

**Basler Studien
zur Rechtswissenschaft**

Reihe A Privatrecht

Band 140

Marco Gasser
**Die Haftung für fehlerhafte
Kunstexpertisen**

Helbing Lichtenhahn

Basler Studien
zur Rechtswissenschaft

Marco Gasser

Die Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen

Basler Studien zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben von

Urs Behnisch, Stephan Breitenmoser, Roland Fankhauser,
Bijan Fateh-Moghadam, Sabine Gless, Felix Hafner,
Lukas Handschin, Peter Jung, Kurt Pärli, Mark Pieth,
Markus Schefer, Ulrich G. Schroeter, Thomas Sutter-Somm,
Daniela Thurnherr, Christa Tobler, Corinne Widmer Lüchinger,
Wolfgang Wohlers, Herbert Zech

Reihe A: Privatrecht

Band 140

Marco Gasser

Die Haftung für fehlerhafte
Kunstexpertisen

Helbing Lichtenhahn

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

DOI: https://doi.org/10.46455/HELBING_LICHTENHAHN/978-3-7190-4781-8



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Nicht kommerziell -
Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4781-8 (gedruckte Ausgabe)

2023 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Vorwort

Die vorliegende Arbeit habe ich berufsbegleitend während meiner Tätigkeit als Advokat in einer Anwaltskanzlei in Basel verfasst. Im Herbstsemester 2022 wurde die Arbeit als Dissertation von der Juristischen Fakultät Basel mit dem Prädikat *summa cum laude* angenommen. Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung sind bis Februar 2022 berücksichtigt.

Besonders danken möchte ich zunächst meinem Doktorvater, Prof. Dr. Beat Schönenberger, für die Betreuung der Dissertation. Seine wertvollen Anregungen und die Tatsache, dass er mir stets für Fragen zur Verfügung stand, haben wesentlich zum vorliegenden Ergebnis beigetragen. Weiter danke ich Prof. Dr. Herbert Zech für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie Dr. iur. Sandra Sykora für die Teilnahme am Kolloquium.

Ein grosser Dank gebührt zudem meiner lieben Partnerin, Dr. iur. Laura Gerster, Advokatin, für die sorgfältige und scharfsinnige Durchsicht des Manuskripts und dafür, dass sie mir mit gutherziger Einfühlbarkeit und grosser Geduld immer zur Seite stand.

Zu Dank verpflichtet bin ich ferner meinen Freunden, welche jederzeit für die nötige Ablenkung gesorgt haben. Stellvertretend für viele andere ist Dr. iur. Dominik Rieder, Advokat, zu nennen, welcher auf unseren sonntäglichen Spaziergängen stets ein offenes Ohr für meine Anliegen hatte, wenn auch nur in beschränktem Mass in Zusammenhang mit meiner Dissertation. Weiter danken möchte ich Dr. iur. Melanie Müller, LL.M., Advokatin, und Dr. iur. Noah Martin. Beide haben durch ihre Gesellschaft bei unzähligen Kaffeepausen während der Erarbeitung meiner Dissertation am Institut wesentlich dazu beigetragen, dass die vorliegende Arbeit fertiggestellt wurde.

Der grösste Dank für die langjährige finanzielle und liebevolle persönliche Unterstützung während der gesamten Ausbildung gilt schliesslich meinen Eltern, Marianne Gasser-Stampfli sel. und Rolf Gasser, sowie Michèle Laurent und meinen Grosseltern, Guida und Otto Stampfli sel. Meinen lieben Eltern sei diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XLIX
I. Einleitung	1
1. Problemstellung und Zielsetzung	3
2. Vorgehen und Methodik	5
3. Eingrenzung der Arbeit	6
II. Grundlagen	7
1. Der Kunstsachverständige	9
1.1 Begriffsdefinition im Allgemeinen	9
1.2 Rechtsauffassung der Begriffe	12
1.2.1. In Deutschland	12
1.2.2. In der Schweiz	12
2. Arten von Kunstsachverständigen	13
2.1 Privatgutachter	13
2.1.1. Vorbemerkungen zur Person des Privatgutachters	13
2.1.2. Generalist	15
2.1.3. Spezialist	15
2.1.4. Expertengremien	16
2.2 Gerichtlich bestellter Gutachter im Zivilprozess	17
2.2.1. Bedeutung des gerichtlich bestellten Gutachters	17
2.2.2. Stellung des gerichtlich bestellten Gutachters	18
2.2.3. Eigenschaften des gerichtlich bestellten Gutachters	19
2.2.4. Fachliches Wissen eines Gerichtsmitglieds	21
2.2.5. Bestellung des Gutachters durch das Gericht	22
2.2.6. Unabhängigkeit des gerichtlich bestellten Gutachters	26

2.2.7. Entschädigungsanspruch des gerichtlich bestellten Gutachters	28
2.3 Zwischenfazit	29
3. Die Kunstexpertise	29
3.1 Begriffsdefinition im Allgemeinen	29
3.2 Gegenstand einer Kunstexpertise	31
3.2.1. Vorbemerkungen	31
3.2.2. Wert- und Preisgutachten	32
a) Definition	32
b) Unterschiedliche Wertfeststellungen	35
c) Bedeutung von Wertgutachten in der Praxis	36
d) Methodik eines Wertgutachtens	38
3.2.3. Begutachtung der Authentizität	41
a) Bedeutung der Authentizität für den Kunstmarkt	41
b) Abgrenzung der massgeblichen Begrifflichkeiten	45
(1) Fälschung	45
(2) Begriff der Echtheit	50
(3) Zusammenfassende Würdigung	52
3.2.4. Bestimmung weiterer Faktoren in einer Kunstexpertise	54
4. Qualifikation des Vertrags über die Erstellung einer Kunstexpertise	56
4.1 Qualifikation als Nominatvertrag	56
4.1.1. Charakteristika des Auftragsrechts	56
4.1.2. Charakteristika des Werkvertragsrechts	57
4.2 Rechtliche Qualifikation des allgemeinen Gutachtervertrags	58
4.2.1. Ausgangslage	58
4.2.2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gutachtervertrag	58
4.2.3. Lehrmeinungen zum Gutachtervertrag	59
4.2.4. Lehrmeinungen zum Kunstgutachtervertrag	61
4.2.5. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Kunstgutachtervertrag	62
4.2.6. Zwischenergebnis	63
4.2.7. Eigene Stellungnahme zur Qualifikation	63
4.3 Zusammenfassende Würdigung zur Rechtsnatur des Kunstgutachtervertrags	72
5. Anforderungen an eine Kunstexpertise	74
5.1 Formelle Anforderungen	74
5.1.1. Inhaltlicher Umfang einer Kunstexpertise	74
5.1.2. Erstattungsform einer Kunstexpertise	75
5.1.3. Zu verwendende Sprache in einer Kunstexpertise	76
5.2 Inhaltliche Anforderungen an eine Kunstexpertise	77
5.3 Zeitlicher Aufwand und Kosten einer Kunstexpertise	79
5.3.1. Zeitlicher Aufwand	79
5.3.2. Kosten	80
a) Entgeltliche Erstellung	80
b) Honorar nach Zeitaufwand	82
c) Festpreisvereinbarung	83
d) Honorar nach dem Wert des Kunstobjektes	83
e) Übrige Kosten	84

5.4 Methoden zur Beurteilung eines Gemäldes	85
5.4.1. Begrifflichkeiten	85
5.4.2. Visuelle Untersuchung	86
5.4.3. Ikonographische Analyse	87
5.4.4. Stilkritik	89
a) Vorbemerkungen	89
b) Zuschreibung bei vermuteter Urheberschaft	90
c) Zuschreibung bei unbekannter Urheberschaft	92
d) Bedeutung der Stilkritik	92
5.4.5. Naturwissenschaftlich-technische Untersuchungsmethoden	94
a) Bedeutung und Begrifflichkeit	94
b) Flächenuntersuchung	95
(1) Untersuchung der Oberflächenstruktur	95
(2) Untersuchung der Tiefenstruktur	97
c) Methode der Materialuntersuchung	100
5.4.6. Bedeutung der Untersuchungsmethoden	104
5.4.7. Provenienzforschung	106
a) Bedeutung der Provenienzforschung	106
b) Abklärung der Provenienz	111
5.4.8. Zustandsbeurteilung des Gemäldes	115
III. Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Auftraggeber	119
1. Pflichtverletzung als Ausgangspunkt für eine Haftung	121
1.1 Fehlerhafte Kunstexpertise	121
1.2 Auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht im Allgemeinen	122
1.3 (Sorgfalts-)Pflichten des Kunstsachverständigen im Besonderen	124
1.3.1. Vertragliche Vereinbarung als Ausgangspunkt	124
1.3.2. Sorgfaltspflicht in formeller Hinsicht	124
1.3.3. Pflichtgemäße Auswahl und Durchführung der Untersuchungsmethoden	126
1.3.4. Pflicht zur Berücksichtigung des Verwendungszwecks der Kunstexpertise	129
1.3.5. Sorgfaltsmassstab im engeren Sinne	129
a) Sorgfaltsmassstab nach objektiven Faktoren	129
b) Höhere Anforderungen an den Sorgfaltsmassstab bei einem Spezialisten	131
c) Neutrale Anforderungen an den Sorgfaltsmassstab bei einem Generalisten	131
d) Weitere zu berücksichtigende Faktoren im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht	134
1.3.6. Pflicht zur persönlichen Auftragsausführung	135
1.3.7. Pflicht zur unabhängigen Auftragsausführung	137
1.3.8. Pflicht zur persönlichen Begutachtung des Kunstobjekts	138
1.3.9. Pflicht zur Erfüllung der fachlichen Anforderungen	140

1.3.10.	Treuepflichten	141
a)	Obhut- und Schutzpflichten	142
b)	Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten	143
c)	Diskretions- und Geheimhaltungspflichten	145
1.3.11.	Verhaltenskodizes	146
a)	Geltung der Verhaltenskodizes	146
b)	Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	148
c)	Arbeitsweise eines Kunstsachverständigen	148
d)	Analyse der Regelwerke	149
1.3.12.	Massgeblicher Zeitpunkt der Pflichtverletzung	150
1.4	Zusammenfassende Würdigung der Pflichten eines Kunstsachverständigen	151
1.5	Checkliste für die sorgfältige Erstellung einer Kunstexpertise	153
2.	Voraussetzungen für eine vertragliche Haftung des Kunstsachverständigen	155
2.1	Ausgangslage	155
2.2	Anwendbares Recht	155
2.3	Haftungsvoraussetzungen nach schweizerischem Recht	156
2.3.1.	Vertragsverletzung	156
2.3.2.	Schaden	159
a)	Begriffsdefinition	159
b)	Sachschaden	160
c)	Reiner Vermögensschaden	161
d)	Fehlender Schaden im rechtlichen Sinne	164
e)	Minderung oder Wegfall des Honoraranspruchs	164
2.3.3.	Kausalität	165
a)	Kausalität im Allgemeinen	165
b)	Hypothetischer Kausalzusammenhang	167
c)	Kausalität im Zusammenhang mit der Erstellung einer Kunstexpertise	167
2.3.4.	Verantwortlichkeit des Kunstsachverständigen	169
a)	Verschulden	169
(1)	Exkulpationsmöglichkeit	169
(2)	Verschuldensformen	170
(3)	Objektivierter Verschuldensmassstab	171
b)	Übernahmeverschulden	174
2.4	Besonderheiten bei der unentgeltlichen Auftragsausführung	176
2.4.1.	Vorliegen eines Vertragsverhältnisses?	176
2.4.2.	Haftungskonsequenz der unentgeltlichen Auftragsausführung	177
2.5	Haftungsfragen bei fehlerhaften naturwissenschaftlichen Untersuchungsverfahren	178
2.5.1.	Ausgangslage	178
2.5.2.	Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 1 OR	180
2.5.3.	Substitution nach Art. 399 OR	181
2.5.4.	Rechtliche Qualifikation	181
2.5.5.	Haftungsfolgen	183
a)	Unbefugter Beizug eines Dritten	183
b)	Befugter Beizug eines Dritten	183
c)	Direktanspruch des Auftraggebers gegenüber dem Dritten	185

2.6 Haftungsbeschränkung	188
2.6.1. Ausgangslage	188
2.6.2. Stufen der Haftung	189
2.6.3. Möglichkeit der Haftungsbeschränkung im Auftragsrecht	190
2.6.4. Gültige Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung	191
2.6.5. Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	192
a) Geltungskontrolle	192
(1) Ungewöhnlichkeitsregel	192
(2) Auslegungskontrolle	193
b) Restriktionsprinzip	194
c) Inhaltskontrolle	195
2.7 Verjährung der Ansprüche des Auftraggebers aus Vertrag	195
2.7.1. Verjährung der Schadenersatzforderung	195
2.7.2. Zeitpunkt des Verjährungsbeginns	196
3. Vertragliche Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Auftraggeber	200
IV. Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten	203
1. Ausgangslage	205
2. Dritthaftung nach Art. 41 Abs. 1 OR	207
2.1 Widerrechtlichkeit	208
2.1.1. Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie	208
2.1.2. Objektive Widerrechtlichkeitstheorie	209
2.1.3. Dritte Widerrechtlichkeitstheorie	212
2.2 Haftung für Rat und Auskunft	215
2.2.1. Grundsatz von Treu und Glauben als Schutznorm	216
2.2.2. Weitere dogmatische Ansätze der Haftung für Rat und Auskunft	217
2.3 Zwischenfazit	221
3. Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten aufgrund der Vertrauenshaftung	222
3.1 Allgemeines	222
3.2 Voraussetzung der «Sonderverbindung»	223
3.3 Erwecken von schutzwürdigem Vertrauen	228
3.4 Treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens	229
3.5 Schaden	231
3.6 Kausalität	231
3.7 Verschulden	232
3.8 Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit eines Vertragsschlusses	232
3.9 Rechtsfolgen der Vertrauenshaftung	233
4. Haftung für Sittenwidrigkeit nach Art. 41 Abs. 2 OR	234
5. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	236
5.1 Allgemeines	236
5.2 Anerkennung in der Schweiz	238
6. Vertrag zugunsten eines Dritten nach Art. 112 OR	242

7. Drittschadensliquidation	243
8. Zwischenfazit	244
V. Schlussbetrachtung	247

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht/Auffassung
a.M.	anderer Meinung
a.M.	am Main
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anm.	Anmerkung
AppGer	Appellationsgericht
Art.	Artikel
ArbR	Arbeitsrecht, Zeitschrift (Bern)
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Stand 1. August 2021), SR 952.0
BBI	Bundesblatt
Bd.	Band/Bände
BeKom	Berner Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland vom 18. August 1896 (Stand 21. Dezember 2019)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BL	Basel-Landschaft

BR	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Zürich)
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand 13. Februar 2022), SR 101
c.i.c.	culpa in contrahendo
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CINOA	Confédération Internationale des Négociants en Oeuvres d'Art
cm	Zentimeter
CR	Commentaire Romand
d.h.	das heisst
dgl.	dergleichen
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
DIN	Deutsches Institut für Normung
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten abgeschlossen in Rom am 4. November 1950 (Stand 1. Februar 2022), SR 0.101
engl.	englisch
et al.	et alii/aliae
EUR	Euro
f./ff.	und folgende(r)
Fn	Fussnote
franz.	französisch/e/er
FS	Festschrift
gl.M.	gleicher Meinung
GR	Graubünden
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitation

HAVE	Haftung und Versicherung, Zeitschrift (Zürich)
HB	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber/in
HSG	Universität St. Gallen – Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen
i.d.R.	in der Regel
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.Ue.	im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
ICOM	International Council of Museums Switzerland
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (Stand 1. Juli 2022), SR 291
JdT	Journal des Tribunaux
Jh.	Jahrhundert
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift (München)
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Stand 1. Januar 2020), SR 951.31
Kap.	Kapitel
KGer	Kantonsgericht
KSGS	Deutsches Kulturschutzgesetz vom 31. Juli 2016
KGTG	Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer vom 20. Juni 2003 (Stand 1. Februar 2021), SR 444.1
Komm	Kommentar
KUKO	Kurzkommentar
KUR	Kunst und Recht, Zeitschrift (Berlin)
LG	Landesgericht
lit.	litera(e)
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweisen
m.V.	mit Verweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.V.	mit weiteren Verweisen
Mio.	Million(en)

MK	Münchener Kommentar
N	Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n)
OFK	Orell Füssli-Kommentar (Zürich)
OGer	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand 1. Januar 2022), SR 220
OR AT	Obligationenrecht Allgemeiner Teil
OR BT	Obligationenrecht Besonderer Teil
Pra	Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (Basel und Frankfurt)
PraxisK	Praxiskommentar
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993 (Stand 1. Juli 2010), SR 221.112.944
Prof.	Professor
RA	Rechtsanwalt
recht	recht, Zeitschrift für Juristische Ausbildung und Praxis
Rn.	Randnote
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft, Zeitschrift (Frankfurt a.M.)
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Stand 1. August 2021), SR 281.1
SG	St. Gallen
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	so genannt(e)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSHA	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
SSA	Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)

StG BS	Gesetz über die direkten Steuern vom 12. April 2000 des Kantons Basel-Stadt (Stand 1. Januar 2022), SG 640.100
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand 1. Juni 2022), SR 311.0
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Stand 1. Januar 2022), SR 642.14
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Stand 1. Juli 2022), SR 312.0
StV BS	Verordnung zum Gesetz über die direkten Steuern vom 14. November 2000 des Kantons Basel-Stadt (Stand 1. Januar 2022), SG 640.110
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich; bis 1989 SAG)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)
TREX	TREX der Treuhandexperte, Zeitschrift (Zürich)
u.	und
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
USA	United States of America
UV	Ultraviolett(strahlung)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (Stand 1. Januar 2022), SR 241
v.a.	vor allem
VE-ZPO	Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung vom Juni 2003
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Stand 1. Januar 2022), SR 221.229.1
www.	world wide web
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZG	Zug

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand 1. Juli 2022), SR 210
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffern(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Stand 1. Juli 2022), SR 272
ZSIS	Zentrum für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht, Zeitschrift (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangs- vollstreckungsrecht (Zürich/St. Gallen)

Literaturverzeichnis

Zitierweise

Die nachstehenden Werke werden, sofern nicht anders vermerkt, in den Fussnoten mit dem Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl und/oder Randnote zitiert.

