erbringen. Letztlich geht es ihr um eine Hinterfragung künstlerischer Produktionsbedingungen. Dieses *Konzept* an sich ist aber nicht urheberrechtsfähig.[163]

Die vorangegangenen Beispiele haben gezeigt, dass es vielen Strömungen zeitgenössischer Kunst um die Idee selbst geht, d.h. um das Konzept, das der

---

tisch in «rich» (reich) und «art» (Kunst) teilen, was als ironischer Hinweis auf das Spannungsfeld zwischen dem Kunstmarkt und der Wertlosigkeit des Objekts und den bescheidenen Vermögensverhältnissen von Duchamp selbst gedeutet werden kann.

158 http://www.christojeanneclaude.net.

159 SCHACK (Fn. 2), Rn. 11.

160 Andere Künstler, die mit Objets Trouvés arbeiteten sind bzw. waren etwa Jean Tinguely, Daniel Spoerri, Meret Oppenheim, Jasper Johns, Robert Rauschenberg und Joseph Beuys.

161 A.A. Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 521; siehe Übersicht bei DEGGINGER (Fn. 150), S. 30 f.

162 STEFAN RÖMER, Appropriation Art, in: Hubertus Butin (Hrsg.), DuMonts Begriffslexikon zur zeitgenössischen Kunst, 2. Aufl., Köln 2006, S. 15.

163 HAIMO SCHACK, Appropriation Art und Urheberrecht, in: Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 107 ff., S. 112 f.; im Einzelfall mag aufgrund vorhandener Individualität des Zweitwerks ein Werk zweiter Hand entstehen, das selbständig schutzwürdig ist, siehe dazu unten Ziff. D.II.3. und STUDER (Fn. 148), S. 48 ff.

finalen Version vorausgeht, und nicht so sehr um den künstlerischen *Ausdruck* der Idee. Dies wiederum führt dazu, dass diesen Erscheinungsformen vielfach der urheberrechtliche Schutz versagt bleibt, da nach verbreiteter Ansicht kein urheberrechtliches Werk vorliegt.[164] Es fehlt jedoch nicht an Stimmen, welche diese Schlussfolgerung in Frage stellen und sich für einen offenen Werkbegriff aussprechen.[165] Es wird argumentiert, dass immer dann urheberrechtlicher Schutz gewährt werden soll, wenn sich dies mit der Freiheit des anderen zur Schaffung von Kunst verträgt.[166]

Eine geistige Schöpfung soll nach der Theorie des abgestuften Schutzumfangs urheberrechtlich auch dann geschützt werden können, wenn sie gemeinfreie Elemente verwendet (z.B. die geometrischen Formen und Muster von Malewitsch oder Mondrian). Der konkrete Umfang des Urheberrechtsschutzes muss anhand der Intensität der individuellen Ausprägung der Idee im Werk für die einzelnen Urheberrechte separat geprüft und entsprechend abgestuft werden.[167] So kann z.B. dem Konzept-Künstler je nachdem das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und Namensnennung (Art. 9 Abs. 1 URG), auf Bestimmung über die Veröffentlichung der Werke (Art. 9 Abs. 2 URG) und auf Werkintegrität (Art. 11 Abs. 2 URG) gewährt werden. Er kann sich somit insb. gegen die Anmassung der Urheberschaft und gegen die Entstellung des Kunstwerks wehren.[168]

Nicht übersehen werden kann, dass durch den breiteren Schutz des Konzepts das Prinzip der Einmaligkeit relativiert wird.[169] Die Wahrscheinlichkeit von Parallelschöpfungen nimmt zu: Je einfacher das Konzept ist, desto eher wird es von verschiedenen Künstlern geschaffen.[170] Doppelschöpfungen stellen aber keine Urheberrechtsverletzung dar; sie können durch ihre jeweiligen Urheber unabhängig voneinander verwertet werden.[171] Offen ist m.E., ob die Theorie des abgestuften Schutzumfangs in der Praxis durch die Gerichte handhabbar ist. Denn das Gericht müsste in jedem Einzelfall prüfen, wie intensiv sich das Konzept bzw. die Idee im Kunstwerk verwirklicht und dann das dazu korrespondierende Recht bestimmen. Diese kunstspezifische Beurteilung ist schwierig, und es besteht die Gefahr, dass – solange nicht vermehrt (gerichtliche)

---

164 Siehe oben Ziff. B.III.2.a. sowie KUMMER (Fn. 142), S. 52 ff.; DERS. (Fn. 135), S. 130 ff.; DERS. (Fn. 128), S.105: «(...) weil die Anweisung urheberrechtlich nie geschützt ist und nie geschützt werden darf. Sozusagen der *Fundamentalsatz des Urheberrechts*» (Hervorhebung im Original).

165 FRANK VISCHER, Urheberrecht und bildende Kunst, in: Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht (Hrsg.), FS 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 251 ff., S. 256 ff.; KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 12; REUTTER (Fn. 133), S. 175 ff.

166 VISCHER (Fn. 165), S. 258.

167 VISCHER (Fn. 165), S. 256 f.; kritisch DEGGINGER (Fn. 150), S. 18.

168 VISCHER (Fn. 145), S. 287 unter Bezugnahme auf ERNST RÖTHLISBERGER, Das Plagiat, ZSR 1917, N.F. 36, S. 131 ff., S. 194 ff.; VISCHER (Fn. 97), S. 25 f.; so auch für die Fotografie GITTI HUG, Bob Marley vs Christoph Meili: ein Schnappschuss, sic! 2005, S. 57 ff., S. 63.

169 VISCHER (Fn. 145), S. 286.

170 VISCHER (Fn. 145), S. 286; VISCHER (Fn. 97), S. 23.

171 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 2 Rn. 2.

Kunstexperten hinzugezogen werden – bereits etablierte Kunst stärker geschützt wird. Zudem ist es m.E. auch dogmatisch problematisch, contra legem eine dritte Kategorie von urheberrechtlich geschützten Werken einzuführen.

Wenn zeitgenössische Kunst urheberrechtlich besser geschützt werden soll, muss letztlich wohl das Dogma aufgegeben werden, dass künstlerische Konzepte a priori nicht schützbar sind. Dies könnte dergestalt geschehen, dass im Rahmen der Beurteilung, ob ein Werk nach Art. 2 URG vorliegt, eine Interessenabwägung vorgenommen wird. Es ist zu fragen, was notwendigerweise dem privaten Monopolanspruch zu belassen ist, und was im Interesse des freien geistigen und künstlerischen Schaffens Gemeingut bleiben und jedermann zur Verfügung stehen muss.[172]

bb) Fotografie

Fotografien sind Bilder, welche mit Hilfe von optischen Verfahren auf ein lichtempfindliches Medium projiziert und dort direkt und dauerhaft gespeichert (analoges Verfahren) oder in elektronische Daten umgewandelt und gespeichert werden (digitales Verfahren).[173]

Die Fotografie ist eine, im Vergleich zur Malerei, Plastik oder Musik, junge Kunst. Die erste Fotografie («Blick aus dem Fenster») stammt von Joseph N. Nièpce, der sie 1826 im Heliografie-Verfahren produzierte.[174] 1837 entwickelte er zusammen mit Louis J.M. Daguerre Fotos mit Hilfe von Quecksilber-Dämpfen und anschliessender Fixierung entweder in einer heissen Kochsalzlösung oder einer Natriumthiosulfatlösung. Diese Bilder (sog. Daguerreotypien) sind Unikate auf versilberten Kupferplatten. Das zwei Jahre zuvor von William F. Talbot entwickelte Negativ-Positiv-Verfahren erlaubte eine Reproduktion im Kontaktverfahren, wobei die Grösse des Fotos dem Aufnahmeformat entsprach, was grosse Kameras erforderte. Erst die bei Leica entwickelte Kleinbildkamera macht die heute allgegenwärtige schnelle Fotografie möglich. Gegen Ende des 20. Jahrhunderts (ab ca. den 1970er Jahren) erfolgt dann der Schritt zur digitalen Fotografie. In der Folge wurden die Kameras immer kleiner (und billiger), so dass heute – auch durch die weite Verbreitung der Mobiltelefone mit eingebauter Kamera – ständig alles und jeder fotografiert wird.

Die Fotografie wird in Art. 2 Abs. 2 lit. g URG zwar explizit als Kunstwerk genannt; nichtsdestotrotz ist sie als Kunstform seit jeher nicht unumstritten.[175] Die Flut an belanglosen Bildern trägt dazu bei, dass die seit jeher bestehende Skepsis gegenüber der Fotografie nicht verstummt ist und (leider) auch Ein-

---

172 VISCHER (Fn. 97), S. 23.

173 http://www.wu.ac.at/usr/h99a/h9950236/fotografie/foto1.htm.

174 Die Heliografie ist ein Positiv-Verfahren, bei der mit Hilfe einer Camera Obscura eine Abbildung auf einer mit speziellem Asphalt beschichteten, polierten Zinnplatte dauerhaft festgehalten wird.

175 Siehe KARL PAWEK, Das optische Zeitalter, Olten/Freiburg i.Br. 1963, S. 58.

gang in die höchstrichterliche Rechtsprechung gefunden hat.[176] Das Misstrauen der Fotografie gegenüber mag auch damit zusammenhängen, dass sie mit Hilfe technischer Verfahren etwas in der Natur Vorgefundenes «lediglich» abbildet, reproduziert,[177] während der Maler oder Bildhauer unmittelbar «mit eigenen Händen» einer schöpferischen Idee im Gemälde oder in der Skulptur Ausdruck verleiht. Dies wird als «künstlerischer» wahrgenommen.

Im Zentrum der Auseinandersetzungen um den Stellenwert der Fotografie stehen die sog. *Schnappschüsse* und die (etwas abwertend) als *Knipserbilder* bezeichneten Fotografien. Ein Schnappschuss ist eine Fotografie, die ohne gesondertes vorheriges Arrangement und unter offensichtlicher Spontaneität zu Stande gekommen ist; die konzeptionelle Entscheidung des Fotografen liegt darin, dass er das Bild vor seinem geistigen Auge «sieht», der Zeitpunkt des Auslösens ist das (wichtigste) Gestaltungsmittel.[178] Einer der klassischen Schnappschussfotografen war Jacques-Henri Lartigue (1894–1986), dessen frühe Aufnahmen von Flugzeugen und Rennwagen zum Symbol des technischen Fortschritts wurden.[179] Weitere berühmte Vertreter der Schnappschussfotografie sind die (verstorbenen) Meisterfotografen Willy Ronis, Robert Doisneau, Israëlis «Izis» Bidermanas und Henri Cartier-Bresson. Sie bildeten die französische Schule des fotografischen Humanismus («photographie humaniste»).[180] Diese Fotografen zeichnete der *«unbestechliche Blick für Bildwirkung im Moment des Auslösens»* aus.[181] Als Knipserbilder werden demgegenüber in der Regel «banale» Fotos ohne künstlerischen Wert und Ausdruck bezeichnet, die lediglich einen bestimmten Moment zur Erinnerung festhalten wollen; darunter fallen so verschiedene Dinge wie Ferienfotos oder pressefotografische Zeitdokumente, in denen kein Gestaltungswille des Fotografen zum Ausdruck kommt.[182]

---

176 BGE 130 III 714 (Wachmann Meili).

177 PETER MOSIMANN und PETER HERZOG, Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk – Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003, «Bob Marley», sic! 2004, S. 705 ff., S. 706.

178 HUG (Fn. 168), S. 62.

179 Weitere Informationen zu Jacques-Henri Lartigue finden sich unter http://www.lartigue.org.

180 Z.B. der kleine Junge, der mit einem grossen Baguette die Strasse entlang läuft (Ronis) oder ein Knabe in der Rue Mouffetard mit zwei Weinflaschen (Cartier-Bresson) oder das berühmte, von Doisneau fotografierte Liebespaar, wobei letztere Aufnahme kein Schnappschuss, sondern mit Schauspielstudenten inszeniert war (KERSTIN STREMMEL, Die Welt, wie ich sie mir wünsche, französische Fotolegenden des 20. Jahrhunderts, NZZ Nr. 223 vom 26.9.2009, S. 65); zu Ronis vgl. SAMUEL HERZOG, Ein Klick wie ein Kuss: Zum Tod des französischen Fotografen Willy Ronis, NZZ Nr. 212 vom 14.9.2009, S. 20.

181 STREMMEL (Fn. 180), S. 65.

182 HUG (Fn. 168), S. 62. Im Jahr 2008 veröffentlichte der Fotograf Vladimir Bosak einen Bildband «Prague through the lens of the secret police», welcher Fotografien enthält, welche durch die tschechische Geheimpolizei bei der Beschattung von Regimekritiker aufgenommen wurden. Den Bildern fehlt nach Aussage des Fotografen jegliches Element von Gestaltung; Zufall und nicht das Auge des Künstlers habe Regie geführt, NZZ Nr. 169 vom 24.7.2009, S. 7.

Das Bundesgericht hat im sog. Bob Marley-Entscheid festgehalten,[183] dass es bei der Subsumtion eines Fotos unter den urheberrechtlichen Werkbegriff nach den allgemeinen Grundsätzen darauf ankommt, ob das Foto eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter ist. Entscheidend ist dabei die Werkindividualität, d.h. das Foto muss sich in seiner Gestaltung vom allgemein Üblichen abheben.[184] Das Mass der geistigen Leistung und das verlangte individuelle Gepräge hängt, wie bereits erwähnt, vom Spielraum des Schöpfers ab.[185] Bei diesem Werturteil sind verschiedenste fototechnische und konzeptionelle Faktoren einzubeziehen:[186] Wahl der Blende, Scharfstellung, Farbfilterung, Belichtungszeit, Objektivbrennweite, Aufnahmematerial, Selektion des Objekts, der Mimik und Haltung des Abgebildeten, Anordnung der Bildkomponenten, Verteilung von Licht und Schatten, Wahl des Blickwinkels und des Bildausschnitts, Belichtungsdauer, Kontraste von Flächen, Farben und Formen und der Zeitpunkt der Aufnahmeauslösung etc.[187] Dabei kommt es nicht auf den materiellen oder geistigen Aufwand zur Vor- oder Nachbereitung der Fotografie an.[188] Umstritten bleibt, ob auch die Rezeption der Fotografie in der Kunstwelt (z.B. Ausstellung in einer Galerie) als Indiz für das Vorliegen einer geistigen Schöpfung einzubeziehen sei.[189]

Dem lediglich handwerklich gut gemachten Foto, das die so umschriebene Werkindividualitäts-Höhe nicht erreicht, wird die urheberrechtliche Werkqualität nicht zuerkannt,[190] auch wenn sie z.B. als Pressefotografie erheblichen kommerziellen Wert haben kann.[191] So soll es z.B. nach dem «Wachmann-Meili»-Entscheid des Bundesgerichts nicht genügen, wenn der Fotograf lediglich «zur richtigen Zeit am richtigen Ort» war, um die Person oder das Objekt zu fotografieren.[192] Es genüge für sich auch noch nicht, dass das abgebildete Objekt als historisch einmalig angesehen werden kann.[193]

Letztlich muss als Konsequenz der dargestellten Rechtsprechung der künstlerische Wert bzw. die Qualität einer Fotografie beurteilt werden, mit dem Ziel,

---

183 BGE 130 III 168.

184 Kritisch CHRISTOPH SCHÜTZ, Fotografie und Urheberrecht: Ein Sorgenkind im Wettstreit der Therapeuten, sic! 2006, S. 368 ff., S. 373 f., der den Schutz der Fotografie nicht von werkbezogenen Kriterien abhängig machen will, sondern sich an der «Logik des Verbrauchermarkts» orientieren soll: Jede Fotografie solle als Arbeitsergebnis grundsätzlich geschützt sein, die Nutzung soll von einem vorherigen Rechteclearing abhängig gemacht werden.

185 BGE 130 III 168 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 117 II 466 E. 2a und BGE 113 II 190 E. 2a.

186 Vgl. auch HUG (Fn. 168), S. 62.

187 BGE 130 III 168 E. 5.2; zum deutschen Recht ENDRESS WANCKEL, Foto- und Bildrecht, 3. Aufl., München 2009, Rn. 372.

188 BGE 130 III 714 E. 2.2; a.A. wohl GREGOR WILD, Urheberrechtsschutz der Fotografie, sic! 2005, S. 87 ff., S. 93.

189 Dafür WILD (Fn. 188), S. 93; dagegen HUG (Fn. 168), S. 63.

190 BGE 130 III 714.

191 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 2 Rn. 13.

192 BGE 130 III 714, 718.

193 BGE 130 714, 720.

das «Alltägliche», das «Banale» vom urheberrechtlichen Schutz auszuschliessen. Es wurde vor dem Hintergrund der Realien der Fotografie an anderer Stelle überzeugend dargelegt, dass dies kein fruchtbares Konzept ist.[194] Vorzugswürdig ist m.E. die Ansicht, nach der alleine die Kriterien der geistigen Schöpfung[195] und insb. der Werkindividualität Gradmesser dafür sind, ob eine Fotografie unter Art. 2 URG fällt – unabhängig davon, ob es ein durchkomponiertes grossformatiges Bild von Andreas Gursky, ein Stilleben von Man Ray, eine Schnappschussfotografie (z.B. Lomografie) oder ein mit dem Mobiltelefon aufgenommenes Foto einer tanzenden Menschenmenge ist.[196] Max Kummer bemerkte dazu 1983 treffend, es sei eine *«groteske Annahme (...), es bestehe ein objektives Wertmass, ‹künstlerische› (hohe) Photographien von ‹banalen› (tiefen) zu trennen».*[197]

cc) Weitere Kunstformen der Gegenwart

Digitale Kunst ist eine Form der Medienkunst, bei der Informationen durch einen Computer digital verarbeitet und künstlerisch verwendbar präsentiert werden. Ob das Erfordernis der geistigen Schöpfung gegeben ist, hängt letztlich davon ab, ob im konkreten Fall dem Ergebnis des computergesteuerten Prozesses in Form der Programmierung ein menschlicher Schöpfungsakt zugrunde liegt oder ob das Werk gänzlich durch blosses Geschehenlassen oder Zufall entsteht.[198]

Im Bereich der Musik ist in diesem Zusammenhang auf John Cage (1912–1992) hinzuweisen. Beeinflusst von östlichen Philosophien, insb. vom Zen-Buddhismus, suchte er das Konzept der Absichtslosigkeit in seine Kompositionen zu integrieren. Sein Ziel war es, sich als Komponist vom Schaffensprozess zu distanzieren, indem er aleatorische Elemente in die Musik einbezog.[199] Berühmt wurde vor allem die Komposition 4'33". Diese beinhaltet die Anweisung an den Pianisten, sich vier Minuten und 33 Sekunden ans Klavier zu setzen, ohne zu spielen. In dieser Zeit der Stille sind nur zufällige Geräusche aus dem Konzertsaal hörbar. Im Vordergrund steht somit nicht die Darbietung, son-

---

194 Mosimann/Herzog (Fn. 177), S. 707 f.; Wild (Fn. 188), S. 92 unter Verweis auf Ernst Röthlisberger, Schweizerisches Photographenrecht, SJZ 21 (1924/1925), S. 265 ff.

195 So der Sache nach auch das dt. Recht § 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 URG (Lichtbildwerk), vgl. LG München I vom 18.9.2008, 7 O 8506/07, E. 2; Loewenheim (Fn. 137), § 2 Rn. 179 m.w.N.; es ist allerdings zu beachten, dass Fotografien, welche die notwendige Individualiät nicht erreichen, als Lichtbilder nach § 72 Abs. 1 UrhG geschützt werden, deren Schutzdauer im Grundsatz 50 Jahre (ab Erscheinen des Lichtbilds) beträgt gegenüber den 70 Jahren ab Tod des Urhebers für Lichtbildwerke (§ 72 Abs. 3 bzw. 1 UrhG), vgl. dazu Henrik Lehment, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, Göttingen 2008, S. 23 ff.; Gerhard Pfennig, Die Begegnung von Fotografie und Kunst: Ein Konflikt ohne Ende, KUR 2007, S. 1 ff., S. 1 f.; Wanckel (Fn. 187), Rn. 372 ff.

196 Mosimann/Herzog (Fn. 177), S. 708.

197 Kummer (Fn. 135), S. 141.

198 Schack (Fn. 2), Rn. 15; Kummer (Fn. 128), S. 107 f.; Wanckel (Fn. 187), Rn. 371; grosszügiger KKR-de Werra (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 3.

199 Weeks (Fn. 48), S. 126 f.

dern die Idee. Das Konzept, eine bestimmte Zeitdauer nicht zu musizieren, ist aber nicht schützbar.[200]

Unter den Begriff der «Performance» werden verschiedene Dinge subsumiert. Zum einen wird darunter jede künstlerische Äusserung oder Aktion vor einem oder unter Einbezug eines Publikums verstanden, ohne dass ein schriftlich fixierter Dialog vorliegt (z.B. Tanztheater von Merce Cunningham; die Aktionen von Roman Signer, wie z.B. das Ausblasen einer Kerze mit einer Luftpumpe, über die ein Auto rollt).[201] Zum anderen wird unter Performance auch eine besonders auf den Körper zentrierte Aktionsform verstanden (Körperperformance).[202] Solange nicht alles zufällig ist, ist die Performance möglicherweise als Werk,[203] jedenfalls als Interpretation (Art. 33 ff. URG) zu schützen.[204]

3. *Kunst im Kulturgütertransfer*

Die Anwendung des Kulturgütertransfergesetzes setzt u.a. voraus, dass ein «Kulturgut» vorliegt. Als solches gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 KGTG ein aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvolles Gut, das einer der Kategorien nach Artikel 1 der UNESCO-Konvention 1970 angehört. Aus dieser Legaldefinition kann für den vorliegend interessierenden Zusammenhang des Kunstbegriffs nicht viel mehr abgeleitet werden, als dass nicht jedes Kunstwerk den Bestimmungen des KGTG unterfällt. Zwei Voraussetzungen müssen erfüllt sein: Das Kunst- oder Wortwerk muss zum einen «bedeutungsvoll» sein, zum anderen einer der Kategorien der UNESCO-Konvention 1970 angehören.

Ob ein Kunstwerk bedeutungsvoll ist, kann nicht abstrakt und abschliessend definiert werden. Es geht dabei um ein Werturteil, das nur unter Berücksichtigung der Gemeinschaft sowie des gegebenen historischen und künstlerischen

---

200 KUMMER (Fn. 128), S. 106.

201 Die Tanzkompagnie des Theaters St. Gallen führte z.B. im Oktober 2009 eine solche Performance («verkörperte Spiegel») auf: Das Publikum wurde zunächst durch einen aufgeblasenen Stofftunnel geschickt, der von den Tanzenden von aussen bewegt und verformt wurde. Publikum und Kompagnie standen dann um einen schmalen, am Boden liegenden Spiegelstreifen herum. Einzelne Tänzerinnen und Tänzer lösten sich dabei aus der Gruppe, nahmen Zuschauer am Arm und beugten sich mit ihm über die Spiegelfläche. Anschliessend bewegten sich die Tänzerinnen und Tänzer um die Spiegelfläche herum und schliesslich darüber hinweg (siehe Tages-Anzeiger vom 7.10.2009, S. 29).

202 So hat z.B. der chinesische Künstler Ai Weiwei, der sich selbst als «lebendes Readymade» bezeichnet (NZZ Nr. 271 vom 21.11.2009, S. 61), seinen Aufenthalt in einem Münchener Krankenhaus 2009 mit Handyfotos selbst dokumentiert; er ist mit Infusionsbeutel und Kopfbandage zu sehen (http://twitter.com/aiww). Diese Inszenierung sollte seine Misshandlung durch die chinesische Polizei anprangern. Zum Ganzen MARIE-LUISE ANGERER, Performance und Performativität, in: Hubertus Butin (Hrsg.), DuMonts Begriffslexikon zur zeitgenössischen Kunst, 2. Aufl., Köln 2006, S. 241 ff.

203 SCHACK (Fn. 2), Rn. 221; KKR-MOSIMANN (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 6.

204 PETER MOSIMANN, Die verwandten Schutzrechte, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band II/1, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2005, S. 331 ff., S. 364 ff.

Kontextes beurteilt werden kann.[205] Das Kulturgut muss von einer objektiven, überindividuellen Bedeutung für eine der Kategorien sein (Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst, Wissenschaft); diese Kulturgebiete müssten einen objektiv wahrnehmbaren Nachteil erleiden, sollte das betreffende Kulturgut nicht mehr verfügbar sein.[206] Das Bundesamt für Kultur hat eine (unverbindliche) Checkliste erstellt, deren Kriterien aber bestenfalls Indizien für die Bedeutung des Kulturguts sein können:[207] Ausstellung in einem Museum bzw. Museumswürdigkeit; Abhandenkommen als Verlust für das kulturelle Erbe; besonderes Interesse der Öffentlichkeit am Kulturgut; relative Seltenheit; Erwähnung in der Fachliteratur; nicht jedoch notwendigerweise ein hoher Marktpreis.[208]

Für die weitere Voraussetzung (Teil einer der UNESCO-Kategorien) ist Art. 1 lit. g und h der Konvention einschlägig. Erfasst werden demnach (bewegliche) Kulturgüter «von künstlerischem Interesse» *wie* Bilder, Gemälde und Zeichnungen, die ausschliesslich von Hand auf irgendeinem Träger und in irgendeinem Material angefertigt sind; Originalarbeiten der Bildhauerkunst und der Skulptur in jeglichem Material; Originalgravuren, -drucke und -lithografien; Originale von künstlerischen Zusammenstellungen und Montagen jeglichen Materials; seltene Manuskripte und Inkunabeln, alte Bücher etc. Da die Aufzählung nicht abschliessend ist, erlaubt sie auch Kunstwerke unter das KGTG zu subsumieren, die nicht explizit erwähnt werden, wie die Fotografie.[209]

Fälschungen, Kopien und Reproduktionen von Bildern und Gemälden sollen m.E. nicht von vornherein vom Anwendungsbereich des KGTG ausgeschlossen werden.[210]

---

205 Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002 I 572 f.; BEAT SCHÖNENBERGER, Restitution von Kulturgut, Bern 2009, S. 50 f.

206 WOLFGANG ERNST, Neues Sachenrecht für Kulturgüter, recht 2008, S. 2 ff., S. 4.

207 http://www.bak.admin.ch; kritisch BÉNÉDICT FOËX, La loi fédérale sur le transfert international des biens culturels: un point de vue civiliste, in: Marc-André Renold, Pierre Gabus und Jacques de Werra (Hrsg.), Criminalité, Blanchiment et nouvelles reglémentations en matière de transfert de bien culturels, Zürich 2006, S. 17 ff., S. 20; ERNST (Fn. 206), S. 4 f.

208 ERNST (Fn. 206), S. 4 f.

209 Diese könnte m.E. auch über Art. 1 lit. g UNESCO-Konvention erfasst werden als «Bild, das auf irgendeinen Träger und in irgendeinem Material angefertigt ist».

210 So auch SCHÖNENBERGER (Fn. 205), S. 49 f.; a.A. PIERRE GABUS und MARC-ANDRÉ RENOLD, Commentaire LTBC: Loi fédérale sur le transfert international des bienculturels (LTBC), Zürich 2006, Art. 2 Rn. 11.

4. *Abgaberechtlicher Kunstbegriff*

a) *Mehrwertsteuerrecht*

Der Begriff der Kunst (oder des Künstlers) spielt auch im Abgaberecht eine Rolle: So sind Darbietungen von Schauspielern, Musikern, und anderen ausübenden *Künstlern* von der Mehrwertsteuer ausgenommen (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 14 lit. b MWSTG). Gemäss Art. 36 Abs. 1 MwStV richtet sich der Begriff des Künstlers nach Art. 33 Abs. 1 URG. Ferner sind kulturelle Dienstleistungen und Lieferung von Werken durch deren Urheber *wie* (z.B.) Schriftsteller, Komponisten, Filmschaffende, Kunstmaler, Bildhauer nicht mehrwertsteuerpflichtig (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 16 MWSTG). Auch der Fotograf fällt aufgrund der nicht abschliessenden Aufzählung der Urheber unter diese Bestimmung. Die Steuerausnahme gilt aber nur für Kunstwerke, die zweckfrei sind,[211] d.h. die ausschliesslich zum Betrachten bestimmt und geeignet sind. Zudem müssen je nach Art des Kunstwerks (z.B. Gemälde, Originalschnitte bzw. -drucke, Bronzeabgüsse, Fotografien etc.) weitere, je unterschiedliche, Voraussetzungen erfüllt sein (z.B. bestimmte Herstellung, Unterzeichnung und Nummerierung durch den Künstler, maximale Auflagenhöhe bei Werken serieller Kunst etc.).[212]

Der Import von *Kunstwerken,* die von *Kunstmalern* oder *Bildhauern* persönlich geschaffen wurden und von ihnen selbst oder in ihrem Auftrag ins Inland verbracht werden, ist ebenfalls von der Mehrwertsteuer befreit (Art. 53 Abs. 1 lit. c MWSTG). Aus kunstrechtlicher Sicht ist unbefriedigend, dass lediglich die Einfuhr von Werken von Kunstmalern und Bildhauern steuerbefreit ist und nicht auch Arbeitsergebnisse anderer Künstler wie insb. der Fotografen.[213]

---

211 So schon BGer vom 7.2.2006, 2A.81/2005, E. 4.3.

212 Ziff. 8.2.4.1 MWST-Branchen-Info 23 Kultur, Entwurf vom 1. Juli 2010, welche mit der zollrechtlichen Definition in Ziff. 6.8 EZV-Publikation 52.22 (Ausgabe 2010) übereinstimmt; der Sache nach so auch Anhang IX, Teil A, Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl L 347/1 vom 11.12.2006. Die in der MWST-Branchen-Info geht auf den mittlerweile aufgehobenen Art. 11 Abs. 1 aMWSTGV zurück. Danach galten als Kunstgegenstände u.a. *«vom Künstler persönlich geschaffene Gemälde (…)»* (lit. a), *«Originalstiche (…), die unmittelbar in begrenzter Zahl von einer oder mehreren vom Künstler vollständig handgearbeiteten Platten (…) abgezogen wurden»* (lit. b), *«Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst, aus Stoffen aller Art, sofern vollständig vom Künstler geschaffen; unter Aufsicht des Künstlers oder seiner Rechtsnachfolger hergestellte Bildgüsse bis zu einer Höchstzahl von acht Exemplaren»* (lit. c), *«Originalwerke aus Keramik, vollständig vom Künstler geschaffen und von ihm signiert»; «vom Künstler aufgenommene Fotografien, die von ihm oder unter seiner Überwachung abgezogen wurden und signiert sowie nummeriert sind; die Gesamtzahl der Abzüge darf, alle Formate und Trägermaterialien zusammengenommen, 30 nicht überschreiten»* (lit. g).

213 BGer vom 21.1.2008, 2A.372/2006, E. 4; es liess offen, «ob eine kunstmalerisch nachbearbeitete oder verfremdete Fotografie der Malerei oder der Fotokunst zuzuweisen sei» (E. 4.2). Der Entscheid erging zur identischen Vorgängerbestimmung von Art. 53 Abs. 1 lit. c MWSTG (Art. 74 Abs. 1 Ziff. 3 aMWSTG).

Diese Diskrepanz zwischen Art. 21 Abs. 2 Ziff. 16 und Art. 53 Abs. 1 lit. c MWSTG ist m.E. sachlich nicht gerechtfertigt.

In der von Bundesgericht und Verwaltung geforderten Zweckfreiheit des Kunstwerks klingt das Kunstverständnis des 19. Jahrhunderts (l'art pour l'art) nach.[214] M.E. ist diese eher enge Umschreibung des Kunstwerks nicht mehr zeitgemäss; denn es wurde im kunsttheoretischen Abriss gezeigt, dass der Begriff der Kunst um einiges vielschichtiger ist. Es wäre daher zu begrüssen, wenn die Rechtsanwendungsbehörden bei der Festlegung, was abgaberechtlich als Kunstwerk gilt, in Zweifelsfällen eine grosszügige Haltung einnehmen würden.[215] Mit einem offenen Kunstbegriff kann auch den raschen gesellschaftlichen Veränderungen und neuen Kunstformen Rechnung getragen werden.[216]

b) Einfuhrzoll

Auch die Zolltarife differenzieren zwischen «normalen» Gegenständen und Kunstgegenständen:[217] Fotografien fallen unter Abschnitt X, Kapitel 49, Tarifnummer 4911 (andere Drucke, einschliesslich Bilder, Bilddrucke und Fotografien) und müssen – sofern der Import nicht aus der EU erfolgt – mit einem Ansatz von CHF 77.00 pro 100 kg Bruttogewicht verzollt werden. Handelt es sich demgegenüber z.B. um belichtete und entwickelte «fotografische Platten und Filme», ist Tarifnummer 3705 mit einem Ansatz von CHF 49.00 pro 100 kg Bruttogewicht massgeblich. Liegt demgegenüber ein *Kunstgegenstand* (z.B. Gemälde, Zeichnung, Originalerzeugnis der Bildhauerkunst etc.) vor, kommen die Tarifpositionen 9701 ff. zur Anwendung: Es wird kein Zoll fällig.[218] Hinzuweisen ist schliesslich noch darauf, dass Kunstwerke erzieherischen, wissenschaftlichen und kulturellen Charakters von Zollabgaben befreit sind, wenn sie Erzeugnisse eines vertragsschliessenden Staates sind (Anhang B UNESCO-Konvention 1970).

5. Ergebnis: Kunst als relativer Begriff

Der kunsttheoretische und juristische Überblick hat gezeigt, dass Kunst ein relativer Begriff ist, dessen Funktion und Inhalt vom geschichtlichen, politischen,

---

214 Siehe oben Ziff. B.II.2.f.

215 So in der Sache wohl auch KKR-Widmer/Fischer (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 393 mit Fn. 270 in finem; der Spielraum für eine grosszügige Definition des Kunstwerks ist jedoch angesichts Ziff. 8.2.4.1 MWST-Branchen-Info 23 (Entwurf 1. Juli 2010) und Ziff. 6.8 f. EZV-Publikation 52.22 (Ausgabe 2010) stark eingeschränkt, so gelten z.B. Ausstellungsplakate nicht als Kunstwerke, selbst wenn sie vom Künstler signiert und nummeriert sind. Dies bedeutet, dass die von Sammlern begehrten, zwischen 1948 und 1972 von Picasso für seine eigenen Ausstellungen zu Werbezwecken geschaffenen Künstlerplakate zollrechtlich keine Kunstwerke sind, obwohl Picasso die Druckstöcke selbst gearbeitet sowie die Abzüge nummeriert und signiert hat.

216 So dem Sinn nach Ziff. 6.2 in fine der EZV-Publikation 52.22.

217 Zum deutschen Recht siehe Picker, Kunstgegenstände & Antiquitäten (Fn. 13), S. 33 ff.

218 Siehe zum Ganzen http://www.tares.ch.

sozio-ökonomischen und ideengeschichtlichen Kontext abhängen.[219] Die Relativität gilt auch im rechtlichen Kontext: Je nach anwendbarer Rechtsgrundlage ist der Kunstbegriff unterschiedlich,[220] da dieser im Verfassungsrecht, Urheberrecht, Abgaberecht, Persönlichkeitsrecht etc. je unterschiedliche Funktionen und Zielsetzungen hat. Eine allgemeine Definition der Kunst verbietet sich daher gerade auch für das Recht.[221] Dieses kann auf kunsttheoretische Begrifflichkeiten und Einordnungen zurückgreifen, muss diese jedoch im Hinblick auf die jeweiligen Zwecke und Bedürfnisse des betroffenen Rechtsgebiets kritisch würdigen und gegebenenfalls anpassen. Schliesslich ist nochmals zu betonen, dass ein Werk aus kunsttheoretischer oder kunstgeschichtlicher Perspektive auch dann Kunst ist, wenn z.B. aus urheberrechtlicher Sicht festgestellt wird, dass das betreffende Werk die Anforderungen von Art. 2 URG nicht erfüllt.

C. Schutz und Schranken des künstlerischen Werk- und Wirkbereichs

I. Schutz des künstlerischen Werk- und Wirkbereichs

1. Verfassungsrechtlicher Schutz

Sowohl der Werkbereich, d.h. die künstlerische Betätigung, wie der Wirkbereich, d.h. das Kunstwerk, seine (kommerzielle) Darstellung und Verbreitung, fallen unter den verfassungsrechtlichen Schutz von Art. 21 BV.[222] Darum ist die Kunstfreiheit nicht nur für die Urheber von Kunst und die ausübenden Künstler gewährleistet, sondern auch für Kunstvermittler wie Galeristen, Kritiker,[223] Theater- und Kinounternehmen, Musikproduzenten, Verlage, Konzertveranstalter, Werbeagenturen, Webseiten-Betreiber etc.[224] Der Schutz erstreckt sich m.E. hingegen nicht auf die Rezipienten, diese werden durch die Meinungsäusserungsfreiheit hinreichend geschützt (Art. 16 Abs. 3 BV).[225]

---

219 KKR-Renold/Mosimann (Fn. 4), Kap. 1 Rn. 34 ff.; Schack (Fn. 2), Rn. 2.

220 So auch Geiser (Fn. 11), S. 2.

221 Zu verschiedenen Definitionsversuchen siehe von Mickwitz (Fn. 78), S. 32 ff.; für ein verfassungsrechtliches Definitionsverbot der Kunst Breunung/Nocke (Fn. 1), S. 238 ff.

222 Andreas Auer, Giorgio Malinverni und Michel Hottelier, Droit Constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux, Bern 2000, Rn. 558; KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 16; Müller/Schefer (Fn. 107), S. 559 f. (auch Werbung für Kunst fällt unter Art. 21 BV); Kiener/Kälin (Fn. 106), S. 248; rechtsvergleichend Heinrich Hempel, Die Freiheit der Kunst: Eine Darstellung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts, Zürich 1991, S. 27 ff.

223 So insb. auch KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 17; Rainer Schweizer, Wissenschaftsfreiheit und Kunstfreiheit, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007, S. 445 ff.

224 Müller/Schefer (Fn. 107), S. 558 f.

225 Umstr., gemäss BGE 120 IA 190 E. 2a ist bei einem Verbot der Aufführung eines Spielfilms auch die Informationsfreiheit des Publikums berührt; wie hier Christine Fuchs, Avantgarde

Die Kunstfreiheit schützt vor staatlicher Intervention, d.h. sie gewährt dem Betroffenen einen Abwehranspruch gegen staatliches Handeln, nicht aber einen Leistungsanspruch z.B. auf Subventionen.[226] Art. 21 BV gewährleistet allerdings nur Schutz vor behördlichen Eingriffen, die nach Massgabe von Art. 36 BV nicht gerechtfertigt sind (z.B. die Vorzensur)[227]. Gerechtfertigt sind Massnahmen insb. dann, wenn diese dem Schutz der Öffentlichkeit dienen, wie z.B. das Verbot der Aufführung eines Konzertes mit rassistischen Liedern.[228] Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, welche zivil-, verwaltungs- oder strafrechtlicher Natur sein kann.[229] Praktische Bedeutung erlangt haben insb. Art. 135 StGB (Verbot von Gewaltdarstellungen), Art. 144 StGB (Sachbeschädigung),[230] Art. 197 StGB (Pornographieverbot),[231] Art. 261 StGB (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit) und Art. 261bis StGB

---

und Erweiterter Kunstbegriff: Eine Aktualisierung des Kunst- und Werkbegriffs im Verfassungs- und Urheberrecht, Baden-Baden 2000, S. 41; CHRISTOPH MEYER und FELIX HAFNER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Band I Art. 1–93, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 21 Rn. 5; DENIS BARRELET, Les libertés de la communication, in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 721 ff., S. 736; RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, Rn. 1527; a.A. KKR-MOSIMANN/UHLMANN (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 17; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 107), S. 558 f.; GEISER (Fn. 11), S. 155.

226 MEYER/HAFNER (Fn. 224), Art. 21 Rn. 6.

227 MÜLLER/SCHEFER (Fn. 107), Art. 559; KIENER/KÄLIN (Fn. 106), S. 249; vgl. z.B. die Meldung in der NZZ Nr. 211 vom 12./13.9.2009, S. 43, wonach China bei allen Internet-Musiktiteln eine Text- und Lizenzkontrolle einführt, wobei für alle herunterladbaren Titel Übersetzungen und Lizenzen bereitgehalten werden müssen; zahlreiche Beispiele bei MERRYMAN/ELSEN/URICE (Fn. 15), S. 655 ff.

228 So wurde z.B. im Oktober 2009 das Konzert des kroatischen Sängers Marko Perkovic alias «Thompson» verboten, der in der Vergangenheit immer wieder durch Zurschaustellung nationalistischen und rassistischen Gedankenguts aufgefallen war. Dies geschah durch die Verhängung einer Einreisesperre durch das Bundesamt für Polizei (fedpol); weitere Bsp. bei KKR-MOSIMANN/UHLMANN (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 27 ff.

229 MÜLLER/SCHEFER (Fn. 107), S. 564 ff.; zum Strafrecht siehe SCHACK (Fn. 2), Rn. 588 ff.; zum US-amerikanischen Recht siehe FRANKLIN FELDMANN, STEPHEN E. WEIL und SUSAN DUKE BIEDERMAN, Art Law, Rights and Liabilities of Creators and Collectors, Vol. I, Boston/Toronto 1986, S. 67 ff.

230 Verurteilung des «Sprayer von Zürich» (Harald Nägeli), weil dieser Ende der 1970er Jahre verschiedene Gebäude mit Strichmännchen besprayt hatte (MÜLLER/SCHEFER (Fn. 107), S. 565; KIENER/KÄLIN (Fn. 106), S. 249 f.); bereits seit Anfang der 1970er Jahre kleben Street-Art-Künstler Hauswände mit Stickern voll, auf denen sie ihre tags anbrachten. Aufgrund des Klebstoffes konnten die Sticker praktisch nicht mehr entfernt werden, siehe MATTHIAS DAUM, Kleb der Stadt eins! Markierung, Werbung, Kunst und Ärgernis-Sticker im öffentlichen Raum, NZZ Nr. 185 vom 13.8.2009, S. 15.

231 Vgl. z.B. NZZ Nr. 120 vom 27.5.2009, S. 51: Eine Kunstgalerie in Zürich projizierte im Juni 2008 s/w Comic-Bilder mit pornografischem Inhalt an eine benachbarte Hausmauer; die Galerie berief sich auf die Kunstfreiheit bzw. den überwiegenden künstlerischen Gehalt der Installation. Das Bezirksgericht sprach die Galeristen vom Vorwurf der Pornografie frei, weil der künstlerische Eindruck gegenüber dem pornografischen Element im Gesamteindruck überwiege: BezGer ZH vom 27.5.2009, GU090029, E. III.3.

(Rassendiskriminierung). Es sollte m.E. in jedem Fall eine Interessenabwägung zwischen der Kunstfreiheit und dem jeweilig geschützten Rechtsgut vorgenommen werden,[232] auch wenn lediglich Art. 197 Ziff. 5 StGB die Strafbarkeit ausdrücklich unter den Vorbehalt des schutzwürdigen kulturellen Werts stellt.[233] Eine solche Abwägung des öffentlichen Interesses und die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme ergeben sich auch aus Art. 36 Abs. 2 und 3 BV.

Indirekt kann die Kunstfreiheit auch über das Subventionsrecht beschränkt werden, indem politisch umstrittenen Projekten öffentliche Mittel verweigert werden oder Kulturorganisationen (nachträglich) abgestraft werden.[234] Die Kunstfreiheit muss jedoch auch im Bereich der Kulturförderung gewahrt bleiben.[235] Dies bedeutet insbesondere auch, dass der Staat im Rahmen der Grundrechtsbindung künstlerisches Schaffen weder zensurieren noch für politische Zwecke vereinnahmen darf.[236]

Die Kunstfreiheit kann – faktisch – auch durch Private eingeschränkt werden,[237] indem z.B. auf Druck der (medialen) Öffentlichkeit oder einer bestimmten Interessengruppe ein Theaterstück nicht aufgeführt[238] oder abgesetzt wird oder indem einem missliebigen Filmkritiker der Zutritt zum Kino verweigert wird.[239] Grundrechtsgarantien bestehen primär gegenüber staatlichen Organen, weshalb die Kunstfreiheit im Prinzip gegenüber privater Zensur keinen Schutz bietet.[240] Schon vor Inkrafttreten von Art. 35 Abs. 3 BV haben Lehre und

---

232 So auch KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 32 ff.

233 BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

234 Vgl. z.B. die Diskussion um die Kürzung von Mitteln der Pro Helvetia wegen der von ihr unterstützten Installation «Swiss-Swiss Democracy» von Thomas Hirschhorn im Schweizer Kulturzentrum Paris im Jahr 2004.

235 Felix Uhlmann und Cristina Bognuda, Zehn Thesen zu Kunstfreiheit und Kunstförderung, ZSR 2008 I, S. 363 ff., S. 377; ausführlich KKR-Uhlmann/Raschèr/Reichenau (Fn. 4), Kap. 4 Rn. 46 ff.

236 KKR-Uhlmann/Raschèr/Reichenau (Fn. 4), Kap. 4 Rn. 50.

237 Leonard D. DuBoff und Christy O. King, Art law in a nutshell, 4. Aufl., St. Paul 2006, S. 255.

238 Ein Beispiel ist Rainer Werner Fassbinders Bühnenstück «Die Stadt, der Müll und der Tod» (1975). Die Geschichte thematisiert die Machenschaften und die Korruption der Immobilienspekulanten und der Stadtverwaltung und spielt auf dem Hintergrund der damaligen (umstrittenen) Sanierung des Frankfurter Westend. Die Hauptfigur, ein reicher Spekulant, war gleichzeitig Jude. Verschiedene Kreise warfen Fassbinder Antisemitismus vor, es kam zu einem handfesten Skandal, so dass das Stück nicht wie ursprünglich vorgesehen am ehemaligen Frankfurter Theater am Turm (TAT) aufgeführt werden konnte. Auch ein erneuter Versuch im Jahre 1985 scheiterte; Demonstrationen und Proteste vor allem der Jüdischen Gemeinde Frankfurt verhinderten eine öffentliche Aufführung. Selbst als das Stück fast 25 Jahre nach seiner Entstehung am 1. Oktober 2009 in Deutschland im Mülheimer Theater an der Ruhr zum ersten Mal aufgeführt wurde, stiess es auf scharfe Kritik des Zentralrats der Juden in Deutschland. Aus Respekt vor den wenigen Überlebenden des Holocaust und den Millionen von Toten solle auf die Aufführung verzichtet werden, siehe Tages-Anzeiger vom 19.9.2009, S. 62: «Jüdische Gemeinde gegen Fassbinder-Stück».