- ADOLFF JOHANNES, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Anwälte bei der Abgabe von Third Party Legal Opinions, Diss. München 1997
- ALMEROOTH THOMAS, Kunst- und Antiquitätenfälschungen – Eine strafrechtliche, kriminologische und kriminalistische Studie über Techniken der Kunstfälscher und Absatzpraktiken, Diss. Frankfurt am Main 1985
- ANTON MICHAEL/KLEMMER RICHARD, Rechts-dogmatische Einordnung des Phänomens der Kunstfälschung anhand der Beltracchi-Rechtsprechung, in: Der Fall Beltracchi und die Folgen – Interdisziplinäre Fälschungsforschung heute, Berlin 2014, S. 94 ff.
- ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Drittschäden und vertragliche Haftung, in: recht 1993, S. 84 ff. (ARMBRÜSTER, recht, S. ...)
- ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Rechtsfragen der Kunstversicherung, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 2004, S. 303 ff.
- ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Vertragliche Haftung für Drittschäden – quo vadis Helvetia, in: Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 71 ff. (zit. ARMBRÜSTER, FS Wiegand, S. ...)
- ARNAU FRANK, Kunst der Fälscher – Fälscher der Kunst: 3000 Jahre Betrug mit Antiquitäten, 2. völlig neu bearbeitete Aufl., Düsseldorf 1969
- ARTER OLIVER/PLUTSCHOW MATHIAS H., Nachfolgeregelung im Erbrecht, in: Kunst & Recht, Schwerpunktthemen für den Kunstsammler, Schriftenreihe der AXA Art Versicherung AG, Zürich 2007, S. 87 ff.
- ASSMANN HEINZ-DIETER, Der Inhalt des Schadenersatzanspruchs fehlerhaft informierter Kapitalanleger, in: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart-Berlin-Köln 1992, S. 345 ff.

- BÄCHLER HANS, Über den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten, Diss. Bern 1960
- BÄRTSCHI HARALD, Hat das Vertragsrecht ausgedient?, in: ZBJV 146/2010, S. 429 ff. (zit. BÄRTSCHI, Vertragsrecht, S. ...)
- BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität – Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2009
- BÄSCHLIN NATHALIE, Kater und Konglomerate – Zur Konservierung eines aussergewöhnlichen Malschichtschadens an einem Gemälde von Pablo Picasso, Kunstmuseum Bern, Zürich 2009
- BECK ANDREAS, Original – Fälschung?, Bildgebende Verfahren bei der Diagnostik von Kunstwerken, Konstanz 1990
- BERG KARIN U./BERG HANS W., Möglichkeiten des Fälschungsbeweises aus den Materialprüfungswissenschaften, in: Weller Matthias/Kemle Nicolai/Dreier Thomas/Lynen Peter Michael (Hrsg.), Kunst im Markt – Kunst im Recht, Baden-Baden 2010, S. 163 ff.
- BERGER BERNHARD, Abschied vom Gefahrensatz?, in: recht 1999, S. 104 ff. (zit. BERGER, recht, S. ...)
- BERGER BERNHARD, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Diss. Bern 2000
- BERGER BERNHARD, Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung, in: recht 2002, S. 201 ff. (zit. BERGER, Rechtsscheinhaftung, S. ...)
- BERGER-RÖTHLISBERGER REGULA, Sorgfalt bei der Übertragung und beim Erwerb von Kulturgütern, Diss. Bern 2009
- BERTI STEPHEN V., Das Erlöschen der Obligation, Zweite Lieferung, Art. 127–142 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar Band Nr. V/1h/2, 3. Aufl. 2002 (zit. ZK OR-BERTI, Art. ... N ...)
- BIERI RETO, Sittenwidrige Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR, Einblick in eine «Mauerblümchen»-Bestimmung des Haftpflichtrechts, in: AJP 2008, S. 549 ff.
- BINDER ANJA MARTINA, Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Dargestellt an den verwaltungsrechtlichen Verfahren auf Bundesebene, Diss. Zürich 2016
- BIRTHÄLMER ANTJE/FINCKH GERHARD (Hrsg.), Weltkunst von Buddha bis Picasso, Die Sammlung Eduard von der Heydt, Wuppertal 2015
- BISCHOF ULF, lostart.de – rechtsgrundlos und wirkungsvoll, in: KUR 1, 2015, S. 14 f. (zit. BISCHOF, KUR, S. ...)
- BISCHOFF FABIENNE, Die Kunstmärkte, Funktionsweise und kartellrechtliche Probleme, in: SkZ Band/Nr. 24, 2013, S. 32 ff.
- BOMMER FLORIAN/GASSMANN RICHARD/MATHYS BEAT, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Herausgegeben von Baker & McKenzie, Bern 2010 (zit. B/McK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

- BOOCHS WOLFGANG/GANTEFÜHRER FELIX, Kunstbesitz, Kunsthandel, Kunstförderung im Zivil- und Steuerrecht, Berlin 1992
- BOOG CHRISTOPHER/ESCHMENT JÖRN, Der Auftrag nach Schweizer Recht, in: RIW 2015, S. 245 ff.
- BOSSHARD ERICH, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. Zürich 1989
- BOSSHARD PIERRE YVES, L'appréciation de l'expertise judiciaire par le juge, in: SZPP 2007, S. 321 ff. (zit. BOSSHARD, SZPP 2007, S. ...)
- BOSSHARD PIERRE YVES, La réglementation de la preuve par expertise dans le projet de Code de procédure civile suisse, in: SZPP 2008, S. 333 ff. (zit. BOSSHARD, SZPP 2008, S. ...)
- BÖGLI MICHEL, Die Anforderungen an das medizinische Gutachten aus Sicht des Ärzte- und Spitalhaftpflichtversicherers, in: HAVE 2006, S. 115 ff.
- BRECHBÜHL BEAT, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021
- BREIDENSTEIN PETRA, Die Restaurierung von Gemälden und die Festsetzung von Wertminderungen, in: KUR 2, 2006, S. 34 ff.
- BREITENSCHMID PETER, Warum ein Gutachterzyklus, in: Jusletter vom 14. Mai 2007
- BRINER ROBERT GEORG, Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter, in: sic! 2006, S. 383 ff.
- BRUNBAUER-ILIC ANNA, Kulturgut und Provenienzforschung im Fokus nationalen und internationalen Kunstrechts, Wien 2019
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-196, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm-ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- BRUNNER EUGÈNE, Die Verwertung von Fachwissen im handelsgerichtlichen Prozess, in: SJZ 88/1992, S. 22 f.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1988
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. erweiterte Aufl., Bern 1988 (BUCHER, OR BT, S. ...)
- BUCHER EUGEN, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, «Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis», in: Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 231 ff. (zit. BUCHER, FS Walter, S. ...)
- BUCHER EUGEN, Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann – BGE vom 7.1.1999 («Monte Rosa-Fall») ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung der sog. Vertrauenshaftung, in: recht 2001, S. 65 ff. (zit. BUCHER, recht, S. ...)

- BÜHLER ALFRED, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in: Jusletter vom 14. Mai 2007 (zit. BÜHLER, Jusletter, N ...)
- BÜHLER ALFRED, Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung – insbesondere im Spannungsfeld zwischen Gericht und Anwaltschaft, in: SJZ 105/2009, S. 329 ff. (zit. BÜHLER, SJZ 2009, S. ...)
- BÜHLER ALFRED, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, in: AJP 1999, S. 567 ff. (zit. BÜHLER, AJP 1999, S. ...)
- BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, stark erweiterte 2. Aufl., Aarau 1998
- BULLINGER WINFRIED, Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht, Der Schutz des bildenden Künstlers gegenüber der Fälschung seiner Werke, Diss. Berlin 1997
- BUOL MARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Zürich 1996
- BUOMBERGER THOMAS, Provenienzforschung in der Schweiz: Verpasste Chance – offene Fragen, in: KUR 3/4, 2009, S. 102 ff.
- BURG BENEDICT/VON DER CRONE HANS CASPAR, Vertrauenshaftung im Konzern – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 (...), in: SZW 2010, S. 417 ff.
- BURG THOMAS, Die Signatur, Formen und Funktionen vom Mittelalter bis zum 17. Jahrhundert, Berlin 2007
- BÜTTNER BENJAMIN, Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Tübingen 2006
- BÜTTNER NILS/FINKE BEHREND, Zwischen Markt und Wissenschaft: Kunstsachverständige und Experten, in: Hausmann Andrea (Hrsg.), Handbuch Kunstmarkt: Akteure, Management und Vermittlung, Bielefeld 2014, S. 235 ff.
- BÜTTNER FRANK/GOTTDANG ANDREA, Einführung in die Ikonographie: Wege zur Deutung von Bildinhalten, München 2009
- BYDLINSKI FRANZ, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Diss. Wien 1967
- CANARIS CLAUS-WILHEM, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, in: ZHR 163 (1999), S. 206 ff.
- CARTIER MICHAEL, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. St. Gallen 2007
- CAVELTI URS JOSEF, Die Expertise im Bauprozess, in: Alfred Koller (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996
- CEPPI PIA, Das Sachverständigengutachten, Diss. Basel 1967
- CERRUTI ROMEO, Der Untervertrag, Diss. Freiburg 1990
- CHAPPUIS CHRISTINE, L'authentification d'oeuvres d'art: Responsabilité de l'expert et qualification du contrat en droit Suisse, in: Byrne-Sutton Quentin/Renold Marco-

- André (Hrsg.), *L'expertise dans la vente d'objets d'art: aspects juridiques et pratiques: actes d'une recontre organisée le 7 octobre 1991*, Bd. 19, Zürich 1992, S. 47 ff.
- CLEMENZ MANFRED, *Der Fall Beltracchi aus sozialpsychologischer Sicht*, in: *Der Fall Beltracchi und die Folgen – Interdisziplinäre Fälschungsforschung heute*, Berlin 2014, S. 165 ff.
- CRAMER HANS-CONRAD, *Die Behandlung der Kunstfälschung im Privatrecht*, Diss. Zürich 1946
- DAL MOLIN LUCA, *Sorgfaltspflicht im Kunsthandel*, in: *Kunst & Recht, Schwerpunktthemen für den Kunstsammler*, Schriftenreihe der AXA Art Versicherung AG, Zürich 2007, S. 55 ff.
- DELCÒ FABIO, *Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden*, Diss. Zürich 2000
- DERENDINGER PETER, *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, 2. nachgeführte Aufl., Diss. Freiburg 1990
- DESAX MARCUS, *Haftung für erlaubte Eingriffe*, Diss. Freiburg 1977
- DICKES CLAUS, *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte in den Fällen der Auskunftshaftung*, Diss. Mainz 1992
- DIGGELMANN JAKOB, *Die Fälschung von Sammlungsobjekten und die strafrechtliche Bekämpfung derselben*, Zürich 1916
- DONATSCH ANDREAS, *Zur Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen*, in: *Lieber V./Rehberger J./Walder H.U./Wegmann P. (Hrsg.), Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg*, Zürich 1997, S. 37 ff.
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. *Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...*)
- DREIER THOMAS, *Die Moral des Fälschers – Beltracchi*, in: *KUR 2*, 2014, S. 35 ff.
- DREIER THOMAS, *The legal status of the art expert in Germany*, in: *Byrne-Sutton Quentin/Renold Marc-André (Hrsg.), L'expertise dans la vente d'objets d'art – Aspects juridiques et pratiques, Studien zum Kunstrecht*, Bd. 1, Zürich 1992, S. 99 ff. (zit. *DREIER, Expertise, S. ...*)
- DRINKUTH FRIEDERIKE SOPHIE, *Der moderne Auktionenhandel, Die Kunstwissenschaft und das Geschäft mit der Kunst*, Diss. Köln 2003
- DROZ JOHAN, *La substitution dans le contract de mandate*, Diss. Genf 2008
- EBLING KLAUS/SCHULZE MARCEL, *Kunstrecht: Zivilrecht, Steuerrecht, Stiftungsrecht*, 2. Aufl., München 2012
- EHINGER JAN PATRICK, *Dritthaftung für Kunstexperten und Aufnahmebestätigung in den Catalogue raisonné: Ein Beitrag zur Expertenhaftung*, Diss. Frankfurt a.M. 2014 (zit. *EHINGER, Dritthaftung, S. ...*)

- EHINGER JAN PATRICK, Echtheitsmängel beim Kauf von Kunstwerken – Die Schadenersatzhaftung des Kunstexperten gegenüber dem Käufer auf Grundlage von § 311 Abs. 3 S. 2 BGB, in: KUR 5, 2015, S. 135 ff.
- EICHENBERGER KURT, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau 1987
- ENZLER ALEX, Der arbeitsrechtliche Zeugnisananspruch, Diss. Zürich 2012
- ENZLER ALEX, Haftung bei Verletzung der Zeugnispflicht, in: Der arbeitsrechtliche Zeugnisananspruch, ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich 2012, S. 129 ff. (zit. ENZLER, ZStP, S. ...)
- FACINCANI NICOLAS/SUTTER RETO, Die Haftung des Treuhänders, in: TREX 2019, S. 212 ff.
- FAUDE-NAGEL CAROLIN, Kunstfälschung & Provenienzforschung – am Beispiel von drei Fälschungen aus dem aktuellen Kunstmarkt, Mainz 2013
- FEHLMANN REGULA, Vertrauenshaftung – Vertauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002
- FEIT MICHAEL, Die Haftung des Anwalts gegenüber Dritten für eine Third Party Legal Opinion, Diss. Zürich 2007
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, VI/2/4, Der einfache Auftrag, Bern 1992 (zit. FELLMANN, BeKom, Art. ... N ...)
- FELLMANN WALTER, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, in: ZSR 1987 I, S. 339 ff. (zit. FELLMANN, ZSR, S. ...)
- FELLMANN WALTER, Haftung bei Gefälligkeitsurteilen, Urteil 4C.56/2002 des Bundesgerichts vom 21.10.2002, in: HAVE 2003, S. 139 ff. (zit. FELLMANN, HAVE, S. ...)
- FELLMANN WALTER, Objektivierung der Sorgfaltspflicht im Auftragsrecht, in: HAVE 2016, S. 95 ff., (zit. FELLMANN, Auftragsrecht, S. ...)
- FELLMANN WALTER, Schadensrecht/Schwerpunkt Vermögens- und Sachschäden, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2005, Bern (zit. FELLMANN, Schadensrecht, S. ...)
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeine Haftung sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftung des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012
- FISCHER MARCEL, Betrügerischer Kunsthandel, Zürich 1944 (zit. FISCHER, Kunsthandel, S. ...)
- FISCHER KUNO, Die Stellung des Gutachters im Kunsthandel und Auktionswesen, in: KUR 2, 2013, S. 42 ff.
- FISCHER WILLI/LUTERBACH THIERRY, Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2015
- FLOERKE HANNS, Studien zur niederländischen Kunst- und Kulturgeschichte, Die Formen des Kunsthandels, das Atelier und die Sammler in den Niederlanden vom 15.–18. Jahrhundert, München 1905

- FLÜHMANN CAROLINE, Haftung aus Prüfung und Berichterstattung gegenüber Dritten, Diss. St. Gallen 2003
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, in: AJP 2018, S. 95 ff.
- FRANCINI ESTHER TISA, Provenienzforschung in der Schweiz: Das Beispiel des Museums Rietberg Zürich, in: KUR 3/4, 2009, S. 117 ff.
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. überarbeitete, stark erweiterte Aufl., Zürich 1997
- FRANZ MICHAEL, Lost Art und Recht, in: KUR 6, 2020, S. 148 ff.
- FREY MICHAEL, Grundsätze der Streitwertbestimmung, Diss. Bern 2017
- FRIEDLÄNDER MAX J., Der Kunstkenner, Berlin 1919 (zit. FRIEDLÄNDER, Kunstkenner, S. ...)
- FRIEDLÄNDER MAX J., Echt und unecht – Aus den Erfahrungen des Kunstkenners, Berlin 1929
- FRIEDLÄNDER MAX J., Von Kunst und Kennerschaft, Leipzig 1946 (zit. FRIEDLÄNDER, Kunst und Kennerschaft, S. ...)
- FUHRER STEPHAN, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Liquidation von Sachschäden, in: Koller Alfred (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, St. Gallen 1993, S. 73 ff.
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- FURRER BARBARA, Der Logistikvertrag im schweizerischen Recht – Eine systematische Untersuchung von Verträgen über komplexe Leistungsbündel aus dem Logistikbereich, in: LuT – Schriftenreihe zum Logistik- und Transportrecht Band/Nr. 7, 2008, S. 24 ff.
- GABRIEL BRUNO, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, eine These, Diss. Freiburg i.Ue., Entlebuch 1987
- GABUS PIERRE, Des différentes valeurs d'assurance et du rôle de l'expert, in: Renold Marc-André/Gabus Pierre/Werra Jacques (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des oeuvres d'art, Genf 2007
- GÄRTNER RUDOLF, Rechtsprobleme bei der Versicherung von Kunstgegenständen, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1991, S. 2993 ff.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. nachgeführte Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. GASSER/RICKLI, Art. ... N ...)

- GAUCH PETER, Der Schätzer und die Dritten (...), in: Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 823 ff. (zit. GAUCH, FS Wiegand, S. ...)
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, Zürich 2011
- GAUCH PETER, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in: recht 1996, S. 225 ff. (zit. GAUCH, recht, S. ...)
- GAUCH PETER/SCHMID JÖRG, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag Art. 363–379 OR, 3. völlig neu überarbeitete Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- GAUCH PETER/SCHMID JÖRG, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Teilband, Art. 1–7 ZGB, 3. völlig neu überarbeitete Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Band II, Zürich 2014
- GAUCH PETER/SWEET JUSTIN, Deliktshaftung für reine Vermögensschäden, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 117 ff.
- GAUTSCHI GEORG, Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953
- GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Abt., die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 3. Aufl., Bern 1971 (zit. GAUTSCHI, BeKom, Art. ... N ...)
- GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. überarbeitete Aufl., Zürich 2015 (zit. OFK-ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- GERLACH TILO, Die Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen, Diss. Freiburg 1998
- GESSLER DIETER, Beitrag zur Lehre vom Veranstaltungsvertrag, Diss. Zürich 1979
- GIGER HANS, Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg i.Ue., 1982, S. 369 ff.
- GLAUS BRUNO, Die Haftung von Experten und Werkverzeichner nach schweizerischem Recht, in: KUR 2004, S. 112 ff.
- GLAUS BRUNO/STUDER PETER, Kunstrecht, ein Ratgeber für Künstler, Sammler, Galeristen (...), Zürich 2003
- GLOOR SIMONE, Das vertragliche Übernahmeverschulden, Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme, Diss. Zürich 2012

- GMÜR PHILIPP, Die Vergütung des Beauftragten: ein Beitrag zum Recht des einfachen Auftrages, Diss. Freiburg 1993
- GOEFFERT ALEXANDER, Haftungsprobleme im Kunst- und Auktionshandel, Diss. Berlin 1991
- GONZENBACH RAINER, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987
- GONZENBACH RAINER, Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus «Konzernvertrauen», in: recht 1995, S. 117 ff. (zit. GONZENBACH, recht, S. ...)
- GOTTWALD PETER, Haftung für Auskunft und Gutachten gegenüber Dritten: England, Deutschland, Schweiz, Genf 1994
- GRELL THORSTEN BORIS, Entartete Kunst, Rechtsprobleme der Erfassung und des späteren Schicksals der sogenannten Entarteten Kunst, Diss. Zürich 1999
- GRIEDER THOMAS, Schadenersatz und Honorarreduktion – Eine praktische Abgrenzungsproblematik im Auftragsrecht am Beispiel des Zahnarztvertrags, in: AJP 2008, S. 1509 ff.
- GRIEDER THOMAS, Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit, Eine Abgrenzungsproblematik in der vertraglichen Haftung, Diss. Zürich 2001 (zit. GRIEDER, Vertragswidrigkeit, S. ...)
- GRIMM CLAUDIUS, Die Frage nach der Eigenhändigkeit und die Praxis der Zuschreibung, in: Gaetgens Thomas W. (Hrsg.), Künstlerischer Austausch/Artistic exchange: Akten des XXVIII. Internationalen Kongresses für Kunstgeschichte Berlin, 15.-20. Juli 1992, Band II, Berlin 1993, S. 631 ff.
- GRÜNING KRISTIAN, Falsche Kunst – Echte Arbeit, Polizeiarbeit unter Eindruck des Beltracchi-Verfahrens, in: Der Fall Beltracchi und die Folgen – Interdisziplinäre Fälschungsforschung heute, Berlin 2014, S. 133 ff.
- GUGGENHEIM DANIEL/GUGGENHEIM ANATH, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl., Bern 2014
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. Guhl-BEARBEITER/IN, S. ... N ...)
- GUILLOTREAU GHISLAINE, Art et crime: la criminalité du monde artistique, sa repression, Paris 1999
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. verbesserte und vermehrte Aufl., Zürich 1979
- GUTZWILLER CHRISTOPH P., Der Vermögensverwaltungsvertrag, Diss. Zürich 1989 (zit. GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. ...)
- GUTZWILLER CHRISTOPH P., Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008 (zit. GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. ...)

- GUTZWILLER CHRISTOPH P., Schadensstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: SJZ 101/2005, S. 357 ff. (zit. GUTZWILLER, SJZ, S. ...)
- GUTZWILLER CHRISTOPH P., Unorgfältige Vermögensverwaltung, Beweislast, Haftungsausschluss und Schadensberechnung, in: AJP 2000, S. 57 ff.
- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich 2011
- HAFNER STEFAN, Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten: ein Beitrag zum Informationsrecht im Auftragsrecht, Diss. St. Gallen 2007
- HANDSCHIN LUKAS, «Verminderung der Aktiven ...»-Schadensbegriff und Fair Value-Bewertung, in: Privat Law – Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Band I, Bern 2011, S. 697 ff.
- HÄRET DANIEL-PHILIPP, Sachverständigenhaftung im Kunsthandel in den Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs und Englands, Diss. Marburg 2016
- HÄRTH GABRIELE, Original und Fälschung – Rechtsprobleme für bildende Künstler, Diss. Wien 2010
- HARTMANN UWE, Provenienzforschung in Deutschland – Bilanzen und Perspektiven zehn Jahre nach der Washingtoner Konferenz, in: KUR 3/4 2009, S. 96 ff.
- HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, 3. Teilband, 1. Unterteilband, der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998 (zit. BeKom OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band 6, 2. Aufl., Bern 1998 (zit. BeKom OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1–9 ZGB, Band 1, Bern 2012 (zit. BeKom ZGB-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-149 ZPO, Band I, Bern 2012 (zit. BeKom ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 150–352 und Art. 400–406 ZPO, Band II, Bern 2012 (zit. BeKom ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- HEBBORN ERIC, Der Kunstfälscher, Köln 1999
- HEER MARIANNE/SCHÖBI CHRISTIAN, Gericht und Expertise, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, Band 6, Bern 2005 (zit. Heer/Schöbi-BEARBEITER/IN, S. ...)
- HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2017 (UWG-Kommentar-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

- HERCHENRÖDER CHRISTIAN, Auktionen, Vontobel-Schriftenreihe, Zürich 2003 (HERCHENRÖDER, Auktionen, S. ...)
- HERCHENRÖDER CHRISTIAN, Die neuen Kunstmärkte, Analyse Bilanz Ausblick, Düsseldorf 1990 (zit. HERCHENRÖDER, Analyse, S. ...)
- HERCHENRÖDER CHRISTIAN, Die Kunstmärkte, Düsseldorf/Wien 1978
- HERCHENRÖDER CHRISTIAN, Kunstmärkte im Wandel: vom Jahrzehnt des Umbruchs in die Gegenwart, Düsseldorf 2000 (zit. HERCHENRÖDER, Wandel, S. ...)
- HERZOG PETER/AMSTUTZ THERESE, Rechtliche Überlegungen zur Haftung des Wirtschaftsprüfers für Comfort Letters, in: ST 8/00, S. 757 ff.
- HESS URS, Der Architekten- und Ingenieurvertrag, Dietikon 1986
- HEUER CARL-HEINZ, Die Bewertung von Kunstgegenständen, in: Deutsches Steuerrecht (DStR), München 1995, Heft 12, S. 438 ff. (zit. HEUER, Bewertung, S. ...)
- HEUER CARL-HEINZ, Die Bewertung von Kunstwerken im Steuer- und Erbrechtsstreit, in: Weller Matthias/Kemle Nicolai/Dreier Thomas/Lynen Michael (Hrsg.), Kunst im Markt – Kunst im Recht, Baden-Baden 2010, S. 121 ff.
- HIRSCH ALAIN, La responsabilité des experts envers les tiers, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, Zürich 2001, S. 77 ff.
- HIRTE HERIBERT, Berufshaftung, München 1996
- HOEREN THOMAS/HOLZNAGEL BERND/ERNSTSCHNEIDER THOMAS (Hrsg.), Handbuch Kunst und Recht, Schriftenreihe zum Urheber und Kunstrecht Band 7, Münster 2008 (zit. Hoeren/Holznagel/Ernstschneider-BEARBEITER/IN, S. ...)
- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Vischer Frank (Hrsg.), SPR Bd. VII/2, Basel 1979 (zit. HOFSTETTER, Auftrag II, S. ...)
- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), SPR Bd. VII/6, Basel/Genf/München 2000 (zit. HOFSTETTER, Auftrag, S. ...)
- HOFSTETTER KARL, Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht, in: AJP 1998, S. 261 ff.
- HONSELL HEINRICH, Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005 (zit. HONSELL, FS Nobel, S. ...)
- HONSELL HEINRICH, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 211 ff. (zit. HONSELL, FS Medicus, S. ...)
- HONSELL HEINRICH, Gutachterhaftung in der Schweiz, in: Kunst und Recht – Haftung von Gutachtern im Kunstrecht, Europainstitut an der Universität Zürich, Seminar vom 27. November 2012 (zit. HONSELL, Gutachterhaftung, S. ...)
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. Kurzkommentar OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

- HONSELL HEINRICH, Sachmängel und Kunsthandel, in: Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zürich 1995, S. 213 ff. (zit. HONSELL, FS Heini, S. ...)
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A. (Hrsg.), Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK ORI-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER D./SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- HONSELL HEINRICH, Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, in: JuS 1976, S. 621 ff. (zit. HONSELL, JuS, S. ...)
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 10. überarbeitete Aufl., Bern 2017
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 4. Aufl. Bern 1997 (zit. HONSELL, 4. Aufl., S. ...)
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 2. überarbeitete Aufl., Bern 1992 (zit. HONSELL, 2. Aufl., S. ...)
- HOWALD ANDREAS/NABHOLZ THOMAS, Die Haftung des Steuerberaters – eine Übersicht, in: ST 6–7/09, S. 479 ff.
- HOYNINGEN-HUENE GERRICK, Zur Rechtsstellung und Haftung des Kunstsachverständigen, in: Festschrift für Erik Jayme II (2004), Sellier, European Law Publishers, München 2004, S. 1461 ff.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. HUGUENIN, 2. Aufl., N ...)
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. HUGUENIN, N ...)
- HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 319–529 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg 1999
- HÜRLIMANN ROLAND, Bau-Expertisen – Nutzen, Risiken und die Verantwortung des Experten, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, S. 197 ff. (zit. HÜRLIMANN, Baurechtstagung, S. ...)
- HÜRLIMANN ROLAND, Der Experte – Schlüsselfigur des Bauprozesses, in: In Sachen Baurecht, zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, S. 129 ff. (zit. HÜRLIMANN, Experte, S. ...)

- HÜRLIMANN ROLAND, Der Architekt als Experte, in: Gauch Peter/Tercier Pierre (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 429 ff. (zit. HÜRLIMANN, Architekt, N ...)
- HÜRLIMANN ROLAND/SIEGEN-THALER THOMAS, Die Haftung des Liegenschaftsschätzers gegenüber einem vertragsfremden Dritten, Bemerkungen zum BGE 130 II 345 und zum Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juni 2003, in: BR 2004, S. 105 ff.
- HUTTENLAUCH ANNA BLUME, Die Haftung des Kunstexperten für seine Expertise, in: KUR 4, 2004, S. 118 ff.
- IRLE KLAUS, Fälschungen – Gewährleistung, Prüfungstechniken, Typologie, Köln 1997
- JACKSON SARAH, The Art Loss Register – A Toll for Due Diligence, in: KUR 5, 2006, S. 123 ff.
- JANDOLO AUGUSTO, Bekenntnisse eines Kunsthändlers, Berlin 1939
- JAQUET CHRISTIAN, Werte und Preise auf dem Weltmarkt neuzeitlicher Kunst, Diss. Winterthur 1961
- JENTSCH VALENTIN, Grundlagen und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: recht 2020, S. 73 ff.
- JESSNITZER KURT/FRIELING GÜNTER, Der gerichtliche Sachverständige, ein Handbuch für die Praxis, 10. Aufl., Köln 1992
- JOLLES ALEXANDER/ROESLE ISABELLE, Gestaltung des Gutachtervertrags im Schweizer Recht, in: KUR 2, 2013, S. 35 ff.
- JOLLES ALEXANDER/SIMONEK MADELEINE/WALDBURGER PATRICK, Kunst und Steuern, in: Kunst & Recht, Schwerpunktthemen für den Kunstsammler, Schriftenreihe der AXA Art Versicherungs AG, Zürich 2007, S. 75 ff.
- JUNG MARCEL, Investieren in Kunst – Bereitet Pablo Picasso auch nach der Steuerrechnung noch Freude? Der gefälschte, der gestohlene und der echte Picasso im Lichte des Zivil- und Steuerrechts, in: ZSIS, Monatsflash Nr. 3, 2016
- KAISER URS, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Diss. Bern 1987
- KARDEL PHILIP, Die Lost Art-Datenbank auf <www.lostart.de>, in: KUR 5, 2006, S. 128 ff.
- KATHMANN DOROTHEA/THIELECKE CAROLA, Alles eine Frage der Herkunft, in: KUR 2, 2016, S. 40 ff.
- KATZ HANS-PETER, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973
- KÄLIN OLIVER, Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR, in: AJP 2007, S. 1339 ff.
- KEAZOR HENRY, Täuschend Echt! Eine Geschichte der Kunstfälschung, Darmstadt 2015

- KEAZOR HENRY/ÖCAL TINA, Faire (l')époque, Die methodische und handwerkliche Dramaturgie der Beltracchi-Fälschungen in ihren kunsthistorischen Dimensionen, in: Der Fall Beltracchi und die Folgen – Interdisziplinäre Fälschungsforschung heute, Berlin 2014, S. 15 ff.
- KELLER ROLAND, Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts, Diss. Zürich 2004
- KELLER MAX, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, in: recht 1987, S. 136 ff. (zit. KELLER, recht, S. ...)
- KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, Haftpflichtrecht, 3. nachgeführte und erweiterte Aufl., Basel 2012
- KLEIN JEAN-PHILLIPE, Responsabilité de la banque pour renseignements inexacts au sujet d'un gérant externe, in: SZW 2013, S. 220 ff.
- KNUT NICOLAUS, DuMont's Bild-Lexikon zur Gemäldebestimmung, Köln 1982
- KNUT NICOLAUS, DuMont's Handbuch der Gemäldekunde, Gemälde erkennen und bestimmen, Köln 2003 (zit. KNUT, Gemälde, S. ...)
- KNUT NICOLAUS, DuMont's Handbuch der Gemäldekunde, Material – Technik – Pflege, Köln 1979 (zit. KNUT, Material, S. ...)
- KOCH DANIEL, Ausservertragliche Dienstleistungshaftung in der Schweiz – Unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel 2001
- KOENIGSBERGER WALTER, Haftung der Banken für Auskunft und Rat nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1934
- KOFMEL SABINE, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Bern 1992
- KOLLER ALFRED, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Fribourg 1980 (zit. KOLLER, Haftung, S. ...)
- KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für reine Vermögensschaden, in: AJP 2020, S. 1381 ff. (zit. KOLLER, AJP, S. ...)
- KOLLER ALFRED, Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, S. 1 ff. (zit. KOLLER, Dritthaftung, S. ...)
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT, N...)
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015
- KÖNG MAX, Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten in der schweizerischen und kantonalen Rechtsprechung, Diss. Zürich 1941
- KRAMER ERNST A., «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, in: recht 1984, S. 128 ff.
- KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 1999 (zit. KRAUSKOPF, VZD, S. ...)

- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Urteil des Bundesgerichts 4A_103/2009 vom 27. April 2009 – die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung (Anwaltshaftung), in: HAVE 2009, S. 273 ff.
- KRETSCHMANN GEORG, Faszination Fälschung, Kunst-, Geld- und andere Fälscher und ihre Schicksale, Berlin 2001
- KRÜGER WOLFGANG (Hrsg.), Münchner Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Allgemeiner Teil II, 8. Aufl. 2019 (zit. MK-BEARBEITER/IN, § ... N ...)
- KUHN MORITZ, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, in: SJZ 1986, S. 345 ff.
- KULL MICHAEL, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Diss. Zürich 2000
- KUT AHMET/VASELLA DAVID, Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 631 ff.
- KÜNZLE HANS RAINER, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung, in: successio 2018, S. 52 ff.
- KUZMIC KRISTINA, Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss. Zürich 1998
- KOSTKIEWICZ KREN JOLANTA, Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, 2. aktualisierte und erweiterte Aufl., Zürich 2019 (zit. KOSTKIEWICZ, Art. ... N ...)
- KOSTKIEWICZ KREN JOLANTA, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Bern 2018 (zit. KOSTKIEWICZ, IPRG, S. ...)
- KOSTKIEWICZ KREN JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK-OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- LE TOURNEAU PHILIPPE/CADIET LOIC, Droit de la responsabilité: responsabilités civile et pénale, responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles, défaillances contractuelles et professionnelles, régimes spéciaux d'indemnisation, Paris 1996
- LEOPOLD SASKIA, Rechtsfragen der Kunstauktionen – ein Überblick, in: Handbuch Kunstrecht, Wien 2000, S. 277 ff.
- LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar (ohne Vollstreckungsrecht), vollständig überarbeitete 4. Aufl., Bern 1995
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Dienstleistungsverträge, in: ZSR 1987, II, S. 1 ff.
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, Bern 1999 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO St. Gallen, § ... N ...)
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016

- LEVENSON RUSTIN S., Examining the Techniques and Materials of Paintings, in: Spencer Ronald D. (Hrsg.), *The Expert versus the Object*, New York 2004, S. 111 ff.
- LORANDI FRANCO, Haftung für reinen Vermögensschaden, in: *recht* 1990, S. 19 ff.
- LOSER PETER, Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, 12.6.2007, A. gegen Kanton Uri (4C.28/2007), Berufung (BGE 133 III 449), in: *AJP* 2008, S. 1171 ff. (zit. LOSER, *AJP*, S. ...)
- LOSER PETER, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht – Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung*, Habil. Bern 2006
- LOSER PETER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, in: *recht* 1999, S. 88 ff. (zit. LOSER, *recht*, S. ...)
- LOSER-KROGH PETER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, in: *recht* 3, 1999, S. 73 ff. (LOSER-KROGH, *recht*, S. ...)
- LOSER-KROGH PETER, Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, in: Meier-Schatz Christian J./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), *Recht und Internationalisierung, Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000*, Zürich 2000, S. 113 ff.
- LÜCHINGER NIKLAUS, Die Verjährung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo – Ein Beitrag aus Anlass eines neuen Bundesgerichtsentscheids, in: *SJZ* 102/2006, S. 197 ff. (zit. LÜCHINGER, *SJZ*, S. ...)
- LÜCHINGER NIKLAUS, *Schadenersatz im Vertragsrecht, Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung*, Diss. Freiburg 1999
- MAIRINGER FRANZ, *Strahlenuntersuchung an Kunstwerken, Bücherei des Restaurators*, Bd. 7, Leipzig 2003
- MARCHAND SYLVAIN, Un ornithorynque juridique, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), *La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung*, Zürich 2001, S. 163 ff.
- MEIER ISAAK, Prozessfinanzierung, insbesondere prozessuale und konkursrechtliche Fragen, in: *ZZZ* 45/2019, S. 3 ff.
- MEIER ISAAK/SOGO MIGUEL, *Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zürich 2010
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in: *Mélanges Paul Piotet – Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet*, Bern 1990
- MERCKER FLORIAN, *Der Sammler – Von Kunst und Stiftungen, Der rechtliche Rahmen*, Ostfildern 2013
- MERZ BARBARA, *Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Bern 2007
- METZ STEPHAN, Steuerliche Aspekte im Umgang mit Kunstgegenständen, in: *Steuer Revue*, Nr. 9/2017, S. 652 ff.