239 BGE 80 II 26 (Seelig).

240 BGE 127 III 481 E. 4.

Rechtsprechung diese strikte Trennung aber gelockert. Der verfassungsmässige Grundrechtsschutz ist auch bei der Auslegung und Anwendung offener Privatrechtsnormen zu beachten (sog. indirekte Drittwirkung von Grundrechten). Diese sind grundrechtskonform auszulegen und die Grundrechte beider Parteien bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.[241] Dies ist nachstehend an den Beispielen des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes und der privatrechtlichen Schranken des künstlerischen Schaffens zu diskutieren.[242]

2. *Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz*

a) *Im Allgemeinen*

Wie jede andere Person kann sich der Künstler bei widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen auf den Schutz von Art. 28 ff. ZGB berufen. Persönlichkeitsrechte sind (relativ) höchstpersönlich, unübertragbar, unverjährbar (solange die Störung bzw. Gefährdung andauert), unvererblich[243] und sie verleihen ihrem Träger einen absoluten Schutz vor widerrechtlichen Übergriffen Privater. Sie sind aber nicht unverzichtbar.[244]

Geschützt sind Persönlichkeitsgüter, die ideeller Natur sind, wie z.B. Leben und Gesundheit, die persönliche Freiheit, die Ehre,[245] das eigene Bild,[246] Name

---

241 BIAGGINI (Fn. 123), Art. 21 Rn. 9; ROLF H. WEBER und CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Grundrechtsdimensionen im Urheberrecht? Zugleich Besprechung von: CHRISTOPHE GEIGER, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Paris 2004, sic! 2005, S. 415 ff., S. 417; MEYER/HAFNER (Fn. 224), Art. 21 Rn. 8.

242 Siehe unten Ziff. B.II.

243 Im Grundsatz existiert kein postmortaler Persönlichkeitsschutz, in der Praxis wird aber eine ähnliche Wirkung erzielt, indem in der Verletzung der Persönlichkeit des Toten ein Verstoss gegen die Persönlichkeit der Angehörigen gesehen wird: siehe z.B. ESTHER KNELLWOLF, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Andenkenschutz der Hinterbliebenen, Zürich 1991, S. 112 ff.; CAROLINE B. MEYER, Privatrechtliche Persönlichkeitsrechte im kommerziellen Rechtsverkehr: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur tatsächlichen und rechtlichen Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten, Diss. Basel 2008, S. 145 ff., 291 ff., 400 ff.; MAX BAUMANN, Personenrecht des ZGB, Zürich 2008, S. 23.

244 Z.B. BGE 129 III 209: Unter gewissen Voraussetzungen kann jemand, der sich i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB vertraglich übermässig gebunden hat, im Rahmen der guten Sitten auf den ihm zustehenden Persönlichkeitsschutz verzichten.

245 BGE 129 III 715 E. 4.1; HANS MICHAEL RIEMER, Personenrecht des ZGB, 2. Aufl., Bern 2002, Rn. 341 f.

246 Siehe MARC BÄCHLI, Das Recht am eigenen Bild: Die Verwendung von Personenbildern in den Medien, in der Kunst, der Wissenschaft und in der Werbung aus der Sicht der abgebildeten Person, Basel 2002, S. 34 ff.; RIEMER (Fn. 244), Rn. 148 f.; HEINZ HAUSHEER und REGINA AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008, Rn. 13.28 ff.; GLAUS/STUDER (Fn. 13), S. 67 f.; zum deutschen Recht vgl. CHRISTIAN SCHERTZ, Das Recht am eigenen Bild, in: Horst-Peter Götting, Christian Schertz und Walter Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, München 2008, S. 208; EGMR vom 24. Juni 2004, 59320/00, NJW 2004, S. 2647 ff. («Caroline»).

und Identität, die Privat- und Geheimsphäre[247] sowie die rechtliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit.[248]

Eine Verletzung der Persönlichkeit ist immer dann widerrechtlich, wenn sie nicht durch einen Rechtfertigungsgrund (Einwilligung des Verletzten, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, Gesetz) gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB), was ein Abwägen der auf dem Spiel stehenden Interessen durch das Gericht bedingt.[249] Dieses hat zu prüfen, ob Ziele und Mittel des präsumptiven Verletzters schutzwürdig sind.[250]

Eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit löst vielfältige Ansprüche aus (Art. 28a ZGB): Unterlassung einer drohenden, Beseitigung einer bestehenden Verletzung, Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung, Recht auf Gegendarstellung, Schadenersatz, Genugtuung, Herausgabe von unrechtmässig erzieltem Gewinn etc.

b) Schutz vor verletzender Kritik

Die kritische Besprechung eines neu erschienenen Buchs, eines Konzerts, einer Ausstellung oder einer Theateraufführung ist wichtiger Bestandteil des Kunstbetriebs: Im guten Fall fördert die Rezension die Rezeption und den kommerziellen Erfolg des betreffenden Werks oder der Vorführung. Sie ermöglicht eine öffentliche kritische Auseinandersetzung über den Gegenstand der Kritik, erleichtert dem Rezipienten den Zugang und hilft ihm, sich eine Meinung zu bilden, sich in der Vielfalt des Kulturangebots zurechtzufinden, das qualitativ Hochwertige vom Dilettantischen zu unterscheiden etc. Die Kritik stellt ferner einen Beitrag zur Interpretation des jeweiligen Werks oder zum Durchbruch einer Kunstrichtung dar und beurteilt die Qualität der Leistung des Urhebers, des ausübenden Künstlers, des Regisseurs, der Ausstellungsmacher etc., womit Kunstkritik auch der Qualitätsverbesserung dienen kann.[251] Der Kritiker wird aber trotz all dieser positiven Wirkungen seiner Tätigkeit ähnlich wie ein Schiedsrichter im Sport als notwendiges Übel angesehen.[252]

---

247 Das Recht auf Achtung der Privatsphäre umfasst auch den «Anspruch darauf, dass private Briefe nicht ohne Einwilligung ihres Verfassers veröffentlicht werden». Gerechtfertigt erscheint dies hingegen im Fall, dass die Berichterstattung über eine Person aufgrund eines überwiegenden Informationsinteresses gerechtfertigt ist, wenn zwischen dem Inhalt des wiedergegebenen Schriftverkehrs und der in Frage stehenden Portraitierung ein sachlicher Zusammenhang besteht und die korrekte Wiedergabe des Schriftverkehrs mit der betroffenen Person insgesamt als verhältnismässig erscheint (BGE 127 III 481 E. 4).

248 PETER TUOR, BERNHARD SCHNYDER UND JÖRG SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 1995, S. 89 f.; BAUMANN (Fn. 242), S. 85; RIEMER (Fn. 244), Rn. 357.

249 Statt aller BGE 131 IV 160 E. 3.3.1 = Pra 2006 Nr. 59; GEISER (Fn. 106), S. 20 ff.

250 BGE 126 III 305 E. 4a; BGE 122 III 449 E. 3b; BGE 120 II 225 E. 3.

251 HEINER STACHELHAUS, Nicht nur Verrisse! Plädoyer für die Kunstkritik, Regensburg 1994, S. 16; ROLF DÜNNWALD und TILO GERLACH, Schutz des ausübenden Künstlers, Kommentar zu §§ 73 ff. bis 83 UrhG, Stuttgart 2008, Vor § 74 Rn. 17.

252 KLAUS KASTNER, Die Crux der Kritik – in der Literatur, auf der Bühne und in der Musik, in: Hermann Weber (Hrsg.), Recht in der Kunst – Kunst im Recht: Band 9 (Annäherungen an das

Die Kunstfreiheit schützt auch die Tätigkeit des Kritikers.[253] Kritik darf hart, polemisch, leidenschaftlich oder parteiisch sein und subjektive Wertvorstellungen und ästhetische Empfindungen ausdrücken.[254] Sie darf aber nicht persönlichkeitsverletzend, insbesondere nicht ehrverletzend, sein.[255] Der Kritisierte darf somit in seiner sozialen Geltung nicht empfindlich herabgesetzt werden.[256] Dies ist erst der Fall, wenn die Verletzung eine gewisse Schwere aufweist. Ob eine Darstellung geeignet ist, das berufliche und gesellschaftliche Ansehen herabzumindern, beurteilt sich nach einem objektivierten Massstab des Durchschnittsadressaten.[257] Der Kritiker darf weder Schimpfworte benutzen noch den Künstler diffamieren, d.h. absichtlich kränken (Schmähkritik).[258] Drückt die Kritik ein reines Werturteil des Rezensenten aus, ist sie ehrverletzend, wenn sie aufgrund des zugrunde liegenden Sachverhalts nicht vertretbar ist, d.h. in einer unangemessenen Form erfolgt, völlig unsachlich und unnötig verletzend ist.[259] Wird eine Tatsachenbehauptung mit einem Werturteil verknüpft (gemischtes Werturteil), liegt eine Ehrverletzung vor, wenn sie hinsichtlich des Sachbehauptungskerns unwahr und hinsichtlich des Werturteils im dargestellten Sinn nicht vertretbar ist.[260]

Thema «Recht und Literatur»), Baden-Baden 2002, S. 166 ff., S. 166 f.; STACHELHAUS (Fn. 250), S. 16.

253 Siehe oben Ziff. C.I.1.

254 STACHELHAUS (Fn. 250), S. 16.

255 DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 226; RIEMER (Fn. 244), Rn. 343a; siehe auch SUSANNE KÜBLER, Musik braucht Öffentlichkeit – und Reflexion, Tages-Anzeiger vom 25.9.2009, S. 55.

256 CHK-AEBI-MÜLLER, Art. 28 Rn. 18; BGE 129 III 715 E. 4.1; ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009, Rn. 468; zum deutschen Recht: BVerfGE 54, 129, Rn. 21, NJW 1980, S. 2069 ff., 2070; AUGUSTUS PICK, Grenzen der Kunstkritik, Köln 1966, S. 106 ff.

257 BGE 132 III 641, 644; BGE 129 III 715 E. 4.1.

258 HORST EIDENMÜLLER, Der unliebsame Kritiker: Theaterkritik und Schmähkritik, NJW 1991, S. 1439 ff., S. 1440 f.; DÜNNWALD/GERLACH (Fn. 250), Vor § 74, Rn. 17; KASTNER (Fn. 251), S. 182 ff., S. 187; BVerfGE vom 25.2.1993, 1 BvR 151/93, NJW 1993, S. 1462 f.: Eckhard Henscheids Kritik anlässlich der Neuausgabe von Heinrich Bölls Werke war diffamierend: «Es ist schon schlechterhin phantastisch, was für ein steindummer, kenntnisloser und talentfreier Autor schon der junge *Böll* war, vom alten fast zu schweigen – und mehr noch: Er war (...) auch einer der verlogensten, ja korruptesten. Dass ein derartiger z.T. pathologischer, z.T. ganz harmloser Knallkopf den Nobelpreis erringen durfte (...)» (Hervorhebung im Original).

259 BGE 127 III 481, 491; CHK-AEBI-MÜLLER, Art. 28 Rn. 20; RIEMER (Fn. 244), Rn. 343a; SCHACK (Fn. 2), Rn. 628; FRIEDRICH KARL FROMM, Die Grenzen der Kritik, Berlin/Frankfurt a.M. 1962, S. 19 ff.

260 An den heutigen Massstäben gemessen wäre wohl die nachfolgenden Textpassagen aus der Kritik von Hugo Wolf an der Oper «Gioconda» (1884) von Amilcare Ponchielli persönlichkeitsverletzend (HUGO WOLF, Hugo Wolfs Musikalische Kritiken, Leipzig 1911, S. 54 f.): *«Ein ungemein schwächliches Produkt, das hoffentlich recht bald und für immer vom Repertoire verschwinden wird. [Der] Verfasser des abgeschmackten Librettos, das aus den abgebrauchtesten Lappen der ordinärsten, brutalsten Knalleffekte gebraut ist (...). Vom wem anders könnte auch dieses Buch der Greuel herrühren (...)? (...) Wie viel risikierte wohl dieser platte Tollhäusler, wenn er seinen Namen auf das Libretto der «Gioconda» setzte? (...) Um den musikalischen Teil dieser Oper ist es übrigens nicht viel besser bestellt (...). Vor allem fehlt dem Komponisten die Originalität. Er hat eine Dutzendphysiognomie, seine Phantasie den Gang eines störrischen*

Ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls erstellt, dass eine Verletzung der Persönlichkeit vorliegt,[261] muss geprüft werden, ob diese widerrechtlich ist. Wie bereits erwähnt, ist gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB eine Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich, es sei denn, es bestehe ein Rechtfertigungsgrund (subjektive Widerrechtlichkeitstheorie). Dabei trägt der Künstler die Beweislast für die Tatsachen und Umstände, welche die Verletzung seiner Persönlichkeit durch die Kritik begründen, der präsumptive Verletzer hat nachzuweisen, dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.[262] Durch die Veröffentlichung eines Kunstwerks willigt der Künstler konkludent ein, dass sein Werk auch negativ beurteilt werden kann, denn es besteht kein Anspruch auf positive Rezeption.[263] Hingegen ist sowohl die Schmähkritik als auch die Verbreitung unwahrer Tatsachen immer widerrechtlich und kann auch nicht durch das öffentliche Informationsinteresse (Art. 16 f. BV) gerechtfertigt werden.[264]

3. Droit Moral des Urhebers

a) Allgemeine Grundsätze

Auch das Urheberrecht schützt gewisse Aspekte der Persönlichkeit des Künstlers. Dieses sog. *droit moral* ist ein werkbezogenes, absolutes Recht, das als solches gegenüber jedermann geltend gemacht werden kann und von der Frage des sachenrechtlichen Eigentums am Werk unabhängig ist.[265] Das droit moral kann somit auch gegenüber dem Inhaber des Verwendungsrechts beansprucht werden.[266] Es ist *vererblich* (Art. 16 Abs. 1 URG) und kann während der Schutzdauer des Urheberrechts (Art. 29 Abs. 2 URG) von den Erben des Urhebers geltend gemacht werden. Im Gegensatz zum Zivilrecht verleiht das Urheberrecht damit dem Berechtigten postmortalen Persönlichkeitsschutz.[267] Die Übertragbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte wird nach nicht unumstrittener Lehre und Rechtsprechung entgegen des Wortlauts von Art. 16 Abs. 1 URG verneint,[268] da

---

Esels (...). Seine Melodien, banal und schwunglos (...). Signora Pantaleoni (...) übernahm sich derart, dass sie oft hart an die Grenze des Possenhaften streifte. Das war zuweilen kein Gesang mehr, nur ein widerliches Gurgeln und Würgen der Stimme».

261 KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 40 ff.

262 CHK-Aebi-Müller, Art. 28 Rn. 29.

263 Paul Schwartz, Zum Schutz der Ehre nach Gesetz und Praxis, BJM 1973, S. 177 ff., S. 182.

264 BGE 132 III 641, 645; CHK-Aebi-Müller, Art. 28 Rn. 37; zur entsprechenden Rechtslage in Deutschland siehe BGHZ 84, 237, 239.

265 Rechtsvergleichend zum Verhältnis zwischen Urheberpersönlichkeitsrecht und sachenrechtlichem Eigentum siehe W.W. Kowalski, A Comparative Analysis of Retained Rights of Artists, Vanderbilt Journal of Transnational Law 38 (2005), S. 1141 ff., S. 1155 ff.

266 Rehbinder/Viganò (Fn. 131), Art. 9 Rn. 5.

267 KKR-de Werra (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 40; Schack (Fn. 2), Rn. 323.

268 von Büren/Marbach/Ducrey (Fn. 135), Rn. 377; Übersicht bei Balz A. Gut, Rechtsgeschäftliche Verfügung über Urheberrechte an Markenbasiskonzepten, Bern 2001, S. 109 ff.; differenzierend KKR-Mosimann (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 43 ff. (unübertragbar ist einzig das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft nach Art. 9 Abs. 1 URG und der «harte» Kern von Art. 11

diese Rechte untrennbar mit der Person des Schöpfers verbunden seien. Immerhin kann der Urheber in den Grenzen von Art. 27 Abs. 2 ZGB auf die Ausübung seiner Rechte verzichten oder sie Dritten zur Ausübung abtreten.[269]

Bis zum Erlass des totalrevidierten URG 1992 enthielt das Urheberrechtsgesetz abgesehen von Einzelaspekten (z.B. Art. 43 Ziff. 1, 2 URG 1922/1955) keine Vorschriften zum droit moral des Urhebers. Der allgemeine Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ZGB wurde als ausreichend angesehen.[270] Das droit moral wurde erst 1992 mit den Art. 9 und 11 URG im Gesetz verankert. Es stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis zwischen den persönlichkeitsrechtlichen Normen im URG und Art. 28 ZGB. Nach der einen Ansicht ergänzt der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz die aus dem droit moral fliessenden Rechte.[271] Nach der m.E. vorzugswürdigeren anderen Meinung verdrängt der urheberrechtliche Schutz als lex specialis *in seinem Anwendungsbereich* die Art. 28 ff. ZGB.[272] Dies schliesst nicht aus, dass im Einzelfall unter Berücksichtigung der Ziele des Urheberrechts und in Anerkennung des Grundgedankens von Art. 28 ZGB eine Lücke im urheberrechtlichen Persönlichkeitsschutz durch Rückgriff auf Art. 28 ZGB gefüllt werden kann.[273] Auf Art. 28 ZGB kann sich der Urheber demgemäss nur für Ansprüche berufen, die nicht Gegenstand der spezialgesetzlichen Regelung sind. Allerdings wird die Streitfrage nur zu Lebzeiten des Urhebers relevant, da, wie erwähnt, nach Art. 28 ZGB kein postmortaler Persönlichkeitsschutz existiert.[274]

b) Ausprägungen des urheberrechtlichen Persönlichkeitsschutzes

Der Urheber-Künstler hat das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und Namensnennung (Art. 9 Abs. 1 URG), auf Erstveröffentlichung und Bestimmung der Urheberbezeichnung (Art. 9 Abs. 2 URG) sowie auf Werkintegrität (Art. 11 URG). Bei ausübenden Künstlern sind die urheberrechtlichen Persönlichkeitsrechte auf das Recht auf Anerkennung der Interpreteneigenschaft an

---

Abs. 2 URG, d.h. der Schutz vor Entstellung des Werks); anders noch die Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 527 (im Grundsatz sind Urheberpersönlichkeitsrechte übertragbar).

269 KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 77; BARRELET/EGLOFF (Fn. 128), Art. 9 Rn. 7, 21 ff.; GLAUS/STUDER (Fn. 13), S. 48 ff.

270 BBl 1954 II 649 f. (insb. genüge Art. 28 ZGB auch den Anforderungen von Art. 6bis der Berner Übereinkunft); Art. 44 Satz 2 URG 1922 behielt die Bestimmungen des ZGB über den Schutz der Persönlichkeit vor.

271 BARRELET/EGLOFF (Fn. 128), Art. 9 Rn. 4; siehe auch BBl 1989 III 530: «Vorbehalten bleibt selbstverständlich der Schutz der Persönlichkeit gemäss Artikel 28 ZGB, der jedoch mit dem Tod des Urhebers erlischt und deshalb für sich allein den Anforderungen von Artikel 6bis RBUe nicht zu genügen vermag».

272 BGE 113 II 306 E. 4a; JACQUES DE WERRA, Le droit à l'integrité de l'œuvre, Bern 1997, S. 39.

273 BGE 113 II 306 E. 4a; BGE 110 II 411, 417.

274 CHK-AEBI-MÜLLER, Art. 28 Rn. 8; zur Rechtslage in Deutschland, wo ein postmortales Persönlichkeitsrecht anerkannt wird, vgl. z.B. OLG Frankfurt a.M. vom 15.10.2009, 16 U 39/09, ZUM 2009, S. 952 ff., 954 ff.

ihren Darbietungen beschränkt (Art. 33a Abs. 1 URG),[275] der Schutz der Integrität der Darbietungen richtet sich nach den allgemeinen persönlichkeitsrechtlichen Vorschriften von Art. 28 ff. ZGB (Art. 33a Abs. 2 ZGB).

aa) Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und Namensnennung

Das Recht des Urhebers auf Anerkennung der Urheberschaft nach Art. 9 Abs. 1 URG bietet Schutz gegen Bestreitung und Anmassung der Urheberschaft, d.h. gegen den geistigen Diebstahl (Plagiat).[276] Daraus folgt auch die Pflicht zur Quellenangabe, wenn ein veröffentlichtes Werk zitiert wird (Art. 25 Abs. 1 URG). In der bildenden Kunst ermöglicht das Anbringen der Signatur oder eines anderen identifizierenden Kennzeichens des Künstlers die Zuschreibung eines Werks. Nach seinem Tod kann dies durch die Ausstellung eines Echtheitsattests durch einen Experten oder die Erben erreicht werden.[277] Die Signatur darf nicht gegen den Willen des Künstlers entfernt werden; umgekehrt darf dieser auch nicht seine Unterschrift nach Veräusserung des Werks nach eigenem Gutdünken entfernen.[278] Hingegen kann der Urheber sich nicht gestützt auf Art. 9 Abs. 1 URG dagegen wehren, dass ihm ein anderes Werk fälschlicherweise zugeschrieben wird (droit de non-paternité).[279] Dieser Anspruch fliesst aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz (Namensschutz), der aber, wie soeben erwähnt, im Unterschied zum urheberrechtlichen droit moral nach dem Tod des Urhebers durch die Erben nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Der Urheber kann ein Interesse daran haben, die Veröffentlichung oder die weitere Verbreitung eines veräusserten Werks zu verhindern, wenn sich seine persönliche Überzeugung aus ideellen (künstlerischen, politischen, wissenschaftlichen, persönlichen) Gründen gegenüber seinem Werk geändert hat und er nicht will, dass sein Name länger mit dem Werk assoziiert wird.[280] Gemäss

---

275 Dazu REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 33a Rn. 3; zur Rechtslage vor Inkrafttreten von Art. 33a URG siehe z.B. BGE 129 III 715 E. 4.1: Die unbefugte Verwendung von Filmaufnahmen zu Werbezwecken verletzt die Persönlichkeit des Filmschauspielers; dies ergibt sich aus Art. 28 ZGB (Verletzung des Rechts am eigenen Bild und Schmälerung des beruflichen Ansehens). Die spezialgesetzlichen Normen des URG schliessen in ihrem Geltungsbereich Schadenersatzansprüche aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus, nicht aber Genugtuung (E. 4.2 und 4.3). In casu Verneinung einer schweren, eine Genugtuung rechtfertigenden Persönlichkeitsverletzung (E. 4.4).

276 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 5; RICCARDA B. ZÜLLIG, Die Behandlung von Plagiaten in der bildenden Kunst, AJP 2008, S. 293 ff., S. 294 ff.

277 SCHACK (Fn. 2), Rn. 251; FRANÇOIS DAULTE, RICHARD CREWDSON, LINDA F. PINKERTON und PIERRE-LAURENT FRIER, Certificates of Authenticity and Expert's Certificates (General Reports), in: Martine Briat und Judith A. Freedberg, Legal Aspects of International Art Trade, Paris 1993, S. 351 ff.; zu möglichen Haftungsfolgen bei Weigerung der Erben, die Echtheit eines Werks anzuerkennen siehe KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 39 ff.

278 SCHACK (Fn. 2), Rn. 252.

279 KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 40; SCHACK (Fn. 2), Rn. 252; REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 5.

280 ARTUR-AXEL WANDTKE und WINFRIED BULLINGER, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009, § 42 Rn. 5.

§ 42 Abs. 1 Satz 1 dtUrhG kann der Urheber ein vertraglich eingeräumtes *Verwendungsrecht* gegenüber dem Inhaber gegen angemessene Entschädigung zurückrufen, wenn das Werk seiner Überzeugung nicht mehr entspricht und ihm deshalb die Verwertung des Werks nicht mehr zugemutet werden kann.[281] Das urheberpersönlichkeitsrechtlich geprägte Rückrufrecht vermittelt dem Urheber aber keinen Anspruch auf Herausgabe des Werkstücks gegen den Eigentümer.[282]

Das schweizerische Urheberrechtsgesetz kennt – wie das US-amerikanische Copyright Law[283] – diesen Rückruf im Grundsatz nicht.[284] Mit der Veräusserung erschöpfen sich die Rechte des Urhebers (Art. 12 Abs. 1 URG). Ein Rückruf lässt sich weder aus Art. 11 Abs. 2 URG noch aus Art. 28 ZGB ableiten. Der Künstler kann einzig versuchen, seinen Namen «zurückzuziehen», d.h. ein negatives Namensnennungsrecht geltend zu machen, was aber wohl nur unter den Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus möglich sein dürfte.[285] Liegt einzig eine gewandelte Einstellung zum eigenen Werk vor, dürfte die Schwelle des unüberwindbaren, unvorhersehbaren und unvermeidbaren Hindernisses nicht erreicht werden.[286] Eine Ausnahme ist lediglich im Bereich des Bühnenrechts ersichtlich: Der Urheber kann sein Werk über das Verwendungsrecht (Art. 10 URG) «zurückrufen», indem er das Aufführungsrecht nicht gewährt (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG).

Mit dem Recht auf Anerkennung der Urheberschaft ist das Recht auf Namensnennung, bzw. auf Bestimmung der Urheberbezeichnung, verbunden (Art. 9 Abs. 2 URG). Dies erlaubt dem Künstler, das Werk unter einem Pseudonym[287] zu veröffentlichen oder ganz anonym zu bleiben.[288] Der Künstler kann

---

281 SCHACK (Fn. 2), Rn. 302; SCHACK (Fn. 129), Rn. 559a ff.

282 SCHACK (Fn. 129), Rn. 37; ADOLF DIETZ, in: Gerhard Schricker (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 3. Aufl., München 2006, § 42 Rn. 15.

283 DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 217.

284 BARRELET/EGLOFF (Fn. 128), Art. 16 Rn. 17 m.w.N.; ANNATINA MENN, Interessenausgleich im Filmurheberrecht, Zürich 2008, S. 190.

285 Zur clausula siehe ANDREAS FURRER und MARKUS MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008, Kap. 4 Rn. 51 ff.; PETER GAUCH, WALTER R. SCHLUEP, JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008, Rn. 1280 ff.

286 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 7; grosszügiger offenbar für den Bereich des Films MENN (Fn. 283), S. 190.

287 Künstler aller Kunstgattungen haben aus unterschiedlichsten Gründen Pseudonyme verwendet: Z.B. der Schriftsteller und Philosoph Friedrich Freiherr von Hardenberg *(Novalis)*, die Schriftstellerin Amandine-Aurore-Lucile Dupin de Francueil *(George Sand)*, der Literat Alexej Maximowitsch Peschkow *(Maxim Gorki)*, der Architekt, Bildhauer und Designer Charles-Edouard Jeanneret-Gris *(Le Corbusier)*, die Musiker Gordon Matthew Thomas Sumner *(Sting)* oder Robert Allen Zimmerman *(Bob Dylan)*, der Schauspieler und Regisseur Allen Stewart Königsberg *(Woody Allen)*, der Comic-Zeichner Walter Elias *(Walt Disney)*, der Modeschöpfer Henri Donat Mathieu *(Yves Saint-Laurent)*, die Maler Domenikos Theotokopoulos *(El Greco)*, Jacopo Robustri *(Tintoretto)* oder Alessandro Filipepi *(Sandro Botticelli)* etc.

288 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 7; JACQUES DE WERRA, L'authentification des œuvres d'art et le droit de la propriété intellectuelle, in: Marc-André Renold, Pierre Gabus und

sich aber nicht dagegen wehren, dass der Kunstmarkt ihm das anonyme Werk zuordnet.[289] Das Recht auf Bestimmung der Urheberbezeichnung ist an sich unverzichtbar, der Urheber kann aber vertraglich auf die Ausübung verzichten:[290] Wer sich verpflichtet, als «Ghost-Writer» einen Roman oder eine Biographie zu schreiben, die unter einem anderen Namen publiziert wird, verzichtet (ausdrücklich oder konkludent) auf das Namensnennungsrecht.[291] Vergleichbares gilt im Bereich der Werbung, wo in der Regel der Schöpfer ungenannt bleibt. Auch im Bereich der bildenden Kunst kommt der Verzicht vor. Gewisse Gegenwartskünstler wie Damien Hirst, Gavin Turk, Mark Wallinger u.a. sind dafür bekannt, dass sie einen mehr oder weniger grossen Stab an anonym bleibenden Helfern zur Schaffung ihrer Werke einsetzen.[292]

bb) Recht auf Erstveröffentlichung

Der Künstler hat das Recht darüber zu bestimmen, ob, wann und wie er sein Werk erstmals in der Öffentlichkeit präsentieren will (Art. 9 Abs. 2 URG). Damit steht ihm auch das Bestimmungsrecht darüber zu, wann seine Schöpfung vollendet ist.[293] Veröffentlichung ist die Entlassung des Werks aus der persönlichen Abgeschlossenheit;[294] das Werk muss mit Zustimmung des Berechtigten ausserhalb seines privaten Kreises einer grösseren Anzahl Personen zugänglich gemacht werden (Art. 9 Abs. 3 URG).[295] Das Recht kann zur Ausübung auf einen Dritten übertragen werden.[296] Die Veröffentlichung kann, muss aber nicht, mit der Verwertung des Werks einhergehen.[297] Die Veräusserung eines Werkexemplars dürfte vorbehältlich einer anderslautenden vertraglichen Abmachung das Recht auf Erstausstellung beinhalten (Art. 12 Abs. 1 URG).[298] Dem steht Art. 16 Abs. 3 URG nicht entgegen, da der individuelle Vertrag Vorrang vor der gesetzlichen Vermutung hat, dass die Eigentumsübertragung nicht die urheberrechtlichen Nutzungsbefugnisse einschliesst.[299]

Jacques de Werra (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Zürich 2007, S. 103 ff., S. 111.

289 SCHACK (Fn. 2), Rn. 253.

290 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 8.

291 DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 220; REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 6.

292 GEORGES WASER, Wie Damien Hirst seine Seele verspielt: Kunst als Prestigeprodukt – dank einer Armee von «Machern», NZZ Nr. 211 vom 12./13.9.2009, S. 45; diese Praxis ist nichts Neues, schon Michelangelo, Rubens, Gallé und andere beschäftigten Helfer in ihren Werkstätten zur Ausführung künstlerischer Arbeiten, siehe oben Ziff. B.II.2.d.

293 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 10.

294 KUMMER (Fn. 135), S. 142; vgl. auch DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 215 ff.

295 Das ist z.B. nicht der Fall, wenn das Kunstwerk im Freundeskreis des Künstlers herumgereicht wird (SCHACK [Fn. 2], Rn. 249).

296 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 11.

297 BARRELET (Fn. 224), Art. 9 Rn. 19 ff.; REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 17.

298 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 9 Rn. 12; KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 37.

299 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 16 Rn. 15.

cc) Recht auf Werkintegrität

Das Recht auf Werkintegrität beinhaltet zum einen den Schutz vor unautorisierten Änderungen und Bearbeitungen (Art. 11 Abs. 1 lit. a und b URG). Der Urheber kann vertraglich Änderungen und Eingriffe in sein Werk gestatten (z.B. Kürzung eines Librettos durch den Regisseur).[300] Die Bearbeitung des Werks, d.h. die Schaffung eines Werks zweiter Hand nach Art. 3 Abs. 1 URG, setzt seine Zustimmung voraus (z.B. Kolorierung einer s/w Foto; Editieren von Filmen für die Ausstrahlung in Flugzeugen; Verfilmung eines Romans etc.).[301]

Das Recht auf Werkintegrität schützt den Urheber zum anderen vor Entstellung und Beeinträchtigung des Werks, welche ihn in seiner Persönlichkeit verletzen (Art. 11 Abs. 2 URG). Selbst wenn der Dritte ein rechtsgeschäftlich oder gesetzlich eingeräumtes Nutzungs-, Änderungs- oder Bearbeitungsrecht hat, darf er das Werk nicht in einer persönlichkeitsverletzenden Weise entstellen oder beeinträchtigen (Art. 11 Abs. 2 URG). Der Rechteinhaber kann sich zu seinem eigenen Schutz vertraglich einen Genehmigungsvorbehalt einräumen lassen.[302] Erlaubte Änderung und widerrechtliche Entstellung sind nach objektiven Kriterien voneinander abzugrenzen; es sind u.a. die Art des Werks, die Intensität der Verbindung zwischen dem Urheber und dem Werk sowie die Form und Art der Werkwiedergabe einzubeziehen.[303]

Die Beeinträchtigung des Werks kann auf verschiedene Art und Weise geschehen:

- Es wird direkt in das Werk eingegriffen (z.B. durch Übermalung, unsachgemässe Restaurierung oder Konservierung eines Bilds).[304]
- Der Urheber ist auch vor indirekten Eingriffen in sein Urheberpersönlichkeitsrecht geschützt. Insbesondere muss er sich nicht gefallen lassen, dass sein Werk in einem Kontext oder in einer Art und Weise präsentiert wird, die im Publikum einen falschen Eindruck über das Werk erweckt,[305] oder dass sein Werk in einem entstellenden Zusammenhang wiedergegeben wird (z.B. zu Werbezwecken).[306]
- Im Bühnenrecht stellt sich relativ häufig die Frage, ob eine bestimmte Inszenierung werkgetreu ist oder nicht, d.h. ob die gegen den Willen des Rechteinhabers erfolgte Bearbeitung, Änderung oder blosse Umdeutung des Werks

300 Rehbinder/Viganò (Fn. 131), Art. 11 Rn. 2.
301 DuBoff/King (Fn. 236), S. 225.
302 KKR-Mosimann (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 38.
303 BGE 131 III 480 E. 4.2; Troller (Fn. 125), S. 241; Rehbinder/Viganò (Fn. 131), Art. 11 Rn. 9; KKR-Mosimann (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 39.
304 Weitere Bsp. bei Schack (Fn. 2), Rn. 256.
305 Z.B. Vertonung des Antikriegsgemälde «Guernica» von Picasso im Rahmen eines kriegsverherrlichenden Musikwerks (Bsp. nach Hertin (Fn. 34), S. 477); OLG Köln vom 12.6.2009, 6 U 215/08, ZUM 2010, S. 180 ff.
306 BGE 131 III 480 E. 4.1; de Werra (Fn. 271), S. 72 f.; Barrelet/Egloff (Fn. 128), Art. 11 Rn. 13 f. und Art. 25 Rn. 5; siehe auch BVerfGE 67, 213, NJW 1985, S. 261 ff. («der anachronistische Zug»).

durch den Regisseur eine Beeinträchtigung des Werks i.S.v. Art. 11 Abs. 2 URG darstellt.[307] Dabei ist zu beachten, dass alle beteiligten Personen (Autor, Bühne, Regisseur) durch die Kunstfreiheit von Art. 21 BV geschützt werden. Deshalb darf nicht von einem Vorrang der Interessen des Urhebers ausgegangen werden,[308] zumal ein Kunstwerk, insb. ein Sprachwerk, nach seiner Veröffentlichung ein gewisses Eigenleben entwickelt, welches sich dem Urheber bzw. Autor entzieht.[309] Gewisse Veränderungen am Text durch die Regie sind zwangsläufig notwendig, um späteren Generationen, welche in u.U. ganz anderen sozio-ökonomischen und kulturellen Umständen leben, den Inhalt des Stücks zu erschliessen. Eine Verletzung der Werkintegrität ist erst dann anzunehmen, wenn das Werk ohne Zweifel gegen den objektiv festgelegten Gesamtinhalt inszeniert wird.[310]

- Schliesslich fliesst aus dem Recht auf Werkintegrität auch ein (begrenzter) Schutz vor Zerstörung eines Originalwerks (Art. 15 Abs. 1 URG): Der Eigentümer darf das einmalige Werkexemplar nicht zerstören, ohne vorher dem Urheber die Rücknahme angeboten zu haben, wenn er vermuten muss, dass der Urheber ein berechtigtes Interesse an der Werkerhaltung hat.[311]

Bei Bauwerken ist der urheberrechtliche Schutz des Architekten je nach Fortschritt des Bauprojekts unterschiedlich ausgestaltet: Vor Ausführung des Baus dürfen die Pläne vom Bauherrn aufgrund Art. 11 Abs. 1 URG nicht verändert werden. Zwar kann der Architektenvertrag vor Vollendung des Werks nach Art. 404 OR vom Bauherrn jederzeit widerrufen werden.[312] Dies bedeutet aber nicht, dass dieser den Bau mit einem anderen Architekten mit den alten Plänen fortsetzen darf, da der Plan nach Art. 2 Abs. 2 lit. d URG urheberrechtlich geschützt ist.[313] Hingegen dürfen gemäss Art. 12 Abs. 3 URG *ausgeführte* Bauwerke unter Vorbehalt des Entstellungsverbots von Art. 11 Abs. 2 URG aufgrund ihrer Beständigkeit und Zweckbestimmung auch ohne vertragliche Zustimmung des Architekten generell geändert werden.[314] Die Nutzungsbe-

---

307 Siehe zum Ganzen einlässlich KKR-Mosimann (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 41 ff.

308 KKR-Mosimann (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 44.

309 BVerfGE 79, 29; BVerfGE vom 29.6.2000, 1 BvR 825/98 (Germania 3), Rn. 23, GRUR 2001, S. 149 ff.

310 KKR-Mosimann (Fn. 4), Kap. 10 Rn. 48.

311 Vgl. dazu KKR-de Werra (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 58; bei Bauwerken hat der Urheber, d.h. der Architekt, kein Rücknahmerecht, sondern nur das Recht, das Werk zu fotografieren und auf eigene Kosten Kopien der Pläne herauszuverlangen (Art. 15 Abs. 3 URG); zum deutschen Recht siehe Hauke Sattler, Zur Vernichtung eines Kunstwerks durch den Eigentümer, KUR 2007, S. 6 f.

312 Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, S. 324 ff.; KKR-Mosimann (Fn. 4), Kap. 9, Rn. 56 ff.

313 BGE 125 III 328 E. 4b.

314 KKR-Mosimann (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 36 ff.; Christiane Thies und Philipp Spauschus, Quo Vadis Baukultur? – Der Schutz der Urheberpersönlichkeit des Architekten in Deutschland und der Schweiz, sic! 2007, S. 881 ff., S. 889; siehe zur Rechtslage in Deutschland auch Jo-

dürfnisse des Grundeigentümers gehen den urheberrechtlichen Rechten des Architekten im Grundsatz vor. Eine persönlichkeitsverletzende Entstellung dürfte nicht einfach nachzuweisen sein, vor allem weil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Werk- und nicht die Schöpferindividualität abzustellen ist.[315] Das Werk wird der Persönlichkeit seines Schöpfers dadurch «entfremdet», obwohl zwischen diesem und dem Werk eine engere Bindung besteht als zwischen dem (sachenrechtlichen) Eigentümer und dem Werk.[316] Eine Beeinträchtigung dürfte daher nur dann vorliegen, wenn die Veränderungen im Hinblick auf die Gesamtschöpfung bzw. in ihrem Zusammenwirken mit dem Bauwerk einschneidend erscheinen, eine krasse Verfälschung der in der Bauform zutage tretenden geistigen Schöpfung darstellen,[317] besonders sichtbar oder gestalterisch wahrnehmbar sind bzw. eine negative Assoziation mit dem Architekten hervorrufen.[318] Bloss geringfügige Änderungen hat der Architekt hinzunehmen.[319] Selbst wenn eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts des Architekten vorliegt, ist die Vernichtung des (entstellten) Bauwerks wegen Art. 63 Abs. 2 URG ausgeschlossen.[320]

4. *Urheberrechtlicher Schutz der Vermögensinteressen des Künstlers*

Neben dem Schutz der Persönlichkeit verleiht das Urheberrecht dem Urheber auch das ausschliessliche Recht, über die vermögensrechtliche Nutzung bzw. Verwertung seines Werks zu entscheiden (Art. 10 Abs. 1 URG). Dies umschliesst das Recht auf *körperliche* Verwertung des Werks (Vervielfältigungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG und das Verbreitungsrecht gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) und auf *unkörperliche* Verwertung (Entscheid über Aufführung, Vortrag, Vorführung nach Art. 10 Abs. 2 lit. c URG, das Recht auf Zugänglichmachung und auf Wiedergabe nach Art. 10 Abs. 2 lit. c, f URG, das Sende- bzw. Weitersenderecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. d, e, f URG etc.). Die gesetzliche Aufzählung in Art. 10 URG ist nicht abschliessend.[321]

Hat der Künstler sein Werk veräussert, darf der Erwerber dieses weiterveräussern, ohne dass der Künstler sich dagegen wehren kann (Art. 12 Abs. 1 URG:

ACHIM VON UNGERN-STERNBERG, Urheberpersönlichkeitsrecht vs. Eigentümerinteressen: Architekt und Bauherr, in: Matthias Weller, Nicolai Kemle und Peter Michael Lymen (Hrsg.), Des Künstlers Rechte – die Kunst des Rechts, Tagungsband des Ersten Heidelberger Kunstrechtstags am 8. September 2007 in Heidelberg, Baden-Baden/Zürich/Wien 2008, S. 47 ff., S. 51 ff.

315 BGE 134 III 166 E. 2.1; BGE 130 III 168 E. 4.4; KKR-MOSIMANN (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 37.

316 TROLLER (Fn. 125), S. 17.

317 BGE 120 II 65, 70.

318 KG Graubünden vom 3./4. 9. 2007, ZFE 05 3 E. 7c, 7.2, sic! 2009, S. 590 ff.; KKR-MOSIMANN (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 37 f.

319 BGE 120 II 65, 69.

320 BGer vom 20. 1. 2009, 4A_341/2008, E. 3.

321 KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 31.

Grundsatz der Erschöpfung)[322] und ohne dass er Anspruch auf einen Anteil am Erlös aus der Weiterveräusserung beanspruchen kann (sog. Folgerecht).[323] Dadurch unterscheidet sich das Schweizer Urheberrecht signifikant von den Urheberrechten seiner Nachbarstaaten, die allesamt das Folgerecht kennen.[324] So bestimmt z.B. § 26 Abs. 1 Satz 1 dtUrhG, dass die Weiterveräusserung eines Originals eines Werks der bildenden Künste oder eines Lichtbildwerks den Veräusserer verpflichtet, dem Urheber einen Anteil des Veräusserungserlöses zu entrichten, wenn ein Kunsthändler oder Versteigerer als Erwerber, Veräusserer oder Vermittler am Weiterverkauf beteiligt ist.

Angesichts der Internationalität des Schweizer Kunstmarkts stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Verkauf eines Kunstwerks in der Schweiz das Folgerecht auslösen kann, obwohl das schweizerische Urheberrecht dieses nicht vorsieht. Erste Voraussetzung ist, dass gemäss Art. 1 Abs. 1 IPRG ein «internationales Verhältnis» vorliegt. Dies ist im Hinblick auf die anwendbare Kollisionsnorm zu bestimmen. Das Folgerecht ist ein immaterialgüterrechtlicher Anspruch des Urhebers, weshalb Art. 110 Abs. 1 IPRG einschlägig ist. Der notwendige Auslandsbezug bei Art. 110 IPRG ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Urheber als Folgerechtsberechtigter seinen Wohnsitz im Ausland hat. Immaterialgüterrechte unterstehen dem Recht des Staates, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird (Schutzlandprinzip).[325] Unter das Immaterialgüterrechtsstatut fallen insb. auch Fragen der Entstehung und der Wirkungen der Immaterialgüterrechte, worunter auch das Folgerecht als urheberrechtliches Vermögensrecht zu subsumieren ist. Der den Anspruch aus Folgerecht einklagende Urheber hat nach dem Mechanismus von Art. 110 Abs. 1 IPRG die Möglichkeit, als lex loci protectionis ein Recht zu wählen, welches das Folgerecht kennt.[326] Allerdings legt Art. 110 IPRG den Anwendungsbereich des berufenen Rechts, d.h. der lex causae, nicht fest. Nach m.E.

---

322 HOEREN/HOLZNAGEL/SCHNEIDER (Fn. 134), S. 99 ff.; BGE 124 III 321; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (Fn. 135), Rn. 827.

323 KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 34.

324 Die Richtlinie 2001/84/EG vom 27.11.2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl 2001 L 272, S. 32, ist mittlerweile in allen Mitgliedsstaaten der EU umgesetzt worden (siehe z.B. § 26 dtUrhG). Der Vergütungsanspruch des Künstlers beträgt danach maximal relativ bescheidene € 12 500, den Staaten ist ausserdem freigestellt, für die Auslösung des Folgerechts einen Mindestverkaufspreis von € 3000 vorzusehen, siehe dazu SCHACK (Fn. 2), Rn. 430 ff.; ASTRID MÜLLER-KATZENBURG, Folgerecht – Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Matthias Weller, Nicolai Kemle und Peter Michael Lymen (Hrsg.), Des Künstlers Rechte – die Kunst des Rechts, Tagungsband des Ersten Heidelberger Kunstrechtstags am 8. September 2007 in Heidelberg, Baden-Baden/Zürich/Wien 2008, S. 75 ff., S. 78 ff.; rechtsvergleichend siehe MERRYMAN/ELSEN/URICE(Fn. 15), S. 579 ff.

325 Vgl. dazu PASCAL FEHLBAUM und STEPHANIE S. LATTMANN, Schranken und anwendbares Recht bei Urheberrechtsverletzungen auf dem Internet, sic! 2009, S. 370 ff., S. 374 ff.

326 BSK IPRG-JEGHER, Art. 110 Rn. 23 ff.; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4. Aufl., Basel 2005, Art. 110 Rn. 1 ff.; ROLF BÄR, Das Internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts, in: Roland von Büren und Lucas David (Hrsg.) Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht,

richtiger Ansicht darf die lex causae den eigenen territorialen Anwendungsbereich bestimmen.[327] Allfälligen exorbitanten Geltungsansprüchen des ausländischen Rechts kann durch Annahme einer immanenten Schranke der Kollisionsnorm (hinreichende territoriale Verknüpfung mit dem Schutzland)[328] oder durch Anwendung von Art. 17 IPRG (ordre public) bzw. Art. 15 IPRG (Ausnahmeklausel)[329] begegnet werden. Nachfolgendes Beispiel soll der Verdeutlichung des Gesagten dienen.