- MEYER LEONZ, Der Streitwert in Prozessen um Immaterialgüterrechte und Firmen, in: sic! 2001, S. 559 ff.
- MEYER SIMON, Verhältnis zwischen Käufer und Berater – II. Anspruchsgrundlagen des Käufers, in: Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf, Zürich/St. Gallen 2013, S. 125 ff. (zit. MEYER, SSHW, S. ...)
- MICHOR MARTINA, Der Kunstsachverständige, Diss. Wien 2013
- MIDDENDORF PATRICK, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002
- MISTELI CHRISTOPHE, La responsabilité pour le dommage purement économique, Diss. Zürich 1999
- MOSER MARTIN, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten – Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Diss. Bern 1998
- MOSER MARTIN/BERGER BERNHARD, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, in: AJP 1999, S. 541 ff.
- MOSER NICOLAS, I. Block: Haftung – Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung – III.–V., in: HAVE 2018, S. 28 ff. (MOSER, HAVE, S. ...)
- MOSER NICOLAS, Die Verjährung von haftpflichtrechtlichen Forderungen bei einer Verletzung der körperlichen Integrität, Diss. Basel 2017 (zit. MOSER, Verjährung, S. ...)
- MOSIMANN PETER, Das Gutachten als Beweismittel im kunstrechtlichen Prozess, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 455 ff.
- MOSIMANN PETER/SCHÖNENBERGER BEAT (Hrsg.), Fluchtgut – Geschichte, Recht und Moral, Schriftenreihe Kultur & Recht 6, Bern 2015, S. 103 ff. (zit. KR-BEARBEITER/IN, 2015, S. ...)
- MOSIMANN PETER/SCHÖNENBERGER BEAT (Hrsg.), Kunst & Recht 2010, Schriftenreihe Kultur und Recht 1, Basel 2010 (zit. KR-BEARBEITER/IN, 2010, S. ...)
- MOSIMANN PETER/SCHÖNENBERGER BEAT (Hrsg.), Kunst & Recht 2012, Schriftenreihe Kultur und Recht 3, Basel 2012 (zit. KR-BEARBEITER/IN, 2012, S. ...)
- MOSIMANN PETER/SCHÖNENBERGER BEAT (Hrsg.), Kunst & Recht 2013, Schriftenreihe Kultur und Recht 4, Basel 2013 (zit. KR-BEARBEITER/IN, 2013, S. ...)
- MOSIMANN PETER/RENOLD MARC-ANDRÉ/RASCHÈR ANDREA F.G. (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und internationales Recht, Basel 2009 (zit. KKR-BEARBEITER/IN, 2009, Kap. ... N ...)
- MOSIMANN PETER/RENOLD MARC-ANDRÉ/RASCHÈR ANDREA F.G. (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und internationales Recht, 2. stark erweiterte Auflage, Basel 2020 (zit. KKR-BEARBEITER/IN, 2020, Kap. ... N ...)

- MÖSL KRISTINA, Wertveränderungen von Kunstwerken nach Restaurierungen – Ein Beitrag zu Grundlagen und Praxis, in: KUR 2, 2012, S. 58 ff.
- MÜLLER BERTOLD, Leitfaden für Kunstnachsüsse – Für Erben, Willensvollstrecker und ihre Berater, in: ST 3, 2011, S. 177 ff. (zit. MÜLLER, Leitfaden, S. ...)
- MÜLLER FRANZ/ZINGG SIMON, Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht, in: ZBJV 145/2009, S. 619 ff.
- MÜLLER HANS BEAT, Die zivilrechtliche Haftung aus Empfehlung, Auskunft und Raterteilung, Diss. Bern 1934 (zit. MÜLLER, Haftung, S. ...)
- MÜLLER KLAUS, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, Handbuch des Sachverständigenbeweises, 3. völlig neubearbeitete Aufl., Heidelberg 1988
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts, in: ZSR, II, 2010, S. 5 ff.
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Haftpflichtrecht in der Krise, in: BJM 2002, S. 289 ff. (zit. MÜLLER-CHEN, BJM, S. ...)
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, in: Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 507 ff. (zit. MÜLLER-CHEN, FS Gauch, S. ...)
- MÜLLER-KATZENBURG ASTRID, Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht, Diss. Berlin 1996
- MÜLLER LUKAS/OBRIST SANDRO E./ODERMATT PATRIK, Streitpunkt Parteientschädigung – Das Kriterium der Notwendigkeit bei berufsmässiger Vertretung zur Bestimmung der Parteientschädigung, in: AJP 8/2018, S. 979 ff.
- MÜLLER RETO PATRICK/BACHMANN LEA, Treu und Glauben als grundrechtliche Vermögensschutznorm, in: SJZ 116/2020, S. 259 ff.
- NÄGELI BARBARA, Das Auge ist der Richter? Der Kennerblick in der Kritik, in: KUR 5, 2013, S. 144 ff.
- NIETLISPACH HANS, Zur Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für schlechten Rat und falsche Auskunft nach Schweiz. OR, Diss. Zürich 1948
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB II-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- NISSL GUENTER, Die Haftung der Experten für Vermögensschäden Dritter – bedingt durch unrichtige Gutachten – im Deutschen, Englischen und Amerikanischen Recht, Diss. München 1971
- NOBEL PETER, Vertrauen – Begriffliche Grundlagen, in: SZW 2017, S. 721 ff.

- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (Hrsg.), *Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KUKO-ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- ODENDAHL KERSTIN, *Kulturgüterschutz – Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems*, Tübingen 2005
- OESCH THOMAS, *Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken*, Diss. Basel 1978
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1*, 4. Aufl., Zürich 1987
- OTT WERNER EDUARD, *Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes*, Diss. Zürich 1978
- PARTSCH SUSANNA, *Tatort Kunst – Über Fälschungen, Betrüger und Betrogene*, München 2010
- PERREN RUBEN, *Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation*, in: ZBJV 140/2004, S. 58 ff.
- PEYER PATRIK R., *Zur Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden*, in: recht 2002, S. 99 ff.
- PFÄFFLI PAUL, *Das falsche Zeugnis (Art. 307–309 StGB)*, Diss. Bern 1961
- PFEFFER ALEXANDRA/RAUTER ROMAN ALEXANDER (Hrsg.), *Handbuch Kunstrecht*, Wien 2000 (zit. HB Kunstrecht-BEARBEITER/IN, S. ...)
- PFISTER PAUL, *Fragen aus dem Gebiet der Widerrechtlichkeit insbesondere nach Art. 41 des Schweizerischen Obligationenrechts*, Diss. Aarau 1925
- PICKER EDUARD, *Gutachterhaftung – Ausservertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung*, in: *Festschrift für Dieter Medicus*, Köln 1999, S. 397 ff. (zit. PICKER, FS Medicus, S. ...)
- PICKER GÜNTHER, *Fälscher, Diebe, Betrüger, Die Kehrseite des Kunst- und Antiquitätenmarkts*, München 1994 (zit. PICKER, Fälscher, S. ...)
- PICKER GÜNTHER, *Praxis des Kunstrechts*, München 1990
- PIOTET PAUL, *Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers*, Bern 1994
- PLÖTNER MICHAEL, *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung*, Diss. Berlin 2003
- PORTMANN WOLFGANG, *Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht*, in: SJZ 1997, S. 273 ff.
- PORTMANN WOLFGANG/PRZEZAK PRZEMYSŁAW, *Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für fehlerhafte Arbeitszeugnisse – Delikts- oder Vertrauenshaftung?*, in: ArbR 2012, S. 13 ff.

- PORTMANN WOLFGANG/STREULI-NIKOLIC IVANA, Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden, in: ArbR 2011, S. 13 ff.
- POSTHOFEN CHRISTIAN (Hrsg.), Kunst und Kapital, Begegnungen auf der Art Basel, Band 44, Köln 2015
- PRACHER MARTIN, Kunstversicherung: Wenn der Sachverständige ans Werk muss, in: AssCompact 08/2018 Sonderthema «Kunstversicherung», S. 52 f.
- PROBST THOMAS, Grundbegriffe des schweizerischen AGB-Rechts, in: Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, S. 48 ff.
- RASCHEIN HEINZ, Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, Diss. Bern 1986
- RASCHÈR ANDREA F./KUPRECHT KAROLINA/FISCHER YVES, Drum prüfe, wer sich bindet! – «Compliance» im Kulturgüterhandel?, in: AJP 2003, S. 507 ff.
- RASCHÈR ANDREA F. G./SENN MISCHA (Hrsg.), Kulturrecht – Kulturmarkt, Zürich 2012
- RASSOULI DANIEL, Die Autorisierung einer Kunstfälschung durch den Urheber eines Originalwerks, in: KUR 1, 2016, S. 11 ff.
- RÉMY GEORGÉ, Die absichtliche Schädigung unter Verstoss gegen die guten Sitten gemäss OR Art. 41 Abs. 2, Diss. Bern 1948
- RESSLER OTTO HANS, Der Markt der Kunst, Wien 2007
- REY HEINZ, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 231 ff.
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- RICKLI SAMUEL, Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 2014
- RIEDERER JOSEF, Echt und Falsch – Schätze der Vergangenheit im Museumslabor, Berlin 1994
- RIEMER HANS MICHAEL, Rechtsfragen um Rechtsgutachten (insbesondere Auftrags- und Prozessrecht, Urheberrecht), in: recht 2001, S. 184 ff.
- RISCH THOMAS, Die Haftung aus Konzernvertrauen – Die Haftung des herrschenden Unternehmens aus Konzernvertrauen für konzernspezifische Handlungen und Erklärungen, Diss. Bern 2009
- ROBERTO VITO, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, in: AJP 1999, S. 511 ff. (zit. ROBERTO, AJP, S. ...)
- ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018
- ROBERTO VITO, Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten – Wie das Schielen auf das BGB den Blick auf das schweizerische Recht trüben kann, in: Meier-Schatz Christian J./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Zürich 2000, S. 137 ff. (zit. ROBERTO, Festgabe, S. ...)

- ROBERTO VITO, Verschulden statt Adäquanz – oder sollte es gar die Rechtswidrigkeit sein? – Bemerkungen zum Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt, in: BJM 2001, S. 296 ff. (ROBERTO, BJM, S. ...)
- ROBERTO VITO/RICKENBACH JENNIFER, Was ist eine Schutznorm?, in: ZSR 2012/1, S. 185 ff.
- ROBERTO VITO/KUZNIAR NADIA, Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung, in: AJP 2019, S. 1105 ff.
- ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, in: recht 2014, S. 49 ff.
- ROLFES BIRGIT, Kleine Unaufmerksamkeit, grosser Schaden: Die Tücken von Kunstwerken, in: AssCompact 08/2018 «Kunstversicherung», S. 46 f.
- ROTH MONIKA, Die Standesregeln der Schweizer Banken und ihre Relevanz für eine Haftung aus Vertrag und aus Delikt, Diss. Basel 2004
- RUSCH ARNOLD F., Hilfsperson, Substitut und Direktanspruch, in: Jusletter vom 18. Oktober 2010
- SANDMANN MELANIE, Die Strafbarkeit der Kunstfälschung, Diss. Augsburg 2003
- SANDERS ANNE, Die Haftung des Kunstexperten – eine rechtsvergleichende Betrachtung, in: KUR 6, 2016, S. 183 ff.
- SCHACK HAIMO, Die Bekämpfung von Kunstfälschungen mit rechtlichen Mitteln, in: KUR 6, 2015, S. 159 ff. (zit. SCHACK, Kunstfälschungen, S. ...)
- SCHACK HAIMO, Kunst und Recht, 3. neu bearbeitete Aufl., Tübingen 2017
- SCHACK HAIMO, Zu- und Abschreibungen von Kunstwerken, in: KUR 5/6, 2017, S. 130 ff. (zit. SCHACK, Zuschreibung, S. ...)
- SCHAEFER IRIS/LEWERENTZ KATJA/VON SAINT-GEORGE CAROLINE, Die Entdeckung einer Monet-Fälschung!, in: KUR 2, 2010, S. 55 ff.
- SCHALLER JEAN-MARC, Die Anspruchsmethode, in: AJP 2011, S. 3 ff.
- SCHIRRMACHER ANDREAS, Die Sachmängelgewährleistung in der Vertragsgestaltung insbesondere durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich 2018
- SCHLECHTRIEM PETER, Diskussionsvotum, in: Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Tübingen 1999, S. 81 ff.
- SCHMID HEINRICH ALFRED, Der Kunstbetrug, seine Entlarvung und Bekämpfung, Wädenswil 1941 (zit. SCHMID, Kunstbetrug, S. ...)
- SCHMID NIKLAUS, Einige Aspekte der naturwissenschaftlichen Gutachten aus der Sicht der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: AJP 2010, S. 819 ff.
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016

- SCHMIDT CONSTANZE, Haftung gegenüber Dritten bei fehlerhaften Gutachten – Überblick zur deutschen und österreichischen Rechtslage, in: HAVE 2016, S. 119 ff.
- SCHMIDT-GABAIN FLORIAN, Die Behandlung von Kunstwerken im schweizerischen Vermögenssteuerrecht, in: ASA Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, Heft 3, Jg. 86 (2017–2018), S. 81 ff. (zit. SCHMIDT-GABAIN, Vermögenssteuerrecht, S. ...)
- SCHMIDT-GABAIN FLORIAN, Kunstsachverständigen-Vertrag, in: Raschèr Andrea F. G./Senn Mischa (Hrsg.), Kultur – Kunstmarkt, Lehr- und Praxishandbuch, Zürich 2012, S. 243 ff.
- SCHNEEBERGER THOMAS RENÉ, Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten im Bereich der Verschuldenshaftung, der Substitutenhaftung und der jederzeitigen Beendigung des Auftrages im schweizerischen Obligationenrecht verglichen mit dem römischen Recht und dem BGB, Diss. Bern 1992
- SCHÖNENBERGER BEAT, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, in: HAVE, 2004, S. 3 ff. (zit. SCHÖNENBERGER, HAVE, S. ...)
- SCHÖNENBERGER BEAT, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Basel 1999
- SCHÖNENBERGER BEAT, Picasso Revisited? – Unechte Kunstwerke und das Kulturgütertransfergesetz, in: Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, 2011, S. 1541 ff. (zit. SCHÖNENBERGER, FS Schwenzer, S. ...)
- SCHÖNLE HERBERT, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Freiburg 1977, S. 387 ff.
- SCHRAGE ELTJO J.H., Die Regeln der Kunst, Juristische Abenteuer und Kultur, Baden-Baden 2009
- SCHREMBDS DANIEL, Die Haftung des Kunstexperten, Diss. Saarbrücken 2016
- SCHROEDER KARL, Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes, Diss. Zürich 1982
- SCHROETER ULRICH G., Die Dritthaftung staatlich anerkannter Gutachter im deutschen und schweizerischen Recht, in: Private Law – Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Band II, Bern 2011, S. 1565 ff.
- SCHÜLLER SEPP, Falsch oder Echt?, Der Fall Van Meegeren, Bonn 1953 (zit. SCHÜLLER, Echt, S. ...)
- SCHÜLLER SEPP, Fälscher, Händler und Experten – Das zwielichtige Abenteuer der Kunstfälschung, München 1965
- SCHUMACHER BENJAMIN, Prozessfinanzierung, Erfolgshonorierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren, Diss. Zürich 2015 (zit. SCHUMACHER, Fremdfinanzierung, S. ...)

- SCHUMACHER RAINER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Das Architektenrecht, herausgegeben von Peter Gauch und Pierre Tercier, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 113 ff.
- SCHUMACHER RAINER, Beweisprobleme im Bauprozess, in: Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger: zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau 1990, S. 157 ff. (zit. SCHUMACHER, Beweisproblematik, S. ...)
- SCHÜTTE REINER, Kunstgutachten, Grenzen des Sachverständigen, in: Weltkunst 15/2000, Hamburg 2000, S. 2546 ff.
- SCHWAB ROUVEN, Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, Diss. Lohmar 2008
- SCHWANDER IVO/STUDER PETER (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis IRP HSG, St. Gallen 2008 (zit. Schwander/Studer-BEARBEITER/IN, S. ...)
- SCHWANDER WERNER, Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Diss. Freiburg 1962
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016
- SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. Bern 2020
- SCHWERY NADJA, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 2013
- SEILER PHILIPPE, Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung, Diss. St. Gallen 2011
- SENN MISCHA, Kunstexperte und Kunstrichter – Das Gutachten der Experten im Urteil der Richter, in: KUR 6, 2013, S. 171 ff.
- SIEGRIST SAMUEL, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1997
- SIEHR KURT, Fälschung im Kunstrechtsstreit, in: Weller Matthias/Kemle Nicolai/Dreier Thomas/Lynen Peter Michael (Hrsg.), Kunst im Markt – Kunst im Recht, Baden-Baden 2010, S. 145 ff.
- SIMONS SIMONE, Fachliche Autorität im Kunsthandel und ihre haftungsrechtliche Bedeutung, Diss. Konstanz 1999
- SITT MARTINA, Auch ein Bild braucht einen Anwalt, Walter Cohen – Leben zwischen Kunst und Recht, 1994 Düsseldorf
- SOMMER UELI, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, in: AJP 2006, S. 1031 ff.
- SPÄLTI DIETER, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin (unter Berücksichtigung der Anlageberatung), Diss. Zürich 1989
- SPENCER RONALD D., Authentication in Court: Factors Considered and Standards Proposed, in: Spencer, Ronald D. (Hrsg.), The Expert versus the Object, New York 2004, S. 189 ff.