Angenommen, eine Galerie verkaufe in Zürich eine Fotografie von Andreas Gursky, und Gursky macht vor einem Schweizer Gericht das Folgerecht gegen den Veräusserer geltend. Er wird sich dabei nach der Regel von Art. 110 IPRG auf § 26 dtUrhG berufen. Das deutsche Urheberrecht ist als lex causae dahingehend zu befragen, ob es auf einen solchen Fall Anwendung finden will. Nach der neuesten Rechtsprechung des BGH (Sammlung Ahlers) setzt das Folgerecht voraus, dass die Weiterveräusserung zumindest teilweise im Inland stattgefunden hat.[330] Unter Weiterveräusserung i.S.v. § 26 UrhG ist dabei die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung zu verstehen, welche sowohl das obligatorische Verpflichtungsgeschäft als auch das dingliche Verfügungsgeschäft umfasst.[331] Wird daher die Fotografie in der Schweiz versteigert, besteht kein Folgerechtsanspruch, da Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in der Schweiz stattfinden. Hängt die Fotografie aber z.B. im Rahmen einer Sonderausstellung im Kunstmuseum Basel, kann Gursky einen Folgerechtsanspruch geltend machen, wenn der Kaufvertrag zwischen dem Schweizer Galeristen und dem US-amerikanischen Verkäufer an der Kunstmesse Köln abgeschlossen wird. Denn in diesem Fall hat ein Teil der Weiterveräusserung (das Kausalgeschäft) in Deutschland stattgefunden.[332]

Es gilt zu beachten, dass nur das *Verbreitungsrecht* des Künstlers nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG erlischt (erschöpft), nicht auch seine unkörperlichen Nutzungsrechte.[333] Wird z.B. einem Sammler ein Bild verkauft, bedeutet dies, dass mit dem Verkauf des Bilds der Erwerber das Recht zur Ausstellung oder

---

Band I/1, Basel 2002, S. 87 ff., S. 104 ff.; François Dessemontet, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, Rn. 1059.

327 BSK IPRG-Jegher, Art. 110 Rn. 23, 25; Ernst Brem, Das Immaterialgüterrecht im zukünftigen IPR-Gesetz, in: Ivo Schwander (Hrsg.), Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Rudolf Moser, Zürich 1987, S. 53 ff., S. 64.

328 BSK IPRG-Jegher, Art. 110 Rn. 25.

329 ZK IPRG-Vischer, Art. 110 Rn. 3.

330 BGH vom 17.7.2008, I ZR 109/05 (Sammlung Ahlers), BGHZ 177, 319, NJW 2009, S. 765 ff., dazu Friederike Gräfin von Brühl, Auslandsverlagerung und Käuferumlage: Wie der Kunsthandel die deutsche Folgerechtsabgabe vermeidet, GRUR 2009, S. 1117 ff., S. 1119 f.; zur prozessualen Vorgeschichte siehe Müller-Katzenburg (Fn. 323), S. 82 ff.

331 BGH vom 17.7.2008, I ZR 109/05 (Sammlung Ahlers), BGHZ 177, 319, E. B.III.1.c, NJW 2009, S. 768.

332 BGH vom 17.7.2008, I ZR 109/05 (Sammlung Ahlers), BGHZ 177, 319, NJW 2009, S. 765 ff.; zustimmend Müller-Katzenburg (Fn. 323), S. 85 f.

333 Rehbinder/Viganò (Fn. 131), Art. 12 Rn. 1.

Weiterveräusserung erwirbt, vorbehältlich einer anderslautenden vertraglichen Abrede aber keine weiteren urheberrechtlichen Nutzungsrechte (Art. 16 Abs. 3 URG).[334]

Die urheberrechtlichen Nutzungsrechte sind nach Art. 16 Abs. 1 URG als Ganzes oder, weil ein Werk mehrfach wahrnehmbar gemacht werden kann,[335] in Teilen übertragbar. Werden nur bestimmte Teilrechte abgetreten, müssen diese *«nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig sich abzeichnende Nutzungsarten»* beinhalten.[336] Die dem Urheber verbleibenden Nutzungsrechte verringern sich entsprechend. Als Verpflichtungsgeschäft kommen verschiedene Verträge in Frage, z.B. ein Arbeits-, Kauf-, Werk- oder Verlagsvertrag. Die Übertragung ist formfrei möglich, sie kann stillschweigend oder durch konkludentes Handeln erfolgen und auch Rechte an einem erst zu schaffenden Werk betreffen.[337] Es ist durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln, in welchem Umfang Nutzungsrechte übertragen werden. Im Zweifel ist nach der Vermutung von Art. 16 Abs. 2 URG *«davon auszugehen, dass der Urheber keine weitergehenden Befugnisse übertragen hat, als es der Vertragszweck erfordert (Zweckübertragungstheorie)»*.[338]

II. Schranken des künstlerischen Werk- und Wirkbereichs

Kunst überschreitet ihrer Natur nach häufig Grenzen,[339] eckt an, stellt Überkommenes in Frage und berührt oft die Rechte und Privatsphäre anderer. Interessenkonflikte sind m.a.W. vorprogrammiert: Ein Open-Air-Konzert ist den Nachbarn zu laut, eine Karikatur in einer Zeitschrift verletzt das religiöse Verständnis bestimmter Leser, eine freizügige Fotografie das Sittlichkeitsempfinden anderer, ein Video wird als gewaltverherrlichend eingeschätzt, ein Graffiti-Sprayer sprayt seine Tags auf fremde Wände, eine Performance mit Tieren ruft den Tierschutz auf den Plan, ein Bauwerk ist dem Anstösser zu wuchtig, ein Bühnenautor zitiert Textfragmente eines erfolgreichen Stücks eines anderen, ein Hobbyfotograf vertreibt online Fotos des Neubaus des Museums Folkwang

---

334 KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 99.

335 Ein Roman kann z.B. gelesen, übersetzt, für die Bühne dramatisiert, für den Film digitalisiert oder für das Hörspiel vertont werden (KUMMER (Fn. 135), S. 143).

336 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 16 Rn. 2; GERHARD SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 3. Aufl., München 2006, Vor §§ 28 Rn. 52 m.w.N.

337 BARRELET/EGLOFF (Fn. 128), Art. 16 Rn. 9.

338 BGer vom 8.5.2008, 4A_104/2008, E. 4.2 (Bahnhofsuhr); BGE 101 II 102, 106; für Deutschland LG München vom 10.3.1999, 21 O 15039/98 (Rechteübertragung «Focus TV», JurPC Web-Dok. 25/2000, Abs. 1–30); MATHIS BERGER, Entwicklungen im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht, SJZ 105 (2009), S. 391 ff., S. 393 f.; REICH (Fn. 15), 2. Kap. Rn. 130 ff.; NORDEMANN (Fn. 134), § 31 UrhG Rn. 121, 177 ff.

339 Vgl. z.B. BGH vom 24.11.09, VI ZR 219/08, Rn. 13.

in Essen von David Chipperfield, eine Kunstmesse druckt und vertreibt einen Katalog, in dem Bilder der Galerie X abgebildet sind, etc.

Es wurde erläutert, dass künstlerisches Schaffen unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Kunstfreiheit steht und dass die Persönlichkeits- und Vermögensrechte des Künstlers durch verschiedene Normen und Grundsätze geschützt sind.[340] Die Freiheit und der Schutz sind jedoch nicht grenzenlos: Das Recht setzt dem künstlerischen Schaffen wie jeder anderen menschlichen Betätigung spezifische Schranken.[341] Im vorliegenden Zusammenhang interessieren besonders der Konflikt zwischen der Kunstfreiheit und den Persönlichkeitsrechten Dritter sowie die urheberrechtlichen Schranken. Die Einschränkungen der künstlerischen Betätigung durch das Strafrecht wurden bereits behandelt, worauf verwiesen werden kann.[342]

1. Persönlichkeitsrechte Dritter

a) Drittwirkung der Kunstfreiheit

Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist in seinem Handeln an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).[343] Die Behörden haben aber gemäss Art. 35 Abs. 3 BV den Auftrag dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dafür eignen, sich auch unter Privaten auswirken. Nach wohl überwiegender Lehre und Rechtsprechung bedeutet dies lediglich, dass unbestimmte Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts verfassungs- bzw. grundrechtskonform auszulegen sind (indirekte Drittwirkung), nicht aber, dass Private aus den Grundrechten Individualansprüche gegen andere Private ableiten können (direkte Drittwirkung).[344]

Fühlen sich Menschen durch Werke der bildenden Kunst oder der Literatur in ihrer Persönlichkeit verletzt, muss das Gericht erstens prüfen, ob überhaupt eine rechtlich erhebliche Verletzung (z.B. der Ehre, des Rechts am eigenen Bildnis etc.) vorliegt (Art. 28 Abs. 1 ZGB).[345] Wird dies bejaht, muss entschieden werden, ob die Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Bei der im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigungsgründe vorzuneh-

---

340 Vgl. oben Ziff. C.I.

341 So ausdrücklich BGE 120 II 225, 227; rechtsvergleichend HEMPEL(Fn. 221), S. 149 ff.

342 Vgl. oben Ziff. C.I.1.

343 KKR-UHLMANN/RASCHÈR/REICHENAU (Fn. 4), Kap. 4 Rn. 47 f: Die Grundrechtsbindung erstreckt sich auch auf private Institutionen und Personen, welche eine dem Gemeinwesen zugeordnete kulturelle Aufgabe wahrnehmen.

344 BGE 127 I 164; KKR-MOSIMANN/UHLMANN (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 39; MARKUS SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002, S. 1131 ff., S. 1138; RAINER J. SCHWEIZER (Fn. 224), Art. 21 Rn. 9 ff., 18, 20, 31 f., 40; weitergehend TARKAN GÖKSU, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 98 (2002), S. 89 ff., S. 94 ff.

345 GEISER (Fn. 106), S. 19 f.

menden Interessenabwägung ist i.S.d. indirekten Drittwirkung die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) zu berücksichtigen.

b) Verletzung der Persönlichkeit durch Kunst- oder Wortwerke

aa) Beispiele

Es gibt viele Beispiele aus der (in- und ausländischen) Rechtsprechung zur Frage der Verletzung der Persönlichkeit durch Kunst- oder Wortwerke: In Deutschland häuften sich vor ein paar Jahren Klagen auf Bücherverbote, weil reale Personen sich durch die literarischen Abbilder in ihrer Persönlichkeit verletzt sahen.[346] In der Schweiz Bekanntheit erlangt haben insb. die Auseinandersetzung zwischen dem Künstler Heinz Julen und den Geschwistern Alexander Schärer und Maryana Bilski.[347] Die beiden Parteien hatten sich über ein Hotelprojekt in Zermatt zerstritten, worauf Julen ohne Zustimmung seiner ehemaligen Geschäftspartner diese mit entblösstem Oberkörper malte. Er stellte die Portraits an einer Kunstmesse unter dem Titel «Der letzte Raum einer Vision ist eine Installation» aus. Im aufgelegten Flugblatt zu dieser «Bilderinstallation» brachte er seine Frustration über das Projekt zum Ausdruck und wies Schärer und Bilski die Schuld am Scheitern zu: *«Wie schon so oft in diesem Land hat das Geld über den Geist oder das Konventionelle über das Unkonventionelle gesiegt».* Als Rechtfertigungsgrund für die verletzenden Handlungen berief sich Julen auf die Kunstfreiheit.

Im Jahr 2003 erschien der von Jakob Lieberherr verfasste Roman «Wie viel wert ist Rosmarie V.?». Er handelt von Rosmarie Vonalmen, die in ein Schweizer Hochtal zieht, wo sie einen dort ansässigen Bauern heiratet. Im Roman wird u.a. der Bruder von Rosmaries Ehemann als triebhafter, gewalttätiger Mann dargestellt, der Rosmarie erpresst, vergewaltigt, belästigt und mit ihr ein teuflisches Spiel treibt. Auch habe er den Verwalter des Betriebs mit dem Tod bedroht. Der Autor verarbeitet im Roman gewisse reale Begebenheiten im Umfeld einer Frau, die einen Bergbauern heiratete und mit ihm den Hof führte. Nach dem Tod ihres Mannes stellte sie den Autor als Verwalter ein, den sie später auch heiratete. Ihr Schwager sah sich durch den Roman in seiner Persönlichkeit verletzt.[348]

---

346 Aus der deutschen Rechtsprechung vgl. z.B. BVerfGE 30, 173 (Mephisto); BVerfGE 119, 1 (Esra), dazu RICHARD HAHN, Persönlichkeitsrecht und Buch, ZUM 2008, S. 97 ff.; OLG Hamburg vom 24.5.2004, 7 W 38/04, AfP 2004, S. 375 ff. («Das Ende des Kanzlers»); LG Berlin vom 23.10.2003, 27 0 591/03, AfP 2004, S. 287 ff. («Meere»); OLG Frankfurt a.M. vom 15.10.2009, 16 U 39/09, ZUM 2009, S. 952 ff., 955 (Bezeichnung einer Person als «Nazischatzl» in einem biografischen Roman); zum Ganzen GÖTTING (Fn. 111), S. 432, 437 ff.

347 BGer vom 27.5.2003, 5C.26/2003.

348 BGE 135 III 145.

bb) Beurteilungskriterien für die Prüfung der Persönlichkeitsverletzung

Wie oben erwähnt,[349] muss zuerst geprüft werden, ob überhaupt eine Verletzung einer rechtlich geschützten Ausprägung der Persönlichkeit vorliegt. Dies setzt bei einer potentiellen Verletzung durch einen Roman[350] als fiktive Erzählung voraus, dass die reale Person in der Beschreibung der Romanfigur erkennbar ist.[351] Die Erkennbarkeit beurteilt sich nach dem Bundesgericht anhand des Wahrnehmungshorizonts des Durchschnittslesers unter Einbezug der konkreten Umstände.[352] Im Fall «Rosmarie V.» sah das Bundesgericht die Persönlichkeitsverletzung als erwiesen an, da der Betroffene individualisiert werden konnte. Dies bedeutet, dass sowohl er sich selbst erkennen konnte (subjektive Erkennbarkeit) und es auch für andere Personen ersichtlich war, um wen es sich handelte (objektive Erkennbarkeit).[353] M.E. ist in dieser Hinsicht die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts vorzugswürdig, welche danach fragt, ob der Betroffene von einem *«mehr oder minder grossen Bekanntenkreis»* erkennbar sei.[354] Dies hat der Vorteil, dass auch weniger bekannte Personen geschützt werden können. Die Entschlüsselung der Romanfigur muss sich aber für den mit den Umständen vertrauten Leser aufdrängen, was eine *«Kumulation von Identifizierungsmerkmalen»* voraussetzt.[355]

cc) Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung

Steht die Persönlichkeitsverletzung nach diesen Kriterien fest, ist die Widerrechtlichkeit indiziert, und es muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob der Künstler sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Dazu ist zwischen dem Interesse des Betroffenen und dem Interesse des Autors an der künstlerischen Betätigung abzuwägen, wobei nicht nur auf die Wirkungen des Kunstwerks in der Realität abzustellen, sondern auch kunstspezifischen Aspekten Rechnung zu tragen ist. Dabei spielt die Schwere der Beeinträchtigung eine Rolle: Eine bloss geringfügige Persönlichkeitsverletzung hat hinter die Kunstfreiheit zurückzutreten, umgekehrt lässt sich eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts nicht durch die

349 Siehe oben Ziff. C.II.1.a.

350 Vergleichbare Grundsätze müssen auch für den Unterhaltungsfilm gelten, siehe BGH vom 26.5.2009, VI ZR 191/08; kritisch dazu Tobias Gostomzyk, Urteilsanmerkung, NJW 2009, 3579 f.; Karl-Heinz Ladeur, Das Persönlichkeitsrecht des «Kannibalen von Rotenburg» und die (Film-)Kunstfreiheit, KUR 2006, S. 57 ff., S. 58 f., der insgesamt dafür plädiert, aus Respekt vor der Kunstfreiheit die fiktionale Verarbeitung von Elementen aus dem Privatleben realer Personen weniger stark zu beschränken; insb. soll die fiktionale Re-Inszenierung einer Strafttat keine Persönlichkeitsverletzung sein, wenn nicht noch zusätzliche Umstände hinzutreten.

351 BGE 120 II 225, 228; Geiser (Fn. 11), S. 63 ff.

352 BGE 135 III 145, 152.

353 BGE 135 III 145, 147 f.; BSK ZGB-Meili, Art. 28 Rn. 39; Geiser (Fn. 11), S. 7; Bucher (Fn. 255), Rn. 468.

354 BVerfGE 119, 1, Rn. 29 (Esra).

355 BVerfGE 119, 1, Rn. 76 (Esra).

Kunstfreiheit rechtfertigen. Die Entscheidung darüber, ob eine schwere Beeinträchtigung vorliegt, *«hängt sowohl davon ab, in welchem Mass der Künstler es dem Leser nahelegt, den Inhalt seines Werks auf wirkliche Personen zu beziehen, wie von der Intensität der Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung, wenn der Leser diesen Bezug herstellt».*[356] Ein Roman ist ein literarisches Werk, weshalb zunächst von der Vermutung der Fiktionalität auszugehen ist. Zu berücksichtigen ist aber, in welchem Verhältnis das fiktionale Abbild und das reale Urbild übereinstimmen: Tritt das Individuelle, Persönliche der Figur in den Vordergrund und das Allgemeine, Zeichenhafte in den Hintergrund, wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts umso schwerer.[357] Je mehr die künstlerische Darstellung die besonders geschützten Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die Fiktionalisierung sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschliessen.[358] Es muss aus einer kunstspezifischen Betrachtungsweise berücksichtigt werden, *«welche Möglichkeiten dem Künstler offengestanden hätten, sein Werk ohne die Persönlichkeitsverletzung zu schaffen».*[359] Im oben dargestellten Fall Julen kam das Bundesgericht nach einer Abwägung der Umstände des Falles zum Ergebnis, dass die Bilder in Tat und Wahrheit eine Abrechnung mit seinen ursprünglichen Partnern waren; diese sollten blossgestellt werden. Insofern seien die beiden in ihrer persönlichen Ehre verletzt worden; persönliche Rachefeldzüge seien nicht durch die Kunstfreiheit geschützt, letztere sei in casu bloss vorgeschoben.[360]

(Politische) Satire,[361] Parodie oder Karikaturen zeichnen sich dadurch aus, dass sie die Wirklichkeit – in der Regel auf humoristische Weise – stark verfremden, verzerren, überzeichnen, entfremden, banalisieren und der Lächerlich-

---

356 BVerfGE 119, 1, Rn. 81 (Esra).

357 BVerfGE 30, 173 (Mephisto); BGH vom 26.5.2009, VI ZR 191/08, E. 19; OLG Frankfurt a.M. vom 15.10.2009, 16 U 39/09, ZUM 2009, S. 952 ff., 955.

358 BVerfGE 30, 173, Rn. 64 (Mephisto); BVerfGE 119, 1, Rn. 85 (Esra); zustimmend KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 43 f.

359 BGE 135 III 145, 151; BGE 120 II 225, 227: Kunst gebietet insb. nicht, reale Personen mit Kraftausdrücken zu verunglimpfen.

360 BGer vom 27.5.2003, 5C.26/2003, E. 3.3: Das Bundesgericht bejahte, wenn auch etwas verklausuliert, dass Art. 28 Abs. 2 ZGB grundrechtskonform auszulegen sei; es kommt aber in casu zum Ergebnis, dass *«der Beklagte [sich] nicht darauf berufen [könne], das Kantonsgericht habe bei der Interessenabwägung das Persönlichkeitsrecht der Kläger zu stark und die Kunstfreiheit zu wenig gewichtet».* M.E. hat jedoch das Bundesgericht der Kunstfreiheit in seinen Erwägungen zu wenig Beachtung geschenkt; insb. bleibt offen, warum eine künstlerische Verarbeitung eines zwischenmenschlichen Konflikts nicht durch die Kunstfreiheit möglich sein soll. Dies mag in casu damit zusammenhängen, dass Julen seinem Ärger nicht nur in den Bildern, sondern auch im Flugblatt mit relativ scharfen Worten Luft gemacht hat und so den Verdacht nährte, es ginge ihm nur um eine öffentliche Abrechnung mit den Klägern. Insgesamt scheint in der schweizerischen höchstrichterlichen Rechtsprechung der Schutz der Persönlichkeit höher gewichtet zu werden als die Kunstfreiheit, so auch Auer(Fn. 111), S. 84; KKR-Mosimann/Uhlmann (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 41.

361 Ausführlich dazu Sebastian Gärtner, Was die Satire darf: Eine Gesamtbetrachtung zu den rechtlichen Grenzen einer Kunstform, Berlin 2009, S. 166 ff.

keit preisgeben wollen.[362] Die Kunstfigur wird stark von der realen Figur abgelöst, weshalb dem Künstler eine kunstspezifische Betrachtung zugute kommen muss. Satire und Karikatur verletzen die Persönlichkeit nur dann in widerrechtlicher Weise, wenn sie nicht als solche erkennbar sind und *«die ihrem Wesen eigenen Grenzen in unerträglichem Mass überschreiten»*.[363]

2. *Urheberrecht*

a) *Allgemeines*

Dem künstlerischen Wirkbereich setzt das Urheberrecht zahlreiche Schranken: Im vorliegend interessierenden Kontext relevant sind insb. der Eigengebrauch (Art. 19 Abs. 1 URG), die Zitierfreiheit (Art. 25 Abs. 1 URG), die Verwendung eines Kunstwerks als Katalogbild (Art. 26 URG) und die Panoramafreiheit (Art. 27 URG). Dadurch werden die urheberrechtlichen Ausschlussrechte im Interesse der Allgemeinheit oder bestimmter Nutzerkreise beschränkt.[364] Die Verwertungsrechte des Urhebers nach Art. 10 URG werden m.a.W. begrenzt.

Die urheberrechtlichen Schranken sind das Ergebnis einer gesetzgeberischen Abwägung verschiedener Grundrechte.[365] Beispielsweise stehen sich beim Zitierrecht auf Seiten des Künstlers sein Interesse an den Verwertungsrechten, d.h. die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV), und auf Seiten des Nutzers u.a. die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) gegenüber.[366] Diesem Spannungsverhältnis der Grundrechte ist bei der Anwendung der jeweiligen Schranke im Sinne der verfassungs- und konventionskonformen Auslegung Rechnung zu tragen.[367]

b) *Zitierrecht im Besonderen*

Für Literatur und Kunst ist das Zitierrecht (Art. 25 URG) von besonderer Bedeutung, da Kunstwerke sich häufig auf Bestehendes beziehen, dieses paraphrasieren und sich kritisch damit auseinandersetzen. Dies führt dazu, dass oft mehr oder weniger umfangreiche Werkteile in das neue Werk übernommen werden,

---

362 BGE 132 II 290, 292; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 107), S. 563 f.

363 BGer vom 27.5.2003, 5C.26/2003, E. 2.3; BGer vom 24.10.2002, 5C.249/1992, E. 5a (Kopp/Tages-Anzeiger); BGE 95 II 481, 495 f.; BSK ZGB-MEILI, Art. 28 Rn. 51; BGE 132 II 290, 293; siehe auch MISCHA CHARLES SENN, Aspekte der rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen, sic! 1998, S. 365 ff., S. 366; SCHACK (Fn. 2), Rn. 358 ff.; BVerfGE 75, 369: Persönlichkeitsverletzung des ehemaligen bayrischen Ministerpräsidenten Franz Josef Strauss bejaht, als dieser in einer Karikatur als «kopulierendes Schwein» dargestellt wurde; zu den strafrechtlichen Grenzen der Satire im deutschen Recht siehe GÄRTNER (Fn. 360), S. 196 ff.

364 BGE 131 III 480 E. 3.1.

365 BGE 131 III 480 E. 3.1.

366 BGE 131 III 480 E. 3.1; BVerfGE vom 29.6.2000, 1 BvR 825/98 (Germania 3), GRUR 2001, S. 149 ff.; KKR-MOSIMANN/UHLMANN (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 46.

367 BGE 131 III 480 E. 3.1; BGE 129 II 249 E. 5.4; REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 19 Rn. 6; GEISER (Fn. 106), S. 26.

womit aber das Vervielfältigungs- bzw. Verbreitungsrecht des ersten Urhebers tangiert wird (Art. 10 Abs. 2 lit. a und b URG). Das Zitat, d.h. die Bezugnahme auf ein veröffentlichtes Werk, ist zulässig zur *«Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung einer eigenen Aussage»* (sog. Belegfunktion).[368] Sowohl Text-, Bild- als auch Filmzitate sind erlaubt;[369] begrenzt wird das Zitierrecht nur durch den Zitatzweck. Bei Sprachwerken darf das Zitat im Vergleich mit dem zitierenden Text nicht geistig das Hauptinteresse beanspruchen.[370] Auch der zulässige Zitatumfang ergibt sich aus dem Zitatzweck; eine vollständige Übernahme des ersten Werks dürfte nur beim Bildzitat zulässig sein, beim Wortzitat nur in Ausnahmefällen.[371] Mutatis mutandis gelten diese Grundsätze auch für das Kunstzitat, d.h. wenn das zitierte Werk ein Werk der bildenden Kunst ist («Bild im Bild»), solange es im Verhältnis zum neuen Werk untergeordnet ist und die Nutzungsrechte des ersten Urhebers nicht beeinträchtigt.[372] Ist die Übernahme eines Textes oder Bilds im Einzelfall inhaltlich oder umfangmässig nicht durch den Zitatzweck gedeckt, wird das Werknutzungsrecht des Urhebers verletzt, und es stehen ihm die Rechte nach Art. 61 f. URG zu.[373]

Es ist m.E. in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung noch vertiefter zu diskutieren, ob urheberrechtlich geschützte Texte (oder Bilder) als Gegenstand und Gestaltungsmittel der künstlerischen Aussage des Zitierenden verwendet werden dürfen, *ohne* dass diese Verwendung durch die Belegfunktion des Zitats gerechtfertigt ist.[374] M.a.W. stellt sich die Frage, ob das Urheberrecht des zitierten Künstlers über Art. 25 Abs. 1 URG hinaus durch die Kunstfreiheit (Art. 21 BV, Art. 10 EMRK) eingeschränkt werden darf. Das deutsche Bundesverfassungsgericht bejahte diese Frage in einer Entscheidung aus dem Jahr

---

368 BGE 131 III 480 E. 2.1; BGer vom 22.6.2005, 4C.393/2004 E. 2.1; GLAUS/STUDER (Fn. 13), S. 59 ff. Für Deutschland: BVerfGE vom 29.6.2000, 1 BvR 825/98, NJW 2001, S. 598 ff., 599 (Grenzen der Zitierfreiheit, § 51 dtUrhG); BJÖRN KNUDSEN und ANNE LAUBER, Schutz wissenschaftlicher Leistungen an Hochschulen und Forschungseinrichtungen: Urheber-, Marken-, Patent- und Internetrecht, Berlin 2005, S. 117 f.; REICH (Fn. 15), Kap. 2 Rn. 191 ff.

369 A.A. soweit ersichtlich für das Bildzitat nur BARRELET/EGLOFF (Fn. 128), Art. 25 Rn. 2; wie hier insb. STUDER (Fn. 148), S. 44; REICH (Fn. 15), Kap. 2 Rn. 192, 195.

370 BGE 131 III 480 E. 2.1; REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 25 Rn. 1, 3.

371 BGE 131 III 480 E. 3.2; REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 25 Rn. 4.

372 CELIA KAKIES, Kunstzitate in Malerei und Fotografie, Köln 2007, Rn. 160 ff., 217 ff.; SCHACK (Fn. 2), Rn. 337.

373 BGE 131 III 480 E. 2.2.

374 WANDTKE/BULLINGER (Fn. 279), § 51 Rn. 4; zustimmend KKR-MOSIMANN/UHLMANN (Fn. 4), Kap. 2 Rn. 48; a.A. wohl im Ergebnis das Bundesgericht in BGE 131 III 480, 491 f. Danach sei die integrale Übernahme eines Textes in einer Zeitung nicht durch Art. 25 URG abgedeckt. Der Beklagte berief sich vergebens zusätzlich auf die Meinungsäusserungs- und Medienfreiheit, weil dadurch im Ergebnis eine Einschränkung der urheberrechtlichen Nutzungsbefugnisse vorgenommen würde, wie sie im URG nicht vorgesehen ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts würde dies bedeuten, dass die am öffentlichen politischen Meinungskampf Beteiligten die Nutzung ihrer in diesem Rahmen verwendeten, urheberrechtlich geschützten Sprachwerke durch Dritte ohne weiteres dulden müssten, was im Urheberrecht nicht vorgesehen sei. Eine solche Regelung könne nicht einfach durch ein Gericht unter Berufung auf die verfassungsmässigen Grundrechte der Meinungs- und Medienfreiheit eingeführt werden.

2000.[375] Der Dramatiker Heiner Müller verwendete für sein Werk «Germania 3 – Gespenster am toten Mann» umfangreiche Brecht-Zitate als integralen Bestandteil seiner eigenen künstlerischen Aussage. Das OLG München entschied, dass die Verwendung der Texte nicht durch die Zitierfreiheit gedeckt sei. Das Bundesverfassungsgericht hob dieses Urteil auf; es führte zur Begründung u.a. an, dass *«die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG* [entspricht inhaltlich Art. 21 BV] *geforderte kunstspezifische Betrachtung verlangt, bei der Auslegung und Anwendung des § 51 Nr. 2 UrhG* [entspricht inhaltlich Art. 25 Abs. 1 URG] *die innere Verbindung der zitierten Stellen mit den Gedanken und Überlegungen des Zitierenden über die bloße Belegfunktion hinaus auch als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen und damit dieser Vorschrift für Kunstwerke zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der weiter ist als bei anderen, nichtkünstlerischen Sprachwerken».*[376] Im Ergebnis reicht somit die Zitierfreiheit über die Belegfunktion hinaus, *«soweit sie* [die urheberrechtlich geschützten Texte] *als solche Gegenstand und Gestaltungsmittel seiner eigenen künstlerischen Aussage bleiben».*[377] Die Zulässigkeit des Zitats hängt nicht davon ab, ob der Künstler sich mit dem Werk des Zitierten auseinandersetzt, *«maßgeblich ist vielmehr allein, ob es sich funktional in die künstlerische Gestaltung und Intention seines Werks einfügt und damit als integraler Bestandteil einer eigenständigen künstlerischen Aussage erscheint».*[378]

D. Rechtsgeschäftlicher Umgang mit Kunst

I. Einführung

Neben ihrer kunsthistorischen und kulturellen Bedeutung spielt die Kunst auch im Handels- und Geschäftsverkehr eine wichtige Rolle: Kunst wird ausgestellt, vermietet, aufgeführt, verwertet, vermarktet,[379] verkauft, verpfändet[380] etc.

375 BVerfGE vom 29.6.2000, 1 BvR 825/98 (Germania 3), GRUR 2001, S. 149 ff.

376 BVerfGE vom 29.6.2000, 1 BvR 825/98 (Germania 3), Rn. 22; OLG Köln vom 31.7.2009, 6 U 52/09, ZUM 2009, S. 961 ff., 962; zustimmend KAKIES (Fn. 371), Rn. 138 ff.; SCHRICKER (Fn. 335), § 51 Rn. 17; kritisch SCHACK (Fn. 5), S. 162.

377 BVerfGE vom 29.6.2000, 1 BvR 825/98 (Germania 3), Rn. 26: Schranke dieser künstlerischen Gestaltung ist das Plagiatverbot.

378 BVerfGE vom 29.6.2000, 1 BvR 825/98 (Germania 3), Rn. 27.

379 Mit der Vermarktung geht auch eine Popularisierung insb. der Gegenwartskunst einher. So erfreut sich z.B. in England die TV-Sendung «The School of Saatchi» grosser Beliebtheit, in der sechs junge Künstler um die Gunst des einflussreichen englischen Sammlers Charles Saatchi kämpfen. Kunst wird so medialisiert und – nach Ansicht von Saatchi – demokratisiert, vgl. NZZ Nr. 285 vom 8.12.2009, S. 45.

380 Die bekannte (und sowohl künstlerisch wie kommerziell sehr erfolgreiche) Fotografin Annie Leibovitz musste die gesamten Rechte an ihrem Werk verpfänden, um ihren offenbar aufwändigen Arbeits- und Lebensstil zu finanzieren (NZZ Nr. 52 vom 4.3.2009, S. 44); vgl. auch STEPHEN D. BRODIE, Art as Collateral, in: Herrick Feinstein (Hrsg.), Art & Advocacy 2/2009, S. 3 f.

Kurz: Sie ist Handelsware und Investitionsgut, *«a commodity like pork bellies or wheat»*.[381] So eröffnete im Jahr 2009 in der Schweiz ein «Kunstwarenhaus» seine Türen,[382] das im Grund nichts anderes als ein Supermarkt für Bilder der unteren Preisklasse ist.[383] Erklärtes Ziel ist es, das traditionelle Vermarktungs- und Verkaufsmonopol der Galerien und Auktionshäuser zu brechen.[384] Im Bereich der hochpreisigen Kunst nehmen vor allem die grossen Auktionshäuser eine bedeutende Stellung ein.[385] Diese beherrschen (zusammen mit einem relativ kleinen Kreis von Galerien) seit ca. Anfang der 1980er Jahre den Kunstmarkt, als betriebswirtschaftliche Marketingmethoden, aggressive Preispolitik und neue Dienstleistungen eingeführt wurde (z.B. Versicherung, Transport, Schätzungen, Gewährung eines Darlehens an den Einlieferer in der Höhe des unteren Schätzwertes, garantierte Summe, selbst wenn Los nicht verkauft wird etc.).[386]

Dass Kunst auch Kommerz ist, gilt nicht nur für die bildende Kunst, sondern auch bzw. gerade für die Musik- und Filmindustrie. Von deren global erzielten Umsätzen leben nicht nur die Urheber und Interpreten, sondern auch unzählige andere Berufe (Restauration, Konzertveranstalter, Handwerksbetriebe, Graphikstudios, Ingenieure, Zulieferer aller Art etc.). Auch früher eher stiefmütterlich behandelte Gebiete wie die Fotografie haben sich zu relevanten Wirtschaftsfaktoren entwickelt.[387] Der Charakter von Kunst als Handels-, Investitions- und Prestigeobjekt offenbart sich besonders deutlich im Bereich der Gegenwartskunst.[388] So wurde z.B. Damien Hirsts mit Diamanten bestückter Totenschädel («For the love of God») im August 2007 für ca. € 75 Mio. an eine Investment-Gruppe verkauft.[389]

---

381 LANEY SALISBURY und ALY SUJO, Provenance, New York 2009, S. 19 ff. (das Zitat wird Eugene V. Thaw, NY Times vom 3.2.1985, zugeschrieben); PICKER, Kunstgegenstände & Antiquitäten (Fn. 13), S. 63 ff.

382 www.kunstwarenhaus.ch: Verkauft wird «echte Kunst kompromissloser junger Nachwuchstalente und etablierter Künstler, jedoch zu Preisen auch für das schmalere Portemonnaie»; siehe dazu HANNES GRASSEGGER, «Wir sagen Kunstwarenhaus statt Supermarkt», Tages-Anzeiger vom 22.9.2009, S. 20.

383 Im Angebot ist auch eine «Kunstabwrackprämie»: Der Kunde kann ein Unikat zeitgemässer Kunst, das er nicht mehr will, beim Kauf eines neuen Werks eintauschen und erhält 20% Rabatt auf den Einkauf.

384 http://www.kunstwarenhaus.ch/warenhaus.html.

385 DIRK BOLL, Der Kampf um die Kunst, Diss. Ludwigsburg, Halle 2005, S. 314 ff.

386 Als Schlüsselmoment gilt die Übernahme von Sotheby's 1983 durch den Immobilienmagnaten, Unternehmer und Philantropen A. Alfred Taubman, der auch im Restaurantgeschäft tätig war und später aussagte, dass *«there is more similarity in a precious painting by Degas and a frosted mug of root beer than you ever thought possible»*, CHRISTOPHER MASON, The Art of the Steal: Inside the Sotheby's – Christie's Auction House Scandal, New York 2004, S. 43, 50.

387 So wurde z.B. das ca. 185 000 Fotos umfassende Archiv der Foto-Agentur Magnum anfangs 2010 an die Investment-Firma von Michael Dell verkauft, der es dem Harry Ramson Center der University of Texas in Austin zur Verfügung stellt. Das Konvolut hat einen geschätzten Wert von ca. USD 100 Mio. Für Fotos von Andreas Gursky werden sechs- bis siebenstellige Preise bezahlt.

388 Siehe z.B. WASER (Fn. 291), S. 45.

389 JOCHEN KRAUSS, Rekordpreis für Hirsts Totenschädel, Focus online vom 30.8.2007 (http://www.focus.de/kultur/kunst/kunstobjekt_aid_131230.html).

II. Entstehung von Kunst

1. Allgemeines

Kunst entsteht auf vielfältige Art und Weise, auf unterschiedliche Veranlassung und unter verschiedenen Voraussetzungen: Die freischaffende Malerin produziert ihre Bilder als selbständige Einzelunternehmerin, sie vertreibt ihre Bilder über eine Galerie, in der sie ihre Bilder auch ausstellt;[390] ein anderer schreibt im Angestelltenverhältnis Romane oder komponiert Musik für Filme. Eine Studiomusikerin erhält sporadisch Aufträge, an Konzerten mitzuwirken. Eine Bildhauerin, die ihre Kunst im öffentlichen Raum auf- und ausstellen will, muss sich an öffentlichen Ausschreibungen der Gemeinden oder Kantone beteiligen. Auch architektonische Projekte müssen sich häufig in (privaten oder öffentlichen) Wettbewerben gegen Mitbewerber auszeichnen. Manchmal arbeitet der Künstler alleine, häufiger werden jedoch Werke gemeinschaftlich (kooperativ oder hierarchisch) geschaffen; insb. das URG trägt diesem Umstand zu wenig Rechnung.[391]

Entsprechend unterschiedlich sind die zivil-, sozialversicherungs-, verwaltungs- und steuerrechtlichen Normen, die auf die Entstehung von Kunst Anwendung finden können: Wer als unabhängiger Künstler arbeitet, schliesst in der Regel mit dem Besteller einen Werkvertrag ab (Art. 363 ff. OR).[392] Als selbständig Erwerbender ist er selbst für die Alters- und Invalidenvorsorge verantwortlich, muss sich gegen Krankheit- und Unfall versichern etc.[393] Wer demgegenüber im Angestelltenverhältnis Kunst schafft, ist von diesen Aspekten entlastet. Hier wirft dafür die Zuordnung des Urheberrechts Probleme auf, die sich besonders bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses akzentuieren, da das Gesetz nur für die Rechte an Erfindungen und Designs eine Regelung trifft (Art. 332 OR). Beteiligt sich der Künstler an öffentlichen Ausschreibungen, sind die Submissionsregeln der jeweiligen öffentlichen Körperschaft zu beachten.

---

390 Zum Verhältnis zwischen Künstler und Galerie siehe z.B. FLORIAN SCHMIDT-GABAIN, Künstler und Galerie: Eine rechtliche Beurteilung ihrer Zusammenarbeit, AJP 2009, S. 609 ff., S. 610 ff.; HANS FURER, Der Galerievertrag zwischen Galerist(in) und Künstler, in: Ivo Schwander und Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, St. Gallen 2008, S. 105 ff., S. 106 ff.; QUENTIN BYRNE-SUTTON und MARC-ANDRÉ RENOLD, Les droits des créateurs et la circulation des œuvres d'art, in: Martine Briat und Judith A. Freedberg (Hrsg.), Legal Aspects of International Art Trade, Paris 1993, S. 265 ff., S. 265 ff.; zum US-amerikanischen Recht vgl. FELDMANN/WEIL/BIEDERMAN (Fn. 228), S. 341 ff.; LERNER/BRESLER (Fn. 13), Bd. 1, S. 5 ff.

391 KKR-MOSIMANN/RENOLD (Fn. 4), Kap. 1 Rn. 61.

392 Bei Kunstwerken kann es u.U. schwierig zu beurteilen sein, ob das werkvertraglich geschuldete Resultat erbracht wurde, da es einer ästhetischen Bewertung bedarf, über die Besteller und Künstler u.U. divergierende Meinungen haben, vgl. dazu SCHACK (Fn. 122), S. 144.

393 Zur sozialversicherungsrechtlichen Situation des Künstlers vgl. KKR-MOSIMANN/RENOLD (Fn. 4), Kap. 1 Rn. 77 ff.; SCHACK (Fn. 2), Rn. 68 ff.; WILLY NORDHAUSEN (Fn. 13), Kap. 5 § 12.

Aus dieser Fülle rechtlicher Fragestellungen bei der Entstehung von Kunst wird nachstehend zunächst die grundsätzliche Problematik des Erfüllungsanspruchs bei Kunstverträgen behandelt. Es besteht ein Spannungsfeld zwischen dem allgemeinen Recht des Gläubigers, dass der Vertrag mit dem Künstler so erfüllt wird, wie vereinbart, und den Besonderheiten des Kunstbetriebs. Es ist somit zu untersuchen, ob und in welchem Umfang der Besteller von Kunst Anspruch auf Erfüllung des Vertrags hat, wenn sich in irgendeiner Weise Probleme bei der Vertragsabwicklung einstellen.

In dieses Kapitel gehört auch die Frage, wann aus rechtlicher Sicht in der bildenden Kunst das Arbeitsergebnis des künstlerischen Schaffens ein Original bzw. eine Reproduktion ist, und welche vertrags- bzw. urheberrechtliche Relevanz diese Begriffe haben. Nicht immer wird Kunst in lauterer Absicht geschaffen: Die Geschichte ist reich an Fälschungen, weshalb abschliessend auf Begriff, Bedeutung und rechtliche Auswirkungen der Fälschung eingegangen wird.

2. *Erfüllungsanspruch bei Kunstverträgen*

Im Schweizer Recht gilt es als Selbstverständlichkeit, dass der Gläubiger bei Nichterfüllung einer Leistungspflicht Erfüllung in natura verlangen kann: Die Erfüllung ist begrifflicher Teil der Obligation.[394] Der Gläubiger soll nicht gezwungen werden, im Fall einer Vertragsverletzung ein Ersatzgeschäft tätigen zu müssen. Demgegenüber führt im Common Law eine Vertragsverletzung primär zum Recht, Schadenersatz zu verlangen.[395] Der Erfüllungsanspruch als

394 Die nachfolgenden Ausführungen sind eine überarbeitete Fassung von MARKUS MÜLLER-CHEN, Der Erfüllungsanspruch – Primärer Inhalt der Obligation?, in: Das deutsche Zivilrecht 100 Jahre nach Verkündung des BGB: Erreichtes, Verfehltes, Übersehenes, Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart 1996, S. 19 ff.; siehe des Weiteren MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Peter Schlechtriem und Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 28 Rn. 1; KONRAD ZWEIGERT und HEINZ KÖTZ, Introduction to comparative law, 3. Aufl., Oxford 1998, S. 469 ff. Zur Entstehung dieser Tradition vgl. REINHARD ZIMMERMANN, The law of obligations, Oxford 1996, S. 770 ff.; rechtsvergleichend siehe MARKUS MÜLLER-CHEN, Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999, S. 74 ff.; GUENTHER H. TREITEL, Remedies for Breach of contract, Tübingen 1991, S. 51 ff.

395 MÜLLER-CHEN, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (Fn. 393), Art. 28 Rn. 2; E. ALLAN FARNSWORTH, Legal Remedies for Breach of Contract, 70 Colum. L. Rev. (1970), S. 1145 ff., S. 1156; EDWARD YORIO, Contract Enforcement, Specific Performance and Injunctions, Boston 1989, S. 12; PATRICK SELIM ATIYAH, Atiyah's Introduction to the law of contract, 6. Aufl., Oxford 2005, S. 371 ff.; JOHN POWELL, ROGER STEWART und RUPERT JACKSON (Hrsg.), Chitty On Contracts, 30. Aufl., London 2009, §§ 27–001 ff., 28–001; STEPHEN A. SMITH, Performance, Punishment and the Nature of Contractual Obligation, 60 Mod. L. Rev. (1997), S. 360 ff., S. 360 f.; TREITEL (Fn. 393), S. 49 ff.; WILLIAM S. DODGE, Teaching the CISG in Contracts, 50 J. Leg. Educ. (2000), S. 72 ff., S. 90; EWAN MCKENDRICK (Hrsg.), Sale of Goods, London 2000, § 10–041 ff.; zur historischen Entwicklung des Vertragsrecht im Common law vgl. REINHARD ZIMMERMANN, Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, in: Peter-Christian Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1999, S. 116 ff.

Rechtsbehelf in Gestalt der specific performance wird aus historischen und vollstreckungsrechtlichen Gründen nur ausnahmsweise gewährt.[396] Im Kunstbereich relevant ist, dass Schadenersatz als inadäquat gilt und specific performance gewährt wird, wenn der Gegenstand des Vertrags nach Ermessen des Gerichts einzigartig, unersetzlich ist.[397] Hängt demgegenüber die Vertragserfüllung massgeblich von der Persönlichkeit des Schuldners ab, wird specific performance aufgrund der vollstreckungsrechtlichen Schwierigkeiten verweigert.[398]

Im Kunstbetrieb akzentuiert sich dieses Problem, da es häufig um (höchst-) persönliche Leistungen geht: Eine Sängerin unterschreibt für zwei Spielzeiten einen Exklusivvertrag mit einem Theater. Ein lukratives Konkurrenzangebot bewegt sie, parallel für eine andere Bühne zu singen.[399] Es stellt sich die Frage, ob das erste Theater sie mit einer Unterlassungsverfügung daran hindern kann. Sir William Eden gab James McNeill Whistler den Auftrag, seine Frau zu portraitieren. Das Gemälde wurde bezahlt und nach Vollendung im Salon du Champ-de-Mars in Paris ausgestellt. Eden und Whistler überwarfen sich aber nachträglich (wegen des Honorars) und Whistler verweigerte die Übergabe an Eden; stattdessen ersetzte er den Kopf von Lady Eden mit dem einer anderen Frau. Sir Eden verlangte gerichtlich im Hauptantrag die Lieferung des Bilds im ursprünglichen Zustand.[400]

In beiden Fällen ist nach Schweizer Recht zumindest theoretisch ein (materiell-rechtlicher) Erfüllungsanspruch gegeben. Im ersten Fall kann der auf eine Verpflichtung zu einem Unterlassen lautende Entscheid aber nicht in natura vollstreckt werden. Gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. a–c CH-ZPO hat das Vollstreckungsgericht in einem solchen Fall nur, aber immerhin, die Möglichkeit, eine Strafdrohung nach Art. 292 StGB, eine Ordnungsbusse bis CHF 5000.– oder eine Ordnungsbusse bis zu CHF 1000.– für jeden Tag der Nichterfüllung auszusprechen. Die Leistung des Malers im zweiten Fall (Wiederherstellung des Bilds) kann aufgrund der persönlichen Leistungspflicht nur von ihm gefordert werden bzw. nur durch ihn selbst erfolgen. Der (theoretisch) bestehende vertragsrechtliche Anspruch auf Erfüllung verletzt aber das droit moral des Malers, welches – auch bei Auftragskunst – das Recht beinhaltet, über den Zeitpunkt

---

396 Specific Performance wird nachfolgend in einem untechnischen Sinn verwendet und meint alle Rechtsbehelfe, die die Gewährung von Erfüllungszwang beinhalten; PAUL NEUFANG, Erfüllungszwang als «remedy» bei Nichterfüllung, Baden-Baden 1998, S. 74 ff., 107 ff., 413; MÜLLER-CHEN, Folgen der Vertragsverletzung (Fn. 393), S. 44 f., 78 ff.

397 Weitergehend nun aber § 2–716 I UCC 2003: «(…) In a contract other than a consumer contract, specific performance may be decreed if the parties have agreed to that remedy. However, even if the parties agree to specific performance, specific performance may not be decreed if the breaching party's sole remaining contractual obligation is the payment of money».

398 Nachweise bei MÜLLER-CHEN, Folgen der Vertragsverletzung (Fn. 393), S. 109 ff.

399 *Lumley* v. *Wagner,* 42 Eng. Rep. 687 (Ch. 1852); *Paramount Pictures Corp. v. Betty Davis,* 228 Cal.App. 2d 827 (1964).

400 Cass. Civ. vom 14.3.1900, D 1900 I 467.

der Veröffentlichung zu bestimmen (Art. 9 Abs. 2 URG), was indirekt auf ein «right not to create» herausläuft.[401]

Selbst wenn ein solcher materiell-rechtlicher Anspruch gewährt würde, scheidet auf vollstreckungsrechtlicher Ebene eine Ersatzvornahme gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. e CH-ZPO aus. Es verbleiben daher lediglich die vorher genannten Zwangsmassnahmen des Gerichts; offen ist aber, ob der Künstler dazu gebracht werden kann, die von ihm geforderte Handlung (in casu die Wiederherstellung des Bilds in der entsprechenden Qualität) vorzunehmen. In beiden Fällen (Unterlassungsanspruch gegen Sängerin, Leistungsurteil gegen Maler) kann der Gläubiger überdies gemäss Art. 345 Abs. 1 CH-ZPO entweder Schadenersatz verlangen, wenn die unterlegene Partei den gerichtlichen Anordnungen nicht nachkommt, oder die Umwandlung der geschuldeten Leistung in eine Geldleistung fordern. Die Schwierigkeit liegt in der Bemessung des entsprechenden Betrags, wobei sich das Vollstreckungsgericht, welches für die Festsetzung zuständig ist (Art. 345 Abs. 2 ZPO-CH), zumindest im ersten Fall an verschiedenen Faktoren orientieren kann (z.B. Honorar der Sängerin), während im zweiten Fall eine Quantifizierung grosse Probleme bereitet. Insgesamt stellt sich daher die Frage, ob es nicht sachgerechter wäre, diese vollstreckungsrechtlichen Schwierigkeiten bereits bei der materiell-rechtlichen Beurteilung einzubeziehen, um zu klären, ob ein Erfüllunganspruch überhaupt gegeben ist.

3. Original und Reproduktion

a) Original

Das Original hat seit ca. dem 19. Jahrhundert einen gewissen Kultstatus erhalten, was mit dem Aufkommen günstiger Reproduktionsmöglichkeiten (insb. Fotografie) zusammenhängt: Das Original vermittelt Exklusivität, Einzigartigkeit, die fotografische Reproduktion demgegenüber ist «Massenware». Selbst ein qualitativ minderwertiges Original ist daher im Allgemeinen mehr wert als eine schön ausgeführte Reproduktion.[402] Das Original wird seit Walter Benjamin (1892–1940) mystifiziert, es wird ihm eine unvergleichliche und durch die beste Kopie nicht zu reproduzierende «Aura» zugeschrieben.[403] Es stellt sich die Frage, was aus rechtlicher Sicht ein Original ist.

---

401 DuBoff/King (Fn. 236), S. 213 ff.

402 Salisbury/Sujo (Fn. 380), S. 73.

403 Walter Benjamin, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, in: Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser (Hrsg.), Gesammelte Schriften I, 2 (Werkausgabe Band 2), Frankfurt a.M. 1980, S. 471 ff.: «Noch bei der höchstvollendeten Reproduktion fällt *eines* aus: das Hier und Jetzt des Kunstwerks – sein einmaliges Dasein an dem Orte, an dem es sich befindet. An diesem einmaligen Dasein aber und an nichts sonst vollzog sich die Geschichte, der es im Laufe seines Bestehens unterworfen gewesen ist. (...) Das Hier und Jetzt des Originals macht den Begriff seiner Echtheit aus. (...) Der gesamte Bereich *der Echtheit entzieht sich der technischen – und natürlich nicht nur der technischen – Reproduzierbarkeit.* Wäh-

Original ist das ursprüngliche,[404] zuerst dagewesene, vom Künstler selbst oder unter seiner Aufsicht geschaffene Werk.[405] Dieses muss weder zwingend signiert noch ein Unikat sein, es kann von einem Werk auch mehrere Originale geben (z.B. Druckgrafiken; Abgüsse in Bronze, Gips, Wachs; Lithografien; Fotografien etc.).[406] Abzüge von Grafiken sind Originale, wenn sie von einer vom Künstler selbst gearbeiteten Druckvorlage bzw. vom Originalnegativ abgezogen werden.[407] Zusätzlich ist m.E. erforderlich, dass der Abzug zumindest unter der Aufsicht des Künstlers erfolgt.[408] Entsprechendes gilt für Abgüsse. Postmortale Abzüge bzw. Abgüsse sind daher keine Originale.[409] Es ist hingegen für den Originalbegriff nicht entscheidend, ob die Abzüge signiert und numme-

---

rend das Echte aber der manuellen Reproduktion gegenüber, die von ihm im Regelfall als Fälschung abgestempelt wurde, seine volle Autorität bewahrt, ist das der technischen Reproduktion gegenüber nicht der Fall. (...) Die Echtheit einer Sache ist der Inbegriff alles von Ursprung her an ihr Tradierbaren, von ihrer materiellen Dauer bis zu ihrer geschichtlichen Zeugenschaft. Da die letztere auf der ersteren fundiert ist, so gerät in der Reproduktion, wo die erstere sich dem Menschen entzogen hat, auch die letztere: die geschichtliche Zeugenschaft der Sache ins Wanken. (...) Man kann, was hier ausfällt, im Begriff der Aura zusammenfassen und sagen: was im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit des Kunstwerks verkümmert, das ist seine Aura. (...).» (Hervorhebungen im Original).

404 Vgl. M.J. FRIEDLÄNDER, Echt und Unecht, Berlin 1929, S. 50, schreibt (mit gewissem Pathos): «Das Kunstwerk ist ursprünglich, es entspricht dem Organismus seines Autors, ist deshalb diesem Autor eigentümlich, gewissermassen ein Teil von ihm. Nachdem es den natürlichen Weg durch eine Individualität zurückgelegt hat, tritt es in Frische, Morgenglanz und nie gesehener Art ans Licht und wird als ‹Original› begrüsst».

405 Bis ins 19. Jahrhundert erstellte die Mehrheit der Bildhauer nur das Gipsmodell. Dieses wurde dann von den Assistenten des Künstlers mit Hilfe eines sog. Punktiergeräts in den Stein übertragen und von Hand fertigestellt. Die Skulptur darf aber trotzdem als Original gelten, weil das fertige Werk auf dem Entwurf und der Konzeption des Künstlers beruht, siehe dazu MARK JONES, Why Fakes?, in: Mark Jones, Paul Craddock und Nicolas Barker (Hrsg.), Fake? The Art of Deception, Berkeley 1990, S. 11 ff., 14 f., 50, der George Bernard Shaw wie folgt zitiert: *«Rodin told me all modern sculpture is imposture; that neither he nor any of the others can use a chisel».*

406 SCHACK (Fn. 2), Rn. 23; JONES (Fn. 404), S. 11 ff., 28, 50.

407 PICKER, Praxis des Kunstrechts (Fn. 13), S. 16 ff.; viele nützliche Informationen zur Druckgrafik finden sich auf der Website der International Fine Print Dealers Association, http://www.ifpda.org. Es gibt jedoch in der Kunstgeschichte zahlreiche Fälle, in denen nicht der Künstler, sondern ein professioneller Drucker den Originalentwurf des Künstlers auf die Druckvorlage übertragen hat. Dies trifft z.B. für viele von Albrecht Dürers Holzschnitten zu; immerhin schuf er aber das Design speziell für den Druck, und er hat das Schnitzen und Drucken des Druckstocks persönlich überwacht, so dass die Holzschnitte als Originale gelten können. Ich danke Frau Martha Tedeschi, Kuratorin der Abteilung für Druckgrafiken und Zeichnungen des Art Institute of Chicago, für diesen Hinweis.

408 Wie hier SCHACK (Fn. 2), Rn. 24; OLIVER PLÖCKINGER, Kunstfälschung und Raubkopie: Eine strafrechtliche Untersuchung, Wien 2006, S. 12 f.; a.A. PAUL KATZENBERGER, in: Gerhard Schricker (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 3. Aufl., München 2006, § 24 Rn. 28; dieses Erfordernis muss wohl bei digitaler Fotografie relativiert werden, da der Ausdruck der digital vom Künstler bearbeiteten Fotografie ein rein mechanisch-handwerklicher Vorgang ist; die Standards sind international unterschiedlich, siehe LERNER/BRESLER (Fn. 13), Bd. 1, S. 463 ff.

409 So auch SCHACK (Fn. 2), Rn. 24; PLÖCKINGER (Fn. 407), S. 13.

riert[410] werden, auch wenn dies heute die wohl gängige Praxis ist und von vielen Sammlern auch gefordert wird, da mit der Nummerierung und Signierung der Abzüge gewährleistet wird, dass keine weiteren Editionen hergestellt werden und den Marktwert der bestehenden Abzüge verwässern.[411] Die blosse Handsignatur des Abzugs, der nicht von einer vom Künstler gearbeiteten Platte stammt, macht den Abzug nicht zur «Originalarbeit». Es liegt auch kein Original vor, wenn der Künstler ein Blatt blanko unterzeichnet, ohne am Druck in irgendeiner Weise beteiligt zu sein.[412] Auch das am Computer vom Künstler digital erschaffene Werk ist ein Original, wobei m.E. sowohl die digitale Datei als auch das von ihm selbst angefertigte und (z.B. durch Unterschrift) autorisierte Werkexemplar als Original zu gelten haben.[413] Die Werkexemplare müssen m. a.W. seiner Konzeption bzw. seinen Anforderungen genügen, womit sie sich von blossen Reproduktionen unterscheiden.[414] Entsprechendes gilt für Digitalfotos und multimediale Werke.

Für den Originalbegriff ist es im Grundsatz gleichgültig, wie viele Exemplare des Drucks vorhanden sind. Aus wirtschaftlichen Gründen wird der Künstler in der Regel darauf bedacht sein, seine Auflage zu limitieren, denn dadurch gewinnt der einzelne Abzug an Wert. Im neuen Mehrwertsteuerrecht ist die Auflagenhöhe für die Steuerausnahme von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 16 MWSTG relevant.[415] Ob ein restauriertes Kunstwerk noch Original ist, hängt vom Grad der Veränderung ab.[416]

b) Reproduktion

aa) Begriff

Die Reproduktion bzw. die Kopie bildet das Original nach bzw. ab: Reproduzieren heisst vervielfältigen. Eine Reproduktion muss nicht originalgetreu sein, auch mehr oder weniger schöpferische Bearbeitungen sind Kopien.[417] Dazu

---

410 Dabei ist zu beachten, dass ausserhalb der verkauften Auflage, die mit Nummer/Auflagenhöhe (z.B. 2/50) nummeriert wird, in der Regel eine bestimmte Anzahl von Exemplaren vorweg für den Künstler (sog. épreuve d'artiste, e.a.) bzw. für den Verleger (hors de commerce, h.c.) gedruckt werden, siehe SCHACK (Fn. 2), Rn. 33.

411 LERNER/BRESLER (Fn. 13), Bd. I, S. 460; nicht alle Künstler signieren ihre Werke, so hat z.B. der Basler Künstler und Grafiker Niklaus Stoecklin seine Lithografien erst nachträglich auf Wunsch der Sammler unterschrieben; auch Lionel Feininger war bekannt dafür, seine Drucke nicht zu signieren.

412 Salvador Dalí (1904–1989) hat in den 1970er Jahren leere Bögen signiert, weil er aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage war, am Druckprozess teilzunehmen, vgl. Nachweise in: *FTC v. Magui Publishers, Inc., and Pierre Marcand,* 1991 U.S. Dist. LEXIS 20452 (C.D. Cal. 1991).

413 So auch WINFRIED BULLINGER, Urheberrechtlicher Originalbegriff und digitale Technologien, KUR 2006, S. 106 ff., S. 110 f.

414 BULLINGER (Fn. 412), S. 110.

415 Siehe dazu oben Ziff. B.III.4.a.

416 PICKER, Kunstgegenstände & Antiquitäten (Fn. 13), S. 97 ff.

417 Zur urheberrechtlichen Einordnung der Reproduktion siehe unten Ziff. D.II.3.b.bb.

stehen verschiedene Techniken zur Verfügung:[418] Im Mittelalter waren Holzschnitte (Hochdruckverfahren), von ca. dem 15. bis 19. Jahrhundert die Kupferstecherei und die Radierung (Tiefdruckverfahren) gebräuchlich. Diese Verfahren wurden von der Lithographie (Flachdruckverfahren) abgelöst. Heute sind insb. die digitale Fotografie (mit den entsprechenden Bildbearbeitungsmöglichkeiten) sowie weitere Digitalisierungstechniken (z.B. Scanner, Video etc.) wichtig.[419]

Reproduktionen hatten im Kunstmarkt schon immer eine wichtige Funktion. Früher konnten die schwer zugänglichen Originale einer breiteren Bevölkerungsschicht bekannt gemacht werden,[420] was massgeblich zum Ansehen der Künstler beitrug. Jeder berühmte Künstler hatte auch seinen persönlichen Kupferstecher.[421] Heute sind aufgrund der tiefen Herstellungskosten insb. digitaler Technologien die Reproduktionen preislich moderat und daher bei den Sammlern als Alternative zu den oft unerschwinglichen Originalen beliebt.[422]

Gleichzeitig fällt es, besonders bei Grafiken, nicht immer leicht, zwischen Original und Reproduktion zu unterscheiden: Im Kunstmarkt werden häufig sog. «Originaldrucke» angeboten, die nichts anderes als digitale Kopien analoger Bilder oder Zeichnungen sind, zwar in hoher Qualität, auf hochwertigem Papier und möglicherweise in kleiner Auflage, aber nichtsdestotrotz Reproduktionen.[423] Damit steigt auch das Risiko des Käufers, anstelle des Originals bloss eine Vervielfältigung (zum Preis des Originals) zu erhalten, weshalb Vorkehrungen zu seinem Schutz getroffen werden müssen.[424] Aus diesem Grund haben in den USA zahlreiche Bundesstaaten konsumentenschutzrechtliche Vorschriften erlassen, welche u.a. Informationspflichten des professionellen Verkäufers enthalten.[425] Eine solche Aufklärungspflicht des Verkäufers lässt sich

---

418 LERNER/BRESLER (Fn. 13), Bd. 1, S. 453 ff.

419 Reproduktionsgrafik ist die mechanische Übertragung z.B. eines Gemäldes oder einer Zeichnung in eine druckgrafische Technik.

420 Eine besondere Funktion erfüllte die Kopie des originalen Himmelsglobus im Kulturgüterstreit zwischen den Kantonen Zürich und St. Gallen: Dieser konnte u.a. deshalb beigelegt werden, weil sich der Kanton Zürich verpflichtete, auf eigene Kosten eine originalgetreue Kopie des Himmelsglobus herzustellen, womit dieser wieder einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden konnte, siehe NZZ Nr. 155 vom 8.7.2009, S. 47 (http://www.nzz.ch/nachrichten/zuerich/stgallen_zuerich_globus_kulturgueterstreit_1.2940005.html); zum Kulturgüterstreit zwischen St. Gallen und Zürich im Allgemeinen siehe RAINER J. SCHWEIZER, KAY HAILBRONNER und KARL HEINZ BURMEISTER, Der Anspruch von St. Gallen auf Rückerstattung seiner Kulturgüter aus Zürich, Zürich 2002.

421 WOLFGANG ULLRICH, Raffinierte Kunst, Berlin 2009, S. 19 ff., 24 ff., 40 ff.

422 Zum Ganzen DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 82 ff.

423 BULLINGER (Fn. 412), S. 110.

424 SCHACK (Fn. 2), Rn. 31 ff.

425 DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 83; LERNER/BRESLER (Fn. 13), Bd. 1, S. 483 ff. zur New Yorker Gesetzgebung gegen den Missbrauch von Multiples; z.B. § 1740 ff. Cal. Civ. Code, dazu LERNER/BRESLER (Fn. 13), Bd. 1, S. 476 f.; in eine ähnliche Richtung geht Art. 192 Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler, abgedruckt in ZEuP 2009, S. 624 ff., der beim Kauf gebrauchter Güter den Verkäufer ver-

aber auch ohne gesetzliche Regel de lege lata aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) herleiten (unselbständige kaufvertragliche Nebenpflicht).[426] Es ist m.E. sachgerecht, den gewerbsmässig tätigen Verkäufer zur Deklaration darüber zu verpflichten, ob das Blatt ein Exemplar einer bestimmten Anzahl von Originalen, oder eine Reproduktion ist.[427] Das gleiche gilt mutatis mutandis für Abgüsse.

bb) Urheberrechtliche Relevanz

Wird ein Werk reproduziert, vervielfältigt dies im urheberrechtlichen Sinn das Original unabhängig vom gewählten Verfahren, dem Material und der Stückzahl. Daher ist sowohl die Lithografie mit einer Auflage von 3000 Exemplaren als auch die verkleinerte Wiedergabe einer Plastik eine Vervielfältigung. Weitere Beispiele sind das Abzeichnen eines Bilds, die Aufnahme auf einem Datenträger (z.B. das Brennen einer CD mit Musikstücken oder das Scannen eines Gemäldes), die Digitalisierung einer analogen Videosequenz oder der Download einer Abbildung vom Internet in den Arbeitsspeicher eines Computers.[428] Das Vervielfältigungsrecht liegt beim Urheber (Art. 10 Abs. 1 lit. a URG), es wird insb. durch Art. 19 URG (Eigengebrauch) beschränkt. Der Urheber hat das Recht, mit technischen Massnahmen sein Werk vor unerlaubter (insb. digitaler) Vervielfältigung zu schützen (Art. 39a ff. URG). Aufgrund der Übertragbarkeit der urheberrechtlichen Nutzungsrechte (Art. 16 Abs. 1 URG) kann der Urheber das Reproduktionsrecht vertraglich abtreten, was in der Regel gegen Vergütung geschieht (Lizenzvertrag). Er kann dieses Recht auch mittels *Wahrnehmungsvertrag* z.B. einer Verwertungsgesellschaft übertragen, die dann die entsprechende Nutzung durch Dritte vermittelt, kontrolliert und die entsprechende Vergütung einzieht (kollektive Rechteverwertung).[429] Wird das Werk ohne Zustimmung des Urhebers kopiert, stehen diesem die Ansprüche nach Art. 61 f. URG zu, insb. das Recht auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe (Art. 62 Abs. 2 URG). Wird das Original nicht nur kopiert, sondern masst sich der Kopist auch noch die Urhe-

---

pflichtet, vor Vertragsabschluss auf Anfrage Angaben über gewisse Eigenschaften des Guts zu machen. Beim Verkauf durch Versteigerung muss der Verkäufer insb. über die genaue Bezeichnung, den Ort, das Datum oder die Epoche der Herstellung oder Produktion, oder die Herkunft informieren (Art. 219 Ziff. 3 lit. b) Vorentwurf).

426 So auch SCHACK (Fn. 2), Rn. 35; rechtsvergleichend CAROLYN OLSBURGH, Authenticity in the Art Market: A Comparative Study of Swiss, French and English Contract law, Leicester 2005, S. 7 ff.; BRUNO SCHMIDLIN, in: Luc Thévenoz und Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Genf 2003, Art. 23/24 CO Rn. 56; HANS-PETER KATZ, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Zürich 1973, S. 123 ff.; siehe auch FURRER/MÜLLER-CHEN (Fn. 284), Kap. 1, Rn. 99 ff.

427 SCHACK (Fn. 2), Rn. 35.

428 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 10 Rn. 7; SCHACK (Fn. 2), Rn. 261; HAIMO SCHACK, Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung – zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG, ZUM 2002, S. 497 ff., S. 498.

429 Siehe z.B. Ziff. 2.2 lit. D-G des Mitgliedervertrags der ProLitteris für Urheber (abgedruckt bei REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Nr. 31.

berschaft an, liegt ein Plagiat vor.[430] Dieses hat neben den zivilrechtlichen Folgen von Art. 61 f. URG auch strafrechtliche Konsequenzen (Art. 68 URG: Busse).

Mit der Vervielfältigung kann gleichzeitig eine Veränderung des Originals einhergehen. Ist diese Umgestaltung ohne eigenschöpferisches Gepräge, d.h. weist sie keine neuen, eigenständigen Eigenschaften auf, wird das Änderungsrecht des Urhebers verletzt (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG). Blosse Änderungen bzw. geringfügige Modifikationen lassen kein urheberrechtlich geschütztes Werk entstehen.[431] Wird das Original hingegen schöpferisch umgestaltet, liegt entweder eine (unfreie) Bearbeitung (sog. Werk zweiter Hand, Art. 3 Abs. 1 URG) oder eine freie Benutzung des Erstwerks vor. In beiden Fällen entsteht ein selbständig geschütztes Werk. Der Urheber hat jedoch das Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk zur Schaffung eines Werks zweiter Hand verwendet werden darf (Art. 11 Abs. 1 lit. b URG). Diese Zustimmung muss nicht ausdrücklich erfolgen, sie kann auch konkludent oder stillschweigend erfolgen. Die Grenze zwischen unfreier Bearbeitung und freier Benutzung ist nicht immer leicht zu ziehen: Letztlich ist entscheidend, ob die entlehnten Teile des ursprünglichen Werks aufgrund eines konkreten Werkvergleichs vom eigenschöpferischen Gehalt des neuen Werks überlagert werden, so dass ein genügender Abstand zwischen den Werken entsteht.[432]

Werke zweiter Hand können z.B. sein die Übersetzung eines Sprachwerks (Art. 3 Abs. 2 URG), die Dramatisierung oder Verfilmung eines Romans, die (nicht bloss «sklavisch» reproduzierende) Fotografie eines Kunstwerks[433], die choreografische Darstellung eines Textes,[434] eine nach einer Fotografie gefertigte Skulptur,[435] jegliche Veränderung der Technik oder des Werkstoffes, die

---

430 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 3 Rn. 1, Art. 25 Rn. 6; SCHACK (Fn. 2), Rn. 344 ff.

431 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 3 Rn. 1.

432 HERTIN (Fn. 34), S. 471; SCHACK (Fn. 5), S. 163.

433 Siehe *The Bridgeman Art Library, Ltd., v. Corel Corp., et al.,* 25 F. Supp. 2d 421, 427 (S.D. N. Y. 1999), wonach die blosse fotografische Reproduktion («slavish copy») von (in casu: gemeinfreien) Gemälden ohne zusätzliche Änderungen oder Verzierungen kein urheberrechtlich schützbares Werk entstehen lässt. Das Urteil erging unter dem englischen Copyright, Designs and Patents Act 1988.

434 BGH vom 18.3.1960, I ZR 75/58, GRUR 1960, S. 606 ff., 608 (Eisrevue II), NJW 1960, S. 1902 ff.; zur Schutzfähigkeit choreografischer Werke siehe Art. 2 Abs. 1 lit. h URG, dazu REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 2 Rn. 16; nach deutschem Recht siehe ARTUR-AXEL WANDTKE, Choreografische und pantomimische Werke und deren Urheber, in: Rainer Jacobs, Hans-Jürgen Papier und Peter-Klaus Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue, Köln 2006, S. 745 ff., S. 748 ff.; zum österreichischen Recht siehe OGH vom 22.1.2008, 4 Ob 215/07d, GRUR 2009, S. 262 ff. (Schutzfähigkeit bejaht, wenn eine Musiknummer durch das Ausdrucksmittel der Körpersprache in einer individuell eigenartigen Weise dargestellt wird, die über das von der Lehre überlieferte Handwerk der Tanzkunst hinausgeht und wenn dadurch Gedanken und Empfindungen zum Ausdruck gebracht werden).

435 *Rogers v. Koons,* 960 F. 2d 301 (2d Cir. 1992): Der Künstler Jeff Koons übernahm ohne Zustimmung des Fotografen Art Rogers das Sujet einer Postkarte mit acht Welpen («puppies») als Vorlage für eine dreidimensionale farbige Holzskulptur («String of Puppies»); vgl. dazu MERRYMAN/ELSEN/URICE (Fn. 15), S. 564 ff.; zu den Anforderungen an den Urheberrechtsschutz

Verkleinerung oder Vergrösserung des Bildmotivs, das Sound Sampling oder der digitale Remix[436] etc.

Zustimmungsfreie Benutzung liegt vor, wenn der individuelle Charakter des Originals nicht mehr erkennbar ist, weil dessen prägende Züge «verblasst» sind und so ein neuer Gesamteindruck entsteht.[437] Je stärker die Eigenart des benutzten Werks ist, desto weniger werden dessen übernommene Eigenheiten in dem danach geschaffenen Werk verblassen (und umgekehrt).[438] Das Erstwerk ist in diesem Fall bloss die Inspirationsquelle für die Schaffung von etwas Neuem; es tritt gegenüber dem neuen Werk völlig in den Hintergrund.[439] Freie Benutzung wird z.B. regelmässig bei der Vertonung eines Textes oder Bilds vorliegen.[440]

4. *Fälschung*

a) *Begriff und Bedeutung der Fälschung*

aa) Begriff

Ein Kunstwerk ist gefälscht, wenn es nicht echt ist. Echt bzw. authentisch ist das Kunstwerk, wenn es wirklich das ist, was es zu sein vorgibt.[441] Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass kein Objekt per se eine Fälschung ist.[442] Eine Fälschung liegt vor, wenn das Kunstwerk nicht von dem Künstler oder aus der Epoche stammt, dem bzw. der es zugeschrieben wird: Maler X fabriziert ein Bild, das er mit «Picasso» signiert und als «Picasso» mit einer gefälschten Do-

---

bei appropriation art siehe SCHACK (Fn. 2), Rn. 356 f., der nur in Ausnahmefällen dem Appropriation-Künstler eine eigenschöpferische Bearbeitung zuerkennt.

436 Dazu KKR-WEGENER (Fn. 4), Kap. 11 Rn. 6 f.; LADEUR (Fn. 105), S. 184 f.

437 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 3 Rn. 1; SCHACK (Fn. 2), Rn. 338 ff.; REICH (Fn. 15), 2. Kap. Rn. 5; es gibt Ansätze in der Literatur, welche anstelle des Kriteriums des Verblassens auf die amerikanische Fair Use Defense (§ 107 US Copyright Act) zurückgreifen wollen, welche unter bestimmten Voraussetzungen den an sich verletzenden Gebrauch eines geschützten Werks erlaubt. Dabei soll u.a. abgestellt werden auf Zweck und Art des Zitats, die Art des zitierten Werks, Umfang des zitierten Werks im Vergleich zum Erstwerk, Wirkung des Zitats auf das Marktpotential des Erstwerks, siehe dazu STUDER (Fn. 148), S. 49 f.; zur fair use doctrine DONALD FISCHMAN, Copyright Law and Computers, in: Susan Tiefenbrun (Hrsg.), Law and the arts, Westport (Conn.) 1999, S. 67 ff., 71 ff.; für Sprachwerke siehe insb. REICH (Fn. 15), 2. Kap. Rn. 21.

438 OLG Köln vom 31.7.2009, 6 U 52/09, ZUM 2009, S. 961 ff., 963.

439 BGE 125 III 328, 332; DE WERRA (Fn. 287), S. 108; siehe auch die Beispiele bei SCHACK (Fn. 2), Rn. 339.

440 Vgl. dazu HERTIN (Fn. 34), S. 471 ff.

441 FRANÇOIS DURET-ROBERT, L'authenticité des œuvres d'art dans la pratique du marché de l'art, in: Marc-André Renold, Pierre Gabus und Jacques de Werra (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Zürich 2007, S. 29 ff., S. 29.

442 BERT DEMARSIN und ELTJO J.H. SCHRAGE, Great Expectations and Bitter Disappointments: A Comparative Legal Study into Problems of Authenticity and Mistake in the Art Trade, in: Bert Demarsin, Eltjo J.H. Schrage, Bernard Tilleman und Alain L. Verbeke (Hrsg.), Art & Law, Brügge 2008, S. 556 ff., S. 562.

kumentation verkauft.[443] Der Fälscher schiebt dem anderen Künstler somit ein nicht von diesem stammendes Bild unter.[444] Ein Händler verkauft eine neuzeitliche Kopie eines Beistelltisches als «Louis XV, ca. 1740».[445] Gefälscht ist auch die in *Täuschungsabsicht* hergestellte Reproduktion oder Kopie, welche als Original verkauft wird.[446] Eine Fälschung liegt vor, wenn Teile verschiedener Bilder zu einem neuen zusammengesetzt werden (Pasticcio).[447] Keine Fälschung, sondern ein «genuine fake», d.h. eine «echte Fälschung» liegt vor, wenn die Kopie des Originals ausdrücklich als solche gekennzeichnet ist: So hat z.B. der Fälscher David Stein, als er wegen Kunstfälschung im Gefängnis in Paris einsass, 68 Kopien berühmter Werke gemalt, die er mit «Stein, D.» signierte und die von einer Galerie als «forgeries by Stein» vermarktet wurden.[448] Die Nachahmung eines Stils, eines Motivs oder einer Manier anderer Künstler stellt – Täuschungsabsicht vorbehalten – keine Fälschung dar.[449]

Werke sind ausserdem gefälscht, wenn sie aus dem unautorisierten Gebrauch von illegal erhältlich gemachten Druckplatten, Gips- oder Silikonformen stammen, die nach Vollendung der Serie nicht zerstört wurden.[450] Dazu gehört auch das Hinzufügen der (gefälschten) Unterschrift des Künstlers auf einem unsignierten Druck.[451] Ferner liegt eine Fälschung vor, wenn ein Werk, das «aus der Schule» eines bekannten Meisters stammt, als Original verkauft wird.[452] Es kommt vor, dass Werke ohne die Zustimmung des Künstlers nachträglich geändert, restauriert,[453] retuschiert, verziert, verkleinert, vergrössert oder vollendet werden.[454] Das so veränderte Kunstwerkt hat als Fälschung zu gelten, unabhängig vom Motiv der Bearbeitung.[455] Eine Fälschung liegt auch vor, wenn ein

---

443 Viele Beispiele bei THOMAS WÜRTENBERGER, Das Kunstfälschertum: Entstehung und Bekämpfung eines Verbrechens vom Anfang des 15. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts, 2. Aufl., Leipzig 1970, S. 99 ff.; oft ist auch die Provenance gefälscht, siehe dazu unten Ziff. D.II.4.a.

444 SCHACK (Fn. 2), Rn. 254.

445 KURT SIEHR, Was ist eine Fälschung? Rechtsfolgen des Handels mit gefälschten Kunstwerken, in: Gerte Reichelt (Hrsg.), Vorlesungen und Vorträge, Was ist eine Fälschung?, Wien 2008, S. 9 ff., S. 17 f.

446 THOMAS WÜRTENBERGER, Der Kampf gegen das Kunstfälschertum in der deutschen und schweizerischen Strafrechtspflege, Wiesbaden 1951, S. 2 f.; DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 59; SCHACK (Fn. 2), Rn. 43; siehe oben Ziff. D.II.3.b.

447 STUART J. FLEMING, Authenticity in Art: The Scientific Detection of Forgery, London 1975, S. 9 f.; SCHACK (Fn. 2), Rn. 40.

448 *State of New York v. Wright Hepburn Webster Gallery, Ltd.,* 64 Misc. 2d 423; 314 N.Y.S.2d 661 (S.C. NY 1970).

449 So auch SCHACK (Fn. 2), Rn. 40 mit Fn. 6.

450 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 103.

451 *FTC v. Magui Publishers, Inc., and Pierre Marcand,* 1991 U.S. Dist. LEXIS 20452 (C.D. Cal. 1991).

452 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 11 f.; a.A. MARC WEBER, Der internationale Kauf gefälschter Kunstwerke, AJP 2004, S. 947 ff., S. 948.

453 Dazu KONRAD DÖPFNER, Der Restaurierungsbetrug, Lübeck 1989, S. 59 ff.

454 DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 59; SIEHR (Fn. 444), S. 19 f.; JONES (Fn. 404), S. 14 f., 50.

455 SCHACK (Fn. 2), Rn. 40: z.B. «Anpassung» eines Werks an einen höherpreisigen Stil desselben Künstlers oder der jeweiligen Epoche; siehe auch das Beispiel bei FLEMING (Fn. 446), S. 8:

Künstler (im konkreten Fall Picasso) nachträglich ein Bild signiert, das fälschlicherweise ihm zugeschrieben wurde.[456] Wird schliesslich ein unsigniertes Bild eines bestimmten Künstlers nachträglich von einem Dritten signiert, um dessen Wert zu steigern, ist m.E. ebenfalls eine Fälschung anzunehmen.[457]

bb) Bedeutung

Fälscher und Fälschungen sind nicht nur von grossem psychologischen und kunstphilosophischen Interesse;[458] das Geschäft mit Fälschungen ist ein volkswirtschaftlich relevanter Markt: Gemäss Art Loss Register verursachen Fälschungen dem Kunstmarkt alleine in England jährlich Schäden im Umfang von ca. £ 200 Mio. Experten schätzen, dass zwischen ca. 10–60 % aller Objekte auf dem Kunstmarkt gefälscht sind.[459] Neben den wirtschaftlichen Verlusten ist es für ein Museum, ein Auktionshaus oder eine Privatsammlung ein nicht unerheblicher Reputationsschaden, wenn sich herausstellt, dass ein vermeintlich wertvolles Meisterwerk nur eine gut gemachte Fälschung ist. Es kommt hinzu, dass viele Fälschungen jahrzehntelang unentdeckt bleiben.[460] In einem Museum in Melbourne hing vierzig Jahre das Vincent Van Gogh zugeschriebene Gemälde «Head of a Man», bevor Kunsthistoriker es als eine aus dem späten 19. Jahrhundert stammende Fälschung entlarvten. Der ursprünglich auf über USD 20 Mio. geschätzte Wert fiel so über Nacht auf ein paar tausend Dollar.[461] Ein dem florentinischen Maler Sandro Botticelli zugeschriebenes Madonna-Bildnis, welches in den 1920er Jahren ohne jegliche Provenienz aufgetaucht war, wurde erst fünfzehn Jahre später als Fälschung entlarvt – obwohl die Madonna offenbar einem zeitgenössischen Filmstar glich.[462]

über das unscheinbare Bildnis eines Mädchens aus dem 17. Jahrhundert wurde das Bildnis von König Edward VI (1537–1553) gemalt, um dem künstlerisch unbedeutenden Ursprungsbild historische Bedeutung zu verleihen.

456 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 240; von einem anderen Fall (Corot) berichten SCHACK (Fn. 2), Rn. 40 und SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 234 f.

457 Die Rückdatierung eines eigenen Werks stellt nach SCHACK (Fn. 2), Rn. 41, 55, 132 ff., keine Fälschung im Sinne einer Täuschung über die Herkunft des Werks dar, kann aber je nachdem eine Urkundenfälschung oder ein Betrug zum Nachteil des Käufers sein; in der Sache ebenso SIEHR (Fn. 444), S. 20 f.

458 Dazu SÁNDOR RADNÓTI, The fake: Forgery and its Place in Art, Lanham 1999, S. 35 ff.

459 DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 58; SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 236; SCHACK (Fn. 2), Rn. 38; JOSEPH C. GIOCONDA, Can Intellectual Property Laws Stem the Rising Tide of Art Forgeries?, 31 Hastings Comm. & Ent. L.J. S. 47 ff., 56; dies bedeutet aber auch, dass offensichtlich eine grosse Nachfrage nach Fälschungen herrscht: JONES (Fn. 404), S. 11 ff., 13.

460 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 297.

461 GIOCONDA (Fn. 458), S. 52.

462 VICTOR HARRIS, What is a fake?, in: Mark Jones, Paul Craddock und Nicolas Barker (Hrsg.), Fake? The Art of Deception, Berkeley 1990, S. 34 f.

Die Geschichte ist reich an Fälschern[463] bzw. Fälschungen; bereits babylonische Priester sollen eine Keilschrift-Tontafel gefälscht haben, um ihren Tempel älter aussehen zu lassen, als er war.[464] Viele der sog. «echten» griechischen Statuten sind nichts anderes als Kopien aus römischer Zeit, da die Nachfrage nach griechischer Kunst das Angebot bei weitem überstieg.[465] Einer der wohl bekanntesten Fälscher war der Maler und Kunsthändler Han (Henricus) van Meegeren (1889–1947), der sich auf den Stil des holländischen Barockmalers Jan Vermeer (1632–1675) spezialisierte.[466] Es gelang ihm 1942 sogar, eine seiner Fälschungen (Christus und die Ehebrecherin) an Reichsmarschall Hermann Göring zu verkaufen.[467] Nach dem Krieg geriet er in den Verdacht ein Kollaborateur der Nationalsozialisten gewesen zu sein, weshalb er die Fälschungen gestand.

In den späten 1980er bzw. 1990er Jahren hat der englische Fälscher John Myatt unzählige Werke von Giacometti, Braque, Chagall etc. gefälscht. Hinter diesen Betrugsfällen stand der Engländer John Drewe, der es mit immer wechselnden Identitäten und z.T. unglaublich anmutenden Lügengebilden geschafft hat, die Fälschungen im Markt zu platzieren. Er hat darüber hinaus nahezu perfekte Falsifikate der Provenance (Herkunftsgeschichte) der Werke fabriziert. Aus Archiven von Galerien und Museen (z.B. dem Tate Museum oder dem Victoria and Albert Museum in London) hat er Briefe, Ausstellungsunterlagen und weitere Dokumente entwendet, daraus die Provenancen für die Fälschungen hergestellt, um anschliessend die gefälschten Provenancen wieder in die Archive dieser Museen zu schmuggeln. Mit dieser scheinbar makellosen Dokumentation aus erstklassiger Quelle konnten auch zweifelnde Käufer überzeugt werden.[468]

Nicht nur Werke der bildenden Kunst werden gefälscht; es sind auch Beispiele aus der Literatur bekannt. Elisabeth Förster-Nietzsche, die jüngere Schwester von Friedrich Nietzsche, sicherte sich nach dem Tod der Mutter die Kontrolle über das Werk und später über den Nachlass ihres Bruders. Sie gründete das Nietzsche-Archiv und behielt die alleinige Kontrolle darüber. Die von ihr vorgenommenen Textfälschungen blieben bis zu ihrem Tod im Jahr 1935 unbemerkt, da sie die einzige Person mit unbeschränktem Zugang war. Sie retuschierte, radierte und rasierte vor allem Textstellen aus, in denen sie von ihrem

---

463 Zur Persönlichkeit des Kunstfälschers siehe WÜRTENBERGER (Fn. 442), S. 19 ff.; für Hinweise auf zahlreiche Fälscher und einen Leitfaden, wie Fälschungen möglichst professionell herzustellen sind, siehe ERIC HEBBORN, The Art Forger's Handbook, London 1997, S. 3 ff.

464 JONES (Fn. 404), S. 12.

465 FLEMING (Fn. 446), S. 6; SCHACK (Fn. 2), Rn. 25; SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 234 mit weiteren Beispielen.

466 Dazu SIEHR (Fn. 444), S. 11 f.

467 SCHACK (Fn. 2), Rn. 45 m.w.N., der dort angegebene Kaufpreis von 1,65 Mio. Gulden ist nicht gesichert.

468 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 1 ff.

Bruder unvorteilhaft dargestellt wurde.[469] Aufgrund ihrer Textmanipulationen galt Nietzsche als ein Vordenker des Nationalsozialismus. Insbesondere wurde ihm die Autorschaft eines Buches angedichtet («Der Wille zur Macht»), welches aus einer willkürlichen Zusammenstellung verschiedener Textfragmente aus seinem Nachlass gebastelt wurde.

Die wenigen Beispiele[470] zeigen im Übrigen auch den irrationalen Umgang mit der Unterscheidung zwischen echt und gefälscht auf: Solange alle auf dem Kunstmarkt Beteiligten der Überzeugung sind, dass ein Kunstwerk echt ist, scheint sich der ökonomische Wert an intrinsischen Kriterien wie der Aussagekraft, der Ästhetik, der handwerklichen Kunstfertigkeit, der «Aura»[471] des Kunstwerks zu orientieren. Sobald aber nachgewiesen ist, dass das Werk eine Fälschung ist, ist es auf einen Schlag nur noch einen Bruchteil davon wert – obwohl vor und nach der Entdeckung der Fälschung das exakt gleiche Bild an der Wand hängt. Es scheint daher, dass der Wert eines Bildes letztlich nicht durch diese Faktoren bestimmt wird, sondern vielmehr durch extrinsische Elemente wie Urheberschaft und Herkunftsgeschichte.[472] Dies macht verständlich, dass der Kunstmarkt in manchen Fällen beide Augen zudrückt, wenn es um den Verdacht einer Fälschung geht, obwohl durch Fälschungen letztlich die Integrität des und das Vertrauen in den Kunstmarkt untergraben, die Transaktionskosten erhöht und der Wert echter Kunst durch die Erhöhung des Angebots vermindert werden.[473] Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der boomende Online-Markt für Kunst des mittleren und unteren Preissegements auch das Risiko für Massenfälschungen erhöht hat.[474]

b) Schutz vor und Verhinderung von Fälschungen

aa) Echtheitsattest und untadelige Provenance

Einen gewissen Schutz vor Fälschungen bieten Echtheitsatteste und die (untadelige) Provenance eines Kunstwerks. Dabei handelt es sich zwar theoretisch um zwei verschiedene Instrumente: Die Echtheitsbescheinigung, z.B. von einem Experten,[475] von der Familie des verstorbenen Künstlers oder von einer den

469 NZZ Nr. 197 vom 27.8.2009, S. 38.

470 Für weitere Fälle siehe SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 234 ff.; DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 60; SCHACK (Fn. 2), Rn. 44 ff.; JONES (Fn. 404), S. 51 ff.; LERNER/BRESLER (Fn. 13), Bd. 1, S. 249 ff.

471 Siehe dazu oben Ziff. D.II.3.a.

472 So auch JONES (Fn. 404), S. 11 ff., 15.

473 Vgl. dazu GIOCONDA (Fn. 458), S. 53.

474 GIOCONDA (Fn. 458), S. 57 f.

475 Zur zivil- bzw. strafrechtlichen Haftung des Kunstexperten siehe CHRISTINE CHAPPUIS, L'authentification d'œuvres d'art: responsabilité de l'expert et qualification du contrat en droit suisse, in: Marc-André Renold, Pierre Gabus und Jacques de Werra (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Zürich 2007, S. 47 ff., S. 48 ff.; LAURENT MOREILLON, Les faux certificats d'expert et le droit pénal, in: Marc-André Renold, Pierre Gabus und Jacques de Werra (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Zürich 2007, S. 149 ff., S. 150 ff.