- SPENCER RONALD D., Introduction, in: Spencer, Ronald D. (Hrsg.), *The Expert versus the Object*, New York 2004, S. XI (zit. SPENCER, Introduction, S. ...)
- SPENLÉ VIRGINIE, *Die Dresdner Gemäldegalerie und Frankreich, Der «bon goût» im Sachsen des 18. Jahrhunderts*, Beucha 2008
- SPIRO KARL, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Bern 1984
- SPRENGER CARSTEN, *Internationale Expertenhaftung*, Diss. Tübingen 2008
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3. Aufl., Basel 2019
- STAHL MICHAEL, *Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen*, Diss. Tübingen 1989
- STÖCKLI HUBERT, *Schaden und Schadenersatz beim Bauen*, in: *Schweizerische Baurechtstagung*, Freiburg 2003, S. 7 ff.
- STROBL HENRIKE, *Pflichten für Kunstsachverständige und ihre Durchsetzung – Eine Untersuchung von Verhaltenskodizes und der Mustersachverständigenordnung*, in: *KUR 2*, 2014, S. 40 ff.
- STUDER PETER, *Konservierung, Restaurierung, Rekonstruktion – und das Urheberrecht*, in: *Kunst & Recht, Schwerpunktthemen für den Kunstsammler*, Schriftenreihe der AXA Art Versicherung AG, Zürich 2007, S. 69 ff.
- STURM BIRGIT MARIA, *Kunstmarkt und Kunstfälschungen im Kontext der Affäre «Sammlung Jägers»*, in: *Der Fall Beltracchi und die Folgen – Interdisziplinäre Fälschungsforschung heute*, Berlin 2014, S. 153 ff.
- STUTZ MANUEL, *Haftungsfragen beim Robo Advice aus Sicht des Anlegers*, in: *ex ante 2/2019*, S. 17 ff.
- SUHR KNUT, *Schadenersatzhaftung für Rat und Auskunft, Die privatrechtliche Haftung für Vermögensschäden von Banken, Auskunfteien, Rechtsanwälten und anderen für erteilte falsche Auskünfte und Ratschläge in Deutschland, der Schweiz, Frankreich, den Vereinigten Staaten von Amerika und England*, Diss. Hamburg 1969
- SUTTER PATRICK, *Die Geltendmachung der Kosten für private Expertise im Zivilprozess*, in: *ZZZ 2005*, S. 397 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- TANNER MARTIN, *Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in: *AJP 2015*, S. 735 ff.

- TARMAN ZEYNEP DERYA, Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Konstanz 2007
- TAUBERT JOHANNES, Zur kunstwissenschaftlichen Auswertung von naturwissenschaftlichen Gemäldeuntersuchungen, München 2003
- TERCIER PIERRE, Abus de confiance?, in: La responsabilité fondée sur la confiance/Vertrauenshaftung, Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich 2001, S. 75 ff. (zit. TERCIER, Vertrauenshaftung, S. ...)
- TERCIER PIERRE, La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988
- THALMANN CHRISTIAN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht, insbesondere im Anlagerecht, in: ZSR 1994, II, S. 145 ff.
- THÉVENOZ LUC, La responsabilité de l'expert en objets d'art selon le droit suisse, in: Byrne-Sutton Quentin/Renold Marc-André (Hrsg.), L'expertise dans la vente d'objets d'art, Studien zum Kunstrecht, Bd. 1, Zürich 1992, S. 37 ff.
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-252 OR, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. CR OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
- THOMANN FELIX H., Die Expertise im patentrechtlichen Massnahmeverfahren, in: Noll Daniel/Olano Oscar (Hrsg.), Im Namen des Obergerichts, Festschrift zur Pensionierung von Magdalena Rutz, Liestal 2004, S. 221 ff.
- THOMSEN BIRGIT, Käuferschutz bei Kunstauktionen: Vergleich der Rechte Deutschlands, Frankreichs, der Schweiz und Perspektiven spezialgesetzlicher Regelungen in den USA, Diss. Marburg 1988
- URWYLER THIERRY, «Reden ist Silber, Schweigen ist Gold» – eine Abhandlung zur Haftung für Rat und Auskunft, in: Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich 2016, S. 529 ff.
- VASELLA DAVID, Die Haftung von Ratingagenturen, Ein Beitrag zur Expertenhaftung, Diss. Zürich 2011
- VERDE MICHAEL, Haftungsbegründung anhand strafrechtlicher Schutznormen, in: HAVE 2016, S. 141 ff. (VERDE, HAVE, S. ...)
- VERDE MICHAEL, Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben, in: recht 2010, S. 144 ff. (VERDE, recht, S. ...)
- VERDE MICHAEL, Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht, in: Jusletter 18. April 2016
- VIONNET GUILLAUME, Pflichten aus dem Äther, Gedanken zur Rolle von Treu und Glauben im Obligationenrecht, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar Crone, Basel/Genf 2007, S. 59 ff.

- VON BRÜHL FRIEDERIKE, Der Begriff der Echtheit von Kunstwerken im Zivil- und Strafrecht, in: Odendahl Kerstin/Weber Peter Johannes (Hrsg.), Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht, Festschrift für Kurt Siehr, Baden-Baden 2010, S. 303 ff. (zit. VON BRÜHL, Echtheit, S. ...)
- VON BRÜHL FRIEDERIKE, Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem, Der Anspruch auf Erteilung einer Expertise und auf Aufnahme in ein Werkverzeichnis, Diss. Lausanne 2008
- VON BÜREN BRUNO, Der Auftrag – Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechts, Diss. Zürich 1944
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Zession: kausal oder abstrakt?, in: SJZ 1997, S. 249 ff.
- VON FRIMMEL THEODOR, Zur Methodik und Psychologie des Gemäldebestimmens, München 1905
- VON GRAFFENRIED CAROLINE, Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen – Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2018
- VON KLITZING ISABEL, Die Spur der Kunst – Provenienzrecherchen im Auktionshandel, in: KUR 4, 2006, S. 96 ff.
- VON THUR ANDREAS/ESCHER ARNOLD/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, 3. Aufl., Zürich 1974
- WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrags, in: ZBJV 132/1996, S. 273 ff.
- WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts, in: ZSR 20/2001 I, S. 79 ff. (zit. WALTER, ZSR, S. ...)
- WASSERTHAL UWE, Die Bedeutung des Kunstsachverständigen vor Gericht, in: KUR 1, 2020, S. 10 ff.
- WEBER ROLF H., Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, in: AJP 1992, S. 177 f. (zit. WEBER, AJP, S. ...)
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht AT, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. WEBER, BeKom, Art. ... N ...)
- WEBER ROLF H./EMMENEGGER SUSAN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. ... N ...)
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hausheer Heinz (Hrsg.), Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband, Art. 110–113, Bern 2002 (zit. WEBER, BeKom, Art. ... N ...)
- WEBER ROLF H., Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990

- WEBER ROLF H., Schutzpflichten – Ein Sozialstaatsgedanke?, in: Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern 1989, S. 735 ff. (zit. WEBER, FS Giger, S. ...)
- WEBER ROLF H., Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?, in: ZSR 1988, S. 39 ff. (zit. WEBER, ZSR, S. ...)
- WEBER WERNER C., Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990 (zit. WEBER, Prozessentschädigung, S. ...)
- WEIHE HUGO KEITH, Künstlerische Qualität und Marktwert, Diss. Zürich 1992
- WELLER MATTHIAS/KEMLE NICOLAI (Hrsg.), Schriften zum Kunst- und Kulturrecht, Eigentum – Kunstfreiheit – Kulturgüterschutz, Band 21, Baden-Baden 2015 (zit. SKK Eigentum-BEARBEITER/IN, S. ...)
- WELLER MATTHIAS/KEMLE NICOLAI (Hrsg.), Schriften zum Kunst- und Kulturrecht, Kultur im Recht – Recht als Kultur, Band 23, Baden-Baden 2016 (zit. SKK Kultur-BEARBEITER/IN, S. ...)
- WELLER MATTHIAS/KEMLE NICOLAI/LYNEN PETER MICHAEL (Hrsg.), Schriften zum Kunst- und Kulturrecht, Kulturgüterschutz – Künstlerschutz, Band 4, Baden-Baden 2009 (zit. SKK Künstlerschutz-BEARBEITER/IN, S. ...)
- WELLER MATTHIAS/KEMLE NICOLAI/DREIER THOMAS (Hrsg.), Schriften zum Kunst- und Kulturrecht, Kunst und Recht – Rückblick, Gegenwart und Zukunft, Band 24, Baden-Baden 2017 (zit. SKK Gegenwart-BEARBEITER/IN, S. ...)
- WELLER MATTHIAS/KEMLE NICOLAI/DREIER THOMAS (Hrsg.), Schriften zum Kunst- und Kulturrecht, Handel – Provenienz – Restitution, Band 31, Baden-Baden 2020 (zit. SKK Restitution-BEARBEITER/IN, S. ...)
- WELLER MATTHIAS/DREIER THOMAS/KEMLE NICOLAI (Hrsg.), Schriften zum Kunst- und Kulturrecht, Kunsthandel – Kunstvertrieb, Band 15, Baden-Baden 2012 (zit. SKK Kunsthandel-BEARBEITER/IN, S. ...)
- WERRO FRANZ, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrundlage nach Art. 41 OR: Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, in: ZSR 1997 I, S. 343 ff. (zit. WERRO, ZSR, S. ...)
- WERRO FRANZ, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, in: recht 2003, S. 12 ff.
- WERRO FRANZ, Le mandat et ses effets: une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, Diss. Fribourg 1993 (zit. WERRO, mandat, N ...)
- WERRO FRANZ/HAAAS JOSIANE, La qualification du contrat d'expertise ATF 127 III 328, in: Zufferey Jean-Baptiste, Droit de la construction 2/2002, S. 63 ff.
- WICK MARKUS, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, in: AJP 1995, S. 1270 ff.

- WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Die Haftung der Gewerkschaft im Arbeitskampf, in: ArbR 2007, S. 65 ff. (zit. WIDMER, ArbR, S. ...)
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Die Verjährung von Asbestschäden, in: ZBJV 150/2014, S. 460 ff.
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, in: ZSR 2001 I, S. 101 ff. (zit. WIDMER, ZSR, S. ...)
- WIEGAND WOLFGANG, Modelle für die Einbeziehung von Experten, in: Der Experte im Verfahren, Erkenntnisse aus nationalen und internationalen Verfahren vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, München 2006, S. 16 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Zur Haftung für Dienstleistungen, in: recht 1990, S. 134 ff. (zit. WIEGAND, recht, S. ...)
- WIEGAND WOLFGANG/KOLLER-TUMBLER MARLIS, Haftung für fehlerhafte Schätzung aus Auftragsrecht, in: recht 1988, S. 144 ff.
- WOLF ANDREAS, Die Expertise, Diss. Bonn 2001
- WOLF MATHIAS, Reliance Letters, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XII, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. WOLF, MA, S. ...)
- WOLFFERS FELIX, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung, Diss. Bern 1986
- WREDE CHRISTIAN, Kopien – Imitationen – Fälschungen, Kunst und Kaufrecht, Zur Entwicklung der Kunstmängelhaftung nach dem Phänomen der Krypto-Regeln, Diss. Heidelberg 2003
- WUNDERLICH URS M., Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der solothurnischen Zivilprozessordnung vom 11. September 1966, Diss. Zürich 1968
- WÜRTEMBERGER LORETTA, Der Künstlernachlass, Handbuch für Künstler, ihre Erben und Nachlassverwalter, Berlin 2016 (zit. WÜRTEMBERGER, Nachlass, S. ...)
- WÜRTEMBERGER THOMAS, Der Kampf gegen das Kunstfälschertum in der deutschen und schweizerischen Strafrechtspflege, Wiesbaden 1991
- WÜTHRICH CHARLES, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Bankiers für Rat und Auskunft nach Deutschem und Schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935
- WYSS EVELINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung für Auskunft, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.193/2000 vom 26. September 2001, in: SZW/RSDA 2/2002, S. 112 ff.
- ZELLER ERNST, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, Diss. Zürich 1981
- ZIEGLTRUM ANNA, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Vom «Fürsorgeverhältnis» zu «gegenläufigen» Interessen, Diss. Passau 1991
- ZIMMERMANN PETER, Der Geist-Werkvertrag, Diss. Basel 1984

ZÜRCHER HANS JAKOB, Sachverständigen-Gutachten, in: Bertschinger Christoph/
Münch Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht,
Basel 2002, S. 899 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft vom 28. Juni 2006 zum Entwurf für die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), BBI 2006, S. 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO, S. ...)

Ethische Richtlinien für Museen von ICOM, herausgegeben vom internationalen Museumsrat ICOM, zuletzt revidiert 2004 (zit. ICOM-Richtlinien, S. ... Abs. ...)

Wegleitung zur Steuererklärung 2022 für natürliche Personen der Steuerverwaltung des Kantons Basel-Stadt

Wegleitung zur Steuererklärung 2022 für natürliche Personen, unselbständig und selbständig Erwerbende sowie nicht Erwerbstätige der Steuerverwaltung des Kantons Basel-Landschaft

I.

Einleitung

1. Problemstellung und Zielsetzung

Bereits im Jahr 1919 erkannte der Kunsthistoriker *Max Friedländer* die zentrale Bedeutung der Kunstexpertise und stellte fest: «Der Kenner schafft – und vernichtet – Werte und verfügt dabei über eine beträchtliche Macht».¹

Bei einer Kunstexpertise handelt es sich um die – in der Regel schriftliche – Stellungnahme eines Sachverständigen² über den Zustand, die Herkunft, den Wert und/oder insbesondere über die Authentizität eines Kunstobjekts. Soweit ein Kunstobjekt bereits einem bestimmten Künstler zugeschrieben worden ist, kann die Aufgabe eines Sachverständigen auch darin bestehen, diese Zuschreibung im Rahmen einer Kunstexpertise zu überprüfen.³

Nicht nur im eigentlichen Kunsthandel, d.h. beim An- und Verkauf von Kunstobjekten, kommt der Kunstexpertise eine zentrale Rolle zu, sondern etwa auch bei der Besteuerung, Versicherung und Beleihung von Kunstobjekten sowie im Rahmen der erbrechtlichen oder güterrechtlichen Vermögensauseinandersetzung.⁴ Für Laien ist es denn auch kaum je möglich, die Herkunft, die Authentizität oder den Wert eines Kunstobjekts zu bestimmen. Hinzu kommt, dass der Kunstmarkt zunehmend von spekulativen Interessen geprägt und damit der eigentliche Sachwert nur schwer objektiv fassbar ist.⁵ Auch weitere Akteure des Kunstmarktes, wie Sammler, Kunsthändler, Auktionshäuser oder Museen, sind regelmässig auf die Stellungnahme einer Fachperson angewiesen. Insbesondere das Risiko, dass sich ein teuer erstandenes Kunstobjekt nachträglich als wertlose

¹ FRIEDLÄNDER, *Kunstkenner*, S. 8.

² Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für beiderlei Geschlecht.

³ GERLACH, S. 10; DRINKUTH, S. 55; JOLLES/ROESLE, S. 36.

⁴ SCHACK, S. 77; Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 191; WOLF, S. 10.

⁵ Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS; GERLACH, S. 10.

Fälschung erweisen könnte, hat es unterdessen zur marktüblichen Selbstverständlichkeit werden lassen, in Zweifelsfällen einen Experten zu konsultieren und mit einer Kunstexpertise zu beauftragen.⁶ Es kann im Weiteren auch vorkommen, dass Behörden auf die Expertise eines Kunstsachverständigen zurückgreifen müssen, wenn ein Kunstobjekt Gegenstand eines behördlichen Verfahrens ist. So werden die Behördenmitglieder in der Regel nicht über den nötigen Sachverstand verfügen.⁷

In der Folge ist ein Kunstobjekt ohne eine Kunstexpertise heutzutage zumeist nicht verkehrsfähig und entsprechend auch nicht verkäuflich.⁸ Es erstaunt insofern wenig, dass es zu einer der entscheidenden Preisbildungsfaktoren auf dem Kunstmarkt gehört, welcher Epoche oder welchem Künstler ein Kunstobjekt von der Fachwelt zugeschrieben wird.⁹ Gerade auch wegen der hohen Gefahr, eine Fälschung zu erwerben, ist die Kunstexpertise weitgehend der eigentlich wertbildende Faktor.¹⁰ Dadurch schafft oder vernichtet der Kunstsachverständige durch seine Expertise Werte, teilweise in kaum vorstellbarer Höhe.¹¹ So kann etwa die Zuschreibung eines Kunstobjekts zu einem bedeutenden Künstler – ebenso wie eine Abschreibung – über Werte in Millionenhöhe entscheiden.¹²

In zahlreichen Fällen hat sich das System des Kunstexperten bewährt und ist unverzichtbar für die Kunstwelt geworden. Der Kunstexperte ist damit eine zentrale Komponente der Kunstwelt, nicht nur für die Auktionshäuser, Museen und Kunsthändler, sondern auch für den privaten Marktteilnehmer.¹³ Die allgemein zunehmende Komplexität in einer hochspezialisierten Welt erfordert unabhängige Spezialisten. Mit dieser Notwendigkeit geht zumeist auch eine Angewiesenheit auf deren Fachkompetenz mangels eigener Spezialkenntnisse einher.¹⁴

Durch die steigende Nachfrage nach Kunstexpertisen stellen sich notgedrungen auch haftungsrechtliche Fragen. Wurde etwa eine Kaufentscheidung auf eine fehlerhafte Kunstexpertise gestützt, wird zu Recht die Frage nach der Haftung des Experten für einen daraus resultierenden Schaden und allenfalls die Möglichkeit eines Rücktritts vom Kaufvertrag zu prüfen sein.¹⁵

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es jedenfalls, das Vertragsverhältnis einer Kunstexpertise näher zu untersuchen und die haftungsrechtlichen Möglichkeiten und Voraussetzungen

⁶ VON BRÜHL, S. 1.

⁷ Zu denken ist hier bspw. an ein gerichtliches Verfahren oder ein verwaltungsinternes Verfahren im Hinblick auf steuerrechtliche Fragen.