Nachlass verwaltenden Organisation ausgestellt, garantiert dem Eigentümer des Kunstwerks, dass dieses echt ist.[476] Die Provenance zeichnet demgegenüber die Geschichte des Bilds vom Atelier des Künstlers bis zu seinem derzeitigen Standort nach.[477] In der Praxis dient aber eine makellose Provenance als Echtheitsattest, sogar wenn die Zuschreibung zu einem bestimmten Künstler aufgrund Stil, Maltechnik etc. unsicher ist. Eine scheinbar perfekte Provenance (zahlreiche Hinweise auf Ausstellungen, respektable Galerien oder Sammler) kann aber ein falsches Gefühl der Sicherheit vermitteln. Aus diesem Grund kann das mit einer untadeligen Provenance versehene Kunstwerk auch als Fälschung durchgehen, oder die Provenance verhindert, dass bei Zweifeln ein Echtheitsattest eingeholt wird.[478]

bb) Provenance im Besonderen

Provenance bzw. Provenienz bezeichnet die Geschichte des Kunstwerks mit – idealerweise lückenlosen – Angaben zu den Namen der Eigentümer, der Art der Eigentumsübertragung (z.B. Privat- oder Auktionsverkauf, Erbschaft), dem jeweiligen Aufbewahrungsort vom Atelier des Künstlers in die Galerie, die Sammlung des Privatsammlers oder des Museums mit allen Zwischenstationen, ausgewiesen durch Dokumente verschiedenster Art (Kaufquittungen, Rechnungen, Briefe, Museums- oder Ausstellungskataloge, Versicherungsdokumente, Steuerunterlagen, Zolldokumente etc.).[479] Mit der Provenance kann aber nicht nur die Spur des Kunstwerks verfolgt werden. Sie bietet auch einen Einblick in die Sammlungsgewohnheiten von Sammlern, Museen und Galerien, und aus ihr können die ökonomischen Rahmenbedingungen des Markts für ein bestimmtes Kunstwerk abgelesen werden. Für den Wert eines Kunstwerks ist eine vollständige Provenance von grosser Bedeutung, vor allem ist wichtig, *wer* das Werk einmal besass. Wertsteigernd ist ein Museum, eine bekannte Galerie, ein prominenter Sammler oder eine sonstige Berühmtheit.[480]

---

476 Zur urheberrechtlichen Beurteilung der Echtheitsbescheinigung siehe DE WERRA (Fn. 287), S. 114 ff.

477 Siehe sogleich unten Ziff. D.II.4.b.bb.

478 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 197; vgl. auch den Fall der 2009 in Mainz entdeckten Fälschungen von ca. 1 000 Giacometti Bronzen und Gipsfiguren; der Täter hatte sich u.a. als Freund des Bruders von Alberto Giacometti ausgegeben, und seinen Kunden erzählt, dass die Skulpturen aus einem von den Erben Giacomettis geheim gehaltenen Fundus stammten; er legte ihnen ausserdem ein ebenfalls gefälschtes Echtheitszertifikat sowie ein – ebenfalls getürktes – Buch vor, siehe zum Ganzen (http://www.art-magazin.de/kunstmarkt/21396/giacometti_faelschungen_kunstkriminalitaet).

479 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 42.

480 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 127.

Provenienzforschung[481] ist zunächst, wie soeben erwähnt, für die Feststellung bzw. Bestätigung der Echtheit des Werks von Bedeutung.[482] Sodann ist sie nützliches Instrument für die Schätzung bzw. Wertbestimmung.[483] Letztlich ist sie von unschätzbarem Nutzen für den Nachweis des Eigentums, insb. bei der Restitution abhanden gekommener Kunst. Der ungehinderte Zugang zu Informationsquellen wie z.B. (Museums-)Archiven ist dabei sehr wichtig, gerade bei der Identifikation von Kulturgut, welches unter der Herrschaft der Nationalsozialisten konfisziert wurde.[484]

Das Werkverzeichnis (catalogue raisonné) spielt für die Provenienzforschung eine wichtige Rolle. Der catalogue raisonné ist eine möglichst komplette Zusammenstellung aller Werke eines Künstlers mit Angaben zu Material, Maltechnik, Grösse, Zustand, Ausstellungs- und sonstiger Herkunftsgeschichte

---

481 Allgemeine Datenbanken für Provenance-Forschung: http://www.getty.edu (Kunst des 16. bis frühes 20. Jahrhundert); http://www.frick.org/ (mit umfangreichen Foto-Dateien); ausgewählte Literatur zur Provenance-Forschung: DAVID PEARSON, Provenance Research in Book History: A Handbook, London 1994; NANCY H. YEIDE, AMY L. WALSH und KONSTANTIN AKINSHA, The AAM Guide to Provenance Research, Washington D.C. 2001; GREG BRADSHER (Hrsg.), Holocaust-Era Assets: A Finding Aid to Records at the National Archives at College Park, Maryland, *Washington* DC 1999; HECTOR FELICIANO, The Lost Museum: The Nazi Conspiracy to Steal the World's Greatest Works of Art, New York 1997; LYNN H. NICHOLAS, The Rape of Europa: The Fate of Europe's Treasures in the Third Reich and the Second World War, New York 1994.

482 SCHACK (Fn. 2), Rn. 384.

483 SCHACK (Fn. 2), Rn. 561; CARL-HEINZ HEUER, Die Bewertung von Kunstgegenständen, NJW 2008, S. 689 ff., S. 694; siehe oben Ziff. D.II.4.b.

484 Siehe z.B. Washington Conference Principles On Nazi-Confiscated Art, Principle II: «Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the International Council on Archives»; Principle III: «Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted»; die amerikanischen Museen haben eine Website geschaffen, die die Provenienzforschung von Kunstwerken erleichtern soll, die zwischen 1933 und 1945 in Kontinentaleuropa die Hand gewechselt haben: http://www.nepip.org/; weitere nützliche Quellen sind: Interpol (http://www.interpol.int/Public/PropertyCrime/Default.asp); Art Loss Register (http://www.artloss.com/), das Central Registry of Information on Looted Cultural Property 1933–1945 (http://www.lootedart.com/); der Katalog der frz. Musées Nationaux Récupération (http://www.culture.gouv.fr/documentation/mnr/pres.htm); das Dokumentationsprojekt der Loyola University (http://docproj.loyola.edu/entrance.html); die Lost Art Datenbank der deutschen Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste (wwww.lostart.de, dazu MICHAEL FRANZ, NS-Raubkunst, Dokumentation und Transparenz – Die Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste und www.lostart.de, KUR 2009, S. 91 ff., S. 92 ff.); die Website der US-National Archives (http://www.archives.gov/research/holocaust/records-and-research/); die Kunstdatenbank des österreichischen Nationalfonds (www.kunstrestitution.at), dazu CLAIRE FRITSCH, Ein Jahr im Netz, Die Kunst-Datenbank des Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialismus als Spiegel der österreichischen Kunstrestitution, KUR 2007, S. 105 ff., S. 108 ff., u. v.a.m.; UWE HARTMANN, Provenienzforschung in Deutschland, KUR 2009, S. 96 ff., S. 97 ff.; THOMAS BUOMBERGER, Provenienzforschung in der Schweiz: Verpasste Chancen – offene Fragen, KUR 2009, S. 102 ff., S. 104 f., beurteilt den Stand der Forschung in Schweizer Museen als ungenügend.

sowie mit wissenschaftlichen Analysen.[485] Werke, die nicht im catalogue raisonné figurieren, stehen im Markt – nicht immer zu Recht – unter Fälschungsverdacht.[486] Denn ein Werk kann z.B. darum nicht aufgenommen worden sein, weil es bei einem unbekannten Sammler ist und von den Verfassern (insb. der ersten Auflage) des catalogue raisonné nicht aufgefunden wird, oder der Künstler oder seine Rechtsnachfolger verweigern die Aufnahme eines Werks, weil es in ihren Augen minderwertig ist.[487]

cc) Prävention

Rechtliche Massnahmen bei Aufdeckung einer Fälschung sind zwar von Bedeutung,[488] besser sind vorbeugende Massnahmen:[489] Denkbar ist z.B. die Einführung eines Kunstregisters, in dem Kunstwerke eingetragen werden. Ein lebender Künstler könnte z.B. ein Echtheitsattest zusammen mit einer Fotografie und dem Namen des ersten Käufers hinterlegen. Alternativ könnte der Künstler seine Unterschrift oder sonst ein Zeichen hinterlegen, kombiniert mit einem auf dem Werk anzubringenden Zahlencode oder digitalen Fingerabdruck. In der Praxis existiert das «Fine Art Registry».[490] Diese Website erlaubt es Künstlern, ihr Portfolio online zu hinterlegen, zusammen mit Angaben zum Werk und zur Provenienz. Sammler können ihre Sammlung registrieren. Das registrierte Werk wird mit einem fälschungssicheren Aufkleber versehen, welcher eine Identifikationsnummer enthält. Dies hilft auch Käufern, welche entsprechende Informationen beim Kauf eines Werks beim Fine Art Registry abfragen können. Dergestalt soll das Fälschungsrisiko minimiert und die Auffindung abhanden gekommener Werke erleichtert werden.

Neben diesen technischen Massnahmen sind auch die im Kunsthandel vereinzelt anzutreffenden Verhaltenskodices (Codes of Ethics) zu erwähnen, in denen die jeweiligen Branchenmitglieder sich auf Beachtung eines strengen Sorgfaltsmassstabs im Umgang mit Kunst verpflichten.[491] Möglicherweise könnte auch – nach dem Vorbild des Geldwäschereigesetzes – eine Selbstregulierungsorganisation des Kunsthandels gegründet werden.[492]

---

485 Das Werkverzeichnis wird manchmal zu Lebzeiten eines Künstlers erstellt bzw. zumindest begonnen (z.B. Picasso, Dubuffet), manchmal erst nach dem Tod (Giacometti, Hodler), siehe SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 103.

486 SALISBURY/SUJO (Fn. 380), S. 103.

487 NAÏMA JORNOD, Le catalogue raisonné, in: Marc-André Renold, Pierre Gabus und Jacques de Werra (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Zürich 2007, S. 19 ff., S. 21, 26.

488 Siehe unten Ziff. D.II.4.c.; WÜRTENBERGER (Fn. 445), S. 41 ff. (kriminalistische Methoden zur Aufdeckung von Kunstfälschungen).

489 DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 85 ff.

490 http://www.fineartregistry.com/about_FAR.

491 Z.B. http://www.arttrade.com.au; http://www.fineart.co.uk/Public/Code_of_Ethics_Public.aspx; http://www.onlinegalleries.com/page/2229; weitere Nachweise unten in Fn. 657; DUBOFF/KING (Fn. 236), S. 86.

c) *Rechtliche Auswirkungen von Fälschungen*

Das Herstellen, Inverkehrbringen sowie der Verkauf einer Fälschung kann zivil- und strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Von einer Fälschung sind verschiedene Personen betroffen: Dies sind insb. der Künstler, dem das Kunstwerk fälschlicherweise zugeschrieben wird; der Käufer (z.B. der Kunsthändler oder der Sammler), dem die Fälschung verkauft wird; das Museum, welches die Fälschung ausstellt.

aa) Ansprüche des Künstlers, dessen Werk gefälscht wird

Der Künstler,[493] dessen Werk gefälscht wird, kann unter der Voraussetzung eines ausreichenden rechtlichen Interesses eine Feststellungsklage gegen den Fälscher erheben (Art. 61 URG). Dies setzt aber u.a. voraus, dass er keine Leistungsklage nach Art. 62 URG anheben kann.[494] Nach Art. 62 Abs. 1 URG kann er u.a. verlangen, dass Herstellung, Inverkehrbringen und Verkauf der Fälschung unterbunden wird, sowie dass der Beklagte verpflichtet wird, Auskunft zu geben über Herkunft und Menge der in seinem Besitz befindlichen Fälschungen und über Adressaten sowie Ausmass einer Weitergabe an gewerbliche Abnehmer. Überdies kann er nach Art. 65 URG vorsorgliche Massnahmen beantragen (z.B. Beschlagnahme der behaupteten Fälschung, die an einer Kunstmesse ausgestellt wird). Darüber hinaus bleiben die Schadenersatz-, Genugtuungs- und Gewinnherausgabeansprüche nach OR vorbehalten (Art. 62 Abs. 2 URG). Schliesslich kann das Gericht die Einziehung und Verwertung oder Vernichtung der Fälschung oder der vorwiegend zur Herstellung der Fälschung dienenden Einrichtungen, Geräte und sonstigen Mittel unter Wahrung des Prinzips der Verhältnismässigkeit anordnen (Art. 63 URG).[495]

bb) Ansprüche des Käufers einer Fälschung

Der Käufer einer Fälschung hat Anspruch auf Wandelung des Kaufvertrags, Minderung des Kaufpreises und Schadenersatz aus Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR).[496] Aus verschiedenen Gründen stehen diese Ansprüche dem Käufer häufig nicht zur Verfügung: Viele Fälschungen werden erst nach langer Zeit aufgedeckt, so dass aufgrund der kurzen Fristen des Art. 210 OR die kaufrechtlichen Ansprüche verjährt sind. Oft schliessen Verkäufer ihre Haftung für Sachmängel aus, was vorbehältlich einer absichtlichen Täuschung zulässig ist (Art. 199 OR). Schliesslich können Sachgewährleistungsrechte verwirken, weil der Käu-

492 DuBoff/King (Fn. 236), S. 86.
493 Anspruchsberechtigt sind auch die Rechtsnachfolger des Künstlers.
494 BGE 123 III 49 E. 1a.
495 Rehbinder/Viganò (Fn. 131), Art. 63 Rn. 3.
496 Siehe dazu im Einzelnen unten Ziff. D.III.1.a. sowie BGE 82 II 411; BGE 114 II 131; rechtsvergleichend Siehr (Fn. 444), S. 22 ff.; Demarsin/Schrage (Fn. 441), S. 569 ff.

fers seinen Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten (Art. 201 OR) nicht nachgekommen ist.

Nach der nicht unumstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Käufer einer Fälschung alternativ den Vertrag wegen (Grundlagen-)Irrtums oder absichtlicher Täuschung anfechten (Art. 23 ff. OR).[497] Art. 201 bzw. 210 OR sind diesfalls nicht anwendbar. Die Anfechtungserklärung hat gemäss Art. 31 OR innerhalb eines Jahres seit Kenntnis des Irrtums oder der Täuschung zu erfolgen, jedenfalls aber innerhalb von zehn Jahren seit Vertragsschluss (Art. 67 Abs. 1 OR).[498] Hat der Käufer Ansprüche gestützt auf Sachgewährleistung geltend gemacht, kann er sich wegen konkludenter Genehmigung des Vertrags nach Art. 31 Abs. 1 OR nicht mehr auf den Grundlagenirrtum berufen.[499] Die Wegbedingung der Haftung des Verkäufers für die Echtheit des Kunstwerks schlägt auch auf den Grundlagenirrtum durch.[500]

cc) Ansprüche des Museums, das eine Fälschung ausstellt

Stellt ein Museum ein Bild aus, das sich als Fälschung herausstellt, sind zwei Situationen zu unterscheiden: Ist das Museum Eigentümer des Bilds, kann es gegen den Verkäufer die soeben dargestellten obligationenrechtlichen Rechtsbehelfe geltend machen. Stellt es das Bild im Rahmen einer Leihe aus, entfallen vertragliche Ansprüche gegen den Leihgeber (z.B. ein Kunstmäzen), da dieser im Regelfall selbst nicht weiss bzw. wissen musste, dass es sich um eine Fälschung handelt. Dieser wird sich somit exkulpieren können.

Fraglich ist, ob das Museum gegen den Fälscher Anspruch auf Ersatz des Schadens aus Art. 41 Abs. 1 OR hat (z.B. Druckkosten für aufwändige Kataloge, Kosten der Sicherheitsmassnahmen, möglicherweise Besucherrückgang, wenn das Bild Teil einer Sonderausstellung war etc.). Näher zu prüfen sind die Haftungsvoraussetzungen der Widerrechtlichkeit und der adäquaten Kausalität; der Schaden des Museums und das Verschulden des Fälschers bereiten in der Regel weniger Probleme. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und wohl

---

497 BGE 127 III 83, 85; BGE 114 II 131, 134 ff.; THOMAS KOLLER und JON S. PLOTKE, Picasso und van Gogh im Spiegelbild – Überlegungen zum Grundlagenirrtum im Kunstrecht, in: Pascal Pichonnaz, Nedim Peter Vogt und Stephan Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 363 ff., S. 371 ff.; rechtsvergleichend WEBER (Fn. 451), S. 952 ff.

498 Dies ist die Konsequenz aus der Tatsache, dass das Bundesgericht bei der Willensmängelanfechtung annimmt, der Vertrag sei als «ex tunc» ungültig, womit die absolute Verjährungsfrist des bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beginnt, da wegen des nachträglichen Wegfalls des ursprünglichen Rechtsgrundes dann der bereicherungsrechtliche Anspruch i.S.v. Art. 67 Abs. 1 OR entsteht, siehe BGE 82 II 411 (van Gogh) und BGE 114 II 131 (Picasso); KKR-RENOLD (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 13 f.

499 BGE 127 III 83, 86; m.E. besteht kein sachlicher Grund, aus der *blossen* Geltendmachung von Mängelrechten die konkludente Genehmigung des Vertrags abzuleiten, so auch PETER GAUCH, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, recht 2001, S. 184 ff.

500 BGer vom 16.3.2000, 4C.456/1999, E. 3c.

überwiegender Lehre indiziert die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts die Widerrechtlichkeit. Bei Vorliegen eines reinen Vermögensschadens ist das Verhalten widerrechtlich, wenn eine Norm verletzt wird, welche zum Zweck hat, die betroffene Person vor Schäden von der Art des eingetretenen zu schützen.[501] Die Herstellung einer gefälschten, d.h. mangelhaften Sache,[502] ist keine Eigentumsverletzung,[503] so dass kein absolut geschütztes Rechtsgut des Museums verletzt wird. Hingegen erfüllt der Fälscher je nach Art der Fälschung die Tatbestände der Warenfälschung (Art. 155 StGB), des Betrugs (Art. 146 StGB) oder der Urkundenfälschung (Art. 251 StGB).[504] Diese Normen schützen das Vermögen, so dass ein widerrechtliches Verhalten vorliegt.

Die adäquate Kausalität zwischen der Herstellung einer Fälschung und dem Schaden des Museums ist m.E. im Grundsatz zu bejahen. Eine Fälschung ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet, den Eintritt eines solchen Schadens zu bewirken oder zumindest wesentlich zu begünstigen.

dd) Strafrechtliche Konsequenzen

Wer vorsätzlich und unrechtmässig ein *urheberrechtlich geschütztes* Werk unter einer falschen oder einen anderen als der vom Urheber bestimmten Bezeichnung verwendet, wird gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. a URG auf Antrag mit Gefängnis oder Geldbusse bestraft. Nach wohl überwiegender Lehre wird dadurch das Recht auf Urheberbezeichnung nach Art. 9 Abs. 2 URG geschützt.[505] Die praktische Bedeutung dürfte allerdings eher gering sein, da häufig Werke gefälscht werden, die aufgrund des Ablaufs der Schutzdauer urheberrechtlich gar nicht mehr geschützt sind.[506]

Strafrechtlich erfasst werden sowohl das unerlaubte Kopieren eines Kunstobjekts und die damit assoziierten Vorgänge[507] als auch Handlungen, die das ursprüngliche Werk verändern.[508] Diese werden im Strafrecht als Warenfälschung i.S.v. Art. 155 StGB mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder, gegebe-

---

501 Z.B. BGE 126 III 521 E. 2a; CHK-MÜLLER, Art. 41 Rn. 42 ff. m.w.N.

502 Siehe unten Ziff. D.III.4.

503 VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rn. 130.

504 Siehe dazu sogleich unten Ziff. D.II.4.c.dd.

505 BARRELET/EGLOFF (Fn. 128), Art. 67 Rn. 5; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (Fn. 135), Rn. 316; LUCAS DAVID, (Fn. 146), Art. 67–73 Rn. 16, Art. 67 Rn. 5 m.w.N.; zweifelnd REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 131), Art. 67 Rn. 9.

506 Zum deutschen Recht siehe SCHACK (Fn. 2), Rn. 57 f.

507 STEFAN TRECHSEL, Kurzkommentar zum StGB, Zürich 2008, Art. 155, Rn. 3a ff.

508 GÜNTER STRATENWERTH und WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 155 Rn. 3; zum österreichischen Recht siehe PLÖCKINGER (Fn. 407), S. 65 ff.; zum deutschen Recht vgl. MELANIE SANDMANN, Die Strafbarkeit der Kunstfälschung, Baden-Baden 2004, S. 26 ff., 115 ff.

nenfalls, als Betrug gemäss Art. 146 StBG mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht.[509] Die Warenfälschung ist gegenüber dem Betrug subsidiär.

Das Anbringen eines Bildzeichens, z.B. der Unterschrift eines Künstlers auf einem Bild, das nicht von diesem stammt, stellt eine Urkundenfälschung gemäss Art. 251 StGB dar (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren).[510] Die Urkundenfälschung steht zum Betrug in echter Konkurrenz.[511] Die Urkundenfälschung geht der Warenfälschung vor,[512] sofern sich die Tatbestände nicht gegenseitig ausschliessen.[513]

III. Verkauf von bildender Kunst

1. Grundlagen

a) Vertragstypus und Abwicklung

Bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung bildender Kunst ist der Kaufvertrag einer der wichtigsten Verträge.[514] Neben der Schenkung[515] hat auch der Tauschvertrag eine gewisse Bedeutung. So tauschen Sammler Werke, die von der Epoche oder dem Stil nicht mehr in ihre Sammlung passen, gegen ihnen besser zusagende Werke des gleichen oder eines anderen Künstlers aus. Je nach den Umständen des konkreten Falls liegt bei diesen «Tauschgeschäften» entweder ein Kauf- oder ein Tauschvertrag vor.

Der Abschluss zweier Kaufverträge mit Verrechnungsabrede ist Tausch, wenn sich durch Auslegung ergibt, dass die beiden Verträge synallagmatisch verbunden sind.[516] Erfolgt der Tausch mit einem Aufgeld, ist Tausch anzunehmen, wenn das Aufgeld im Verhältnis zur Tauschleistung geringfügig ist.[517] Es ist hingegen ein Kaufvertrag anzunehmen, wenn bei einem Kauf ein Teil des Kaufpreises durch Hingabe einer Sache getilgt wird.[518] In letzterem Fall kann

---

509 WÜRTENBERGER (Fn. 445), S. 83 ff.

510 BSK StGB-BOOG, Art. 251 Rn. 78; dazu kritisch TRECHSEL (Fn. 506), Vorbemerkungen Art. 251–257 Rn. 17, da «die Signatur nicht zum Beweis geeignet ist sondern höchstens, jedenfalls bei Graphik, den Handelswert erhöht»; WÜRTENBERGER (Fn. 445), S. 104 ff.; zum deutschen Recht siehe SCHACK (Fn. 2), Rn. 55.

511 STRATENWERTH/WOHLERS (Fn. 507), Art. 251 Rn. 18.

512 BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 155 Rn. 34.

513 BSK StGB-BOOG, Art. 251 Rn. 105.

514 Die Zuwendungen aufgrund Verfügungen von Todes wegen bleiben nachfolgend ausgeklammert, da sie ganz eigene Fragen aufwerfen, die in diesem Beitrag aus Platzgründen nicht weiter verfolgt werden können; siehe zu urheberrechtlichen Problemen KKR-DE WERRA (Fn. 4), Kap. 7 Rn. 43 ff., 91 ff.; Erbschaftssteuern: KKR-OBERSON/MARAIA (Fn. 4), Kap. 14 Rn. 164 ff.

515 Zur Schenkung von Kunstwerken vgl. ausführlich KKR-RENOLD (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 42 ff.

516 BGE 45 II 441; HONSELL (Fn. 311), S. 184.

517 Sammler X. tauscht seine Skulptur von Brancusi im Wert von CHF 5 Mio. gegen ein Bild von Picasso (CHF 5.2 Mio.) ein; er bezahlt dem Händler noch CHF 200 000; BGE 81 II 221 E. 4.

518 Sammler X. kauft bei Händler X. eine Zeichnung von Oscar Schlemmer zum Preis von CHF 50 000. Er gibt ihm eine Skizze von Paul Klee an Zahlung.

die Hingabe der Sache je nach Auslegung an *Erfüllungs statt* oder *erfüllungshalber* erfolgen.[519]

Werke der bildenden Kunst werden in der Hauptsache entweder über Galerien oder Auktionshäuser vertrieben. Letztere kamen im 17. Jahrhundert in den Niederlanden auf[520] und vertreiben heute in der Schweiz 40–50% der Werke bildender Kunst.[521] Der Vertrieb von Kunst wird auch über das Internet betrieben.[522] Jedes Auktionshaus hat zumindest eine Website,[523] die Anzahl der reinen Online-Auktionshäuser ist unübersichtlich gross.[524] Die Auktionshäuser setzen das Internet allerdings in sehr unterschiedlichem Mass ein.[525]

Dies reicht von der Möglichkeit der blossen Angabe der Adresse, bei der Gebote abgegeben werden können, bis zur Erfüllung aller Leistungen (exkl. Übergabe). Die grossen Auktionshäuser bieten in der Regel nur die Möglichkeit der Angebotsabgabe per Internet (absentee bidding). Diese Zurückhaltung hat vor allem ökonomische Gründe. Nachdem 1999 Sotheby's als erstes Haus eine Partnerschaft mit einem Online Anbieter eingegangen war, die nach weniger als einem Jahr mangels Rentabilität eingestellt wurde, haben andere nur vorsichtige Schritte ins Internet gewagt. Gelegentlich werden Lose von Phillips de Pury & Company oder Sotheby's im Internet versteigert, die Anzahl diese Lose ist jedoch gering. Es lässt sich hingegen beobachten, dass Sammler oder Händler Kunstwerke in Online-Auktionen anbieten; entsprechende Objekte bewegen sich in der Regeln im mittleren oder niedrigen Preissegment.[526]

Auf die freiwillige, öffentlich ausgekündete Versteigerung ist neben Art. 229 ff. OR u.U. auch kantonales öffentliches Polizeirecht anwendbar.[527] Mit einigen wenigen Ausnahmen (z.B. Art. 230 OR) handelt es sich bei Art. 229 ff. OR um dispositives Recht, das sich mit Fragen des Vertragsschlusses, der Gewährleistung und der Eigentumsübertragung befasst. Der Vertrag kommt mit dem Zuschlag des Auktionators an den (i.d.R.) Höchstbietenden zustande (Art. 229 Abs. 2 und 3 OR). Die Rechts- und Sachgewährleistung des Verkäufers richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 192 ff. bzw. 197 ff. OR (Art. 234 Abs. 3 OR); die Haftung kann in den öffentlich bekannt gegebenen Versteigerungsbedingungen vorbehältlich absichtlicher Täuschung gänzlich ausgeschlos-

---

519 Vgl. zum Ganzen BGE 107 II 144 = Pra 1981 Nr. 176.

520 Christian Herchenröder, Auktionen, Zürich 2003, S. 10 f., 24 ff.

521 Glaus/Studer (Fn. 13), S. 127; zur Bedeutung von Auktionen im Kunsthandel siehe auch KKR-Renold (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 26.

522 Lerner/Bresler (Fn. 13), Bd. 3, S. 1991 ff.; Merryman/Elsen/Urice (Fn. 15), S. 546; Boll (Fn. 384), S. 148 ff., 295 ff.

523 Siehe: www.phillipsdepury.com; www.christies.com; www.sothebys.com.

524 Martin Skripsky, Die Online-Kunstauktion, Genf 2006, S. 5.

525 Boll (Fn. 384), S. 332 ff.

526 http://www.private.ag/media/2008/06/de/062_Kunsthandel_und_auktion.pdf.

527 KKR-Renold (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 31; zum deutschen Recht siehe z.B. Picker, Kunstgegenstände & Antiquitäten (Fn. 13), S. 124 ff.; zum US-amerikanischen Recht vgl. z.B. Lerner/Bresler (Fn. 13), Bd. 1, S. 324 ff.

sen werden (Art. 234 Abs. 3 Halbsatz 2 OR).[528] Wurde rechts- oder sittenwidriger Einfluss auf die Versteigerung genommen, z.B. durch ein pactum de (non) licitando,[529] kann diese gemäss Art. 230 Abs. 1 OR innerhalb von zehn Tagen von jedermann angefochten werden, der ein Interesse hat (Gestaltungsklagerecht).[530] Dies führt zur Aufhebung des betroffenen Kaufvertrags ex tunc.[531]

Eine Auktion durchläuft typischerweise verschiedene Phasen: Zunächst wird das Auktionsgut dem Auktionshaus vom Verkäufer zur Verfügung gestellt (Einlieferung), danach erfolgt die Ankündigung im Auktionskatalog, oft kombiniert mit einer Vorbesichtigung der Objekte. Bieter müssen sich vor der Versteigerung als solche registrieren lassen. Nach Aufruf des Gegenstandes durch den Auktionator erfolgen die Gebote der Bieter.

Bei (Kunst-)Auktionen wird zwischen Einlieferer und Auktionshaus – in den meisten Fällen auf Grundlage der AGB des Auktionshauses – der Auktionsvertrag abgeschlossen, der die Rechte und Pflichten der Parteien detailliert regelt.[532] Dabei liegt im Verhältnis zwischen Auktionshaus und Einlieferer häufig ein Kommissionsverhältnis (indirekte Stellvertretung) vor (Art. 425 ff. OR).[533] Die Wirkungen des mit dem Ersteigerer geschlossenen Kaufvertrags treten somit grundsätzlich zunächst beim Auktionshaus ein (Art. 32 Abs. 3 OR). Das Auktionshaus untersteht bei der Übertragung von Kulturgut i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG den besonderen Sorgfaltspflichten von Art. 16 KGTG, was es insb. zur Prüfung der Provenienz der eingelieferten Kulturgüter und zur Identifizierung des Einlieferers verpflichtet.[534] Das Verhältnis zwischen dem Käufer und dem Auktionshaus wird mehrheitlich als Innominatvertrag mit Elementen des Mäklervertrags qualifiziert.[535] Die rechtliche Behandlung der Online-Auktion unterscheidet sich im Grundsatz nicht von der traditionellen Versteigerung.[536]

---

528 Die vertragliche Haftungsausschlussklausel soll in Abweichung von den allgemeinen Regeln den Ersteigerer nicht daran hindern, sich bei gefälschten Objekten auf die Irrtumsabweichung zu berufen (KKR-Renold (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 35); Anton Pestalozzi, Der Steigerungskauf, Zürich 1997–2000, Art. 234 Rn. 1138 ff.

529 BGE 109 II 126 E. 2b.

530 CR CO-Vulliéty, Art. 230 Rn. 26; BSK OR-Ruoss, Art. 230 Rn. 9.

531 BSK OR-Ruoss, Art. 230 Rn. 13.

532 Regula Berger-Röthlisberger, Sorgfalt bei der Übertragung und beim Erwerb von Kulturgütern, Bern 2009, S. 20 f.

533 KKR-Renold (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 33; zur Vertragsqualifikation siehe Joëlle Becker, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse: Relations contractuelles et responsabilité, Diss. Genf 2010, S. 35 ff.

534 Siehe dazu unten Ziff. D.III.2.

535 Becker (Fn. 532), S. 154 ff.; KKR-Renold (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 33; CR CO-Vuilliéty, Art. 229 Rn. 36 ff.

536 KKR-Renold (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 33; Skripsky (Fn. 523), S. 108 ff.

b) Anwendbares Recht

Der Kunstmarkt ist global,[537] weshalb an einem Kaufvertrag über ein Kunstwerk häufig Parteien aus verschiedenen Staaten beteiligt sind: Die Kunstmessen, wie z.B. die Art Basel, oder die Auktionshäuser, wie Christie's oder Sotheby's, ziehen Sammler und Händler aus aller Welt an. Es stellt sich deshalb die Frage nach dem anwendbaren Recht.

Beim Kauf eines Kunstwerks an einer Versteigerung enthalten die Auktionsbedingungen in aller Regel eine Rechtswahlklausel. Eine solche ist unter den Voraussetzungen von Art. 116 IPRG wirksam. Häufig werden im Kunsthandel jedoch keine oder dann nur rudimentäre schriftliche Verträge abgeschlossen. Über das anwendbare Recht machen sich die Vertragsparteien nur selten Gedanken, was im Streitfall aufgrund der Verschiedenheit der nationalen Rechte Probleme verursachen kann. Die nachfolgenden Überlegungen setzen voraus, dass ein Schweizer Gericht international zuständig ist, denn nur dann gelangen die Kollisionsregeln des IPRG zur Anwendung.

aa) Bestimmung des Vertragsstatuts im Allgemeinen

Haben die Parteien keine (ausdrückliche oder stillschweigende) Rechtswahl gemäss Art. 116 IPRG getroffen, ist das auf den Kaufvertrag anwendbare Recht zu bestimmen. Die Schweiz ist Vertragsstaat des *Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf* (CISG), weshalb in einem ersten Schritt dessen Anwendbarkeit zu prüfen ist. Das CISG ist direkt anzuwenden, wenn die Parteien des Kaufvertrags ihre Niederlassung in Vertragsstaaten des CISG haben (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG).[538]

Hat mindestens eine der Parteien ihre Niederlassung in einem Staat, der nicht Vertragsstaat des CISG ist, bestimmt sich das auf den Kaufvertrag anwendbare Recht nach Art. 118 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 3 des Haager Übereinkommens betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht.[539]

Der Kaufvertrag untersteht danach im Grundsatz dem innerstaatlichen Recht des Landes, in dem der Verkäufer zum Zeitpunkt, in dem er die Bestellung empfängt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Haager Kaufrechtsübereinkommen). Kauft z.B. die Inhaberin eines Antiquariats in London eine graphische Arbeit von Cuno Amiet bei einer Galerie in Bern, kommt schweizerisches Recht zur Anwendung. Wurde demgegenüber der Amiet am Stand der Galerie an der Frieze Art Fair in London erworben, findet nach Art. 3 Abs. 2 Haager Kaufrechtsübereinkommen englisches Recht Anwendung.

---

537 Zur Struktur des Kunstmarkts siehe BOLL (Fn. 384), S. 36 ff.

538 Momentan gibt es 74 Vertragsstaaten; ausser England, Irland, Malta und Portugal gehören alle EFTA- und EU-Mitgliedsstaaten dazu. Eine jeweils aktualisierte Vertragsstaatenliste findet sich unter www.uncitral.org.

539 SR 0.221.211.4; für die Schweiz am 27.10.1972 in Kraft getreten.

Zu klären ist abschliessend, was «schweizerisches Recht» bedeutet. Aufgrund von Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG[540] ist auf den Vertrag zwischen der Schweizer Verkäuferin und der englischen Käuferin im ersten Beispielsfall das CISG anzuwenden, da schweizerisches Recht das Recht eines Vertragsstaats ist. Für alle nicht im CISG geregelten Materien ist das materielle Schweizer Recht massgeblich.

bb) Anwendung des CISG im Besonderen

Das CISG findet – wenn der Anwendungsbereich der Art. 1–6 CISG eröffnet ist – zwingend Anwendung, es sei denn, die Parteien haben ausdrücklich oder konkludent vertraglich darauf verzichtet (Art. 6 CISG: Opting-out). Das Abkommen ist allerdings weder anwendbar auf den Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch (Art. 2 lit. a CISG) noch auf den Versteigerungskauf (Art. 2 lit. b CISG).

Damit fällt insb. der Verkauf eines Kunstwerks an einen privaten Sammler nicht in den Anwendungsbereich des CISG, wenn dieser bei Vertragsschluss beabsichtigt, das Kunstwerk ausschliesslich privat zu nutzen.[541] Der private Gebrauch wird durch gelegentliches Ausleihen des Kunstwerks für Ausstellungen m.E. nicht zur Geschäftstätigkeit. Die Abgrenzung zwischen privatem Gebrauch und Geschäftstätigkeit kann im Einzelfall schwierig sein. In Analogie zur Unterscheidung zwischen (steuerfreier) privater Vermögensverwaltung und gewerbsmässigem Wertschriften- und Immobilienhandel können folgende Kriterien hinzugezogen werden, wobei der Entscheid in jedem Einzelfall aufgrund der Beurteilung der gesamten Umstände zu fällen ist: systematisches, planmässiges, auf Gewinnerzielung ausgerichtetes Vorgehen; Anzahl der Transaktionen; Besitzdauer; Umsatzvolumen; Fremdfinanzierung; Eingehen besonderer Risiken; Zusammenhang zum Hauptberuf bzw. Einsatz besonderer Fachkenntnisse.[542]

Schliesslich ist festzuhalten, dass das CISG den Verkauf eines Kunstwerks von einem privaten Sammler an einen Galeristen erfasst, da nur private *Käufe,* nicht aber private *Verkäufe* ausgenommen sind.[543]

---

540 «Dieses Übereinkommen [das CISG] ist (...) anzuwenden, (...) wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen».

541 BERNARD AUDIT, La vente international de marchandise, Paris 1990, S. 28; FRANCO FERRARI, in: Peter Schlechtriem und Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 2 Rn. 8; BGH vom 31.10.2001, VIII ZR 60/01, CISG-online 617.

542 BGer vom 14.4.2008, 2A.125/2007, E. 2.1.; BGE 125 II 113 E. 3c. m.w.N. zu den Kriterien zur Abgrenzung zwischen (steuerfreier) privater Vermögensverwaltung und gewerbsmässigem Wertschriften- und Immobilienhandel.

543 FERRARI (Fn. 540), Art. 2 Rn. 11.

2. *Pflichten der Parteien*

Lehre und Praxis haben die Sorgfaltspflichten des Käufers eines Kunstwerks in den letzten Jahren kontinuierlich verschärft. Um den Anforderungen des guten Glaubens Genüge zu tun, hat der Käufer vom Verkäufer u.a. Auskünfte über die Provenienz, Kopien über den legalen Ex- bzw. Import (z.B. Zolldokumente) und aktuelle Auszüge aus Registern über gestohlene Kunstwerke (z.B. Art Loss Register) zu verlangen.[544]

Im Kunsthandel und im Auktionswesen hat darüber hinaus auch der *Verkäufer* bei der Übertragung eines Kulturguts i.S.v. Art. 2 KGTG gewisse Sorgfaltspflichten.[545] Kulturgut darf nur übertragen werden, wenn die übertragende Person nach den Umständen annehmen darf, dass das Kulturgut nicht gestohlen worden, nicht gegen den Willen des Eigentümers abhanden gekommen, nicht rechtswidrig ausgegraben und nicht rechtswidrig eingeführt worden ist (Art. 16 Abs. 1 KGTG).[546] Dies verpflichtet den Verkäufer zu entsprechenden Abklärungen und Nachforschungen und dürfte in der Sache spiegelbildlich den von der Rechtsprechung entwickelten Pflichten des Käufers entsprechen.[547]

Ausserdem sind Kunsthandel und Auktionshäuser nach Art. 16 Abs. 2 KGTG verpflichtet,[548] die Identität der einliefernden Person oder des Verkäufers festzustellen, und sie müssen von diesen Personen einen schriftlichen Nachweis über deren Verfügungsberechtigung einholen (lit. a). Dies entspricht einer Selbstdeklaration der einliefernden Person bzw. des Verkäufers.[549] Diese Verpflichtung stellt m.E. eine Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach Art. 16 Abs. 1 KGTG dar, da der Identitäts- bzw. Verfügungsberechtigungsnachweis ein wichtiges Instrument in der Bekämpfung des illegalen Handels ist. Insofern stellt Art. 16 Abs. 2 lit. a KGTG kein zusätzliches Erfordernis auf. Ferner haben die verpflichteten Personen ihre eigene Kundschaft über Ein- und Ausfuhrregelungen der Vertragsstaaten der UNESCO-Konvention 1970 zu informieren (lit. b).[550] Ausserdem trifft sie eine Buchführungspflicht (lit. c). Schliesslich

---

544 KKR-Raschèr/Renold (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 262; Markus Müller-Chen, Die Crux mit dem Eigentum an Kunst, AJP 2003, S. 1267 ff., S. 1271.

545 Andrea F.G. Raschèr und Daniel Zimmermann, Sorgfaltspflichten im Umgang mit Kulturgut, KUR 2006, S. 4 ff., S. 5 ff.

546 Dazu Foëx (Fn. 207), S. 20 ff.; Boris T. Grell und Mathias H. Plutschow, Sorgfaltspflichten gemäss Kulturgütertransfergesetz (KGTG): Anleitung mit praktischen Tipps, Zürich 2005, S. 28 ff.

547 Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002 I 590; KKR-Raschèr/Renold (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 265; Florian Schmidt-Gabain, Verkaufen verboten! Bemerkungen zu den zivilrechtlichen Folgen des Art. 16 Abs. 1 KGTG, AJP 2007, S. 575 ff.

548 Vgl. zum Nachfolgenden KKR-Raschèr/Renold (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 269 ff.; Foëx (Fn. 207), S. 23 f.; Grell/Plutschow (Fn. 545), S. 31 ff.: Eine Identitätsprüfung ist nur dann durch ein beweiskräftiges Dokument zu verifizieren, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die gemachten Angaben unrichtig sind.

549 Grell/Plutschow (Fn. 545), S. 34.

550 Dazu und zum Folgenden Grell/Plutschow (Fn. 545), S. 35 ff.

muss der Fachstelle Auskunft über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten erteilen werden (lit. d). Die Verletzung der Sorgfaltspflichten nach Art. 16 KGTG ist strafbewehrt (Art. 25 Abs. 1 lit. a KGTG: Busse bis zu CHF 20 000.–).

Dem Wortlaut des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, ob der Verstoss gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht von Art. 16 Abs. 1 KGTG zur zivilrechtlichen Nichtigkeit des Vertrags führt (Art. 20 Abs. 1 OR).[551] Dabei ist nach allgemeiner Lehre zu fragen, ob die Nichtigkeitsfolge sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm, d.h. Art. 16 KGTG, ergibt.[552] Richtiger Ansicht nach ist Art. 16 KGTG als Verbotsnorm auszulegen: Kulturgut darf nicht übertragen werden, wenn die übertragende Person – unter Anwendung der gesetzlich geforderten Sorgfalt – annehmen muss, dass der Vertragsgegenstand abhanden gekommen, illegal ausgegraben oder rechtswidrig in die Schweiz eingeführt worden ist.[553] Damit ist allerdings erst festgestellt, dass der Verstoss gegen Art. 16 Abs. 1 KGTG widerrechtlich i.S.v. Art. 19/20 OR ist, nicht aber, ob die Nichtigkeit die angemessene Rechtsfolge ist. Dazu ist der Schutzzweck der Norm zu ermitteln.

Die dem Übertragenden auferlegten Sorgfaltspflichten sollen verhindern, dass überhaupt «unsaubere» Kulturgüter in der Schweiz in den Handel gelangen, weshalb auch bei den «Gatekeepern» (dem Kunsthandel und dem Auktionswesen) angeknüpft wird. Diese haben in Fragen des Handels mit Kulturgütern besondere Kenntnisse und spezielles Wissen und sind zudem mit der Branche vertraut.[554] Geschützt wird das öffentliche Interesse an der Erhaltung des kulturellen Erbes sowie an der Unterbindung von Diebstahl, Plünderung und illegaler Ein- und Ausfuhr von Kulturgut (Art. 1 Abs. 2 KGTG).[555] Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, Nichtigkeit des Vertrags anzunehmen.[556] Diese Rechtsfolge entfaltet eine gewisse general-präventive Wirkung; es ist eine rechtspolitisch angemessene Signalwirkung, dass solche Geschäfte nicht toleriert werden und keine Wirkung haben sollen.

Der nichtige Kaufvertrag löst keinerlei Rechtswirkungen aus, die Leistungen sind rückabzuwickeln: Der Verkäufer kann das Kulturgut gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB und der Käufer den Kaufpreis nach Art. 62 Abs. 1 OR zurückfor-

---

551 In der Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002 I 590, findet sich kein Hinweis auf diese Problematik.

552 BGE 102 II 404; BGE 123 III 292; BSK OR-Huguenin, Art. 19/20 Rn. 54.

553 Vgl. auch den insoweit klareren französischen und italienischen Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 KGTG: «Un bien culturel ne peut faire l'objekt d'un transfert (...)»; «i beni culturali possono essere trasferiti soltanto (...)»; so auch Schmidt-Gabain (Fn. 546), S. 578.

554 Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002 I 589.

555 Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002 I 548 f.

556 A.A. KKR-Renold (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 25; Foëx (Fn. 207), S. 22; Christoph von Graffenried, Kauf und Verkauf von Kunstwerken, in: Ivo Schwander und Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, St. Gallen 2008, S. 53 ff., S. 55 ff.

dern. Theoretisch kann sich jede Person jederzeit auf die Nichtigkeit berufen.[557] Allerdings dürfte in der Praxis die Nichtigkeit des Vertrags nur und erst aktuell werden, wenn bei einem abhanden gekommenen bzw. rechtswidrig ausgegrabenen Kulturgut der ursprüngliche Eigentümer (ein Privater oder ein Staat) sachenrechtliche Ansprüche auf das Kulturgut erhebt. Solange dies nicht geschieht, ist schwer vorstellbar, dass die Nichtigkeit des Vertrags thematisiert wird: Der gutgläubige Käufer weiss per definitionem nichts vom Mangel und der Verkäufer – so er denn überhaupt einen entsprechenden Verdacht hegt – wird sich angesichts seines Veräusserungsgewinns hüten, aktiv zu werden. Aufgrund der im Kunsthandel verbreiteten Diskretion ist schwer vorstellbar, dass unbeteiligte Dritte vom Sachverhalt Kenntnis erlangen. Bei Auktionen mag der Fall etwas anders liegen.

Vergleichbares gilt für den Fall des rechtswidrig eingeführten Kulturguts: Zwar bestehen an diesem keine fremden Eigentumsrechte; der Staat, aus dem das Kulturgut rechtswidrig ausgeführt wurde, hat jedoch die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen von Art. 9 KGTG eine Rückforderungsklage gegen den Besitzer anzustrengen. Aufgrund der – zumindest momentan noch – eingeschränkten praktischen Bedeutung von Art. 9 KGTG[558] ist es in diesen Fällen wenig wahrscheinlich, dass die Nichtigkeit des Vertrags offenbar wird.

Kann daher davon ausgegangen werden, dass eine Rückabwicklung des nichtigen Vertrags in der Praxis nicht vor dem Zeitpunkt stattfindet, in dem der ursprüngliche Eigentümer des abhanden gekommenen bzw. rechtswidrig ausgegrabenen Kulturguts dessen Herausgabe fordert, ist die Frage der Nichtigkeit aufgrund der sachenrechtlichen Regeln zum Erwerb vom Nichtberechtigten soweit ersichtlich nicht von entscheidender praktischer Bedeutung.[559] Der Herausgabeanspruch des ursprünglichen Eigentümers gegen den (gutgläubigen) Erwerber besteht nach Art. 934 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 724 Abs. 1bis ZGB unabhängig davon, ob der Kaufvertrag zwischen diesem und dem Verkäufer nichtig ist, da er sich gegen den jeweiligen Besitzer der Sache richtet. Der gutgläubige Erwerber hat (bei abhanden gekommenem Kulturgut) nach Art. 934 Abs. 2 ZGB einen Anspruch auf Vergütung des von ihm bezahlten Preises (Lösungsrecht) und wird dadurch so gestellt, wie wenn er das Kulturgut aufgrund der Nichtigkeit des Vertrags seinem Verkäufer hätte restitutieren müssen. Der ursprüngliche Eigentümer wiederum kann vom Verkäufer, der nach Art. 16 Abs. 1 KGTG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht gutgläubig sein konnte, einerseits Ersatz des dem gutgläubigen Käufer bezahlten Kaufpreises verlangen, anderseits kann er nach Art. 423 OR den Gewinn des Verkäufers abschöpfen.

---

557 BSK OR-Huguenin, Art. 20 Rn. 53 m.w.N.

558 Da die Klageberechtigung den Abschluss einer Vereinbarung voraussetzt, welche die Schweiz bislang nur mit Italien abgeschlossen hat, ist die praktische Bedeutung von Art. 9 KGTG im heutigen Zeitpunkt noch sehr beschränkt. Die Vereinbarungen mit Peru, Kolumbien, Ägypten und Griechenland sind noch nicht in Kraft (vgl. www.bak.admin.ch; Thema «Kulturgütertransfer»).

559 Zu diesen Regeln vgl. im Einzelnen unten Ziff. E.II.

Auch bei einem rechtswidrig ausgeführten Kulturgut besteht der Rückführungsanspruch nach Art. 9 KGTG, da auch in diesem Fall der Besitzer des Kulturguts passivlegitimiert ist (Art. 9 Abs. 1 KGTG). Der Käufer muss das Kulturgut herausgeben, hat aber nach Art. 9 Abs. 5 KGTG Anspruch auf Entschädigung.[560] Der rückfordernde Staat hat aus den soeben ausgeführten Gründen Anspruch auf Erstattung der dem Käufer ausgerichteten Entschädigung und auf Gewinnabschöpfung gegen den Verkäufer.

Die wegen Verstosses gegen Art. 16 Abs. 1 KGTG anzunehmende Nichtigkeit des Kaufvertrags spielt m.E. nur dann eine Rolle, wenn der Fall ausnahmsweise so liegt, dass vor der Herausgabeklage des ursprünglichen Eigentümers der Kaufvertrag zwischen Verkäufer und (gutgläubigem) Käufer aufgrund der Nichtigkeit rückabgewickelt worden ist, und das Kulturgut sich nunmehr beim Verkäufer befindet. In diesem Fall könnte aufgrund der Bösgläubigkeit des Verkäufers der sachenrechtliche Herausgabeanspruch auf Art. 936 ZGB gestützt werden, der im Gegensatz zu Art. 934 Abs. 1bis ZGB nicht verjährt.[561] Diese Überlegung spielt aber keine Rolle bei der Rückführungsklage nach Art. 9 Abs. 1 KGTG aufgrund eines rechtswidrig exportierten Kulturguts: Gemäss Art. 9 Abs. 4 KGTG verjährt die Klage unabhängig davon, ob der Besitzer gut- oder bösgläubig ist, innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der ausländischen Behörden, wo und bei wem das Kulturgut sich befindet, spätestens 30 Jahre nachdem das Kulturgut illegal ausgeführt wurde. Rechtswidrig ausgegrabene Kulturgüter können weder ersessen noch gutgläubig erworben werden, und der Herausgabeanspruch verjährt nicht (Art. 724 Abs. 1bis ZGB),[562] so dass auch hier die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit irrelevant ist.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein Verstoss gegen die Verbotsnorm von Art. 16 Abs. 1 KGTG die zivilrechtliche Nichtigkeit des Kaufvertrags zur Folge hat, dass diese aber aufgrund der Mechanismen des sachenrechtlichen Besitzschutzes von geringer praktischer Bedeutung ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass durch die grundsätzliche Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts das öffentliche Interesse an einem legalen Kunsthandel in der Schweiz gefördert wird, ohne dass die Interessen des gutgläubigen Erwerbers beeinträchtigt werden.

---

560 Zu entschädigen ist der gezahlte Kaufpreis mit zwischenzeitlichen Erhaltungsaufwendungen ohne allfällige Wertsteigerungen; ERNST (Fn. 206), S. 10.

561 Der Herausgabeanspruch verjährt nach Art. 934 Abs. 1bis ZGB innert eines Jahres, nachdem der Eigentümer Kenntnis erlangt hat, wo und bei wem sich das Kulturgut befindet, spätestens 30 Jahre nach dem Abhandenkommen.

562 Eine vergleichbare Regelung kennen auch Deutschland, Dänemark, Norwegen, Schweden, siehe zum Ganzen FRANK KOHLS, Kulturgüterschutz, Frankfurt a.M. 2000, S. 25 ff.

3. *Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel*

Rechtsgewährleistung ist die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für den Fall, dass der Käufer den Kaufgegenstand einem besser berechtigten Dritten herausgeben muss. Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Käufer nicht Eigentümer des Kunstwerks wird, weil ein Dritter bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein subjektives Recht (insb. Eigentumsrecht) am Kaufgegenstand hat, welches dem Recht des Käufers vorgeht.[563] Die Haftung des Verkäufers tritt nur ein, falls der Käufer vollständig oder teilweise entwehrt wurde (Art. 192 Abs. 1 OR). Bei Sachen, wie z.B. einem Gemälde, einer Fotografie oder einer Skulptur, ist der Käufer fünf Jahre nach dem Abhandenkommen des Kaufgegenstands in seinem Erwerb geschützt (Art. 934 Abs. 1 ZGB); bei Kulturgut i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG beträgt die Frist 30 Jahre (Art. 934 Abs. 1bis).[564]

Tritt der Gewährleistungsfall ein, stellt sich die Frage nach der Anspruchsverjährung. Mit Ausnahme von Art. 196a OR enthält das Kaufrecht für Ansprüche aus Rechtsgewährleistung keine besondere Verjährungsfrist. Es kommt daher die allgemeine zehnjährige Frist von Art. 128 OR zur Anwendung.[565] Diese beginnt – in Analogie zu Art. 210 OR – mit Übergabe der Sache zu laufen.[566] Bei Kulturgütern i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG[567] ist zu beachten, dass die Klage auf Rechtsgewährleistung innerhalb eines Jahres verjährt, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, spätestens 30 Jahre nach dem Vertragsschluss (Art. 196a OR).

Bei vollständiger Entwehrung fällt der Kaufvertrag dahin. Der Käufer hat einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Rückzahlung des verzinsten Kaufpreises (allenfalls gemindert um eine vom Dritten erhaltene Entschädigung i.S.v. Art. 934 Abs. 2 ZGB).[568] Hat er aus dem Kunstwerk einen Nutzen gezogen (z.B. Eintrittsgeld), wird vom Kaufpreisanspruch ein entsprechender Abzug gemacht (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 OR geht der gegenteiligen Regelung von Art. 938 ZGB vor). Darüber hinaus erhält der Käufer Ersatz für die für den Kaufgegenstand getätigten Verwendungen (z.B. Restaurierungskosten oder Versicherungsprämien), soweit er diese nicht schon vom Dritten erhalten hat (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Schliesslich hat er einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz des unmittelbaren Schadens (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Es handelt sich dabei um Auslagen, die im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss und mit der Abnahme der Kaufsache stehen (z.B. Zölle u.ä.).[569]

---

563 Claire Huguenin, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008, Rn. 230.

564 Vgl. unten Ziff. E.II.2.b.bb.

565 CHK-Hrubesch-Millauer, Art. 192 Rn. 5.

566 Umstritten, so auch BSK OR-Honsell, Art. 192 Rn. 11.

567 Als Kulturgut gilt ein aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvolles Gut gemäss Art. 1 UNESCO-Konvention 1970.

568 Siehe dazu unten Ziff. E.II.2.b.

569 CHK-Hrubesch-Millauer, Art. 195–196a Rn. 2.

4. *Haftung des Verkäufers für Sachmängel*

a) *Begriff des Sachmangels*

Sachmangel i.w.S. ist die Abweichung zwischen dem tatsächlichen Ist- und dem vertraglichen Sollzustand der Kaufsache. Massgeblich ist daher in erster Linie die vertragliche Vereinbarung der Beschaffenheit. Wer zusichert, dass das Bild aus «der Schule» von Goya stammt, muss kein eigenhändiges Bild von Goya liefern; wer einen Fauteuil «im Stil von» Louis XIV erwirbt, darf kein Möbelstück aus der Epoche unter der Herrschaft von Louis XIV erwarten.[570]

Eine zugesicherte Eigenschaft ist das zum Vertragsbestandteil gewordene Versprechen des Verkäufers, dass die Kaufsache ein bestimmt umschriebenes, objektiv feststellbares Merkmal aufweist bzw. dass ihr ein solches fehlt.[571] Es können alle Arten von körperlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Merkmalen zugesichert werden. Die Haftung des Verkäufers besteht diesfalls unabhängig davon, ob der Wert der Sache oder die Gebrauchstauglichkeit aufgehoben oder erheblich gemindert ist. Die Zusicherung kann sich aus der Handelsusanz ergeben oder konkludent erfolgen. So indiziert z.B. ein hoher Preis die Zusicherung der Echtheit eines Kunstwerks.[572]

Sachmangel i.e.S. ist nach dem Wortlaut des Gesetzes ein körperlicher oder rechtlicher (nicht aber wirtschaftlicher) Mangel, welcher den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Ein typischer Sachmangel ist das gefälschte Kunstwerk.[573] Körperlich ist der Mangel, wenn die physische Beschaffenheit der Kaufsache betroffen ist (Risse in der Oberfläche des Werks, schlechte Druckqualität, Übermalungen, unsachgemässe Restaurierung, Verblassen der Fotografie etc.).[574] Ein rechtlicher Sachmangel (und kein Rechtsmangel) liegt vor, wenn die Beschaffenheit der Ware gegen objektives Recht verstösst, insb. wenn die Nutzung der Sache durch öffentlich-rechtliche Vorschriften eingeschränkt wird. Ein solcher Mangel liegt z.B. vor, wenn ein Kulturgut gemäss Art. 2 Abs. 1 KGTG rechtswidrig in die Schweiz eingeführt wurde, ohne dass es erfolgreich vom ausländischen Staat zurückgefordert wird (Art. 9 KGTG).[575] Anders als gemäss Art. 35 Abs. 2

---

570 DURET-ROBERT (Fn. 440), S. 30; SCHACK (Fn. 2), Rn. 382; WEBER (Fn. 451), S. 948.

571 BGE 88 II 410 E. 3c; vgl. auch OLG Celle vom 29.3.2007, 11 U 193/06, KUR 2007, S. 114 ff.: Nimmt der Verkäufer die auf einen bekannten Künstler lautende Signatur ausdrücklich in sein Angebot auf, liegt die Verletzung einer Zusicherung vor, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Werk von einem unbekannten Maler geschaffen wurde, der denselben Namen wie der bekannte Künstler trägt.

572 BGE 102 II 97 E. 2a.

573 SCHACK (Fn. 2), Rn. 38 ff., 382 ff.; VON GRAFFENRIED (Fn. 555), S. 62.

574 Siehe SCHACK (Fn. 2), Rn. 376 ff. bzw. 379 ff.

575 Im Fall einer erfolgreichen Rückforderung liegt eine Entwehrung vor, da der Verkäufer seine Eigentumsverschaffungspflicht verletzt hat. Darauf findet die Verjährungsbestimmung von Art. 196a OR Anwendung (a.A. Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl

lit. d CISG sind Verpackungsmängel keine Sachmängel, ausser sie beeinträchtigen die Verwertbarkeit der Ware. Ist die Ware fehlerhaft verpackt, wird eine Nebenpflicht verletzt, die Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR auslöst. Dasselbe gilt für die fehlerhafte Montage oder Installation des Kunstwerks.

b) Ansprüche des Käufers

aa) Nichterfüllungsansprüche oder Gewährleistungshaftung

Beim Erwerb eines gefälschten oder sonst mangelhaften Kunstwerks stellt sich zunächst die Frage, ob der Kaufvertrag überhaupt erfüllt wurde. Dabei ist zwischen dem Spezies- und dem Gattungskauf zu unterscheiden. Handelt es sich im konkreten Fall um einen Spezieskauf, d.h. ist lediglich der bestimmte Kaufgegenstand geschuldet, ist dafür zu halten, dass der Kaufvertrag mit der Lieferung des gefälschten Werks erfüllt wurde, wenn auch schlecht bzw. mangelhaft.[576] Es kommen die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln (Art. 197 ff. OR) oder alternativ der Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR (unter den Voraussetzungen von Art. 201, 210 OR)[577] zur Anwendung.

Bei einem Gattungsgeschäft (geschuldet sind z.B. zwei Vitrinen aus der Zeit des Empire, ca. 1793–1834) muss gemäss Bundesgericht und einem Teil der Lehre hinsichtlich der Rechtsfolgen einer fehlerhaften Lieferung danach differenziert werden, ob eine Falsch- oder Schlechtlieferung vorliegt (aliud bzw. peius).[578] Gehört das gelieferte Kunstwerk nicht der vereinbarten Gattung an, wird ein aliud angenommen. Der Vertrag wird durch die Lieferung nicht erfüllt, und der Käufer kann über die Verzugsregeln von Art. 102 ff. OR, insb. Art. 107–109 OR, nach Setzung einer Nachfrist letztlich entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.[579] Eine Schlechtlieferung liegt demgegenüber vor, wenn die gelieferte Vitrine zwar der vereinbarten Gattung angehört, ihr aber bestimmte Gattungsmerkmale fehlen. Dies führt zur Massgeblichkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln, was u.a. bedeutet, dass der Verkäufer unter den Voraussetzungen von Art. 206 Abs. 2 OR zur Ersatzlieferung berechtigt ist. Die Abgrenzung zwischen aliud und peius ist schwierig, nach Lehre und Praxis wird sie nach der Verkehrsauffassung und dem Verwendungszweck des Kaufgegenstands vorgenommen.[580] So wird z.B. die Lieferung von zwei Vitrinen *im Stile* des Empire eine Falschlieferung darstellen, da nach der Verkehrsauffassung ein (auch wertmässiger) Unterschied besteht zwischen einem Möbelstück aus der Zeit des Empire und einem solchen,

---

2002 I 535, 606). Dabei muss sich der entwehrte Käufer die Entschädigung gemäss Art. 9 Abs. 5 KGTG an seine Rechtsgewährleistungsansprüche aus Art. 195 OR anrechnen lassen; VON GRAFFENRIED (Fn. 555), S. 70 f.

576 BSK OR-HONSELL, Art. 197 Rn. 2; CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 197 Rn. 25.

577 BGE 108 II 102 E. 2; BGE 107 II 419 E. 1.

578 BGE 121 III 453 E. 4a.

579 BGE 121 III 453 E. 4a.

580 BSK OR-HONSELL, Art. 206 Rn. 2.

welches später im Stil des Empire angefertigt wurde. Insgesamt sollte m.E. das Schweizer Recht wie das deutsche Recht (§ 434 BGB) und das CISG auf die Unterscheidung verzichten und beide Fälle dem Gewährleistungsrecht unterstellen.[581]

bb) Voraussetzungen der Sachmängelhaftung

Kennt der Käufer den Sachmangel bei Vertragsschluss, ist er nicht schutzbedürftig, weshalb der Verkäufer nicht haftet (Art. 200 Abs. 1 OR). Blosse Verdachtsmomente genügen nicht. Hätte der Käufer den Mangel bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt erkennen können, haftet der Verkäufer nur, wenn er das Nichtvorhandensein zugesichert hat (Art. 200 Abs. 2 OR). Den Käufer trifft allerdings im Grundsatz keine Pflicht, den Kaufgegenstand *vor* Vertragsabschluss zu untersuchen, so dass er seine Ansprüche nur bei grober Fahrlässigkeit verliert.

Jeder Kunstkäufer, d.h. nicht nur der Händler oder professionelle Sammler, muss den Kaufgegenstand untersuchen und einen Mangel sofort rügen (Art. 201 OR). Unterlässt der Käufer dies, verwirken seine gewährleistungsrechtlichen Ansprüche. Art und Ausmass der Prüfungsobliegenheit werden durch die Gebräuche des Kunsthandels bestimmt. Die Untersuchung hat sich zum einen auf offene Mängel zu erstrecken, d.h. solche, die bei Abnahme der Ware oder bei ordentlicher Untersuchung für den aufmerksamen Käufer erkennbar sind. Der Käufer muss somit prüfen, ob das Kunstwerk keine Beschädigungen, Risse, Übermalungen etc. aufweist. Auf dem Hintergrund der Anforderungen der Rechtsprechung an den guten Glauben eines Kunstkäufers ist m.E. dafür zu halten, dass auch der branchenfremde Käufer (und erst Recht der Kunsthandel bzw. die Auktionshäuser) *bei älteren und/oder hochpreisigen Werken* – gegebenenfalls unter Hinzuziehung einer Fachperson – auch ohne konkrete Verdachtsmomente die Echtheit und Provenance (d.h. Herkunftsgeschichte) prüft.[582]

Die sachgewährleistungsrechtlichen Ansprüche des Käufers verjähren ein Jahr nach Lieferung des Kunstwerks (Art. 210 Abs. 1 OR), ausser es läge eine Täuschung des Verkäufers vor. In diesem Fall hat der getäuschte Käufer gemäss Art. 127 OR ab Vertragsschluss zehn Jahre Zeit, um seine Ansprüche geltend zu machen. Die Verjährungsregelung für Kulturgüter weicht in zwei Punkten von Art. 210 Abs. 1 OR ab. Zum ersten beginnt die relative Einjahresfrist erst mit Entdeckung des Mangels zu laufen. Zum zweiten tritt 30 Jahre nach Vertragsschluss die absolute Verjährung ein. Durch die Kombination dieser zwei Elemente steht dem Käufer eines Kulturguts eine sehr lange Zeit zur Verfügung,

581 So z.B. ALFRED KOLLER, in: Theo Guhl, Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 390; ERNST KRAMER, Noch einmal: Zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf, recht 1997, S. 78 ff.; CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 197 Rn. 26.

582 Vgl. dem Sinn nach so auch KKR-RASCHÈR/RENOLD (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 262 f.; anders die allgemeine Regelung: BGer vom 29. 8. 2003, 4C.152/2003, E. 3.1.;

um Sachgewährleistungsansprüche geltend zu machen. Auch das gefälschte oder minderwertige Kulturgut fällt m.E. unter Art. 210 Abs. 1bis OR, da das KGTG gemäss Art. 1 KGTG den illegalen Kulturgütertransfer unterbinden will. Darunter ist auch der Handel mit gefälschten Kulturgütern zu subsumieren, weil aus der Sicht des Kulturgüterschutzes kein sachlicher Unterschied zwischen einem Diebstahl eines Kulturguts und einer Fälschung besteht.[583]

cc) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen (Wandelung, Minderung, Ersatzlieferung, Schadenersatz) aufgrund eines sachmängelbehafteten Kunstkaufs weichen nicht von den allgemeinen Regeln ab, weshalb vorliegend nicht weiter darauf eingegangen wird.[584]

E. Illegaler Kunstmarkt

I. Einführung

Wo viel Licht ist, ist bekanntlich auch viel Schatten. Dies trifft gerade auch auf den Kunstmarkt zu. Der Handel mit gefälschten, gestohlenen, geraubten, illegal aus- oder eingeführten Kunstwerken floriert. Schätzungen zufolge soll der Jahresumsatz USD 2–6 Mrd. betragen, die Erlöse fliessen weitgehend dem organisierten Verbrechen zu.[585] Italien belegt mit ca. 20 000 (gemeldeten) gestohlenen Kunst- und Kulturgütern den «Spitzenplatz», gefolgt von Russland mit ca. 2000 Diebstählen.[586] In der «stolen works of art»-Datenbank von Interpol sind zur Zeit ca. 34 000 gestohlene Kunstwerke aufgelistet – eine grosse Zahl, wenn bedacht wird, dass die nationalen Strafverfolgungsbehörden Interpol nach wie

583 Siehe oben Ziff. D.II.4.; CHK-Müller-Chen, Art. 210 Rn. 6 ff.; KKR-Müller-Chen/Renold (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 175; a.A Gabus/Renold (Fn. 210), Art. 2 Rn. 11 und Art. 32 Rn. 46; Pierre Tercier, Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations, SJZ 102 (2006), S. 277 ff., S. 278; die vorgenannten Autoren vertreten die Ansicht, dass bei einem gefälschten Kunstwerk nicht mehr von einem Kulturgut gesprochen werden kann. KKR-Renold (Fn. 4), Kap. 8 Rn. 16 teilt diese Ansicht, relativiert sie jedoch insofern, als dass er aus praktischen Gründen (Bestimmung der anwendbaren Verjährungsfrist) davon ausgeht, dass ein Kulturgut solange ein solches bleibt, bis es durch ein Gerichtsurteil zur Fälschung erklärt wird.

584 Zu den kaufrechtlichen Rechtsfolgen allgemein siehe z.B. CHK-Müller-Chen, Art. 205 Rn. 10 ff., Art. 206 Rn. 1 ff., Art. 208 Rn. 3 ff.; BSK OR-Honsell, Art. 205 Rn. 5 ff., Art. 206 Rn. 3, Art. 208 Rn. 2 f.; Koller (Fn. 580), S. 387 ff., Honsell (Fn. 311), S. 95 ff., Huguenin (Fn. 562), Rn. 253 ff.; Skripsky (Fn. 523), S. 263 ff.; aufgrund der mit dem Kunstkauf verbundenen Probleme haben verschiedene US-amerikanische Bundesstaaten zum Schutze des unerfahrenen Käufers spezielle Gesetze erlassen, in denen insb. Gewährleistungsfragen geregelt sind (z.B. N.Y. Arts & Cultural Affairs Law), vgl. DuBoff/King (Fn. 236), S. 80 ff.

585 Schack (Fn. 2), Rn. 129; Salisbury/Sujo (Fn. 380), S. 212; http://www.fbi.gov/hq/cid/arttheft/arttheft.htm; http://www.artcrime.info/facts.htm.

586 http://www.artcrime.info/facts.htm.

vor eine grosse Anzahl von Kunstdiebstählen nicht melden, bzw. darüber gar keine separate Statistik führen.[587]

Verschiedene Beispiele belegen, dass Drogenschmuggel, Geldwäscherei, Waffenhandel und Kunstverbrechen eng zusammen hängen:[588] Drogenhändler benützen ihre Absatzkanäle, um gestohlene Kunst zu verschieben, oder sie waschen Drogengelder mit Hilfe von Kunstkäufen.[589] Terroristen nutzen archäologische Raubgrabungen, um ihre Aktivitäten zu finanzieren. Bereits 1974 stahl die IRA Bilder von Rubens, Goya, Vermeer im Wert von USD 32 Mio.; die Taliban veräusserten Kunst in der Schweiz, die aus einem Museum in Kabul entwendet worden war.[590]

Der Rahmen dieses Beitrages reicht nicht annähernd aus, um auch nur einen Überblick über die spektakulärsten Kunstdiebstähle zu geben.[591] Der berühmteste Fall ist wohl der Diebstahl der Mona Lisa aus dem Louvre im Jahr 1911 durch Vincenzo Perrugia. Als Mitarbeiter des Museums verkleidet, hängte er das Bild ab, versteckte es unter seinem Mantel und verliess das Museum unbehelligt. Die genauen Hintergründe sind bis heute unklar. Perrugia behauptete immer, alleine und aus patriotischen Motiven gehandelt zu haben: Er wollte das Gemälde zurück nach Italien bringen. Nach einer anderen – allerdings wohl spekulativen – Theorie war der argentinische Betrüger Eduardo de Valfierno der Kopf hinter dem Diebstahl: Er liess im Voraus Kopien der Mona Lisa anfertigen, die er verschiedenen Personen nach dem Diebstahl der Mona Lisa als das echte Bild anbot.[592] Der wertmässig wohl grösste Kunstdiebstahl der Geschichte geschah am 18. März 1990 in Boston. Es wurden 13 Gemälde im Wert von ca. USD 500 Mio. aus dem Isabella Stewart Gardner Museum gestohlen, die bis heute nicht wieder aufgetaucht sind. Darunter finden sich Schätze wie Vermeers «das Konzert» (1664), zwei Bilder von Rembrandt und Manets «Chez Tortoni».[593] In jüngerer Zeit sorgte der Diebstahl von vier Gemälden aus der Stiftung Sammlung E.G. Bührle in Zürich am 11. Februar 2008 für Schlagzeilen, deren Gesamtwert auf ca. CHF 180 Mio. geschätzt wird.[594] Zwei der Bilder

587 http://www.interpol.int/Public/WorkOfArt/Default.asp.

588 http://www.museum-security.org/?p=52; http://www.interpol.int/Public/WorkOfArt/woafaq.asp.

589 Riccardo Sansonetti, La lutte contre le blanchiment en matière d'art, in: Marc-André Renold, Pierre Gabus und Jacques de Werra (Hrsg.), Criminalité, Blanchiment et nouvelles reglémentations en matière de transfert de bien culturels, Zürich 2006, S. 81 ff.; Rachel Engisch, Le blanchiment d'argent en matière d'art, in: Jusletter vom 22. Juni 2009, Rn. 18 ff.

590 Salisbury/Sujo (Fn. 380), S. 212.

591 Eine informative Zusammenstellung ist zu finden auf http://www.fbi.gov/hq/cid/arttheft/arttheft.htm; http://www.interpol.int/Public/WorkofArt/Default.asp.

592 http://www.die-mona-lisa.de/diebstahl.htm.

593 Der Spiegel, Große Brocken, 13/1990, S. 293 ff. (http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13499845.html); http://www.focus.de/kultur/medien/kriminalitaet-steckbrief-fuer-geraubte-bilder_aid_171386.html.

594 Es handelte sich um Monets «Les coquelicots près de Vétheuil», Degas «Comte Lepic et ses filles», Van Goghs «Branches de marronniers en fleur» und Cézannes «Le garçon au gilet rouge».

wurden kurze Zeit nach dem Raub in einem Auto aufgefunden, das in der Nähe der Sammlung parkiert war. In der Nacht des 20. Mai 2010 wurden aus dem Pariser Musée d'Art moderne fünf Meisterwerke im Wert von ca. € 100 Mio. entwendet. Die Alarmanlage war seit Monaten defekt.[595]

Kunstdiebstahl lohnt sich auch deshalb, weil die Preise auf dem Kunstmarkt im letzten Jahrzehnt astronomische Höhen erreicht haben. Sicherlich gibt es Fälle, in denen der Dieb aus Kunstliebhaberei «auf eigene Rechnung» handelt;[596] in der Regel geht es aber um den aus dem Diebstahl zu erzielenden Erlös. Auch Auftragstaten sind denkbar.[597] Bekannt sind auch Fälle, in denen sich der Eigentümer oder die Versicherung mit einer Lösegeldforderung für die gestohlenen Kunstwerke konfrontiert sieht («art-napping»).[598] Gestohlene Kunst wird über verschiedene Kanäle abgesetzt; zunehmender Beliebtheit erfreuen sich Online-Auktionen.[599] Häufig verschwindet das Diebesgut aber auch in Banksafes oder Lagerhäusern, ohne je wiederaufzutauchen.

Erstaunlicherweise wird nach wie vor die volkswirtschaftliche Bedeutung des Diebstahls von Kunst- und Kulturgütern sowohl in der Öffentlichkeit als auch bei den Staaten unterschätzt. Es existieren zwar verschiedene Bemühungen zur Vorbeugung (z.B. Objekt-ID)[600], und vielerorts wurden die Sicherheitsmassnahmen in Sammlungen und Museen verbessert.[601] Anderseits werden Diebstähle häufig immer noch durch eklatante Sicherheits- und Schutzmängel ermöglicht. Ein prominentes Beispiel ist die Entwendung von Benvenuto Celli-

---

595 NZZ Nr. 115 vom 21. Mai 2010. S. 24.

596 Zwischen 1995 und 2001 ist der Franzose Stéphane Breitwieser aus Mulhouse in Europa herumgereist und hat aus verschiedenen Museen 239 Kunstwerke mit einem geschätzten Wert von € 1 Mia. gestohlen (darunter auch das «Bildnis der Sybille von Kleve» von Lucas Cranach dem Älteren im Wert von ca. € 7 Mio.); als Motiv gab er anlässlich der Gerichtsverhandlung an, dass er eine eigene Kunstsammlung aufbauen wollte. Unglücklicherweise zerstörte Breitwiesers Mutter viele Gemälde, wohl um belastendes Beweismaterial gegen ihren Sohn zu vernichten; 102 Kunstwerke konnten gerettet werden, die anderen sind entweder zerstört oder verschollen; siehe zum Ganzen Breitwiesers Autobiographie *«Confessions d'un Voleur d'art»* (Paris 2006); siehe auch SCHACK (Fn. 2), Rn. 476.

597 Skeptisch SCHACK (Fn. 2), Rn. 477.

598 SCHACK (Fn. 2), Rn. 477; TIM KISTENMACHER, Art-Napping in der aktuellen Rechtsprechung, KUR 2006, S. 85 ff.; *Kraut v. Morgan & Brother Manhattan Storage Co.,* N.Y.2d 445, 343 N.E. 2d 744 (1976); ANDREA F.G. RASCHÈR, Rubel für Rambos – die Kunstraub AG, Der Bund vom 15.2.2008, S. 29.

599 http://www.museum-security.org/?p=52.

600 Die Objekt-ID geht auf eine Initiative des J. Paul Getty Trust zurück. Sie ist ein internationaler Standard zur Beschreibung von Kunst- und Kulturgütern. Die Objekt-ID besteht aus einer Reihe von Merkmalen (eine Fotografie des Werks; Beschreibung des Objekts (Gemälde, Skulptur, etc.); Material und Technik; Abmessungen/Gewicht; spezielle Identifikationsmerkmale (z.B. Unterschrift, Widmung, Seriennummer etc.); spezielle sonstige Merkmale (z.B. eine Beschädigung, Spuren von Restaurierungen etc.); Titel; Darstellung; Herstellungszeitpunkt oder Periode; Urheber; kurze Beschreibung des Objekts). Schliesslich soll die Objekt-ID an einem sicheren Ort verwahrt werden, um bei einem Diebstahl den Strafverfolgungsbehörden bzw. den Versicherungen das Auffinden des Kunstwerks zu erleichtern.

601 SCHACK (Fn. 2), Rn. 479.

nis «Saliera» am 11. Mai 2003 aus dem Kunsthistorischen Museum in Wien. Der Dieb des auf CHF 75 Mio. geschätzten, aus Gold, Ebenholz und Elfenbein gearbeiteten Salzfasses aus dem 16. Jahrhundert konnte über das ungesicherte Baugerüst in das Museum eindringen. Dort nahm er ungestört das Gefäss aus der nicht mit einem Alarm versehenen Vitrine; eine Videoüberwachung existierte nicht, und die Wächter schenkten dem durch den Bewegungsmelder ausgelösten Alarm keine Beachtung.[602] Der Dieb versuchte vergeblich, ein Lösegeld über € 10 Mio. von der Versicherung zu erpressen. Drei Jahre nach dem Diebstahl konnte er verhaftet werden. Die Saliera wurde in einer Kiste vergraben in einem Wald in Österreich aufgefunden.[603]

Erschwerend kommt hinzu, dass die meisten Länder – darunter auch die Schweiz – keine spezialisierte «Kunstpolizei» kennen, welche die notwendigen Ressourcen und Sachkenntnisse haben, um wirksam kriminelle Aktivitäten im Zusammenhang mit Kunst- und Kulturgütern zu bekämpfen.[604] Immerhin gibt es eine Reihe privater Initiativen, welche sich u.a. durch Öffentlichkeitsarbeit, Publikationen und mit Hilfe von (frei zugänglichen oder kostenpflichtigen) Datenbanken der Prävention und Aufklärung von Kunstdiebstählen widmen.[605]

Neben dem «schlichten» Kunstdiebstahl ist noch auf den Kunst*raub* hinzuweisen. Darunter wird zum einen der Raub von Kunst unter Einsatz militärischer Gewalt im Zusammenhang mit kriegerischen Auseinandersetzungen verstanden *(Beutegut)*. Auf eine Darstellung des Beuterechts wird aufgrund der speziellen Fragestellung und der engen Verknüpfung mit dem (nationalen und internationalen) Kulturgüterschutz an dieser Stelle verzichtet, zumal der Sachverhalt in der Literatur intensiv bearbeitet ist.[606] Zum anderen bezieht sich der

602 NZZ Nr. 52 vom 13.5.2003, S. 52.

603 Michael Frank, Salzfass und Räuberpistole, Süddeutsche Zeitung vom 23.1.2006.

604 Nennenswerte Ausnahmen sind Interpol (http://www.interpol.int/Public/WorkofArt/Default.asp), Italiens *Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale* (http://www.carabinieri.it/Internet/Cittadino/Informazioni/Tutela/Patrimonio+Culturale), das französische *Office Central de lutte contre le trafic des Biens Culturels* (http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_l_interieur/la_police_nationale/organisation/dcpj/trafic-biens-culturels), das *Art Theft Program* des FBI (http://www.fbi.gov/hq/cid/arttheft/arttheft.htm) und *Scotland Yard's Art and Antiques Unit* (http://www.met.police.uk/crimeprevention/art.htm); Scotland Yard's Einheit besteht aber nur aus vier Personen. Aus diesem Grund wurde mit «ArtBeat» ein innovatives Programm ins Leben gerufen, bei dem mit Hilfe von freiwilligen Teilzeit-Polizisten, die aus Museen und anderen Kunstorganistionen rekrutiert werden, das organisierte Verbrechen in London (insb. Kunstdiebstahl, Fälschungen, Betrug) bekämpft werden soll (vgl. dazu http://www.theartnewspaper.com/article.asp?id=16334).

605 Z.B. der International Council of Museums (http://icom.museum/), die International Foundation for Cultural Property Protection (http://www.ifcpp.org/), das Institute of Art and Law (http://www.ial.uk.com/), die Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste lost art (http://www.lostart.de), das Lost Art Register (http://www.artloss.com/) oder die Association for Research into Crimes against Art (http://www.artcrime.info/index.htm).

606 Vgl. z.B. Schack (Fn. 2), Rn. 480 ff., 488 ff.; Kerstin Odendahl, Kulturgüterschutz, Tübingen 2005, S. 105 ff.; Stefan Baufeld, Kulturgutbeschlagnahmen in bewaffneten Konflikten, ihre Rückabwicklung und der deutsch-russische Streit um die sogenannte Beutekunst, Frankfurt a.M./Bern/Wien 2005.

Begriff des Kunstraubs auf Kunst- und Kulturgüter, die während des Zweiten Weltkriegs durch oder mit Hilfe der Nationalsozialisten vor allem aus jüdischem Besitz geraubt, konfisziert oder auf andere Art unrechtmässig entwendet wurden *(Raubgut)*. Darauf wird unten näher eingegangen.[607]

II. Abhandengekommene und illegal importierte Kunst

Die rechtliche Behandlung abhanden gekommener Kunst unterscheidet sich nicht grundsätzlich von der rechtlichen Stellung anderen Sachen: Strafrechtlich handelt es sich um strafbare Handlungen gegen das Vermögen (Art. 137 ff. StGB), je nach Fallkonstellation insb. um Diebstahl (Art. 139 StGB), Raub (Art. 140 StGB), Betrug (Art. 146 StGB) oder Erpressung (Art. 156 StGB). Von Bedeutung ist ferner der Tatbestand der Hehlerei (Art. 160 StGB).

Zivilrechtlich massgeblich sind die sachenrechtlichen Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten.[608] Aufgrund der Internationalität des Handels mit gestohlenen oder sonst abhanden gekommenen Kunst- und Kulturgütern ist zunächst das anwendbare Recht zu bestimmen, bevor die materielle Rechtslage nach Schweizer Recht darzustellen ist.

1. Anwendbares Recht

a) Vorbemerkungen

Bei den nachfolgenden Ausführungen[609] zum anwendbaren Recht wird vorausgesetzt, dass die Auseinandersetzung um die sachenrechtliche Berechtigung an einem Kunstwerk bzw. Kulturgut vor einem Schweizer Gericht ausgetragen wird. Dieses ist zuständig, wenn der Beklagte Wohnsitz (Art. 2 Abs. 1 LugÜ i.V.m. Art. 98 Abs. 1 Halbsatz 1 IPRG) oder – subsidiär – gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 98 Abs. 1 Halbsatz 2 IPRG) in der Schweiz hat. Hat der Beklagte weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, kann gemäss Art. 98 Abs. 2 IPRG am Ort der gelegenen Sache geklagt werden.

Für Klagen eines Staates auf Rückführung illegal exportierter Kulturgüter, die rechtswidrig in die Schweiz eingeführt wurden (Art. 9 KGTG), besteht nach Art. 98a IPRG sowohl am Wohnsitz des Beklagten wie auch am Ort der gelegenen Sache ein Gerichtsstand.

---

607 Siehe unten Ziff. E.III.

608 Zum Kaufvertrag siehe oben Ziff. D.III.

609 Die Ausführungen zum anwendbaren Recht sind eine überarbeitete Fassung von MÜLLER-CHEN, Crux mit dem Eigentum (Fn. 543), S. 1269 f. und KKR-MÜLLER-CHEN/RENOLD (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 111 ff; MARKUS MÜLLER-CHEN, Neuere Entwicklungen im internationalen Sachenrecht, AJP 2005, S. 273 ff.

b) Lageort der Sache als Anknüpfungspunkt

aa) Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

Für den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten gelten die Art. 100 ff. IPRG. Nach der international[610] verbreiteten lex rei sitae-Regel entscheidet das Recht am Lageort darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen ein gutgläubiger Erwerb von abhanden gekommenen Kunst- und Kulturgütern möglich ist.[611] Massgeblich ist das Recht des Staates, in dem die Sache im Zeitpunkt des Vorgangs liegt, aus dem Erwerb oder Verlust hergeleitet wird (Art. 100 Abs. 1 IPRG).[612] Dieses Recht regelt unter anderem die Anforderungen an die Gutgläubigkeit und die einzuhaltenden Fristen; es bestimmt, was als abhanden gekommen gilt und ob bei Herausgabe ein Lösegeld zu zahlen ist.[613]

Die Frage, ob der Verfügende zur Eigentumsübertragung berechtigt ist, richtet sich nicht zwingend nach der lex rei sitae, sondern ist als Vorfrage selbständig anzuknüpfen. Die Verfügungsberechtigung kann sich z.B. auch aus Stellvertretung oder aus einem (erbrechtlichen, güterrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen) Gesamtstatut ergeben,[614] was zu einem vom Sachenrechtsstatut abweichenden Recht führen kann. Entsteht dadurch ein gravierender Widerspruch zur lex rei sitae, geht letzteres als Einzelstatut dem Gesamtstatut vor.[615]

Befindet sich die Sache im Zeitraum des Abschlusses des sachenrechtlichen Tatbestands in nur einer Rechtsordnung und ist dieser nach Auffassung des alten Sachstatuts bereits vollendet, bleibt es bei der vom alten Statut getroffenen Entscheidung (sog. abgeschlossener Tatbestand, Art. 100 Abs. 1 IPRG).[616] Dies gilt auch dann, wenn die Normen des neuen Statuts andere Voraussetzungen für den Eigentumserwerb kennen.[617] Hat sich demgegenüber der sachenrechtli-

---

610 Siehe z.B. Art. 43 EGBGB, § 31 oeIPR-Gesetz; Urteil des französischen Cour de Cassation vom 3.2.2010, abrufbar unter http://www.courdecassation.fr. JAN KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 454 ff.

611 Für die Lageortsanknüpfung sprechen insb. der Verkehrsschutz, die Publizität sowie die Vermutung, dass der kollisionsrechtliche Schwerpunkt einer Mobilie sich am Lageort befindet (Botschaft zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I 399).

612 ZK IPRG-HEINI, Art. 100 Rn. 11 m.w.N.; BSK IPRG-FISCH, Art. 100 Rn. 15, 17; KROPHOLLER (Fn. 608), S. 524.

613 Vgl. zu dieser Problematik KURT SIEHR, Restitution of Looted Art in Private International Law, in: Marc-André Renold und Pierre Gabus (Hrsg.), Claims for the Restitution of Looted Art. La revendication des œuvres d'art spoliées, Zürich 2004, S. 71 ff., 80 ff.

614 BSK IPRG-FISCH, Art. 100 Rn. 25.

615 KROPHOLLER (Fn. 608), S. 555 ff.; BSK IPRG-FISCH, Vorbem. zu Art. 97–108 Rn. 15; IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht – Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000, Rn. 418.

616 Art. 100 Abs. 1 IPRG ist auch einschlägig, wenn ein Kulturgut vom ausländischen Staat zu Staatseigentum erklärt wird, unabhängig davon, ob sie entdeckt oder ausgegraben worden sind; siehe MARC WEBER, Archäologische Objekte vor US-amerikanischen Gerichten, in: Johannes Weber et al. (Hrsg.), Liber discipulorum et amicorum, Festschrift für Prof. Dr. Kurt Siehr zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 225 ff., S. 232.

617 SCHWANDER (Fn. 613), Rn. 429.

che Tatbestand unter der Herrschaft des alten Sachstatuts in *zeitlicher* Hinsicht erst teilweise verwirklicht und wird die Sache über die Landesgrenze gebracht, ist für den *ganzen* Erwerbsvorgang grundsätzlich das neue Sachstatut massgebend (sog. nicht abgeschlossener oder gestreckter Tatbestand, Art. 102 Abs. 1 IPRG).[618]

Erwirbt z.B. eine Galerie aus Zürich (gutgläubig) eine Figur von Giacometti aus einer in Rom gelegenen Privatsammlung, und stellt sich ein halbes Jahr später heraus, dass die Figur Diebesgut ist, muss die Käuferin die später in die Schweiz verbrachte Figur dem Alteigentümer nicht herausgeben, da nach Art. 1153 itCc der gutgläubige Erwerber mit Übergang des Besitzes der Sache sofort Eigentum erwirbt.[619] Der Alteigentümer kann den Giacometti nicht unter Berufung auf Art. 934 ZGB zurückverlangen, da das schweizerische Recht die Entscheidung des alten Lagerechts akzeptiert. Hätte der Käufer die Figur nach einer Vorbesichtigung telefonisch gekauft und sich per Kurier in die Schweiz bringen lassen, käme nach Art. 102 Abs. 1 IPRG schweizerisches Recht zur Anwendung, da der Besitz erst in der Schweiz überging. Die Herausgabeklage des Alteigentümers hätte somit Erfolg. Zudem hätte der schweizerische Käufer Anspruch auf die Entschädigung nach Art. 934 Abs. 2 ZGB, obwohl das italienische Recht diese Vergütung aufgrund der Tatsache des sofortigen Eigentumserwerbs des gutgläubigen Erwerbers nicht kennt.[620]

bb) Einfluss öffentlich-rechtlicher Kulturgüterschutznormen

Aufgrund von Art. 13 Satz 2 IPRG ist die Anwendbarkeit einer ausländischen Norm nicht alleine dadurch ausgeschlossen, dass ihr ein öffentlich-rechtlicher Charakter zugeschrieben wird. Aus diesem Grund sollte ein Schweizer Gericht eine ausländische Norm zum Schutz von Kulturgütern (z.B. Qualifikation eines Kulturguts als res extra commercium; gesetzliche Vorkaufsrechte zum Schutz nationalen Kulturguts; Exportverbot)[621] unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm beachten.[622]

---

618 KROPHOLLER (Fn. 608), S. 527; BSK IPRG-FISCH, Art. 100 Rn. 18 f.

619 DIETER KRIMPHOVE, Das europäische Sachenrecht, Lohmar 2006, S. 345.

620 KURT SIEHR, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Käufers im internationalen Privatrecht, ZVglRWiss 83 (1984), S. 100 ff., S. 107 ff.; ZK IPRG-HEINI, Art. 100 Rn. 25 m.w.N.; rechtsvergleichend vgl. VOLKER GEYRHALTER, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Erwerbers, Frankfurt a.M./Bern 1996, S. 100 ff.; zum Ganzen auch MARTINA BENECKE, Abhandenkommen und Eigentumserwerb im Internationalen Privatrecht, ZVglRWiss 101 (2002), S. 362 ff., S. 371 ff.; ANDREA HUPACH, Der gutgläubige Erwerb von Sachen nach deutschem und italienischem Recht, Osnabrück 1997, S. 10 ff.

621 Zum Ganzen ausführlich MATHIAS H. PLUTSCHOW, Staatliche Vorkaufsrechte im internationalen Kulturgüterschutz, Zürich 2002, S. 246 ff., mit zahlreichen Beispielen.

622 Vgl. zum Fall der Konfiskation HANS STOLL, Mobile Transformation eines Wandbilds, in: Rainer Frank (Hrsg.), Recht und Kunst, Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Wolfram Müller-Freienfels, Heidelberg 1996, S. 73 ff.; a.A. offenbar BGE 131 III 418, 424, kritisch dazu MARC-ANDRÉ RENOLD, Une importante décision suisse en matière de transfert international de biens culturels: l'arrêt du Tribunal fédéral sur les pièces d'or anciennes du 8 avril 2005, Re-

Die zwingenden Bestimmungen ausländischer Schutzgesetze sind unter den Voraussetzungen von Art. 19 IPRG auch zu beachten, wenn gemäss Art. 100 ff. IPRG auf den Eigentumsübergang schweizerisches Recht Anwendung findet.[623] Art. 19 IPRG verlangt, dass «schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen» einer Partei die Anwendung der ausländischen Eingriffsnorm verlangen und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist. Letzteres dürfte bei illegal aus dem Herkunftsland in die Schweiz importierten Kulturgütern in der Regel erfüllt sein.[624]

c) *Alternativen zur Anknüpfung an das Lagerecht*

Verschiedentlich werden Alternativen zur Anknüpfung an das Lagerecht vorgeschlagen, weil bemängelt wird, dass bei abhanden gekommenen Kunst- und Kulturgütern das anwendbare Recht häufig von den zufälligen Umständen des Einzelfalls abhängt.[625] Es ist bekannt, dass (vor allem preislich) bedeutende Objekte in denjenigen Ländern in den legalen Markt gebracht werden, die den gutgläubigen Erwerb nach kurzer Zeit zulassen.[626]

In den USA wenden die Gerichte zum Teil den «most-significant-relationship-test» an, bei dem verschiedene objektive Faktoren gegeneinander abgewogen werden.[627] Vor allem in Deutschland wird vorgeschlagen, bei gestohlenen Kunstgütern auf den Ort des Diebstahls abzustellen, da dadurch die Berechenbarkeit des anwendbaren Rechts für den Eigentümer verstärkt werde.[628] In diese

---

vue de droit uniforme XI (2006), S. 399 ff., S. 401; zu den staatlichen Vorkaufsrechten siehe eingehend PLUTSCHOW (Fn. 619), S. 167 ff.; BGHZ vom 22.6.1972, II ZR 113/70, S. 59, 82 ff., NJW 1972, S. 1575 ff. (Nichtigkeit eines deutschem Recht unterstehenden Versicherungsvertrags wegen Sittenwidrigkeit, welche durch einen Verstoss gegen ein nigerianisches Exportverbot begründet wurde); JAYME, Globalization in Art Law (Fn. 8), S. 944 f.