⁸ SCHREMBS, S. 111 und 119; SIMONS, S. 4.

⁹ VON BRÜHL, S. 1.

¹⁰ FRIEDLÄNDER, Kunst und Kennerschaft, S. 10; Hoeren/Holznel/Ernstschneider-REMMERS, S. 191.

¹¹ SCHREMBS, S. 111 und 119; SIMONS, S. 4.

¹² SCHREMBS, S. 119.

¹³ SCHREMBS, S. 325.

¹⁴ HERCHENRÖDER, S. 313; HÄRET, S. 8.

¹⁵ HÄRET, S. 8.

im Falle einer fehlerhaften Kunstexpertise für den Ratsuchenden – aber auch für Dritte – zu erarbeiten und aufzuzeigen.

2. Vorgehen und Methodik

In einem ersten Kapitel werden nachfolgend zunächst die Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit einer Kunstexpertise herausgearbeitet. So ist als Grundlage insbesondere zu klären, wer als Kunstexperte anzusehen und was unter einer Kunstexpertise zu verstehen ist.¹⁶

Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit liegt in der rechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Ratsuchenden. Neben einer Auslegeordnung der einschlägigen Lehre werden auch Gerichtsentscheide beigezogen, um daraus relevante Erkenntnisse für die rechtliche Qualifikation zu gewinnen. Ferner ist zudem der Frage nachzugehen, welche formellen und inhaltlichen Anforderungen an eine Kunstexpertise zu stellen sind. Dies beinhaltet insbesondere die Aufarbeitung der unterschiedlichen Untersuchungsmethoden, welche dem Kunstsachverständigen bei der Begutachtung eines Kunstobjekts zur Verfügung stehen, wobei der Fokus hierbei auf der Begutachtung von Gemälden liegt. In einem weiteren Schritt werden sodann die Sorgfaltspflichten des Kunstsachverständigen definiert, um eine Auseinandersetzung mit den konkreten Haftungsvoraussetzungen sowie den Haftungskonsequenzen zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang sollen ferner auch Herausforderungen thematisiert werden, welche eine erfolgreiche Durchsetzung der Schadenersatzforderung verhindern könnten, wie etwa die eingetretene Verjährung oder ein allfälliger Haftungsausschluss.

Im letzten Teil der vorliegenden Arbeit wird auf Basis der erarbeiteten Grundlagen zur Kunstexpertise schlussendlich auch die Möglichkeit einer Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber einem Dritten aufgezeigt, welcher am eigentlichen Vertragsverhältnis der Parteien nicht beteiligt ist und aufgrund einer fehlerhaften Expertise aber einen vermögensrechtlichen Schaden erleidet.

Im Sinne eines Leitfadens für die Praxis soll vorliegend aufgezeigt werden, welche konkreten Sorgfaltspflichten einen Kunstsachverständigen bei der Erarbeitung einer Kunstexpertise treffen und welche Möglichkeiten einem vertragsbeteiligten Ratsuchenden wie auch einem vertragsfremden Dritten im Falle einer fehlerhaften Expertise konkret offenstehen, um einen erlittenen vermögensrechtlichen Schaden gegenüber dem Kunstsachverständigen geltend zu machen.

¹⁶ HUTTENLAUCH, S. 118.

3. Eingrenzung der Arbeit

Die vorliegende Arbeit schafft einen Gesamtüberblick über die Haftung eines Kunstsachverständigen für eine fehlerhafte Kunstexpertise. Der Verfasser konzentriert sich in rechtlicher Hinsicht darauf, nebst der Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Ratsuchenden insbesondere auf die Darstellung der einzelnen Sorgfaltspflichten eines Kunstsachverständigen bei der Erarbeitung einer Kunstexpertise sowie auf die einzelnen Haftungsvoraussetzungen. Um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, kann besonders auf die einzelnen Haftungsvoraussetzungen (wie der Schaden, die Kausalität oder das Verschulden) nur in grundlegender Weise eingegangen werden.

Zu guter Letzt soll auch die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber einem vertragsfremden Dritten beleuchtet und im Sinne eines Exkurses aufgezeigt werden, welche rechtlichen Instrumente für eine allfällige Dritthaftung zur Verfügung stehen. Hierbei wird aufgrund des weitreichenden Umfangs aber darauf verzichtet, eine umfassende dogmatische Herleitung und Einordnung der einzelnen Dritthaftungskonstrukte vorzunehmen. Das letzte Kapitel hat lediglich zum Ziel, die rechtlichen Möglichkeiten einer Dritthaftung gegenüber dem Kunstsachverständigen summarisch darzustellen.

Literatur und Rechtsprechung sind bis Februar 2022 berücksichtigt.

II.

Grundlagen

1. Der Kunstsachverständige

1.1 Begriffsdefinition im Allgemeinen

Je nach Rechtsordnung finden sich verschiedene Begriffe, welche für die Bezeichnung eines Kunstsachverständigen verwendet werden. In Frankreich wird etwa unter der Bezeichnung *expert* grundsätzlich eine Person verstanden, die aufgrund ihrer Fähigkeiten die Authentizität eines Kunstwerkes¹⁷ oder Sammlerstücks beurteilt und eine Schätzung des Wertes vornimmt.¹⁸ Im englischen Kunsthandel wird oftmals der allgemeine Begriff des (*fine art*) *expert* oder in grösseren Auktionshäuser auch der Begriff des *specialist* verwendet. Für die Tätigkeit eines Kunstsachverständigen findet man in England zudem die Begriffe *appraiser*, *attributer* und *surveyor*, welche jeweils synonym verwendet werden.¹⁹ Auch in der Schweiz existieren verschiedene Bezeichnungen für die Tätigkeit eines Kunstsachverständigen. Zu denken ist dabei insbesondere an Kunstexperte, Kunstfachmann, Kunstgutachter oder Kunstspezialisten.²⁰ Gemeinsam haben sie allesamt, dass es sich bei der Tätigkeit eines Kunstsachverständigen weder um einen geschützten Beruf noch um eine feststehende Bezeichnung für eine bestimmte Gruppe von Fachleuten han-

¹⁷ Wenn in dieser Arbeit von *Kunstwerk* oder *Werk* die Rede ist, ist nicht der urheberrechtliche Werksbegriff gemäss Art. 2 ff. URG gemeint.

¹⁸ HÄRET, S. 13.

¹⁹ HÄRET, S. 13.

²⁰ Grundsätzlich werden die Begriffe des *Experten* und des *Sachverständigen* in der vorliegenden Arbeit synonym verwendet. VON BRÜHL vertritt die Ansicht, dass im Bereich des Kunstrechts zu unterscheiden sei. Der Begriff des *Sachverständigen* werde für diejenigen Gutachter verwendet, welche den Wert eines Kunstwerks ermitteln, wohingegen der Begriff des *Experten* eher im Bereich der Echtheitsbestimmung herangezogen werde (vgl. dazu VON BRÜHL, S. 25). Diese Unterscheidung ist m.E. für die Schweiz weder notwendig noch nachvollziehbar und führt vielmehr zu einer Verwechslungsgefahr.

delt.²¹ Daher gibt es beispielsweise auch kein einheitliches Berufsbild mit einer vorgeschriebenen Ausbildung zur Berufsausübung.²² Die Gutachterfähigkeit ist vielmehr ein Bereich, welcher weitgehend der staatlichen Kontrolle entzogen ist.²³ Abgesehen von einigen zivil- und strafprozessualen Normen, welche das Berufsbild des gerichtlichen Sachverständigen betreffen, ist im schweizerischen Recht sodann auch keine *lex specialis* zum Expertenwesen vorzufinden.²⁴ Ebenso wurde auf eine gesetzliche Allgemeindefinition des Begriffs eines Sachverständigen verzichtet. Einzig die Schweizerische Strafprozessordnung definiert den Sachverständigen rudimentär als natürliche Person, welche auf dem betreffenden Fachgebiet die erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt.²⁵ Als Folge hiervon könnten sich Gutachter, welche nicht ausreichend qualifiziert sind, in der Praxis als Sachverständige ausgeben und sich auf dem Kunstmarkt betätigen.²⁶

Grob umschrieben handelt es sich bei einem Sachverständigen um eine Person, welche aufgrund ihrer beruflichen Ausbildung über eine gesteigerte Sachkunde in einem speziellen Bereich verfügt.²⁷ Mithin ein Fachmann, der aufgrund seiner Kennerschaft auf einem Gebiet der Kunst, seines «*Blickes für die Kunst*» und schliesslich wegen seiner langen Erfahrung mit Kunstobjekten in der Lage ist, den kunst-, kulturhistorischen oder wirtschaftlichen Wert von Kunstwerken zu beurteilen.²⁸ Der Kunstsachverständige wurde in einem bestimmten Bereich des Kunstrechts ausgewählt und ist dafür verantwortlich, eine Stellungnahme abzugeben, welche auf Überprüfungen, Feststellungen, spezifischen Fakten und wenn möglich der vereinbarten Zielen basiert.²⁹

Es haben sich aber nicht sämtliche Kunstsachverständige der Erstellung von Kunstexperten verschrieben. So wird man auch etablierte Restauratoren³⁰ oder Kuratoren

²¹ Vgl. SIMONS, S. 3; Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 191; HOYNINGEN-HUENE, S. 1461; CEPPI, S. 56; RASCHÈR/SENN, S. 243; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 595; WASSERTHAL, S. 10; vgl. dazu auch KATZ, welcher bereits im Jahre 1973 von Auswüchsen im Expertenwesen sprach (vgl. KATZ, S. 27).

²² So sind viele renommierte Experten etwa Ärzte oder Anwälte, welche kein Studium der Kunstgeschichte oder dgl. absolviert haben, vgl. dazu HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 595; ferner auch GOEPFERT, S. 77 und SCHREMB, S. 109.

²³ Vgl. KKR-RENOLD, 2020, S. 814 N 130; für Deutschland vgl. DREIER, Expertise, S. 99 ff. und FAUDE-NAGEL, S. 28.

²⁴ MICHOR, S. 174.

²⁵ Art. 183 Abs. 1 StPO.

²⁶ Um wirkliche Experten von solchen Anbietern abzugrenzen, sieht etwa die deutsche Gesetzgebung die öffentliche Bestellung vor (vgl. etwa die Muster-Sachverständigenordnung des DIHK unter: <https://www.ifsforum.de/fileadmin/user_upload/Muster_SVO_DIHK_06-2015.pdf> [eingesehen am 11.06.2022]).

²⁷ Vgl. Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 192; PFÄFFLI, S. 24; GULDENER, S. 347.

²⁸ SIMONS, S. 3; SCHREMB, S. 109.

²⁹ LEMOIN, S. 67.

³⁰ Vgl. für eine restauratorische Analyse eines Gemäldes von Wolfgang Beltracchi FAUDE-NAGEL, S. 48 ff.

ohne Weiteres als Kunstsachverständige bezeichnen können.³¹ Ob diese auch Kunstexperten erstellen, ist letztendlich ihnen überlassen. Ein Teil von ihnen wird sich vorwiegend auf die Beratung ihrer Klientschaft bei Kunsttransaktionen spezialisiert haben, wogegen ein anderer Teil ausschliesslich Kunstexperten anfertigt.³² Ihr Einsatzgebiet ist jedenfalls breit gefächert. Entsprechend finden sich Kunstsachverständige in Auktionshäusern, bei Antiquitäten- und Kunsthändlern oder aber sie unterstützen Museen, Versicherungsträger sowie auch Fachverlage.³³ Gerade im Auktionshandel ist es ein Zeichen von Seriosität, dass ausnahmslos Personen mit einem profunden Wissen in den jeweiligen Spezialgebieten beschäftigt werden. Das ist mithin Grund dafür, dass zwischen den namhaften Auktionshäusern sodann auch ein stetiger Konkurrenzkampf um die qualifizierten Spezialisten herrscht.³⁴

Nicht selten haben sich in der Vergangenheit auch Museumsdirektoren als Kunstexperten bezeichnet.³⁵ Zu denken ist dabei u.a. an *Wilhelm von Bode*³⁶ des *Kaiser-Friedrich-Museums* oder auch an seinen Nachfolger *Max. J. Friedländer*.³⁷ Ferner war etwa der *Jawlensky-Spezialist Clemens Weiler* Direktor der *Städtischen Galerie Wiesbaden*.³⁸ Schlussendlich hängt es vom Kunstmarkt ab, ob sich eine Person als genügend kompetent etablieren kann, um mit Zuschreibungen sowie Schätzungen von Kunstwerken betraut zu werden.³⁹ Ausschlaggebend hierfür sind insofern diejenigen Personen, welche Dienstleistungen eines Kunstsachverständigen konkret in Anspruch nehmen.⁴⁰

³¹ WOLF und SCHACK nennen noch weitere: so die Kunsthistoriker, Kunstsammler, Künstler und schliesslich der Ehepartner oder Verwandte des verstorbenen Künstlers (vgl. WOLF, S. 24; SCHACK, N 144); vgl. ferner auch GLAUS/STUDER, S. 96; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 595; WEIHE, S. 102 ff.; EBLING/SCHULZE, S. 286.

³² SIMONS, S. 8; vgl. auch HOYNINGEN-HUENE, S. 1461.

³³ MICHOR, S. 9; BISCHOFF, S. 36 ff.; LEOPOLD, S. 286. So etwa die Expertin für Schweizer Kunst, *Irene Stoll*, im Auktionshaus *Sotheby's* (vgl. dazu HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 95).

³⁴ DRINKUTH, S. 53; vgl. zum Expertenwesen in Auktionshäusern auch KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 161.

³⁵ HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 595; EBLING/SCHULZE, S. 286.

³⁶ Vgl. hierzu WILHELM VON BODE, *Mein Leben*, Berlin 1930; sowie auch die Ausführungen in JANDOLO, S. 100 ff.

³⁷ HUTTENLAUCH, S. 119; SITT, S. 19. Wobei HERCHENRÖDER in Bezug auf *Wilhelm von Bode* ausführt, dass dessen nach dem Ersten Weltkrieg verfasste Gutachten (meist unter dem Briefkopf der Staatlichen Museen Berlin) nur als traurige Altersdokumente zu werten seien (vgl. HERCHENRÖDER, S. 289); vgl. hierzu auch MAX FRIEDLÄNDER, *Jahrbuch für Kunstsammler*, Frankfurt 1921.

³⁸ HUTTENLAUCH, S. 119.

³⁹ RASCHÈR/SENN, S. 243.

⁴⁰ RASCHÈR/SENN, S. 243.

1.2 Rechtsauffassung der Begriffe

1.2.1. In Deutschland

Einleitend sei darauf hinzuweisen, dass insbesondere im deutschen Recht von einem Teil der Lehre zwischen den Begriffen *Experten* und *Sachverständigen* unterschieden wird.⁴¹ Danach gilt als *Experte*, wer sich durch wissenschaftliche Leistung in einem eng umgrenzten Fachgebiet zum Spezialisten qualifiziert hat – sei es durch Erstellung eines Werkverzeichnisses oder durch langjährige kuratorische Betreuung des Werkes, insbesondere durch die Nachlassverwaltung.⁴² Entsprechend zeichnet sich der *Experte* durch eine langjährige praktische Tätigkeit oder durch jahrelange Kenntnis von Werk und Künstler auf einem bestimmten Gebiet aus, was es ihm ermöglicht, die Echtheit und Herkunft eines Kunstwerkes kunsthistorisch und stilkritisch zu beurteilen.⁴³ Dagegen verfügen *Sachverständige* über ein breiter angelegtes Wissen und müssen indessen die Strukturen des Kunstmarktes überblicken.⁴⁴ Sie sind dabei eher für Wertermittlungen von Kunstgegenständen zuständig, während die *Experten* vorwiegend für Echtheitsbestätigungen beigezogen werden.⁴⁵ Es ist jedoch denkbar, dass auch der *Sachverständige* auf maltechnisch-naturwissenschaftlicher Basis Aussagen über die Herkunft eines Werkes machen kann.⁴⁶ Darunter wird aber keine isolierte Echtheitsbestätigung verstanden.⁴⁷

1.2.2. In der Schweiz

In der Schweiz werden in der Jurisprudenz die Begriffe des *Sachverständigen* und des *Experten* zumeist als Synonyme verwendet. Im Kunsthandel werden dagegen die Begriffe teilweise unterschiedlich benutzt.⁴⁸ Es ist nach hier vertretener Ansicht vorliegend nicht angezeigt, die erläuterte – oftmals im Kunsthandel anzutreffende – Unterscheidung der beiden Begrifflichkeiten zu übernehmen. Sie birgt einzig eine Verwechslungs- und Irritationsgefahr und ist in keiner Weise zielführend. So ist etwa für die Wertbestimmung eines Gemäldes vorweg nicht selten eine Echtheitsbestimmung durchzuführen. Einzig aufgrund der Tätigkeit des jeweiligen Gutachters kann mit anderen Worten keine adäquate Abgrenzung der Begriffe vorgenommen werden. Würde sich einer der beiden Begriffe beispielsweise als Berufsbezeichnung rechtlich schützen lassen, wäre allenfalls

⁴¹ Vgl. Schwander/Studer-GLAUS, S.111; VON BRÜHL, S.25; SCHACK, N143; SCHREMBBS, S.111; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S.595; EBLING/SCHULZE, S.287.

⁴² Vgl. HUTTENLAUCH, S.118; FAUDE-NAGEL, S.27; vgl. zur Nachlassverwaltung WÜR-TENBERGER, Nachlass, S.70 ff.

⁴³ MERCKER, S.47.

⁴⁴ Vgl. HUTTENLAUCH, S.119; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S.595; EBLING/SCHULZE, S.287.

⁴⁵ Vgl. Schwander/Studer-GLAUS, S.111; VON BRÜHL, S.25; MERCKER, S.47; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S.595; EBLING/SCHULZE, S.287.

⁴⁶ MERCKER, S.48.

⁴⁷ HUTTENLAUCH, S.119.