623 ZK IPRG-VISCHER, Art. 19 Rn. 1 f.; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE, Art. 13 Rn. 24 und Art. 19 Rn. 13; IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht – Besonderer Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1998, Rn. 534 f.; PLUTSCHOW (Fn. 619), S. 281 f.; FOËX (Fn. 207), S. 21; ERNST (Fn. 206), S. 9.

624 A.A. BSK IPRG-FISCH, Art. 100 Rn. 59; differenzierend PLUTSCHOW (Fn. 619), S. 278 ff; vgl. aber BGE 131 III 418, 424.

625 Vgl. HANS HANISCH, Der Fall des Liotard und die nationale Zuordnung eines Kunstwerks, in: Frank Rainer (Hrsg.), Recht und Kunst, Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Wolfram Müller-Freienfels, Heidelberg 1996, S. 19 ff., S. 32; SIEHR (Fn. 618), S. 109.

626 HEINZ-PETER MANSEL, DeWeerth v. Baldinger – Kollisionsrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunstwerke, IPRax 1988, S. 268 ff., S. 270; HANS HENNING KUNZE, Restitution «entarteter Kunst»: Sachenrecht und internationales Privatrecht, Berlin 2000, S. 122 f.

627 LAMBERT KÖHLING, Der Eigentumserwerb abhanden gekommener Kunstgegenstände im amerikanischen Recht, Münster 1999, S. 251 f.; ASTRID MÜLLER-KATZENBURG, Besitz- und Eigentumssituation bei gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Kunstwerken, in: Lothar Pues, Edgar Quadt und Rissa, Art-Investor, München 2002, S. 471.

628 So der Vorschlag von MANSEL (Fn. 624), S. 270 f.; KUNZE (Fn. 624), S. 138 ff.; im Ergebnis ähnlich auch HANISCH (Fn. 623), S. 35, der zwar in der Hauptfrage an der Situsregel festhalten, den Diebstahl aber als Vorfrage einer selbständigen Anknüpfung zuführen will; ablehnend ASTRID MÜLLER-KATZENBURG, Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht, Berlin 1996, S. 228; EVANGELOS SPINELLIS, Das Ver-

Richtung zielt auch Art. 90 Abs. 1 des belgischen IPRG, wonach bei Kulturgütern des «patrimoine culturel» dem rückfordernden Staat die Wahl zwischen dem Recht am Ort des Diebstahls und dem Ort der Belegenheit des Kulturguts zur Zeit der Rückforderung gewährt wird.[629] In eine ähnliche Richtung geht das Postulat, bei Kulturgütern an die *lex originis,* das Heimatrecht des Kulturguts, anzuknüpfen.[630] Als Kriterien zur Bestimmung des Heimatrechts in Frage kommen die Nationalität des Künstlers, der Provenienzort und der Ort, für den das Kulturgut bestimmt war.[631]

Es ist nicht zu verkennen, dass diese Anknüpfungen den Eigentümer gegenüber dem gutgläubigen Erwerber bzw. dem Rechtsverkehr bevorzugen, was m.E. nicht unproblematisch ist. [632] Zudem geht das IPRG von festen Anknüpfungsregeln aus, die – ohne Gesetzesänderung – nicht beliebig ergänzbar bzw. flexibilisierbar sind. Eine Anknüpfung an den Ort des Diebstahls oder an das Heimatrecht kann daher einzig mit Hilfe der Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG begründet werden.[633] Diese ist jedoch nur mit Zurückhaltung anzuwenden. Eine Abweichung von der lex rei sitae im Sinne der belgischen Lösung ist aufgrund der Rechtssicherheit und dem Vorrang des Verkehrsinteresses m.E. nur bei Kulturgütern von hoher Bedeutung für den jeweiligen Staat («patrimoine national») gerechtfertigt, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls ein viel engerer Zusammenhang zum Herkunftsstaat als zum Belegenheitsort besteht.[634]

---

trags- und Sachenrecht des internationalen Kunsthandels: zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Eingriffsnormen im heutigen internationalen Rechtsverkehr, Osnabrück 2000, S. 392; PLUTSCHOW (Fn. 619), S. 276 f.

629 Art. 90 Abs. 1 IPRG-BE: «Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication».

630 ERIK JAYME, Nationales Kunstwerk und internationales Privatrecht, Heidelberg 1999, S. 95 ff.; JAYME, Globalization in Art Law (Fn. 8), S. 937; FLORIAN KIENLE und MARC-PHILIPPE WELLER, Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR, IPRax 2004, S. 290 ff., S. 291; SUSANNE SPAUN, Der Herausgabeanspruch bei Diebstahl oder illegalem Export von Kulturgütern, Frankfurt a.M. 2003, S. 159, S. 165; SYMEON C. SYMEONIDES, A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property, Vanderbilt Journal of Transnational Law 38 (2005), S. 1177 ff., S. 1183 ff.; skeptisch PLUTSCHOW (Fn. 619), S. 277 f.

631 JAYME (Fn. 628), S. 100 ff., S. 172; ERIK JAYME, Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht, in: Rudolf Dolzer, Erik Jayme und Reinhard Mussgnug (Hrsg.), Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, Heidelberg 1994, S. 725 ff.

632 Vgl. SPINELLIS (Fn. 626), S. 395; KIENLE/WELLER (Fn. 628), S. 291; vgl. auch Art. 90 Abs. 2 IPRG-BE: «Toutefois, si le droit de l'Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication».

633 So auch SCHWANDER (Fn. 621), Rn. 426 f.; ablehnend HANS STOLL, Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Artt. 43–46 EGBGB, IPRax 2000, S. 259 ff., S. 269.

634 So auch BENECKE (Fn. 618), S. 364 f.; ich korrigiere damit meine in KKR-MÜLLER-CHEN/RENOLD (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 133 vertretene Position.

2. *Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten*

a) *Allgemeines*

Der Eigentumserwerb vom nicht Verfügungsberechtigten hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab.[635] Erstens ist zu prüfen, ob der Eigentümer dem verfügenden Nichtberechtigten das Kunstwerk anvertraut hat oder ob es ihm abhanden gekommen ist. Zweitens muss der Erwerber gutgläubig sein und drittens muss im Fall eines abhanden gekommenen Kunstwerks eine bestimmte Frist verstrichen sein, bevor der Erwerber in seinem Besitz geschützt wird und das Eigentum auf ihn übergeht. Diese Voraussetzungen sind nachfolgend zu diskutieren.

b) *Anvertraute und abhanden gekommene Kunstwerke*

aa) Anvertraute Kunstwerke

Vertraut der Eigentümer eines Kunstwerks dieses einer anderen Person an und verfügt diese darüber, ohne dazu berechtigt zu sein, ist der gutgläubige Erwerb einer anvertrauten Sache vom Nichtberechtigten nicht nur in der Schweiz (Art. 714 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 933 ZGB), sondern in praktisch allen Ländern möglich.[636] Ein Kunstwerk gilt als «anvertraut», wenn es freiwillig und bewusst übertragen wird mit der Massgabe, dass der Empfänger das Werk selbst oder eventuell den Erlös später zurückgibt.[637] Die Verfügungsbefugnis des Empfängers ist somit rechtlich beschränkt.[638] Anvertraut ist ein Kunstwerk auch dann, wenn es dem Eigentümer durch List und Tücke (Betrug, Täuschung, Irrtum) entlockt wird, es sei denn, der Besitzer werde durch Gewalt zur Übergabe ge-

---

635 Die Ausführungen zum gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten sind eine überarbeitete Fassung von MÜLLER-CHEN, Crux mit dem Eigentum (Fn. 543), S. 1269 f., MÜLLER-CHEN, Neuere Entwicklungen (Fn. 607), S. 273 ff. und KKR-MÜLLER-CHEN/RENOLD (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 111 ff.; siehe auch BK-JÄGGI, Art. 3 Rn. 53.

636 Vgl. KARSTEN THORN, Der Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten, Baden-Baden 1996, S. 154 ff. m.w.N.; Ausnahmen sind das portugiesische Recht (Art. 1301 Códico civil), wo im Handelsverkehr der Alteigentümer die Sache jedoch nur gegen den Kaufpreis auslösen kann, siehe dazu KURT SIEHR, Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen – Neue Entwicklungen zu einem alten Problem, ZVglRWiss 80 (1981), S. 271 ff., 281, und das Recht der kanadischen Provinz Québec (Art. 2919 CCQuébec), wo unabhängig von der Art des Besitzesverlusts ein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten erst nach Ablauf einer dreijährigen Ersitzungsfrist möglich ist.

637 BK-STARK, Art. 933 Rn. 23b.

638 BGer vom 28.5.1998, 5C.16/1998, abgedruckt in SJ 121 (1999), S. 1 ff., vgl. auch NZZ Nr. 122 vom 29.5.1998: Die französischen Erben des Marquis de Sade übergaben das Manuskript «Les cent-vingt journées de Sodome» samt der Schatulle, in der es seit jeher verwahrt wurde, einem Pariser Verleger zur Ansicht. Im gleichen Jahr mussten sie zur Kenntnis nehmen, dass das Manuskript (ohne die Schatulle) von einem bekannten Genfer Privatsammler sog. «Curiosa» zum Preis von FF 300 000.– erworben wurde. Die Erben klagten gegen den Erwerber in Genf erfolglos auf Rückgabe des Manuskriptes, da dieses anvertraut, und der Käufer gutgläubig war und somit nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 Eigentümer wurde.

zwungen.[639] Der Alteigentümer, der zum Ausgleich des Verlustes seiner dinglichen Rechtsposition auf obligatorische Ansprüche gegen den nichtberechtigten Verfügenden verwiesen wird, trägt das Insolvenzrisiko.

bb) Abhandengekommene Kunstwerke

Bei abhanden gekommenen Kunstwerken tritt der Eigentumswechsel gemäss Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 934 Abs. 1 bzw. 1bis ZGB mit der Verwirkung der Herausgabeklage ein.[640]

Kunstwerke gelten immer dann als abhanden gekommen, wenn sie dem Dritten nicht anvertraut sind.[641] Was abhanden gekommen ist, ergibt sich daher negativ aus dem Begriff des Anvertrautseins. Es geht um den unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes: Gestohlene, geraubte, verlegte, rechtswidrig ausgegrabene (Art. 724 ZGB)[642] oder unrechtmässig beschlagnahmte Sachen sind abhanden gekommen, da sie ohne bzw. gegen den Willen des Eigentümers in den Rechtsverkehr gelangten.[643]

Die Verwirkungsfrist beträgt fünf Jahre. Sie beginnt mit dem Besitzesverlust zu laufen und kann weder unterbrochen noch gehemmt werden (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Für Kulturgüter i.S.d. KGTG gilt eine andere Regelung (Art. 728 Abs. 1bis; 934 Abs. 1bis ZGB): Das Rückforderungsrecht verjährt ein Jahr, nachdem der Eigentümer Kenntnis erlangt hat, wo und bei wem sich das Kulturgut befindet, verwirkt jedoch spätestens 30 Jahre nach dem Abhandenkommen. Der Eigentumserwerb setzt nicht voraus, dass der Besitzer fünf (bzw. 30) Jahre gutgläubigen, ununterbrochenen Besitz hatte. Wird z.B. das Kunstwerk drei Jahre nach dem Abhandenkommen einem bösgläubigen Erwerber verkauft und überträgt dieser zwei Wochen vor Ablauf der relevanten Frist dieses einem gutgläubigen Erwerber, wird dieser nach Ablauf der Frist Eigentümer, obwohl er das Kunstwerk nur kurze Zeit gutgläubig besass.[644] Jeder spätere Erwerber erwirbt dann vom Berechtigten; die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit ist irrelevant. Selbst wenn der spätere Besitzer weiss, dass die Sache ursprünglich abhanden

639 CHK-Eitel/Arnet, Art. 933 Rn. 4 unter Berufung auf BK-Stark, Art. 933 Rn. 29 ff.

640 Die Ersitzung gemäss Art. 728 ZGB kommt damit nur zur Anwendung, wenn die Erfordernisse von Art. 933 f. ZGB nicht erfüllt sind, weil es an der iusta causa der Eigentumsübertragung fehlt; so ersitzt z.B. der Käufer nach Art. 728 ZGB, der gestützt auf einen ungültigen Vertrag ein Gemälde erwirbt.

641 Zur Abgrenzungsproblematik siehe Stephan Hartmann, Der Fahrniserwerb vom Nichtberechtigten – zur Unterscheidung zwischen anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen, recht 2002, S. 136 ff.

642 Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002 I 602; Andrea F.G. Raschèr, Kulturgütertransfer und Globalisierung, Zürich 2000, S. 105 f.

643 BK-Stark, Art. 934 Rn. 2 ff.

644 Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Band II, Bern 2002, Rn. 2071a; Hans Hinderling, Der Besitz, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Sachenrecht, SPR Band V/1, Basel 1977, S. 403 ff., S. 491.

gekommen war, wird er – vorbehältlich des Rechtsmissbrauchs – rechtmässiger Eigentümer.[645]

Verlangt der Alteigentümer seine Sache mit Erfolg heraus, ist zu regeln, wer letztlich den aus der Sache gezogenen Nutzen behalten darf und allfällige Auslagen und Schäden zu tragen hat. Das erworbene Gemälde wurde beispielsweise kostspielig restauriert, versichert und anschliessend mit Gewinn weiterverkauft. Der bösgläubige Besitzer muss alle Nutzungen herausgeben und hat darüber hinaus Schadenersatz zu leisten (Art. 940 ZGB). Der gutgläubige Besitzer hat gemäss Art. 939 ZGB einen Ersatzanspruch für die notwendigen und nützlichen Verwendungen. Der aus dem Gemälde gezogene Nutzen ist mit Ausnahme des Veräusserungserlöses nicht zu restituieren.

Dem gutgläubigen Käufer steht ausserdem unter den Voraussetzungen von Art. 934 Abs. 2 ZGB die Vergütung des von ihm für das Kunstwerk bezahlten Preises zu.[646] Dieses sog. Lösungsrecht steht auch den gutgläubigen Rechtsnachfolgern desjenigen zu, der die entsprechenden Voraussetzungen erfüllte.[647] Erwirbt jedoch der an und für sich anspruchsberechtigte Gutgläubige von einem Bösgläubigen, der seinerseits vom Kaufmann erworben hat, besteht das Lösungsrecht nicht mehr.[648] Wie bereits erläutert,[649] hat der entwehrte gutgläubige Käufer Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, auf Erstattung seiner Kosten und auf Schadenersatz aus Art. 195 OR gegen den Verkäufer. Diese Ansprüche sind jedoch in dem Umfang vermindert, in dem der Käufer vom Eigentümer die Entschädigung nach Art. 934 Abs. 2 ZGB erhältlich machen kann. Zu ersetzen ist im Grundsatz der vom gutgläubigen Käufer bezahlte Preis, richtiger Ansicht nach inflationsbereinigt.[650] Allfällige Wertsteigerungen sind nicht zu erstatten.[651] Ist der Verkäufer gutgläubig, kann er seinerseits gegen die Person, die ihm das Kunstwerk verkauft hat, aus Art. 97 ff. OR Regress nehmen. Dem Eigentümer stehen gegen den bösgläubigen Verkäufer vertragliche und deliktische Schadenersatzansprüche sowie das Recht auf Gewinnherausgabe nach Art. 423 Abs. 1 OR zu. Scheitert seine Herausgabeklage, stehen ihm im Grundsatz gegen den gutgläubigen Erwerber oder Ersitzer keine obligatorischen Ansprüche zu.

---

645 BK-Stark, Art. 934 Rn. 32.

646 Öffentliche Versteigerung, Erwerb auf dem Markt von einem Verkäufer, der Ware der betreffenden Art anbietet oder vom Kaufmann, der mit solchen Waren handelt; der Verkäufer muss einen den kaufmännischen Grundsätzen entsprechenden Geschäftsbetrieb führen; auf einen allfälligen Handelsregistereintrag kommt es nicht an: BK-Stark, Art. 934 Rn. 21, 39.

647 BK-Stark, Art. 934 Rn. 41; Siehr (Fn. 618), S. 105.

648 Vgl. dazu BGE 103 II 186; BK-Stark, Art. 934 Rn. 41; Peter Liver, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1977, ZBJV 115 (1979), S. 263 ff., S. 264 ff.

649 Siehe oben Ziff. D.III.4.b.

650 BSK ZGB-Stark/Ernst, Art. 934 Rn. 24a; Ernst (Fn. 206), S. 9.

651 BK-Stark, Art. 934 Rn. 45a; Beat Schönenberger, Schweiz ohne Unidroit-Konvention – Rückgabe gestohlener Kulturgüter, KUR 2008, S. 86 ff., S. 91.

c) *Guter Glaube des Erwerbers*

aa) Begriff

Gutgläubig ist, wer die redliche Überzeugung hat, dass der Veräusserer berechtigt ist, ihm das Eigentum zu übertragen.[652] Der gute Glaube bezieht sich auf die vermeintliche Verfügungsbefugnis des Veräusserers.[653] Er heilt jedoch weder die mangelnde *tatsächliche* Verfügungsgewalt noch die Ungültigkeit des Veräusserungsvertrags.[654] Der gute Glaube einer Person wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Massgebend für das Vorliegen des guten Glaubens sind die Tatsachen im Zeitpunkt, in dem das Eigentum übertragen wird.[655] Wer nachträglich bösgläubig wird, bleibt im Interesse der Verkehrssicherheit in seinem Erwerb geschützt.[656] Hat der Erwerber sich überhaupt nicht um die Verfügungsberechtigung des Veräusserers gekümmert, fragt sich, unter welchen Voraussetzungen er sich auf den Gutglaubensschutz berufen kann.

bb) Ausschluss des Gutglaubensschutzes wegen mangelnder Aufmerksamkeit

Wer nur wegen Vernachlässigung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit gutgläubig ist, kann sich nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf den Gutglaubensschutz berufen. Ob die gebotene Aufmerksamkeit beachtet wurde, ist ein Ermessensentscheid des Gerichts, der sich auf eine objektive Gesamtwürdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls zu stützen hat.[657] Es ist auf ein Durchschnittsmass von Aufmerksamkeit abzustellen, das der Redliche unter den gegebenen Umständen aufzuwenden pflegt.[658] Hinweise auf das übliche Mass an Sorgfalt im Kunstbetrieb liefern z.B. Verhaltenskodices, wie

---

652 Vgl. zum Begriff BK-STARK, Art. 933 Rn. 44 ff.; BK-JÄGGI, Art. 3 Rn. 16 ff. (55): *Gutgläubig ist, wer trotz Vorliegen eines Rechtsmangels das Bewusstsein hat, redlich zu handeln.* Für den Gutgläubigen treten die ordentlicherweise eintretenden Folgen des Rechtsmangels gar nicht oder bloss abgeschwächt ein.

653 Und nicht etwa auf die Gültigkeit des Grundgeschäfts, vgl. BK-STARK, Art. 933 Rn. 55; CHARLOTTE WIESER, Gutgläubiger Fahrniserwerb und Besitzesrechtsklage, Basel/Genf/München 2004, S. 86 f.

654 BGE 89 II 389; BGE 103 II 186, 188 f.; BK-STARK, Art. 933 Rn. 55.

655 ZK-HOMBERGER, Art. 933 Rn. 34; BK-STARK, Art. 933 Rn. 79; BK-JÄGGI, Art. 3 Rn. 131; HINDERLING (Fn. 642), S. 488; anders ZK-OFTINGER/BÄR, Art. 884 Rn. 358 (stellen auf den Zeitpunkt des Besitzerwerbs ab).

656 Mala fides superveniens non nocet: PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Band I, Bern 2007, Rn. 432.

657 Siehe oben Ziff. D.III.2.; BGE 122 III 1 E. 2aa: Die Sorgfaltspflicht bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Die persönlichen Verhältnisse (wie z.B. das Fehlen bzw. Vorliegen besonderer Kenntnisse des Kunsthandels) und Handelsgewohnheiten können den Massstab nicht mindern, wohl aber verschärfen, vgl. PETER BASSENGE, in: Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München 2010, § 932 Rn. 10.

658 WIESER (Fn. 651), S. 88 f.

z.B. der Code of Professional Ethics des Internationalen Museumsrats.[659] Auch Umstände nach dem Verkauf erlauben Rückschlüsse auf das vor dem Kauf Erkennbare und sind daher bei der Prüfung des Sorgfaltsmassstabs einzubeziehen (ein Käufer deponiert z.B. das Gemälde im Safe, anstatt es in seiner im Übrigen frei zugänglichen Sammlung auszustellen).[660]

Im Kunsthandel ist von besonderer Bedeutung, ob der Erwerber sich nach der Verfügungsberechtigung des Veräusserers bzw. nach der Provenienz des Kunstwerks erkundigen muss. Nach Rechtsprechung und Lehre besteht im Grundsatz eine Nachforschungs- und Erkundigungspflicht nur dann, wenn in der jeweiligen Veräusserungssituation konkrete Verdachtsmomente vorliegen.[661] Eine erhöhte Sorgfaltspflicht gilt für den branchenvertrauten Erwerber *«in Geschäftszweigen, die dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft in besonderem Masse ausgesetzt sind»*.[662] Dazu zählen auch der Kunsthandel und das Auktionswesen.[663] Branchenvertraut kann auch ein Privater sein, der als Sammler mit den Mechanismen des Geschäftslebens im Allgemeinen und des Kunsthandels im Besonderen vertraut ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, muss der Erwerber bereits dann aktiv werden, wenn die Umstände des Kaufs Anlass zu Misstrauen geben oder einen vorsichtigen Kunstsammler hätten misstrauisch machen müssen.[664]

Verdachtsmomente können sich im Einzelfall aus einer Reihe von Faktoren ergeben, wobei auch eine Häufung von für sich genommen unauffälliger Umstände Zweifel aufkommen lassen können.[665] Einbezogen werden müssen die Umstände des Kaufgeschäfts. So kann beispielsweise der Ort der Zahlungsab-

---

659 KUNZE (Fn. 624), S. 181 mit den dort erwähnten Codes of Ethics als Ausdruck der im internationalen Kunsthandel gebräuchlichen Sorgfalt. Zu den Verhaltenskodices schweizerischer und europäischer Kunsthändler siehe GLAUS/STUDER (Fn. 13), S. 207 ff. (Anh. 3).

660 BK-STARK, Art. 933 Rn. 52.

661 BGE 113 II 397 E. 2b, c; BK-JÄGGI, Art. 3 Rn. 128; BK-STARK, Art. 933 Rn. 36.

662 BGE 122 III 1 E. 2baa; siehe auch schon BGE 80 II 53.

663 MÜLLER-CHEN, Crux mit dem Eigentum (Fn. 543), S. 1267 ff.; EMILY J. HENSON, The Last Prisoners of War, 51 DePaul L. Rev. (2002), S. 1103 ff., S. 1151; SIEHR (Fn. 634), S. 283; HANISCH (Fn. 623), S. 36; ASTRID MÜLLER-KATZENBURG, Besitz- und Eigentumssituation bei gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Kunstwerken, NJW 1999, S. 2551 ff., S. 2556 m.w.N.; RASCHÈR (Fn. 640), S. 82 ff. m.w.N.; vgl. OGer SH vom 10.6.1960, SJZ 57 (1961), S. 303 f., das den «Bilderhandel» zu denjenigen Handelzweigen zählte, «bei denen das Angebot von Waren von seiten unrechtmässiger Besitzer häufiger ist als in andern».

664 Siehe z.B. BGE 123 II 134 E. 6: «Le recourant, homme rompu aux affaires et connaisseur d'art, ne s'était soucié ni de l'authenticité, ni de la provenance du tableau; en outre, le recourant avait pris le risque de traiter avec des inconnus et ne s'était assuré de la régularité de l'importation du tableau en Suisse»; vgl. auch schon BGE 80 II 53, wo entschieden wurde, dass man nach dem Krieg nicht schuldlos in Unkenntnis des Risikos sein konnte, das mit Geschäften mit Ware aus Deutschland oder besetzten Staaten verbunden war, weil «in der Schweiz allgemein bekannt war, dass (...) Bilder, Wertsachen und Wertpapiere in Mengen als Raubgut weggeschleppt und im Ausland, insbesondere in der Schweiz, in den Handel gebracht worden waren». Dies muss wohl per analogiam auch für die Situation nach dem Irak-Krieg im Hinblick auf entsprechende Kulturgüter gelten.

665 Z.B. BGE 79 II 59, 62 ff.

wicklung und der Übergabe verdächtig sein, wenn ein Kulturgut in einem «dunklen Hinterzimmer» übergeben und gleich bar eine grosse Summe bezahlt wird.[666] Relevant ist auch, ob das Kaufgeschäft dokumentiert ist, z.B. durch eine Kaufpreisquittung, einen schriftlichen Kaufvertrag, eine Importbescheinigung oder andere Zolldokumente, einen condition report etc.). Des Weiteren ist die Person oder Reputation des Verkäufers oder Vermittlers einzubeziehen.[667] Ebenfalls zu beachten sind die Art und der Zustand des Kaufobjekts. So kann Vorsicht geboten sein, wenn Werke eines bestimmten Künstlers nur selten auf dem Markt auftauchen. Auch die aussergewöhnliche Natur des Vertragsgegenstands kann Verdacht erregen (z.B. speziell grosse und seltene Goldmünzen).[668] Von der Rechtsprechung wird grosses Gewicht auf die Höhe des Kaufpreises gelegt: Ist dieser auffallend niedrig («Schnäppchen»), ist Vorsicht geboten, und es wird eine erhöhte Sorgfalt verlangt.[669]

Es schadet dem Erwerber nach Ansicht des Bundesgerichts im Grundsatz nicht, wenn er weiss, dass der Kaufgegenstand unter Verletzung ausländischer Exportvorschriften in die Schweiz eingeführt wurde.[670] M.E. stellt dieser Umstand aber immerhin ein Indiz für seine mangelnde Gutgläubigkeit dar. Ein öffentlich-rechtliches Veräusserungs- oder Importverbot hebt zwar das Verfügungsrecht des Eigentümers im Allgemeinen nicht auf. Der rechtmässige Eigentümer, der in Missachtung eines solchen Verbots verfügt, wird daher nicht als Nichtberechtigter betrachtet.[671] Bei unter das KGTG fallendem Kulturgut ist der Kaufvertrag zwischen der übertragenden Person und dem Käufer aber dennoch nichtig.[672]

---

666 Z.B. BGE 47 II 263, 264 ff.: Einem im Wertpapierhandel tätigten Beklagten wurden Wertpapiere in einem Zigarrenladen mit grossem Preisnachlass angeboten: Er hätte Nachforschungen anstellen müssen.

667 So schon BGE 38 II 465 E. 2: Eine Erkundigungs- bzw. Nachforschungspflicht kann ausgelöst werden, wenn es sich beim Geschäftspartner des angeblich Gutgläubigen um eine diesem unbekannte Person handelt.

668 BGer vom 8.4.2005, 5C.60/2004 (Goldmünzen Ali Khan).

669 So schon BGE 43 II 613, 615 ff.: Ein Käufer hätte misstrauisch werden müssen, als ihm vom Betreiber eines Kinos, der nebenbei mit Uhren handelte, Uhren für die Hälfte des Verkehrswerts angeboten wurden, insb. auch weil der Verkäufer *«n'avait pas une bonne renommée, ni du point de vue de sa solvabilité, ni en celui de sa moralité»;* BGE 107 II 41, 43 f.: Verkaufspreis lag ca. ein Drittel unter dem Verkehrswert; BGE 122 III 1: Im Jahre 1979 wurden aus einer Villa in Versoix bei Genf eine antike Waffensammlung gestohlen. Von den Dieben gelangte die Sammlung über einen Zwischenhändler zu einem Antiquitätenhändler, der sie auf den Tag genau ein halbes Jahr nach dem Diebstahl einem Privatsammler verkaufte. Das Geschäft wurde in der Privatwohnung des Verkäufers abgewickelt und der Erwerber legte den Kaufpreis von CHF 320 000.– bar auf den Tisch. Bis 1991 blieb die Sammlung verschwunden. Die 1992 erhobene Herausgabeklage wurde 1997 nach einem Umweg über das BGer vom OGer LU abgewiesen. Entscheidend war, dass der Kaufpreis gemäss Experten nicht nachgerade als Schleuderpreis betrachtet werden konnte, der Erwerber keine Zweifel an der Seriosität des Veräusserers zu haben brauchte und sich die Umstände des Kaufes im Rahmen des Branchenüblichen bewegten.

670 BK-Stark, Art. 933 Rn. 57.

671 BGer vom 8.4.2005, 5C.60/2004, E. 2.4.4.

672 Siehe oben Ziff. E.II.2.b.; Schmidt-Gabain (Fn. 546), S. 576 ff.

Die dem Erwerber obliegenden Erkundigungen müssen die Echtheit des Kunstwerks, dessen Herkunft,[673] die Frage, ob es sich um Diebesgut handelt, die Person des Verkäufers, den Erhaltungszustand und die Qualität des Kaufgegenstands betreffen.[674] Derartige Nachfragen zu Provenienz und Verfügungsberechtigung des Veräusserers sind je nach Umständen des Einzelfalls beispielsweise bei Galerien, Auktionshäusern, Interpol oder bei einer Institution einzuholen, die auf die Erfassung und das Auffinden gestohlener Kunst spezialisiert ist (z.B. das Art Loss Register). Konsultiert werden sollen auch Versteigerungskataloge grosser Auktionshäuser, Werkverzeichnisse und weitere einschlägige Quellen.[675] Der mit den Recherchen verbundene finanzielle Aufwand ist vom Käufer zu tragen, was angesichts der Bedeutung der Objekte in diesen Fällen ohne weiteres gerechtfertigt ist, zumal diese Käuferschicht über die notwendigen Mittel verfügt.[676]

Das Beispiel des «Goldmünzen»-Entscheids zeigt, dass das Bundesgericht auch ausserhalb des KGTG und des Kunsthandels i.e.S. einen strengen Massstab an die zu beachtende Sorgfalt anlegt.[677] Einer Bank wurden als Kreditsicherheit zwei grosse, kiloschwere Goldmünzen aus dem Besitz des ehemaligen Fürsten von Hyderabad verpfändet. Das Bundesgericht verpflichtete die Bank, sich nach der Provenienz der ihr verpfändeten Münzen zu erkundigen, um die Verfügungsberechtigung des Verpfänders zu verifizieren, obwohl die Münzen kurze Zeit vor der Verpfändung an einer öffentlichen Versteigerung in Genf mit weltweiter Publizitätswirkung angeboten worden waren. Dieser Pflicht tat die Bank u.a. dadurch Genüge, weil sie bei einem Auktionshaus sich nach den Münzen erkundigte, schriftliche Bestätigungen u.a. zur Provenienz und den Besitzverhältnissen eingeholt hatte sowie Vertreter der Bank den Verpfänder an seinem Domizil in Australien besucht und sich dort über die Pfandgegenstände informiert hatten. Darüber hinaus müssen die dem Nachforschenden gegebenen Erklärungen plausibel sein, wobei die Beurteilung dessen, was als glaubhaft gilt, von den Umständen des Einzelfalls abhängt.[678]

---

673 Der Kunsthändler Paul Rosenberg, sagte zur Frage der Erkundung nach der Herkunft eines Kunstwerks bereits 1948 folgendes: «En outre, un acheteur de tableaux se renseigne sur l'origine de la pièce. Il est coutume, dans le commerce des tableaux, d'établir le pedigree de chaque tableau et de déclarer cette origine à l'acheteur», zitiert nach ESTHER TISA FRANCINI, ANJA HEUSS und GEORG KREIS, Fluchtgut – Raubgut. Der Transfer von Kulturgütern in und über die Schweiz 1933–1945 und die Frage der Restitution. Veröffentlichungen der Unabhängige Expertenkommission: Schweiz–Zweiter Weltkrieg (UEK), Band 1, 2. Aufl., Zürich 2001, S. 381.

674 Siehe schon BGE 69 II 110, 116 ff.: Ein Kommissionär verkaufte ein Bild von Hodler zur Hälfte des instruierten Preises. Der Käufer wurde stutzig, brachte selbständig den Namen des Kommittenten in Erfahrung und liess sich von diesem versichern, dass dieser Eigentümer des Bildes sei.

675 Vgl. MÜLLER-KATZENBURG (Fn. 626), S. 329 ff.; WIESER (Fn. 651), S. 101.

676 HENSON (Fn. 661), S. 1150.

677 BGE 131 III 418, dazu REGULA BERGER-RÖTHLISBERGER, Die Gutgläubigkeit der Bank bei der Entgegennahme eines Kulturguts als Sicherheit, recht 2007, S. 204 ff., S. 209 ff.

678 BGE 94 II 297 E. 5e, f, h (Koerfer/Goldschmidt): Auf den guten Glauben kann sich auch berufen, wer bei sehr schwierig zu beurteilenden Verhältnissen einer zwar unrichtigen, aber vertretbaren bzw. plausiblen Ansicht folgt.

Wären die Verdachtsmomente auch durch geeignete Nachforschungen nicht beseitigt worden, soll dem Erwerber seine Nachlässigkeit nicht schaden (Kausalitätserfordernis).[679] Dieses Argument lässt jedoch ausser Acht, dass die Bösgläubigkeit nicht erst durch das Unterlassen von Erkundigungen oder die mangelhafte Erfüllung der Nachforschungsobliegenheit begründet wird.[680] Auf die Voraussetzung der Kausalität sollte m.E. deshalb verzichtet werden. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass im Anwendungsbereich des KGTG diese Sorgfaltspflichten auch den Verkäufer treffen (Art. 16 KGTG).[681]

d) Beweislast

Der ursprüngliche Eigentümer trägt gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich aller Tatsachen, welche die Gutgläubigkeit des Erwerbers zerstören. Gelingt ihm dies, muss der Erwerber die Tatsachen vorbringen, welche zeigen, dass er kein Unrechtsbewusstsein hatte oder haben musste.[682]

3. Rechtspolitische Überlegungen

a) Allgemein

Beim Erwerb vom Nichtberechtigten stehen sich mit dem ursprünglichen Eigentümer und dem gutgläubigen Erwerber letztlich zwei «unschuldige» Parteien gegenüber. Dieser Interessenskonflikt kann m.E. nur unter Rückgriff auf das objektive Verkehrsinteresse an der Praktikabilität, der Leichtigkeit und dem Sicherheitsbedürfnis des Geschäfts- und Warenverkehrs gelöst werden.[683] Der gutgläubige Erwerb ist aus diesem Grund nur zu rechtfertigen, wenn es das Verkehrsinteresse fordert. Dieser Gedanke führt zu einer Privilegierung desjenigen Käufers, der im Kunsthandel oder an einer Auktion erwirbt, da dort – wie ausgeführt[684] – auf Veräussererseite erhöhte Sorgfaltspflichten gelten. Für den Käufer besteht somit eine gewisse Gewähr, dass die Provenienz untadelig ist. Darauf soll er sich verlassen dürfen.[685] Diese Voraussetzung ist beim Kauf vom Privaten nicht gegeben. Hier sind m.E. die Anforderungen an die zu

---

679 BGE 100 II 8, 16; BK-Stark, Art. 933 Rn. 39.

680 BGH vom 13.4.1994, II ZR 196/93, NJW 1994, S. 2022; Kunze (Fn. 624), S. 172.

681 Siehe oben Ziff. D.III.2.

682 BK-Jäggi, Art. 3 Rn. 102.

683 Die Ausführungen dieses Abschnitts sind eine überarbeitete Fassung von Müller-Chen, Crux mit dem Eigentum (Fn. 543), S. 1269 f.; Müller-Chen, Neuere Entwicklungen (Fn. 607), S. 273 ff.

684 Siehe oben Ziff. D.III.2.

685 So auch der BGH vom 5.10.1989, IX ZR 265/88, NJW 1990, S. 899 zum deutschen Recht; dieses Konzept findet sich auch in Art. 3:99 ff. BW (Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch) und Art. 1455 ABGB, zum preussischen Allgemeinen Landrecht Bruno Huwiler, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand. Dogmengeschichtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs, in: Clausdieter Schott und Claudio Soliva (Hrsg.), Nit anders den liebs und

beachtende Sorgfaltspflicht unter Berücksichtigung der kunstspezifischen Eigenarten des Objekts zu verschärfen, so dass im Ergebnis der Alteigentümer bevorzugt wird. Immerhin besteht auch in diesem Fall die Möglichkeit der Ersitzung (Art. 728 ZGB).

b) Kulturgüter

Fraglich ist, ob dieser Ansatz den Besonderheiten von Kulturgütern gerecht wird. Diese sind nicht nur Handels- und Investitionsgüter, sondern haben unbestrittenermassen eine kultur- und gesellschaftspolitische Bedeutung. Bekanntermassen hat der Gesetzgeber mit dem Erlass des KGTG diesem Aspekt Rechnung getragen und damit zumindest indirekt zum Ausdruck gebracht, dass die durch Art. 933 ff. ZGB vorgenommene Interessenbewertung dem Kulturgüterschutz nicht gerecht wird.[686] Das KGTG zielt vornehmlich darauf ab, die negativen Auswüchse des internationalen Handels mit Kulturgütern zu bekämpfen und die ökonomischen Anreize dafür zu minimieren.[687] Dies geschieht u.a. dadurch, dass gewissen Kulturgütern die Verkehrsfähigkeit entzogen wird (sog. *res extra commercium)*, selbst wenn sie noch nicht entdeckt oder ausgegraben sind.[688] Ohne staatliche Genehmigung können solche Sachen nicht veräussert, ersessen oder gutgläubig erworben werden (Art. 724 Abs. 1 und 1bis ZGB). Flankierende Massnahmen (Kulturgüterverzeichnisse, strenge Export- und Importvorschriften, strafrechtliche Massnahmen) ergänzen und sichern die Durchführung (Art. 5 ff. KGTG).[689] Ausserdem können ausländische Staaten das Kulturgut auch dann zurückfordern, wenn dieses nicht abhanden gekommen ist, sondern «nur» rechtswidrig ausgeführt wurde (Art. 9 KGTG). Das KGTG versucht somit das Problem des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten einerseits durch Beschränkung des Privateigentums und anderseits durch eine Privilegierung des Alteigentümers (des Staates) zu lösen.

c) Raubgut

Die rechtspolitischen Schwierigkeiten bei der Abwägung zwischen den Interessen des ursprünglichen Eigentümers und dem gutgläubigen Besitzer akzentuieren sich, wenn es um die Restitution von Kunst geht, welche während des Dritten Reichs (vornehmlich) jüdischen Eigentümern entzogen wurde (Raubkunst). Die strenge Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften vermag dem Einzel-

---

guets, Petershauser Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Karl S. Bader, Sigmaringen 1986, S. 75 ff., S. 90 ff.

686 Zu vergleichbaren ausländischen Erlassen siehe WEBER (Fn. 614), S. 230; vgl. auch JONATHAN S. MOORE, Enforcing Foreign Ownership Claims In The Antiquities Market, 97 Yale Law Journal (1998), S. 466 ff., S. 470 f.

687 Vgl. Art. 1 Abs. 2 KGTG.

688 WEBER (Fn. 614), S. 225, 232 m.w.N.

689 PAUL M. BATOR, The international trade in art, Chicago 1988, S. 34 ff.

fall häufig nicht gerecht zu werden.[690] Diese Erkenntnis ist jedoch nicht neu. Der Bundesrat hat auf Druck der Alliierten nach Ende des Zweiten Weltkriegs den sog. Raubgutbeschluss erlassen.[691] Dieser setzte die Vorschriften des ZGB zum Erwerb vom Nichtberechtigten temporär ausser Kraft.[692] Geschädigte hatten aber nur gerade zwei Jahre Zeit, um ihre Ansprüche anzumelden. Vielen Überlebenden fehlten die notwendigen Unterlagen und Informationen, um Ansprüche zu substantiieren, andere hatten aufgrund Auswanderung in alle Welt keine Kenntnis von dieser Möglichkeit. Überlebende und Hinterlassene waren in dieser Zeit mit der Verarbeitung des Geschehenen und dem Wiederaufbau der eigenen Existenz beschäftigt. All dies führte dazu, dass nur ein Bruchteil tatsächlich bestehender Ansprüche geltend gemacht wurde; die Restitution jüdischen Kunstbesitzes war damit bei weitem nicht abgeschlossen.

Erst seit Ende der 1980er Jahre ist die Restitution von Kunst- und Kulturgütern aus jüdischem Besitz wieder ein Thema.[693] Dies hängt mit mehreren Faktoren zusammen. Zum einen konnten aufgrund der Öffnung der ehemaligen Ostblockstaaten viele Nachkommen von Shoa-Opfern zum ersten Mal in den Westen reisen und sich auf die Suche nach dem Familienbesitz machen. Umgekehrt wurden jahrzehntelang verschlossene Archive für die Provenienzforschung zugänglich, in denen viele Hinweise auf geraubte Kunst- und Kulturgüter lagen. Zudem setzte in jener Zeit der Boom des Kunstmarkts ein, womit die Rückforderung eines Kunstwerks neben dem emotionalen Aspekt auch finanziell attraktiv wurde.[694] Es ist nicht ungewöhnlich, dass nach einem oft erbittert geführten Restitutionsstreit das Objekt zu einem hohen Preis veräussert wird.[695]

---

690 Ein Beispiel aus neuester Zeit ist die Entscheidung der Stadt La Chaux-de-Fonds, die sich im September 2009 weigerte, «La Vallée de la Stour» von John Constable zu restituieren, das die Nationalsozialisten einer jüdischen Familie in Frankreich geraubt haben. Es wurde 1943 in Nizza versteigert und gelangte über die Genfer Galerie Moos in den Besitz einer Familie aus La Chaux-de-Fonds, welche es 1986 dem Kunstmuseum der Stadt vermachte. Es war unbestritten, dass es sich um Raubkunst handelte, der Stadtrat berief sich aber auf den gutgläubigen Erwerb der Familie im Jahr 1946 sowie des Kunstmuseums 1986, als es das Bild erbte. Verantwortlich sei der französische Staat, weshalb dieser den Schaden zu ersetzen habe. Ausserdem seien die Washington Principles für die Schweiz nicht verbindlich (http://cdf-mba.ne.ch/default.asp/4-0-30-8003-430-207-1/).

691 Beschluss betreffend Klagen auf Rückgabe in kriegsbesetzten Gebieten weggenommener Vermögenswerte vom 10. Dezember 1945, AS 61 (1945), S. 1052 ff.; Grundlage des Raubgutbeschlusses war der Bundesbeschluss über Massnahmen zum Schutz des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30. August 1939, AS N.F. 55, S. 769.

692 Siehe dazu im Einzelnen unten Ziff. E.III.3.b.

693 Teresa Giovanni, Marc-André Renold, Carolyn Olsburgh und Frederike Ringe, Raubkunst und die Schweiz – Aufarbeitung, Regelungen, Ausblick, in: Osteuropa, 56. Jg., 1–2/2006, S. 341 ff., S. 341.

694 Andreas Ritter, Raubkunst (Begehrlichkeiten, Wiedergutmachung, Mediation), in: Ivo Schwander und Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, St. Gallen 2008, S. 151 ff., S. 155.

695 So wurde z.B. die «Suprematist Composition» (1916) von Kasimir Malewitsch (vgl. S. 34), welche die Stadt Amsterdam nach einem jahrelangen Streit den 37 Malewitsch-Erben herausgab, im November 2008 bei Sotheby's New York für USD 60 Mio. versteigert.

Diese Entwicklung weckte auch das Interesse der grossen Auktionshäuser und der (anfangs vornehmlich US-amerikanischen) Anwälte, Kunsthistoriker und «Kunstdetektive» sowie – mit etwas Verzögerung – der Rechtswissenschaft.[696]

Die Rückgabebegehren werfen heikle juristische, moralische und politische Probleme auf, die bislang keiner befriedigenden Lösung zugeführt werden konnten. Dies hängt u.a. damit zusammen, dass mit ganz wenigen Ausnahmen die Staaten darauf verzichtet haben, spezialgesetzliche Rückgaberegelungen für Raubgut zu schaffen. Damit ist die Restitutionspraxis einerseits auf das Zivilrecht, anderseits auf nicht bindende Prinzipien, Erklärungen, Handreichungen u.ä. verwiesen. Ziel des nachfolgenden Abschnittes ist es, nach einer Darstellung von Begriff und Entwicklung der Raubkunstdiskussion, aufzuzeigen, dass der angestrebte «faire und gerechte» Umgang mit Raubkunst nur mit Hilfe des Gesetzgebers gelingen kann.

III. Raubkunst

1. Einleitung

In der Zeit zwischen 1933 und 1945 raubten die Nationalsozialisten in Westeuropa um die 150 000 und in Osteuropa gegen 500 000 Kunstwerke und religiöse Objekte.[697] Die Entziehungen waren Teil einer übergeordneten ideologischen Strategie und richteten sich gegen spezifische Bevölkerungsgruppen, besonders Juden, sowie gegen gewisse Kunstrichtungen, die als «entartet» klassifiziert wurden. Ein Teil dieser Kunst- und Kulturgüter wurde vernichtet, ein anderer (wertvoller) Teil wurde auf verschiedensten Kanälen in Deutschland und im Ausland, auch in der Schweiz, abgesetzt.[698] Viele dieser Kunstgegenstände wurden dann weiterveräussert und befinden sich heute in Museen und Privatsammlungen auf der ganzen Welt.