⁴⁸ MERCKER, S.47.

eine präzise Abgrenzung und folglich eine konkrete Unterscheidung der beiden Begriffe denkbar. Zumal die Kriterien zur Abgrenzung nicht präzise und allgemeinverbindlich definiert sind, erweist sich eine Differenzierung als schwierig. Hierfür wäre letztendlich wiederum eine private oder staatliche Reglementierung notwendig, welche in der Schweiz gerade nicht existiert.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird unter einem (*Kunst-*)*Sachverständigen* oder einem (*Kunst-*)*Experten* jedenfalls ausschliesslich eine Person verstanden, welche eine Kunstexpertise mit einem klar definierten Abklärungsinhalt über ein oder mehrere Gemälde anfertigt – und zwar unbesehen des Abklärungsinhaltes.⁴⁹ Unterschieden werden dabei jedoch verschiedene Arten von Kunstsachverständigen. Im Grundsatz wird hierbei zwischen privaten und gerichtlichen Kunstsachverständigen differenziert.

2. Arten von Kunstsachverständigen

2.1 Privatgutachter

2.1.1. Vorbemerkungen zur Person des Privatgutachters

Im Kunsthandel tritt der Sachverständige in der Regel als Privatgutachter auf. Der Begriff des *Privatgutachters* dient dabei vor allem der Abgrenzung vom *gerichtlich bestellten Gutachter*, welcher durch das Gericht bestellt und für kunstspezifische Fragestellungen eingesetzt wird.⁵⁰ Demgegenüber wird der Privatgutachter direkt durch eine Privatperson oder eine Institution mit der Erstellung eines Gutachtens betraut.⁵¹ In der Praxis übersteigt dabei die Anzahl der Privatgutachter – zumindest im Bereich der Kunst und Antiquitäten – die Anzahl der gerichtlichen Gutachter bei weitem.⁵² Wobei es zu bedenken gilt, dass in der Praxis praktisch ausnahmslos Privatgutachter als gerichtliche Gutachter bestellt werden.

Grundsätzlich ist es jeder Person gestattet, als Privatgutachter aufzutreten und entsprechende Kunstexpertisen anzufertigen. Eine besondere Qualifikation wird hierfür nicht vorausgesetzt.⁵³ Wie bereits ausgeführt, ist auch keine notwendige Ausbildung für den Kunstsachverständigen vorgesehen. Infolgedessen ist die Bezeichnung des Kunstexperten weder an eine spezifische Prüfung der Eignung noch an formalisierte Kriterien der Ernennung geknüpft.⁵⁴ Es wäre aber grundsätzlich denkbar und m.E. auch wünschenswert, spezifische Ausbildungsgänge mit Diplomabschluss zu schaffen, gestützt auf wel-

⁴⁹ Zu Gunsten der Abwechslung werden in der vorliegenden Arbeit verschiedene Begriffe für den Kunstsachverständigen verwendet.

⁵⁰ Vgl. auch Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 193 und SIMONS, S. 13.

⁵¹ JESSNITZER/FRIELING, N 28; MÜLLER/ZINGG, S. 648.

⁵² SIMONS, S. 13.

⁵³ Vgl. GERLACH, S. 32; KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 56; HOYNINGEN-HUENE, S. 1461; KKR-RENOLD, 2009, Kap. 8 N 91; SCHACK, N 144; SCHMIDT-GABAIN, S. 243.

⁵⁴ VON BRÜHL, S. 24 ff.; BÜTTNER/FINKE, S. 239.

che die Bezeichnung «*Kunstsachverständiger*» verwendet werden dürfte.⁵⁵ In diesem Zusammenhang gilt es jedoch anzumerken, dass gerade international tätige Koryphäen von Kunstsachverständigen, welche regelmässig nur im oberen Marktbereich tätig sind, oftmals keinen Wert auf eine Form staatlicher oder anderweitig offizieller Anerkennung ihrer Sachkunde legen, sondern einzig auf ihr international anerkanntes Renommee setzen.⁵⁶

Zu den zahlreichen Möglichkeiten, sich im Fachbereich der Kunst einen Sachverstand anzueignen, zählen heute neben wissenschaftlichen Forschungsleistungen, dem Studium der Kunstgeschichte, u.a. auch die langjährige praktische Tätigkeit in einem Museum oder dergleichen.⁵⁷ Als Privatgutachter betätigen sich sodann auch Personen sämtlicher Berufsrichtungen, welche einen Bezug zum Fachgebiet der Kunst aufweisen. Zu denken ist hierbei etwa an gewerbliche Restauratoren⁵⁸, Kunstwissenschaftler und sogar an Verwandte oder auch enge Freunde eines verstorbenen Künstlers.⁵⁹ Bei letzteren werden die Begutachtungen aber nicht selten kritisch gesehen, da sie aufgrund fehlender persönlicher Distanz nicht immer über ausreichend Objektivität verfügen sowie etwa als Erben von Werk und Urheberrecht vorwiegend eigene Interessen verfolgen.⁶⁰ Gleichwohl werden etwa die Nachkommen von *Pablo Picasso*⁶¹ als anerkannte Picasso-Experten bezeichnet, welche die originale Gemälde von den Fälschungen unterscheiden können und insofern oftmals für Kunstexpertisen beigezogen werden.⁶²

Auch Konservatoren öffentlicher Museen sind zweifellos zu den Kunstexperten zu zählen. So bieten auch manche Museen an, im Rahmen eines Gesprächs ein Kunstobjekt unverbindlich zu beurteilen. Teilweise haben Museen demgegenüber einzelvertragliche Ab-

⁵⁵ KKR-RENOULD, 2020, Kap. 8 N 130; vgl. hierzu auch SCHUMACHER, welcher in diesem Zusammenhang einen Fähigkeitsausweis für den Architekten fordert (vgl. SCHUMACHER, S. 188).

⁵⁶ HÄRET, S. 203; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 179.

⁵⁷ Vgl. VON BRÜHL, S. 24; GERLACH, S. 33; MICHOR, S. 9; HUTTENLAUCH, S. 119.

⁵⁸ Die Aufgabe eines Restaurators liegt in der Konservierung eines Kunstobjektes, also der Sicherstellung des materiellen Bestehens sowie in der Restaurierung. Er wird daher regelmässig kein Gutachten über die Echtheit eines Kunstwerkes oder seinen Wert abgeben (vgl. hierzu HÄRET, S. 19).

⁵⁹ Vgl. SIMONS, S. 13; SCHACK, N 144; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 595; EBLING/SCHULZE, S. 286; FISCHER, Kunsthandel, S. 20. In einigen Fällen sind sogar Künstler als Gutachter über ihre eigenen Werke aufgetreten, so bspw. *Maurice de Vlaminck* im Rahmen eines Fälscherprozesses im Jahre 1910 (vgl. hierzu ARNAU, S. 397 ff. und WOLF, S. 35).

⁶⁰ HÄRET, S. 19; EBLING/SCHULZE, S. 286. Bspw. auch *Michel Seuphor*, der Biographe und einstige Freund von *Piet Mondrian* ist als Experte aufgetreten und hat fälschlicherweise die Echtheit der entsprechenden Kunstwerke bestätigt. Die naturwissenschaftliche Untersuchung ergab jedoch, dass es sich nicht um Originale handelte. *Seuphor* wurde aber wegen «Gutgläubigkeit» vom Gericht freigesprochen (vgl. dazu HERCHENRÖDER, Analyse, S. 289 f.).

⁶¹ *Pablo Ruiz Picasso* (1881–1973) war ein spanischer Maler, Grafiker und Bildhauer.

⁶² Es handelt sich dabei um *Maya Widmaier-Picasso* und *Claude Picasso* (vgl. hierzu JUNG, S. 3).

reden mit ihren Konservatoren geschlossen, welche die Begutachtung untersagen. Auf diese Weise besteht für das öffentliche Museum keine Gefahr eines Interessenskonflikts und es kann vermieden werden, dass sich ein Museum einer Haftung für das Expertenurteil eines Konservators ausgesetzt sieht. In der Praxis kann es jedoch durchaus vorkommen, dass im Rahmen der Organisationen von Ausstellungen, in denen Gemälde aus dem Eigentum Dritter gezeigt werden, deren Echtheit überprüft wird, dabei jedoch kein Gutachten angefertigt wird.⁶³

Als *Privatgutachter* kann im Ergebnis eine fachkundige natürliche Person oder Institution (daher auch juristische Person) bezeichnet werden, welche sich durch einen besonderen Sachverstand hinsichtlich eines bestimmten Künstlers, einer bestimmten Epoche, eines bestimmten Künstlerkreises oder einer bestimmten Kunstlandschaft auszeichnet.⁶⁴ Dies unbeschadet davon, ob dieser Sachverstand auf wissenschaftlicher Forschungsleistung oder langjähriger praktischer Erfahrung, etwa durch kuratorische Betreuung, Nachlassverwaltung, familiäre Nähe oder Händlertätigkeit, beruht.⁶⁵ Der Privatgutachter kann sodann je nach Spezialisierungsgrad als Generalist oder als Spezialist bezeichnet werden.

2.1.2. Generalist

Nicht selten handelt es sich bei den Kunstsachverständigen um sogenannte Generalisten, welche ihre Meinung zu Kunstobjekten aus sämtlichen Epochen und in vielen Bereichen kundtun.⁶⁶ In England werden sie meist schlicht als *expert*, in Frankreich vorwiegend als *experts généralistes* bezeichnet.⁶⁷ Ihr Tätigkeitsfeld beschränkt sich bspw. nicht nur auf einen einzelnen Künstler, sondern auf mehrere Epochen unter Einschluss aller in dieser Zeit tätigen und bedeutenden Künstler.⁶⁸ Ihre Kenntnisse umfassen etwa die wesentlichen künstlerischen Entwicklungen einer Epoche und die darin tätigen wichtigen Künstler, so dass terminologisch auch von einem «allgemeinen» Kunstsachverständigen gesprochen werden kann.⁶⁹ Ihr allgemeines Wissen lässt sich so z.B. in einem grösseren Auktionshaus einsetzen.⁷⁰ Denkbar ist auch, dass sie aufgrund ihres breiten Wissens als Triage fungieren, um die entsprechenden Objekte dem dafür spezialisierten Experten zur Begutachtung zuzuordnen.

2.1.3. Spezialist

Für die Sicherstellung der Gutachtensqualität ist es nach hier vertretener Ansicht unabdingbar, dass sich der entsprechende Kunstsachverständige auf ein bestimmtes Gebiet

⁶³ HÄRET, S. 16; SIMONS, S. 18.

⁶⁴ VON BRÜHL, S. 24; GERLACH, S. 33; WOLF, S. 34.

⁶⁵ Vgl. VON BRÜHL, S. 25; GERLACH, S. 33; SIMONS, S. 3; KR-MÜLLER-CHEN, S. 56; HOYNINGEN-HUENE, S. 1461; WÜRTEMBERGER, Nachlass, S. 70 ff.

⁶⁶ LEMOIN, S. 68; vgl. WASSERTHAL, S. 10, nach welchem es den Allroundsachverständigen für Kunst nicht gibt.

⁶⁷ Vgl. HÄRET, S. 15 m.w.H.

⁶⁸ HÄRET, S. 15.

⁶⁹ HÄRET, S. 15.

⁷⁰ DRINKUTH, S. 53.

spezialisiert hat – sei dies auf einen einzelnen Künstler, auf eine Epoche oder eine bestimmte Kunstlandschaft. Man spricht hierbei im deutschsprachigen Raum von Spezialisten, in England von *specialists* und in Frankreich von *experts specialistes*. Die eng umgrenzten Fach- und Sachgebiete sind zweifellos die Voraussetzung einer vertieften Sachkenntnis.⁷¹ Aufgrund dieser engen Einschränkung auf einen Sachbereich verfügen besagte Kunstsachverständige über ein umfassendes Spezialwissen, welches ihr Gutachten auf dem Kunstmarkt selbstredend besonders wertvoll macht.⁷² So wird ein Experte für Barock m.E. kaum je dafür geeignet sein, ein Gutachten über ein Werk des Kubismus zu erstellen.

Wie FRIEDLÄNDER bereits 1919 erkannte, ist die echte Kennerschaft ein Spezialistentum, wobei es keine Universalkenner gibt.⁷³ So besteht auch im Kunstbereich die erfreuliche Tendenz, dass Kunstsachverständige ihre Tätigkeit auf zunehmend kleinere Sachgebiete beschränken.⁷⁴ Gerade bei hochpreisigen Künstlern und Werken ist in der Praxis zu beobachten, dass *«jeder Künstler seinen Experten und jeder Experte seinen Künstler hat»*.⁷⁵ Nur auf diese Weise lassen sich komplexe Fragestellungen im Zusammenhang mit der Begutachtung optimal bewältigen.⁷⁶ Schlussendlich ist eine Spezialisierung vorausgesetzt, um mit der kunstwissenschaftlichen Entwicklung nicht nur Schritt zu halten, sondern sogar an ihrer Spitze stehen zu können.⁷⁷

2.1.4. Expertengremien

Teilweise wird die Kennerschaft in bestimmten Sachgebieten überdies von einem ganzen Expertengremium oder einem Zuschreibungskomitee vertreten.⁷⁸ Es handelt sich dabei um Zusammenschlüsse mehrerer Einzelexperten, welche sich mit dem Ziel verbunden haben, etwa die Echtheit von Kunstwerken im Rahmen ihres Spezialgebiets gemeinsam zu begutachten.⁷⁹ Die sogenannten *Authentication Boards* existieren seit geraumer Zeit.⁸⁰ Sie haben es sich zur Aufgabe gemacht, zu überprüfen, ob ihnen eingereichte Kunstwerke tatsächlich vom jeweiligen Künstler stammen.⁸¹ Als Beispiel dafür kann das im Jahr 1990 entstandene *«Pollock-Krasner Authentication Board»* genannt wer-

⁷¹ Nicht selten ist die vertiefte Spezialisierung jedoch auch ein Hindernis für einen wirtschaftlich selbstständigen Experten, der auf die Expertisen angewiesen ist um davon zu leben (vgl. hierzu BÜTTNER/FINKE, S. 247).

⁷² HÄRET, S. 15.

⁷³ FRIEDLÄNDER, S. 11.

⁷⁴ WOLF, S. 61.

⁷⁵ SIMONS, S. 15; BÜTTNER/FINKE, S. 240; WEIHE, S. 117 f.

⁷⁶ WOLF, S. 61.

⁷⁷ WOLF, S. 61.

⁷⁸ Durch die Arbeiten eines staatlichen holländischen Expertenkomitees sank die Anzahl der als echt anerkannten *Rembrandt*-Werke von 1000 (Beginn des 20. Jahrhunderts) auf knapp 300 (Ende des 20. Jahrhunderts), wodurch etwa die National Gallery in London jeden dritten ihrer früher fünfzehn *Rembrandts* verlor (vgl. HABBORN, S. 174).

⁷⁹ VON BRÜHL, S. 52; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 179. Der bekannte Sammler *Eduard von der Heydt* verfügte für die Betreuung seiner Sammlung über ein ganzes Netzwerk von Experten (vgl. hierzu BIRTHÄLMER/FINCKH, S. 201 ff.).

den, welches die Echtheit der Werke von *Jackson Pollock*⁸² und seiner Witwe *Lee Krasner* zertifizierte.⁸³ Innerhalb eines Expertengremiums spielen zahlreiche Meinungen von Sachverständigen in die Bewertung eines Kunstobjekts mit ein, wodurch die Glaubwürdigkeit eines Gutachtens gesteigert wird und zumeist auf die Einholung einer Zweitbegutachtung verzichtet werden kann. Denn die von einem Expertengremium geäußerten Fachansichten lassen sich schwieriger widerlegen als die Zuschreibungsergebnisse allein agierender Einzelexperten.⁸⁴ Aber auch die Vereinigung der Kenntnisse mehrerer Fachleute über das Werk eines Künstlers führt nicht ohne weiteres zu unbestrittenen Entscheidungen.⁸⁵

Bestimmte Expertengremien gelten weltweit als massgebliche Entscheidungsinstanz für die Echtheit der entsprechenden Gemälde.⁸⁶ Im Ergebnis führt die Ablehnung eines Gemäldes durch ein *Authentication Board* daher nicht selten dazu, dass es nur zu einem erheblich geringeren Preis veräußerbar ist. Diese Macht, welche den *Authentication Boards* zukommen, beruht nicht auf einer rechtlichen Grundlage, sondern ist eine Folge des Marktglaubens an deren Urteil.⁸⁷ Zu den weiteren Zuschreibungsinstitutionen zählen auch juristische Personen, welche sich mit der Zuschreibung von Kunstwerken beschäftigen, wie etwa Stiftungen, Archive, Vereine etc. So etwa die *Stiftung Emil und Ada Nolde* oder das *Ernst Ludwig Kirchner Archiv*.⁸⁸

2.2 Gerichtlich bestellter Gutachter im Zivilprozess

2.2.1. Bedeutung des gerichtlich bestellten Gutachters

In kunstrechtlichen Prozessen erfordert die Darlegung und der Beweis relevanter Tatsachen spezifisches Sachwissen in der jeweiligen Kunstsparte, welches aus eigenem Sachverstand oder durch Gutachten nachzuweisen ist.⁸⁹ Das Gerichtsgutachten ist in der

⁸⁰ Vgl. hierzu auch WÜRTEMBERGER, Nachlass, S. 125 f. und das Interview mit *Michael Baumgartner*, Zentrum Paul Klee, und *Richard Calvocoressi*, The Henry Moore Foundation, in WÜRTEMBERGER, Nachlass, S. 181 ff. und S. 204.

⁸¹ SCHMIDT-GABAIN, S. 245.

⁸² *Paul Jackson Pollock* (1912–1956) war ein US-amerikanischer Maler.

⁸³ BÜTTNER/FINKE, S. 240; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 596. Unterdesen haben zahlreiche Authentifizierungskomitees ihre Authentifizierungstätigkeit eingestellt, so etwa das Komitee der *Andy Warhol Stiftung*, der *Keith Haring Foundation*, die *Roy Lichtenstein Foundation* und das *Noguchi Museum* (vgl. WÜRTEMBERGER, Nachlass, S. 126 f. und SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 179 f.).

⁸⁴ Vgl. SPENCER, Introduction, S. XXII; VON BRÜHL, S. 53; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 179.

⁸⁵ Vgl. WEIHE, S. 125.

⁸⁶ SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 179.