Seit Ende des Zweiten Weltkriegs gab es auf nationaler und internationaler Ebene Bemühungen, das mit der Raubkunst verbundene Unrecht wiedergutzumachen. Es erwies sich jedoch als ausserordentlich schwierig, eine Lösung zu finden, welche den Interessen der Beteiligten gerecht wird; zu diametral entgegengesetzt scheinen die Positionen zu sein: Hier die (Erbes-)Erben der entrechteten Eigentümer, da die Museen und Sammler, die sich auf ihren guten Glauben beim Besitzeserwerb berufen. Erschwert wird die Sachlage dadurch, dass

696 SCHACK (Fn. 2), Rn. 497.

697 Nazi-Era Stolen Art and U.S. Museums: A Survey of U.S. Museums Concerning Adherence to the Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art and the Procedures and Guidelines Recommended by the American Association of Museums Regarding Objects Transferred in Europe During the Nazi Era, 25.7.2006; zu finden auf der Webseite der Claims Conference (http://www.claimscon.org), S. 1.

698 GESA JEUTHE, Die Moderne unter dem Hammer: Zur «Verwertung» der «entarteten» Kunst durch die Luzerner Galerie Fischer 1939, in: Uwe Fleckner (Hrsg.), Angriff auf die Avantgarde: Kunst und Kunstpolitik im Nationalsozialismus, Berlin 2007, S. 189 ff., S. 200 ff.

die Voraussetzungen der Restitution je nach Land, in dem das Kunst- oder Kulturgut sich (zufälligerweise) befindet, unterschiedlich sind.[699] Damit verknüpft sind auch Schwierigkeiten bei der praktischen Durchsetzung allfällig gegebener Ansprüche; je nach Rechtsordnung und den Umständen des Einzelfalls müssen die Antragsteller zivil-, öffentlich- oder strafrechtliche Verfahrenswege (oder eine Kombination davon) mit unterschiedlichen Verfahrensgrundsätzen, Beweisanforderungen etc. beschreiten.[700]

Die Restitution von Kunstgütern ist für alle Beteiligten finanziell, emotional und zeitlich aufwändig,[701] und, gemessen an der Gesamtzahl der geraubten Werke, von relativ bescheidenem Erfolg gekrönt.[702] Eines der Probleme liegt

---

699 HANNES HARTUNG, Die Restitution der Raubkunst in Europa, Eine rechtsvergleichende Bestandesaufnahme, in: Julius Schoeps und Anna-Dorothea Ludewig (Hrsg.), Eine Debatte ohne Ende? Raubkunst und Restitution im deutschsprachigen Raum, Berlin 2007, S. 155 ff., S. 158.

700 Siehe z.B. JENNIFER ANGLIM KREDER, The Choice between Civil and Criminal Remedies in Stolen Art Litigation, Vanderbilt Journal of Transnational Law 38 (2005), S. 1199 ff., S. 1206 ff.

701 Zu den Schwierigkeiten in der beratenden und forensischen Praxis bei Raubkunst vgl. GEORG NÄGELI, Raubkunst: Tatsächliche und rechtliche Probleme bei der anwaltlichen Beratung, KUR 2009, S. 108 ff.; PETER MOSIMANN, Raubkunst vor Gericht, KUR 2009, S. 112 ff.

702 Über diese Tatsache können auch die publizistischen Schlagzeilen über spektakuläre Raubkunstauseinandersetzungen nicht hinwegtäuschen; vgl. z.B. die Rückgabe der fünf Klimt-Bilder *(Adele Bloch-Bauer I, Adele Bloch-Bauer II, Apfelbaum I, Buchenwald/Birkenwald* und *Häuser in Unterach am Attersee)* aus dem Besitz der Österreichischen Galerie an die Erben Ferdinand Bloch-Bauer (http://www.adele.at; MELISSA MÜLLER, Adele (1881–1925) und Ferdinand Bloch-Bauer (1845–1945), Wien, in: Melissa Müller und Monika Tatzkow (Hrsg.), Verlorene Bilder – Verlorene Leben, München 2009, S. 154 ff.; DONALD S. BURRIS und E. RANDOL SCHOENBERG, Reflections on Litigating Holocaust Stolen Art Cases, Vanderbilt Journal of Transnational Law 38 (2005), S. 1041 ff., S. 1044 ff.); siehe auch den «Kunstkrimi» um das über 50 Jahre lang verschollene Gemälde «Le quai Malaquais et l'institut» von Camille Pissarro, welches einst der Familie Bermann Fischer gehörte. Das Bild wurde 1940 im Wiener Auktionshaus Dorotheum versteigert, welches ein Umschlagplatz für entartete Kunst war. Danach gelangte es in den Besitz der liechtensteinischen Schönart-Stiftung von Hermann Görings Chef-Kunst-Einkäufer Bruno Lohse; es wurde in einem Zürcher Banktresor verwahrt. Bemühungen, den Pissarro zu verkaufen, scheiterten. Erst nach vielen Irrungen und Wirrungen konnte die Erbin Gisela Bermann Fischer das Bild im November 2008 in Besitz nehmen. Es hätte im Juni 2009 bei Christie's London versteigert werden sollen; eine Stunde vor der Auktion wurde es von Christie's zurückgezogen, da ein weiterer Erbe sich meldete. Die beiden Erben einigten sich schliesslich und das Bild wurde am 3.11.2009 in New York zum Preis von USD 2 154 500 versteigert (siehe http://www.welt.de/die-welt/kultur/article5065274/Das-Meisterwerk-aus-dem-Tresor.html; http://www.christies.com/results/; NZZ Nr. 142 vom 23.6.2009, S. 38). In der Schweiz streiten sich Gerta Silberberg und Simon Frick um Ferdinand Hodlers Bild «Stockhornkette mit Thunersee», welches im März 1935 durch die Schwiegereltern Silberbergs (jüdische Industrielle und Kunstförderer) für 3800 Reichsmark verkauft werden musste, da sie von den Nationalsozialisten aus ihrem Haus vertrieben wurden und unter finanziellen Druck gerieten (ausführlich zum Schicksal der Familie Silberberg: MONIKA TATZKOW, Max Silberberg (1878–1945), Breslau, in: Melissa Müller und Monika Tatzkow (Hrsg.), Verlorene Bilder – Verlorene Leben, München 2009, S. 114 ff.). Das Bild befindet sich zur Zeit als Dauerleihgabe im Depot des Kunstmuseums St. Gallen. Die jetzigen Besitzer lehnen eine Restitution ab, da der Kauf «rechtlich und moralisch» einwandfrei gewesen sei und kein Fall von Raubkunst vorliege, siehe dazu NZZ Nr. 142 vom 23.6.2009, S. 16. Der soweit einzige Fall einer *Rückgabe* eines Gemäldes in der Schweiz (und nicht nur eine finanzielle Kompensation) erfolgte durch die Stiftung Bündner Kunstsammlung (Max Liebermanns «Nähschule im Waisenhaus Amsterdam») an

in der unterschiedlichen Handhabung des Begriffs der Raubkunst («Nazi Looted Art»/«œuvres d'art spoliées»).[703] Ein Rückblick auf die Entwicklung des Raubkunstverständnisses auf internationaler und nationaler Ebene soll helfen, sich dem Begriff zu nähern.

2. *Entwicklung auf internationaler Ebene*

a) *Londoner Erklärung von 1943*

Mit der von 18 Staaten[704] unterzeichneten «Inter-Allied Declaration», der sog. Londoner Erklärung vom 5. Januar 1943, wurde die indirekte und verschleierte Wegnahme von Kulturgut verboten.[705] Die Parteien haben es sich in der Erklärung vorbehalten, jede Übertragung von Eigentum und sonstigen Rechtspositionen in den besetzten Gebieten für nichtig zu erklären.[706] Die Brisanz der Erklärung liegt darin, dass zum ersten Mal nicht nur die (staatliche) Entziehung oder Beschlagnahme eines Guts, sondern auch ein (privatrechtliches) Rechtsgeschäft als Raub eingestuft wurde.[707] Die Londoner Erklärung stellt den Ausgangspunkt für die alliierte Restitutionspolitik dar; die unterzeichneten Staaten haben in der Folge eigene Rechtsetzungsakte erlassen.[708]

Gerta Silberberg (vgl. dazu BEAT STUTZER, Ein Fallbeispiel in der Schweiz: Zur Restitution eines Max Liebermann-Gemäldes durch das Bündner Kunstmuseum, KUR 2009, S. 105 ff., S. 106 f.). Etwas anders gelagert sind die Fälle der «Vénus de Cyrène. Nature morte au bouquet de fleurs» von Pierre Bonnard und «l'Odalisque» von Camille Corot. Im ersten Fall kam es zu einer vertraulichen Einigung, das Bild hängt nach wie vor im Kunstmuseum Basel; im zweiten Fall einigten sich Michel Dauberville und Kunsthändler Peter Nathan im Juni 2001 darauf, den Corot je hälftig der Öffentlichen Kunstsammlung Basel und dem Kunstmuseum St. Gallen zu schenken, RITTER (Fn. 692), S. 162 f.; vgl. auch die bei SCHÖNENBERGER (Fn. 205), S. 5 ff. dargestellten Fälle.

703 Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (Hrsg.), Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg, Schlussbericht, Zürich 2002, S. 361.

704 Südafrika, USA, Australien, Belgien, Kanada, China, Grossbritannien, Tschechische Republik, Griechenland, Indien, Luxembourg, Holland, Neuseeland, Norwegen, Polen, die UdSSR, Jugoslawien, französisches Nationalkomitee.

705 EMMANUEL CHRISTIAN HOFACKER, Rückführung illegal verbrachter italienischer Kulturgüter nach dem Ende des 2. Weltkriegs, Hintergründe, Entwicklung und rechtliche Grundlagen der italienischen Restitutionsforderungen, Diss., Zürich 2003, S. 64.

706 Ziff. 4: «In the Declaration the parties ‹reserve all their rights› to declare invalid transfers of or dealings with property, rights, etc., which have taken place during the period of enemy occupation or control of the territories in question. It is obviously impossible for a general declaration of this nature to define exactly the action which will require to be taken when victory has been won and the occupation or control of foreign territory by the enemy has been brought to an end. Dispossession has taken many forms and all will require consideration in the light of circumstances which may well vary from country to country. The wording of the Declaration however, clearly covers all forms of looting to which the enemy has resorted. *It applies, e.g. to the* stealing or *forced purchase of works of art* (...)» (Hervorhebungen hinzugefügt); CORINNE HERSHKOVITCH, Offene Rechnungen, Die Restitution von Kunstwerken in Frankreich, in: Osteuropa, 56. Jg., 1–2/2006, S. 441 ff., S. 442.

707 FRANCINI/HEUSS/KREIS (Fn. 671), S. 338.

708 HOFACKER (Fn. 703), S. 67.

b) Washingtoner Erklärung von 1998 und Terezin-Erklärung von 2009

Im Jahr 1998 verabschiedeten 44 Staaten und 13 nichtstaatliche Organisationen die «Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art».[709] Das Ziel der Washington Conference on Holocaust-Era Assets war die gemeinsame Suche nach Lösungen im Zusammenhang mit Raubkunst und die Verabschiedung eines Richtlinienkataloges.[710] Die Washingtoner Erklärung ist zwar keine juristisch-bindende Anspruchsgrundlage, ihre Anwendung beruht auf freiwilliger Übernahme im konkreten Einzelfall. Nichtsdestotrotz besitzt sie als Absichtserklärung eine beachtliche moralische Autorität: Der Richtlinienkatalog hat die Raubkunstfrage zwischen den Eckpfeilern der Freiwilligkeit und der Moral verankert.[711] Ist festgestellt, dass es sich bei einem Objekt um Kunst handelt, welche von den Nazis «konfisiziert» wurde, sollen gemäss Ziff. 8 der Erklärung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zügig die notwendigen Schritte unternommen werden, um eine «gerechte und faire» Lösung zu finden.[712]

Die Richtlinien beziehen sich auf Kunstwerke, die von den Nazis *«beschlagnahmt und in der Folge nicht zurückerstattet»* wurden. Allerdings geht aus den Kommentaren zur Washingtoner Konferenz und deren Zweck hervor, dass ihr ein breiterer Raubkunstbegriff zugrunde liegt. Sowohl die Weg*nahme* als auch die Weg*gabe* unter Zwang soll erfasst werden. Gemäss SCHNABEL und TATZKOW erfassen die Washington Principles *«sämtliche Kunstwerke, die (...) gegen oder ohne den Willen der Alteigentümer abhandenkamen (NS-verfolgungsbedingte Kulturgutverluste). Der Begriff Beschlagnahme meint nicht nur staatliche Entzugsmassnahmen, sondern umfasst auch Vermögensverluste durch Zwangsverkauf, Schenkung und Versteigerung.»*[713]

Die sog. Terezin-Erklärung vom 30. Juni 2009 wurde von 46 Staaten unterzeichnet, darunter auch von der Schweiz. Sie baut insb. auf den Washington Principles, der Resolution 1205 des Europarats[714] und der Vilnius Forum Deklaration vom 5. Oktober 2000[715] auf und bekräftigt, dass trotz der Fortschritte

---

709 Zur Entstehung siehe ANDREA F.G. RASCHÈR, Richtlinien im Umgang mit Raubkunst, in: AJP 1999, S. 155 ff.; CLAUDIA VON SELLE und ULRICH ZSCHUNKE, Ein Weg, wo kein Wille ist? Soft law-Vereinbarungen als nichtstaatliche Konfliktlösung in Restitutionsfällen, in: Osteuropa, 56. Jg., 1–2/2006, S. 383 ff., S. 383.

710 ANDREA F.G. RASCHÈR, Kollektiv handeln, statt individuell verdrängen – Die Schweiz und der Umgang mit Raubkunst, in: Osteuropa, 56. Jg., 1–2/2006, S. 447 ff., S. 452.

711 ANDREA F.G. RASCHÈR, Raubkunst in Schweizer Sammlungen, in: Schweizer Monatshefte, Nr. 03/04, 2005, S. 25 ff., S. 28.

712 Zur Anwendung der Washington Principles in den letzten zehn Jahren in Deutschland, Österreich und den USA siehe KURT SIEHR, 10 Jahre Washingtoner Raubkunst-Richtlinien, KUR 2009, S. 79 ff., S. 80 ff.

713 GUNNAR SCHNABEL und MONIKA TATZKOW, Nazi Looted Art, Handbuch Kunstrestitution weltweit, Berlin 2007, S. 195.

714 http://www.lootedartcommission.com/council-of-europe.

715 http://www.lootedartcommission.com/vilnius-forum.

bei der Forschung, Identifikation und Restitution von Raubgut die Anstrengungen in der Suche nach fairen und gerechten Lösungen verstärkt werden müssen. Nach dem Wortlaut der Erklärung gilt als Raub nicht nur die Konfiszierung, Beschlagnahme oder Plünderung von Kunst- und Kulturgütern durch die Nationalsozialisten und ihre Kollaborateure. Explizit wird festgehalten, dass darunter auch Tatbestände des einfachen Diebstahls, der Besitzesaufgabe (relinquishment), erzwungener Verkäufe oder Versteigerungen sowie Verkäufe bzw. Weggabe unter Nötigung fallen.

3. *Entwicklungen auf nationaler Ebene*

a) *Deutschland*

Deutschland erliess 1956 das Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (BEG). Gestützt darauf konnten die von den Nationalsozialisten Verfolgten unter bestimmten Voraussetzungen Schadenersatz für Vermögensschäden beantragen.[716] Ein Jahr danach wurde das Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger erlassen (BRüG). Dieses gewährte einen Anspruch auf Rückgabe verfolgungsbedingt entzogener Sachen bzw. subsidiär einen Anspruch auf Schadenersatz.[717] Wie in der Schweiz war die Anmeldefrist für diesbezügliche Ansprüche relativ kurz (ca. zwei Jahre). Zudem war es für die Überlebenden oder ihre Rechtsnachfolger schwierig, die geforderte Dokumentation zu erstellen, so dass viele Restitutionsansprüche unbefriedigt blieben, oder es konnte lediglich Wertersatz erhältlich gemacht werden. Trotz BEG und BRüG blieb daher das Bedürfnis nach einer ergänzenden Regelung bestehen.

aa) Die Gemeinsame Erklärung von 1999

Deutschland ist eines der wenigen Länder, das die Washingtoner Erklärung in Landesrecht umgesetzt hat. Dies geschah durch die «Gemeinsame (Berliner) Erklärung vom 14. Dezember 1999 der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz».[718] Darin verpflichten sich die Erklärenden u.a., dass Kulturgüter, die als NS-verfolgungsbedingt entzogen identifiziert und bestimmten Geschädigten zugeordnet werden können, nach individueller Prüfung den legitimierten früheren Eigentümern bzw. deren Erben zurückgegeben werden. Diese Prüfung schliesst

716 Harald König, Grundlagen der Rückerstattung, Das deutsche Wiedergutmachungsrecht, in: Osteuropa, 56. Jg., 1–2/2006, S. 371 ff., S. 372.

717 Schack (Fn. 2), Rn. 496.

718 Michael Franz, Museen, Beutekunst und NS-Raubgut, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, 49/2007, S. 27 ff., S. 28.

den Abgleich mit bereits erfolgten materiellen Wiedergutmachungsleistungen ein. Als beschlagnahmte Kulturgüter im Sinne der Washingtoner Erklärung gelten *verfolgungsbedingt entzogene* Kulturgüter.[719]

Diese Erklärung hat ausschliesslich Wirkung für die öffentlich unterhaltenen Archive, Museen, Bibliotheken und deren Inventar. Privatrechtlich organisierte Einrichtungen und Privatpersonen werden aber aufgefordert, sich den Grundsätzen und Verfahrensweisen anzuschliessen.

bb) Die Handreichung zur Umsetzung der Gemeinsamen Erklärung

Im Februar 2001 erliess der Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien eine rechtlich nicht verbindliche Orientierungshilfe zur Umsetzung der Washingtoner Prinzipien und der Gemeinsamen Erklärung.[720] Diese sog. Handreichung wurde im November 2007 überarbeitet und soll Hilfe bieten für eigenständige Provenienzrecherchen bzw. -forschung der Museen, Bibliotheken und Archive für die Feststellung NS-verfolgungsbedingt entzogener Kulturgüter. Darüber hinaus möchte die Handreichung verschiedene Möglichkeiten für die Vorbereitung von Entscheidungen über Restitutionsbegehren beispielhaft aufzeigen. Sie enthält detaillierte Hinweise zur Auffindung NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts (Abschnitt II. der Handreichung) und eine Orientierungshilfe zur Prüfung, ob es sich im Einzelfall um einen NS-verfolgungsbedingten Entzug handelt (Abschnitt V. der Handreichung).[721]

Wurde der Antragsteller bzw. sein Rechtsvorgänger in der Zeit vom 30. Januar 1933 bis zum 8. Mai 1945 aus rassischen, politischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen verfolgt und erfolgte in diesem Zeitraum ein Vermögensverlust durch Zwangsverkauf,[722] Enteignung oder auf sonstige Weise, gilt die Vermutung, dass der Verlust verfolgungsbedingt war. Diese Vermutung kann bei rechtsgeschäftlichen Verlusten durch den Nachweis der öffentlichen Einrichtung widerlegt werden, dass der Veräusserer einen angemessenen Kaufpreis erhalten

---

719 Martin Roth, Restitution – die Angst vor der eigenen Geschichte? In: Julius Schoeps und Anna-Dorothea Ludewig (Hrsg.), Eine Debatte ohne Ende? Raubkunst und Restitution im deutschsprachigen Raum, Berlin 2007, S. 123 ff., S. 129.

720 Handreichung vom Februar 2001 zur Umsetzung der «Erklärung der Bundesregierung der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts, insbesondere aus jüdischem Besitz», Beauftragter der Bundesregierung in Angelegenheiten der Kultur und der Medien, Berlin 2001; zu finden auf der Lost Art Internet Database (http://www.lostart.de).

721 Roth (Fn. 717), S. 130.

722 Jost von Trott zu Solz, Kunstrestitution auf der Grundlage der Beschlüsse der Washingtoner Konferenz von 1998 und der Gemeinsamen Erklärung von 1999, in: Julius Schoeps und Anna-Dorothea Ludewig (Hrsg.), Eine Debatte ohne Ende? Raubkunst und Restitution im deutschsprachigen Raum, Berlin 2007, S. 189 ff., S. 196; auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bestätigt die Subsumtion des Zwangsverkaufs unter den Tatbestand des verfolgungsbedingten Entzugs: VG Gera vom 8.8.2002, VG 5 K 1136/97; bestätigt durch BVerwGE 120, 362 ff.

hat, *und* dass er über diesen frei verfügen konnte.[723] Bei Veräusserungen ab dem 15. September 1935 (Verabschiedung der Nürnberger Rassengesetze) muss zusätzlich nachgewiesen werden, dass der Abschluss des Rechtsgeschäfts seinem wesentlichen Inhalt nach auch ohne die Herrschaft des Nationalsozialismus stattgefunden hätte, oder dass die Vermögensinteressen des Verfolgten in besonderer Weise und mit wesentlichem Erfolg geschützt wurden.[724] Der Begriff des verfolgungsbedingten Entzugs bzw. Vermögensverlusts erweitert den Raubgutbegriff i.S.d. dargestellten internationalen Entwicklungen.[725]

Im Jahre 2003 wurde die «Beratende Kommission» eingerichtet, welche eine Mediatorenrolle zwischen den öffentlichen Einrichtungen und den ehemaligen Eigentümern bzw. deren Erben übernimmt, wenn dies von beiden Seiten gewünscht wird. Zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten kann die Beratende Kommission aber nur Empfehlungen aussprechen, sie hat keine Entscheidungsbefugnis.

b) Schweiz

Die Schweiz war im Zweiten Weltkrieg Umschlagplatz und Zufluchtsort für Kunst im Allgemeinen und Raubkunst im Besonderen.[726] Es ist davon auszugehen, dass in der Kunstbranche bereits ab 1942 bekannt war, dass Raubkunst aus Deutschland bzw. aus den besetzten Gebieten in die Schweiz gelangte.[727] Im Jahr 1943 erging die Londoner Erklärung der Alliierten, welche die Restitution entzogener Kulturgüter forderte.[728] Rückgabeklagen, die auf die normalen zivilrechtlichen Regeln gestützt werden mussten, waren jedoch wenig aussichtsreich. Zum einen traf das Zivilrecht bekanntermassen keine Unterscheidung zwischen Kunstwerken und Alltagsgegenständen.[729] Zum anderen ist der Nachweis der mangelnden Gutgläubigkeit des Erwerbers schwierig zu führen. Der

---

723 Wie der Streit um Berlins Welfenschatz zeigt, ist die Beurteilung, ob der Erlös angemessen war, aus heutiger Sicht äusserst schwierig: Die Stiftung Preussischer Kulturbesitz hat sich im Jahr 2009 geweigert, den Welfenschatz (eine Sammlung mittelalterlicher Reliquien) herauszugeben, weil ihrer Ansicht nach die Vorbesitzer (vier jüdische Kunsthändler) im Jahr 1935 den damals bereits ins Ausland verlagerten Schatz für «angemessene» 4.25 Mio. Reichsmark verkauften und den Erlös tatsächlich erhielten. Die Ansprecher bestreiten dies: Der Preis habe unter den damals gängigen Schätzungen gelegen; zudem seien die Vorbesitzer und ihre Familien den Repressionen der Nationalsozialisten ausgesetzt gewesen, siehe JOACHIM GÜNTNER, Raubkunst oder nicht?, NZZ Nr. 129 vom 8.6.2009, S. 19.

724 Dieses Prüfungsraster orientiert sich im Wesentlichen an den Vorgaben und Erfahrungen der Rückerstattungsgesetzgebung der Bundesrepublik, siehe SCHNABEL/TATZKOW (Fn. 711), S. 203.

725 VON TROTT ZU SOLZ (Fn. 720), S. 196.

726 GIOVANNI/RENOLD/OLSBURGH/RINGE (Fn. 691), S. 342 f.

727 KKR-RASCHÈR (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 527 m.w.N.

728 Siehe oben Ziff. E.III.2.a.; KKR-RASCHÈR (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 527.

729 Raubgut i.S.v. Art. 1 ff. des Raubgut-Beschlusses (Fn. 689); die Situation hat sich mit dem Inkrafttreten des KGTG insofern verändert, als dass das Zivilrecht punktuell angepasst wurde (z.B. Art. 210 Abs. 1bis OR).

Bundesrat erliess daher, wie erwähnt,[730] am 10. Dezember 1945 den ersten Raubgutbeschluss, dem am 22. Februar 1946 ein zweiter Beschluss folgte.[731]

aa) Der Raubgutbeschluss von 1945

Die Geschädigten erhielten durch den Raubgutbeschluss von 1945 die bis zum 31. Dezember 1947 zeitlich beschränkte Möglichkeit, vom aktuellen Besitzer die abhanden gekommene Sache[732] entschädigungslos herauszuverlangen, ungeachtet dessen, ob dieser gut- oder bösgläubig war.[733] Der gutgläubige Erwerber, der zur Rückgabe verpflichtet war, konnte seinerseits vom bösgläubigen Veräusserer die Rückerstattung des bezahlten Kaufpreises verlangen. Die Schweizerische Eidgenossenschaft war dann entschädigungspflichtig, wenn der Verkäufer oder sein Rechtsvorgänger gutgläubig war und das Kunst- oder Kulturgut von einem ausländischen Verkäufer erworben hatte, der in der Schweiz nicht belangt werden konnte. Die Frage der Gutgläubigkeit beurteilte sich dabei nach Art. 3 ZGB. Zuständig war eine Spezialkammer des Bundesgerichts.

Der Raubgutbeschluss erfasste aber nur die in der Schweiz befindlichen Gegenstände und schloss die Jahre vor Kriegsausbruch sowie die Vorgänge in Deutschland, im angeschlossenen Österreich und in den annektierten Teilen der Tschechoslowakei gänzlich aus.[734] Folglich waren die Verluste aufgrund von Entziehungen jüdischer Vermögenswerte unter dem Deckmantel formaler Legalität im Dritten Reich nicht einbezogen.[735] Unfreiwillige Veräusserungen bzw. Verkäufe unter Zwang wurden nicht vom Raubgutbeschluss erfasst,[736] weshalb Flüchtlinge, die in der Schweiz aus finanzieller Not Kunst verkaufen mussten (Fluchtgut), im Rahmen dieser Sondergesetzgebung keine Ansprüche geltend machen konnten.[737] Nach Ablauf der Antragsfrist für die Klagen vor der Raubgutkammer musste die Restitution wieder nach den normalen zivilrechtlichen bzw. prozessualen Regeln vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.[738]

bb) Neuere Entwicklungen

Verschiedene Umstände (besonders die historische Studie Buomberger, der Bericht der Bergier-Kommission und die erwähnte Washingtoner Konferenz) haben dazu geführt, dass Ende der 1990er Jahre die Diskussion um die Raub-

730 Siehe oben Ziff. E.II.3.c.
731 KKR-Raschèr (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 527.
732 Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (Hrsg.), Die Schweiz, der Nationalsozialismus und das Recht, Band 19, Zürich 2001, S. 175.
733 Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (Fn. 730), S. 162.
734 Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (Fn. 701), S. 455.
735 KKR-Raschèr (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 528.
736 Francini/Heuss/Kreis (Fn. 671), S. 336.
737 Schnabel/Tatzkow (Fn. 711), S. 54.
738 Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (Fn. 730), S. 181.

kunst wieder aufgenommen wurde.[739] Unter Raubkunst wurde vornehmlich die entschädigungslose Beschlagnahme, der Diebstahl und die gewaltsame Wegnahme verstanden. Vor dem Hintergrund der verschiedenen nationalen und internationalen Erklärungen[740] und der deutschen Restitutionspraxis scheint jedoch mittlerweile auch in der Schweiz ein Umdenken stattgefunden zu haben. Auch die Weggabe und Wegnahme unter Zwang soll als Raub erfasst werden.[741] Eine Annäherung an den Begriff des verfolgungsbedingten Entzugs ist nicht zu übersehen.

4. *Fazit*

Es darf alles in allem wohl von einem mittlerweile mehr oder weniger gefestigten internationalen Konsens ausgegangen werden, dass Raubkunst nicht nur aus entschädigungsloser Enteignung oder gewaltsamer Beschlagnahme hervorgeht, sondern auch sonstige (auch privatrechtliche) Tatbestände der Wegnahme unter Zwang bzw. unfreiwilliger Weggabe erfassen soll.[742] Raubgut ist so z.B. das auf der Flucht zurückgelassene und später durch Dritte angeeignete oder verkaufte Kunstwerk, die unfreiwillige Weggabe eines Bilds z.B. zur Finanzierung der Reichsfluchtsteuer oder der erzwungene Verkauf des Haushaltsguts unter dem Marktpreis, weil der Eigentümer aus rassischen Gründen entlassen wurde. In all diesen Fällen ist der sachliche Anwendungsbereich der Washingtoner Prinzipien bzw. vergleichbarer Erklärungen eröffnet. Es ist aber jeder Einzelfall unter Einbezug aller relevanten Umstände zu prüfen; dabei ist auch relevant, ob der allfällige Erlös marktüblich war und ob der Veräusserer über den Erlös frei verfügen konnte.[743] Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Raubgut vorliegt, wenn der Verlust des Kunstguts verfolgungsbedingt ist.[744]

5. *Überlegungen zum Umgang mit Raubkunst*

a) *Bedeutung*

Der Umgang mit Raubkunst ist, wie bereits mehrfach dargelegt, weit mehr als eine juristische Herausforderung. Politische, gesellschaftliche und besonders moralische Belange sind mit zu berücksichtigen. Es geht, wie insb. die Washingtoner Prinzipien und die Terezin-Erklärung unterstreichen, um eine dem

739 KKR-Raschèr (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 531 ff.; Schnabel/Tatzkow (Fn. 711), S. 151.

740 Insb. Erklärung der Schweizer Kunstmuseen, Washingtoner Prinzipien, Europarats-Resolution, Erklärung von Vilnius und Terezin, vgl. dazu oben Ziff. E.III.2.; KKR-Raschèr (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 539 ff.; Raschèr (Fn. 708), S. 454.

741 KKR-Raschèr (Fn. 4), Kap. 6 Rn. 535 ff.

742 von Trott zu Solz (Fn. 720), S. 196.

743 Schack (Fn. 2), Rn. 495.

744 Zum Begriff des verfolgungsbedingten Verlustes siehe sogleich unten Ziff. E.III.5.b.

Einzelfall angemessene gerechte und faire Lösung.[745] Trotz allem bleibt es aber *auch* eine mit juristischen Instrumenten zu bewältigende Problematik. In diesem Spannungsfeld zwischen Moral und Recht liegt eine der Hauptschwierigkeiten.[746] Keine der nationalen oder internationalen Erklärungen oder Prinzipien entfaltet die gleiche Bindungswirkung wie das vom Gesetzgeber erlassene Recht. Paradoxerweise würde eine vorbehaltlose Anwendung z.B. der Washingtoner Prinzipien aus moralischen Gründen dazu führen, dass das Primat des Rechts durchbrochen und das Recht als unmoralisch qualifiziert wird. Letztlich würde die Anwendung von Recht bei der Restitution von Kulturgütern bedeutungslos und durch an sich unverbindliche Erklärungen ersetzt werden. Das widerspricht aber einem der fundamentalen Prinzipien eines Rechtsstaates, wonach es gerade nicht im Ermessen eines Gerichts liegt, das Gesetz anzuwenden: Das Gericht trifft eine Verpflichtung, dies zu tun. Dasselbe muss m.E. auch für die öffentliche Hand gelten: Wenn der Staat nicht muss, darf er nicht.[747] Es kommt hinzu, dass die Washingtoner Prinzipien sich in der Restitutionspraxis letztlich nicht durchsetzen konnten. Deshalb stellt sich die Frage, ob die verschiedenen Erklärungen, Prinzipien und Richtlinien in der Schweiz nicht in ein formelles Gesetz umzusetzen sind.[748]

b) Erlass eines Rückgabegesetzes

Der Erlass eines Spezialgesetzes erlaubt, Tatbestand und Rechtsfolge der Restitution von Raubkunst einheitlich zu regeln. Das formelle Gesetz ist rechtlich verbindlich und geniesst nicht bloss moralische Autorität, wie die nicht-bindenden Erklärungen und Prinzipien. Durch die Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle wird die Rechtssicherheit sowohl für die Ansprecher als auch für die gegenwärtigen Besitzer erhöht, dies allerdings zum Preis eines gewissen Verlustes von einzelfallorientierter Flexibilität bei der Entscheidungsfindung. Überdies ermöglicht die Überführung der nicht-bindenden Prinzipien und Erklärungen

---

745 Vgl. den kontroversen Vorschlag von WOLFGANG EBERL, Beissen den Letzten die Hunde?, KUR 2009, S. 155 ff., S. 157 f., wonach bei einer freiwilligen Rückgabe aus moralischen Gründen der Restituierende Anspruch auf Entschädigung des heutigen Werts des Kulturguts haben solle, wobei dieser Ausgleich vom unmittelbar von der damaligen Entziehung Begünstigten oder dessen Rechtsnachfolger zu leisten sei.

746 Zum Verhältnis zwischen Recht und Moral vgl. HEINZ-DIETER ASSMANN, Recht und Ethos im Zeitalter der Globalisierung, Zur Einführung, in: Heinz-Dieter Assmann und Rolf Sethe (Hrsg.), Recht und Ethos im Zeitalter der Globalisierung, Baden-Baden 2004, S. 11 ff., S. 13 ff.

747 Vgl. die Kontroverse um die Rückgabe der «Berliner Strassenszene» von Ernst Ludwig Kirchner, welche ausschliesslich auf Grundlage der Washingtoner Prinzipien erfolgt: PETER RAUE, Von Klimt bis Kirchner: Der Streit um die Restitution von Kunstwerken, in: Hermann Weber (Hrsg.), Literatur, Kunst und (bildende) Kunst: Tagung im Nordkolleg Rendsburg vom 21.–23.9.2007, Berlin 2008, S. 28 ff., S. 38 f.

748 Für gesetzgeberische Lösung HANNES HARTUNG, Kunstraub in Krieg und Verfolgung, Diss., Zürich 2004, S. 418 ff.; GEORG CREZELIUS, Rechtssystematisches zur Kunstrestitution, KUR 2007, S. 125 ff., S. 129.

in ein formelles Gesetz, einen demokratisch legitimierten Interessensausgleich zwischen den Parteien herzustellen.

Wie Deutschland (Gemeinsame Erklärung 1999) hat Österreich diesen Weg beschritten und bereits am 12. Mai 1998 das «Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen» erlassen.[749] Danach müssen u.a. Kunstgegenstände, die während des Zweiten Weltkriegs geraubt wurden, zurückgegeben werden, unabhängig davon, ob die Museen und Sammlungen rechtmässige Eigentümer sind, solange nur das ursprüngliche Rechtsgeschäft nichtig war (§ 1 Ziff. 2 Kunstrückgabegesetz). Diese Regelung gilt aber nur für Kunst im Eigentum der Republik Österreich; es besteht ferner kein Rechtsanspruch auf Restitution (§ 2 Abs. 2 Satz 2 Kunstrückgabegesetz).[750]

Ein eidgenössisches Rückgabegesetz kann auf Grundlage von Art. 69 Abs. 2, Art. 95 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 BV erlassen werden. Dieses müsste den Gegenstand der Rückgabe – die Raubkunst – umschreiben und auch auf private Eigentümer anwendbar sein. Dabei kann auf die dargestellten internationalen Entwicklungen und insb. die deutsche Restitutionspraxis zurückgegriffen werden.[751] Erfasst werden sollten Kunst- und Kulturgüter, welche ihren Eigentümern im Zeitraum von 1933 bis 1945 im Kontext persönlicher oder kollektiver Verfolgung aufgrund eines ursächlichen Zusammenhangs mit der nationalsozialistischen Arisierungspolitik entzogen worden sind. Wie oben ausgeführt,[752] kann dieser Entzug auf vielfältige Art und Weise erfolgt sein: entschädigungslose Beschlagnahme, Diebstahl, unrechtmässige Wegnahme, unfreiwilliger Verlust Weggabe unter Zwang oder Ausnutzung der verfolgungsbedingten Notlage, erzwungener Verkauf oder Versteigerung ohne marktübliche Vergütung etc.

Ferner müssen die Rückgabevoraussetzungen, die Beweislast, allfällige Ausschlussgründe und Verwirkungsfristen,[753] die Art der Wiedergutmachung bzw. Restitution[754], die notwendige Provenienzforschung von Museen (und grösseren Sammlungen), die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche und die steuer-

749 Seit Einführung des Kunstrückgabegesetzes sind einige tausend Kunstgegenstände rückübereignet worden, die entsprechenden Informationen können den jährlich im Internet publizierten Restitutionsberichten entnommen werden (http://www.bmukk.gv.at/kultur/rest/restber.xml).

750 Hannah M. Lessing, Michael R. Seidinger und Claire Fritsch, Österreichische Aspekte der Kunstrestitution, KUR 2006, S. 8 ff., S. 9; Fritsch (Fn. 483), S. 106 f.; Ingo Zechner, Kunst und Restitution in Österreich. Die Zweite Republik und ihr Vermächtnis der Schande, in: Dietmar Pauger (Hrsg.), Art *goes* Law, Dialoge zum Wechselspiel zwischen Kunst und Recht, Wien/Köln/Graz 2005, S. 225 ff., S. 231.

751 Siehe oben Ziff. E.III.3.a.

752 Siehe oben Ziff. E.III.2.b.

753 Z.B. Ausschluss der Klage, wenn das Kultur- oder Kunstgut über lange Zeit öffentlich ausgestellt war, vgl. Schack (Fn. 2), Rn. 499.

754 Z.B. gemeinsame Veräusserung des Kultur- oder Kunstguts mit prozentualer Teilung des Veräusserungserlöses; Aufteilung des Wertzuwachses; Dauerleihgabe an das besitzende Museum unter Nennung der Provenienz und Zahlung eines unter dem Verkehrswert liegenden Preises; vgl. Schack (Fn. 2), Rn. 500; Schönenberger (Fn. 205), S. 203 ff.

liche Behandlung von Rückgaben geregelt werden.[755] Denkbar ist es, eine Raubkunstkommission als Vermittlungsinstanz einzusetzen, die vor einem Gerichtsverfahren zwingend anzurufen ist.[756]

F. Thesen

I. Das Recht muss künstlerische Prozesse und Veränderungen wahrnehmen und in der Gesetzgebung berücksichtigen.

Kunst ist ein relativer Begriff, dessen Funktion und Inhalt vom jeweiligen geschichtlichen, politischen, sozio-ökonomischen und ideengeschichtlichen Kontext abhängt. Zeitgenössische Kunst darf nicht (ausschliesslich) an den Massstäben und Theorien vergangener Jahrhunderte gemessen werden. Daher braucht es eine auf die Besonderheiten der modernen, insb. auch digitalen, Kunst sensibilisierte Gesetzgebung, die sich der Tatsache bewusst ist, dass Kunstrichtungen heute einem rascheren Wandel unterworfen sind als früher. Den Eigenheiten des Kunstbetriebs ist insbesondere im Abgabe-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht noch stärker Rechnung zu tragen.

II. Die Rechtsanwendung sollte sich bei der Auslegung stärker als bisher eine kunstspezifische Betrachtung zu Eigen machen.

Der Auslegung insb. des Verfassungs-, Persönlichkeits-, Urheber- und Abgaberechts ist ein offener Begriff der Kunst bzw. des Kunstwerks zu Grunde zu legen. Eine kunstspezifische Betrachtung ist an verschiedenen Stellen angezeigt: Zum einen ist Art. 28 ZGB grundrechtskonform auszulegen, wobei nicht von einem Vorrang des Persönlichkeitsrechts vor der Kunstfreiheit ausgegangen werden darf. Bei der Abgrenzung zwischen freier und unfreier Bearbeitung im Urheberrecht darf der Monopolanspruch des ersten Urhebers nicht a priori höher gewichtet werden als das Interesse des freien geistigen und künstlerischen Schaffens. Im Vertragsrecht sind die Besonderheiten künstlerischer Abläufe bei der Frage des Erfüllungsanspruch zu berücksichtigen. Auch beim Konflikt zwischen den sachenrechtlichen Interessen des Eigentümer eines Werks und den Urheberrechten des Künstlers ist die Kunstfreiheit im Einzelfall einzubeziehen.

---

755 SCHACK (Fn. 2), Rn. 499; JENNIFER ANGLIM KREDER, Reconciling Individual and Group Justice with the Need for Repose in Nazi-Looted Art Disputes: Creation of an International Tribunal, in: Brooklyn Law Review 2007, S. 155 ff., S. 157, 197, schlägt die Schaffung eines internationalen «Nazi-Looted Art Tribunal» vor.

756 Wie z.B. der Kunstbeirat des österreichischen Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur (§ 2 Abs. 2 S. 1 österreichisches Kunstrückgabegesetz).

III. Urheberrechtlich geschützte Werke sollen über die Belegfunktion hinaus als Gegenstand und Gestaltungsmittel der künstlerischen Aussage des Zitierenden verwendet werden dürfen.

Das Monopolrecht des Urhebers und das Interesse anderer Künstler, bestehende Werke als Inspiration oder Grundlage eigenen Schaffens zu verwerten, stehen in einem Spannungsfeld. In der bildenden Kunst manifestiert sich dies besonders akzentuiert in der Kunstrichtung der Appropriation Art, in der Musik bei Cover Songs oder beim Samplen und Remixen und in der Literatur im Umgang mit fremden Quellen.[757] Der Interessensausgleich zwischen dem Urheber und dem Nutzer urheberrechtlich geschützter Werke wird in diesen Fällen zum einen durch Art. 11 URG (Werkintegrität) und zum anderen durch Art. 25 URG angestrebt. Beim Zitierrecht ist zu diskutieren, ob das geschützte Werk über die Belegfunktion hinaus als Gegenstand und Gestaltungsmittel der künstlerischen Aussage des Zitierenden verwendet werden darf.

IV. Die Integrität des Kunstmarkts ist durch Sorgfalts-, Aufklärungs- und Informationspflichten der Marktteilnehmer zu sichern.

Die Pflichten der am Kunstmarkt Beteiligten sind vielfältiger Art und umfassen zum einen Informations-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten des gewerbsmässigen Verkäufers. Von Bedeutung sind diese insb. im Bereich serieller und digitaler Kunst, wo u.a. darüber zu informieren ist, ob eine Originalarbeit oder eine Reproduktion vorliegt. Der Verkäufer muss nach Art. 16 KGTG die Identität bzw. Verfügungsberechtigung des Einlieferers oder seines eigenen Verkäufers prüfen. Ferner hat er den Käufer über Herkunft und Echtheit des Werks aufzuklären.

Zum anderen hat auch der Käufer gewissen Sorgfaltspflichten nachzukommen; falls nach den Umständen des Einzelfalls Anlass zu Misstrauen besteht, ob der Verkäufer verfügungsberechtigt ist, hat er entsprechende Nachforschungen anzustellen. Des Weiteren treffen ihn strenge Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten bei hochpreisigen und/oder älteren Werken.

Eine Verletzung der Sorgfaltspflichten hat unterschiedliche Folgen: Ein Verstoss des Verkäufers gegen die Pflichten nach Art. 16 KGTG führt zur Nichtigkeit des Übertragungsvertrags; der nachlässige Käufer kann sich nicht auf den Gutglaubensschutz nach Art. 3 ZGB berufen oder verwirkt seine Gewährleistungsansprüche etc.

---

757 Vergleiche die literarische und urheberrechtliche Kontroverse um den Roman «Axolotl Roadkill» von Helene Hegemann im Frühjahr 2010, die mit der Begründung der Intertextualität sich relativ grosszügig beim Roman «Strobo» des Bloggers Airen bedient hat, den dieser zunächst im Internet veröffentlicht hat; siehe http://www.welt.de/kultur/article6298922/17-jaehriger-Literaturstar-klaute-Roman-aus-Netz.html.

V. Der gutgläubige Erwerb von abhanden gekommener Kunst ist nur zu rechtfertigen, wenn es das Verkehrsinteresse fordert.

Das Verkehrsinteresse als Massstab führt zu einer Privilegierung des Käufers, der im Kunsthandel oder an einer Auktion erwirbt, weil aufgrund der erhöhten Sorgfaltspflichten auf Seiten des Übertragenden eine gewisse Gewähr besteht, dass die Provenienz untadelig ist. Diese Voraussetzung ist beim Kauf vom Privaten nicht gegeben. Hier gelten m.E. den kunstspezifischen Eigenarten des Objekts und den Umständen der Übertragung entsprechende verschärfte Sorgfaltspflichten.

VI. Raubgut liegt vor, wenn der Verlust des Kultur- bzw. Kunstguts verfolgungsbedingt erfolgt ist.

Raubgut sind nicht nur Kunstwerke, die entschädigungslos enteignet oder gewaltsam beschlagnahmt wurden. Der Raubgutbegriff umfasst auch sonstige (auch privatrechtliche) Tatbestände der Wegnahme unter Zwang bzw. unfreiwilliger Weggabe. Es muss unter Berücksichtigung des Einzelfalls geprüft werden, ob Raubgut vorliegt. Dabei ist auch einzubeziehen, wann der Verlust erfolgt ist, ob der allfällige Erlös marktüblich war und ob der Veräusserer über den Erlös frei verfügen konnte. Zusammenfassend liegt Raubgut vor, wenn der Verlust des Kunstguts verfolgungsbedingt erfolgt ist.

VII. Die Schweiz sollte ein Gesetz zur Restitution von Raubgut erlassen.

Die bislang auf moralischer Autorität beruhenden, nicht-bindenden Prinzipien und Grundsätze sind auf Grundlage von Art. 69 Abs. 2, Art. 95 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 BV in ein formelles Bundesgesetz zu überführen, in dem Tatbestand und Rechtsfolge der Restitution von Raubkunst einheitlich geregelt wird. Dies ermöglicht, einen demokratisch legitimierten Interessensausgleich zwischen den Parteien herzustellen. Das Gesetz muss den Gegenstand der Restitution, die Rückgabevoraussetzungen, die Beweislast, allfällige Ausschlussgründe und Verwirkungsfristen, die Art der Wiedergutmachung bzw. Restitution, die notwendige Provenienzforschung von Museen (und grösseren Sammlungen), die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche und die steuerliche Behandlung von Rückgaben regeln. Eine Raubkunstkommission könnte als – evtl. zwingend als erstes anzurufende – Vermittlungsinstanz eingesetzt werden.