⁸⁷ Vgl. SCHMIDT-GABAIN, S. 245; WÜRTEMBERGER, Nachlass, S. 125 f.; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 179.

⁸⁸ Vgl. HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 596; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 178; VON BRÜHL, S. 55 mit weiteren Beispielen.

⁸⁹ MOSIMANN, S. 458.

Schweizerischen Zivilprozessordnung gesetzlich normiert. In Art. 183 Abs. 1 ZPO wird festgehalten, dass das Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Person(en) ein Gutachten einholen kann.⁹⁰ Angesichts der immer schneller fortschreitenden Entwicklung auf sämtlichen Gebieten der Wissenschaft und der Technik kommt dem gerichtlichen Gutachten im Gerichtsalltag selbstredend eine hohe Bedeutung zu.⁹¹ Diese gerichtliche Begutachtung kann jeden beliebigen Fachbereich zum Gegenstand haben, so selbstverständlich auch den Fachbereich der Kunst. Mit einem Gutachten erhält das Gericht das notwendige Fachwissen, welches es zur gerichtlichen Würdigung bestimmter rechtserheblicher Tatsachen benötigt.⁹² Im Gegensatz zu einem blossen Parteigutachten wird mit einem Gerichtsgutachten Gewähr für Zuverlässigkeit, besondere Sachkunde und Unparteilichkeit des Sachverständigen geschaffen.⁹³

2.2.2. Stellung des gerichtlich bestellten Gutachters

Die sachverständige Person wird vom Gericht von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei hin bestellt und damit schlussendlich faktisch zur Hilfsperson des Gerichts. Damit gelten für die sachverständige Person folglich dieselben gesetzlichen Ausstandsregeln wie für Gerichtspersonen.⁹⁴ Sie ist ein Entscheidungsgehilfe des Gerichts, indem sie dessen Wissen durch Spezialkenntnisse aus ihrem Sachgebiet ergänzt.⁹⁵ Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gericht bzw. dem Kanton und der sachverständigen Person ist öffentlich-rechtlicher Natur, da diese eine hoheitliche Tätigkeit ausübt.⁹⁶

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kommen grundsätzlich nur natürliche Personen als Sachverständige in Frage.⁹⁷ Ausnahmsweise soll aber auch die Bestellung von Amtsstellen, Instituten und juristischen Personen zugelassen sein.⁹⁸ So können beispiels-

⁹⁰ Es sei bereits an dieser Stelle erwähnt, dass Gegenstand des Gutachtens nur Sachverhalts- und nicht Rechtsfragen bilden. Letztere sind ausschliesslich durch das Gericht zu entscheiden. Eine Rechtsfrage kann ausnahmsweise dann Inhalt eines Expertenauftrags sein, wenn es um die Abklärung fremden Rechts geht (vgl. dazu OFK-ZPO-WULLSCHLEGER, Art. 183 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, S. 333 N 119; BGE 130 I 337 E. 5.4.1; BGE 113 II 429 E. 3a; BGE 111 II 72 E. 3d).

⁹¹ BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 3.

⁹² BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 1.109; WASSERTHAL, S. 10; vgl. auch MÜLLER, N 22 ff. und PFÄFFLI, S. 24.

⁹³ Hoeren/Holznel/Ernstschneider-REMMERS, S. 192.

⁹⁴ Womit objektive Umstände (Tatsachen) vorliegen müssen, welche den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 20 und 28; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.107); vgl. zum Ganzen auch BÜHLER, SJZ 2009, S. 329 ff.

⁹⁵ Vgl. BGE 118 Ia 144 E. 1c; BGer 4A_478/2008 vom 16. 12. 2008 E. 4.1; JESSNITZER/FRIELING, N 10; BÜHLER, SJZ 1999, S. 567; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 18; BINDER, S. 190; SCHWAB, S. 22; MERZ, § 196 N 2; WIEGAND, S. 17.

⁹⁶ Es richtet sich – je nach Lehrmeinung – sodann analog nach Auftragsrecht oder Werkvertragsrecht (vgl. dazu KUKO-ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, Art. 183 N 9; Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 17; BGE 134 I 159 E. 3).

⁹⁷ Vgl. zu dieser Thematik im Anwendungsbereich der Strafprozessordnung SCHMID, S. 821.

weise auch Museen oder Kunstinstitute als gerichtlich bestellte Sachverständige eingesetzt werden. Würde man solche nicht als Gutachter zulassen, hätte dies m.E. einen grossen Qualitätsverlust bei der Begutachtung zur Folge.⁹⁹ Da letztendlich auch juristische Personen ohne weiteres zivilrechtlich haftbar gemacht werden können, ist nicht einzusehen, wieso diese nicht als Sachverständige eingesetzt werden sollten.¹⁰⁰ Sofern die juristische Person, die öffentlich-rechtliche Körperschaft oder eine Anstalt als Institution über das erforderliche Fachwissen verfügen, sollen immerhin deren verantwortliche Organe bzw. Sachbearbeiter als Sachverständige ernannt werden können.¹⁰¹ Gerade im Bereich des Kunstrechts mit beschränkten Ressourcen ist es m.E. unabdingbar, sämtliche hochqualifizierte Sachverständige zuzulassen und zwar unabhängig von deren rechtlichen Qualifikation.¹⁰²

2.2.3. Eigenschaften des gerichtlich bestellten Gutachters

Die gerichtlich beauftragte sachverständige Person verfügt über ein besonderes Fachwissen, welches beim Gericht gerade nicht vorhanden ist.¹⁰³ Ein Gutachten taugt nämlich nur dann als Beweismittel, wenn der gerichtlich bestellte Gutachter die entsprechende Fachkunde aufweist.¹⁰⁴ Anzustreben ist in jedem Fall, einen Experten einzusetzen, welcher über solides theoretisches und dem aktuellen Standard angepasstes Fachwissen ver-

⁹⁸ **Befürwortend** BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 27; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 172 N 2; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, § 266 N 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, S. 334 N 123; B/McK ZPO-PERROULAZ, Art. 183 N 9; MERZ, § 199 N 1; **(eher) ablehnend** Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 21; DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 10; BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 13; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 31 ff; KUKO-ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, Art. 183 N 10; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 1.107; BINDER, S. 191; EICHENBERGER, § 254 N 2; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO St. Gallen, § 113 N 2; CAVELTI, S. 305. Im deutschen Recht geht die Mehrheit der Lehre und Rspr. davon aus, dass auch Behörden oder sonstige öffentliche Stellen Sachverständigen sein können (vgl. dazu MÜLLER, N 146 m.w.H.).

⁹⁹ Es könnte auch so argumentiert werden, dass die Gutachten ohnehin durch die Mitarbeiter einer juristischen Person oder Körperschaft erstellt werden, so dass der Sachverständigenstatus diesen und nicht der juristischen Person oder Körperschaft zukommt (für den Geltungsbereich der Strafprozessordnung dieser Ansicht Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO-DONATSCH, Art. 183 N 1 und BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 9). In Art. 183 Abs. 1 StPO wird sodann auch ausdrücklich von der Ernennung einer *natürlichen Person* als Sachverständige gesprochen.

¹⁰⁰ Für die strafrechtliche Verantwortung wäre bspw. die Anwendung von Art. 102 StGB denkbar.

¹⁰¹ Vgl. BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 13; KUKO-ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, Art. 183 N 11; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.107; CAVELIT, S. 305.

¹⁰² Demgegenüber ist in anderen Fachbereichen, wenn es etwa um die Beurteilung von Mängeln an Kunstwerken geht, die Zahl der in Betracht kommenden Experten gross (vgl. HAFTER, S. 236).

¹⁰³ Die Zivilprozessordnung setzt dies im Gegensatz zur Strafprozessordnung nur stillschweigend voraus. Gemäss Art. 183 StPO können als Sachverständige «natürliche Personen ernannt werden, die auf dem betreffenden Fachgebiet die erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen» (vgl. dazu DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 10; HÜRLIMANN, Architekt, N 1461; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, Art. 307 N 12 ff.).

¹⁰⁴ MÜLLER/ZINGG, S. 631.

fügt.¹⁰⁵ Grundsätzlich bevorzugen Gerichte eine möglichst hohe Qualifikation des Sachverständigen, weil nur so Gewähr für eine tiefe und umfassende Prüfung der relevanten kunstbasierten Fragestellungen besteht.¹⁰⁶ Neben des eigentlichen Fachwissens ist regelmässig aber auch die Fähigkeit vorausgesetzt, ein fachgerechtes gerichtliches Gutachten erstellen zu können. Darunter verstanden wird namentlich die Einhaltung der Form eines Gerichtgutachtens, die strikte Beachtung der «*lex artis*», Umsicht und Sorgfalt bei der Erstellung des Gutachtens sowie Gewissenhaftigkeit in sämtlichen Belangen.¹⁰⁷

Es muss der sachverständigen Person mithin möglich sein, dem Gericht Erfahrungssätze aus dem Kunstbereich darzulegen und auf Basis des Fachwissens und der Erfahrung selbstständig Tatsachen festzustellen bzw. zu beurteilen.¹⁰⁸ Zweifellos wird neben einem soliden Fachwissen zusätzlich auch praktische Erfahrung in der Gutachtertätigkeit erforderlich sein.¹⁰⁹ Teilweise ist auch verlangt, dass der gerichtliche Sachverständige über fachüberschreitendes Wissen verfügt, welches ihn befähigt, den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt in seiner ganzen Tragweite zu überblicken.¹¹⁰ Gleichzeitig ist aber auch von Bedeutung, dass der betreffende Sachverständige in seinem Gebiet die «*technischen*» Details so aufzuschlüsseln vermag, dass sie dem Richter und den Parteien verständlich sind.¹¹¹

Die im Einzelfall geforderte Ausbildung sowie die entsprechenden Fachkenntnisse der sachverständigen Person richten sich nach den von ihm im konkreten Einzelfall zu beurteilenden Sachfragen.¹¹² Im Bereich des Kunstrechts ist es etwa entscheidend, aus welcher Epoche oder von welchem Künstler ein Gemälde stammt. Im Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben ist es im Grundsatz nicht vorgesehen, dass in jedem Fall ein Sachverständiger mit hochqualifiziertem Ausbildungsstand beizuziehen ist.¹¹³ Es werden im Übrigen auch keine besonderen fachlichen Anforderungen, wie eine bestimmte Ausbildung, oder ein bestimmtes Zertifikat vorausgesetzt, um vom Gericht als sachverständige Person berufen zu werden.¹¹⁴ Wie bereits ausgeführt, wird sich das Gericht – zumindest im Kunstbereich – regelmässig jedoch für einen nachweislich qualifizierten Sachverständigen entscheiden, was m.E. sehr begrüssenswert ist, da so die Gutachtensqualität gewährleistet werden kann.

¹⁰⁵ CAVELTI, S. 307; TANNER, S. 744; SENN, S. 172.

¹⁰⁶ ZÜRCHER, N 19.43; WASSERTHAL, S. 10.

¹⁰⁷ BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 14; WASSERTHAL, S. 10; vgl. dazu auch BREIT-SCHMID, N 26.

¹⁰⁸ MOSIMANN, S. 458; WASSERTHAL, S. 10.

¹⁰⁹ Vgl. JESSNITZER/FRIELING, N 45; HÜRLIMANN, Experte, S. 131; CAVELTI, S. 307.

¹¹⁰ HÜRLIMANN, Architekt, N 1462.

¹¹¹ MOSIMANN, S. 459; WASSERTHAL, S. 10.

¹¹² Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 39; JESSNITZER/FRIELING, N 44; vgl. dazu auch MÜLLER, N 12 ff.

¹¹³ Gemeint ist dies insb. bei Bauprozessen mit einfachen Fragestellungen für welche der Beizug eines Praktikers ohne höhere Ausbildung genügt (vgl. Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 39).

¹¹⁴ KR-MÜLLER-CHEN, S. 57.

Der Nachweis der im konkreten Rechtsfall verlangten Eignung der sachverständigen Person gegenüber dem Gericht kann bspw. durch das Einreichen von Unterlagen zum beruflichen Werdegang¹¹⁵ sowie Referenzen ehemaliger Auftraggeber erfolgen. Es kann auch vorkommen, dass bereits in der Vergangenheit durchgeführte Arbeiten authentisch nachzuweisen sind, indem einige selbst erstellten Kunstgutachten vorgelegt werden, soweit dies mit der Geheimhaltungspflicht vereinbar ist.¹¹⁶ Es kann wohl grundsätzlich dann nichts eingewendet werden, wenn keine Rückschlüsse auf die Identität des Auftraggebers möglich sind (Anonymisierung samt allenfalls weiterer «Verfremdung») oder wenn der Auftraggeber mit der Einreichung einverstanden ist.¹¹⁷ Gewisse Gerichte führen sodann auch Sachverständigenlisten, auf welche sie bei Bedarf zurückgreifen können.

Bei der Auswahl der sachverständigen Person hat das Gericht nach hier vertretener Ansicht gerade im Kunstbereich Vorsicht walten zu lassen, insbesondere wenn das Richter-gremium selbst über keinerlei Fachwissen im Kunstbereich verfügt.¹¹⁸ In diesem Fall ist es für das Gericht schwierig, die Komplexität wie auch den Umfang einer Begutachtung einzuschätzen. Das Gericht ist daher auf jeden Fall gut beraten, im Zweifel einen – im jeweiligen Kunstbereich – gut qualifizierten und renommierten Sachverständigen beizuziehen, welcher sich zudem durch langjährige Erfahrung ausweist oder auf ein entsprechendes Gremium zurückzugreifen kann.¹¹⁹

Sollte die sachverständige Person vor oder während der Auftragsausführung erkennen, dass die gerichtliche Fragestellung ihr Wissenshorizont übersteigt, hat sie dies dem Gericht sodann umgehend mitzuteilen. Andernfalls verletzt sie womöglich ihre Sorgfaltpflichten¹²⁰, worauf im Rahmen der vorliegenden Arbeit nachfolgend noch näher einzugehen sein wird.

2.2.4. *Fachliches Wissen eines Gerichtsmitglieds*

Es ist in der Praxis durchwegs denkbar, dass ein Mitglied der Spruchkammer des Gerichts über entsprechendes Fachwissen im Kunstbereich verfügt. Die Schweizerische Zivilprozessordnung hat besagten Fall in Art. 183 Abs. 3 ZPO geregelt. Danach hat das Gericht eigenes Fachwissen offenzulegen, damit die Parteien dazu Stellung nehmen kön-

¹¹⁵ Zu denken ist hierbei u.a. an Aus- und Weiterbildungsabschlüssen, Arbeitszeugnisse und dgl.

¹¹⁶ WOLF, S. 44.

¹¹⁷ RIEMER, S. 151.

¹¹⁸ Nach FRANK/STRÄULI/MESSMER ist auch Zurückhaltung geboten, wo überdurchschnittliche, wissenschaftlich fundierte Facherfahrung erforderlich ist oder es sich um komplizierte, dem Durchschnittsfachmann nicht ohne weiteres geläufige Fragen handelt (vgl. FRÄNKLI/STRÄULI/MESSMER, § 171 N 11).

¹¹⁹ PFÄFFLI hält ohne weitere Begründung dafür, dass kein Sachverständiger zu bestellen sei, wenn der Richter über besondere Sachkunde verfüge (vgl. dazu PFÄFFLI, S. 24); vgl. ferner auch BRUNNER, S. 24 ff. und MOSIMANN, S. 458.

¹²⁰ Vgl. BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 25; HÜRLIMANN, Experte, S. 133; Heeb/Schöbi-BÜHLER, S. 88; GERLACH, S. 33; nach CEPPI hat der Sachverständige grundsätzlich den Mut aufzubringen, die Durchführung einer Expertise abzulehnen, wenn sie nicht seinen Fähigkeiten entspricht (vgl. CEPPI, S. 56).

nen. Es besteht folglich die Möglichkeit, dass das Gericht auf den Beizug einer sachverständigen Person verzichtet, zumal das entsprechende Fachwissen bereits vorhanden ist. Nach hier vertretener Ansicht ist jedoch nur in augenscheinlichen Fällen auf den Beizug eines externen Sachverständigen im Kunstbereich zu verzichten.¹²¹ Dies soll auf Fälle beschränkt sein, in welchen das Gerichtsmitglied über gleichwertiges Fachwissen wie der zu bestellende Kunstsachverständige verfügt.¹²² Auch im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass die Gerichte bei der Annahme eigener Fachkunde Zurückhaltung üben sollen. So darf bei Zweifeln am Fachwissen des fraglichen Gerichtsmitgliedes nicht auf den Beizug einer sachverständigen Personen verzichtet werden.¹²³

Wie die Erfahrung aus der Gerichtspraxis zeigt, sind es aber nicht selten die Gerichte, welche für sich kunstrechtliches Sonderwissen in Anspruch nehmen und daher den im Grunde rechtsgenüchlich gestellten Parteienantrag auf eine Expertise ablehnen.¹²⁴ Ungeachtet bleibt dabei, dass Fragen in Zusammenhang mit der Kunst regelmässig den Beizug von Sachverständigen erfordern würden, da sie für den Richter nur sehr schwer zugänglich ist.¹²⁵ Infolgedessen fordert MOSIMANN zu Recht, grundsätzlich immer dann ein Gutachten anzuordnen bzw. einen entsprechenden Parteienantrag gutzuheissen, wenn es um die Deutung oder Abwägung von kunstrechtlich relevanten Tatsachen geht. Dies unbeschauen von der Geltung der Verhandlungsmaxime und dem Grundsatz des Gebots der Zurückhaltung bei der Einholung von externen Gutachten.¹²⁶

2.2.5. Bestellung des Gutachters durch das Gericht

Zuständig für die Anordnung des Gutachtens und auch für die Ernennung der sachverständigen Person ist das Gericht.¹²⁷ Die Anordnung des Kunstgutachtens und Bestellung

¹²¹ Im Grundsatz gleicher Meinung MERZ, § 193 N 3; sollte auf den Beizug verzichtet werden, ist es wichtig, das Fachwissen einer sachverständigen Gerichtsperson den Parteien umgehend und vor Urteilsfällung offenzulegen, damit diese dazu Stellung nehmen und die Durchführung des Beweisverfahrens verlangen können (vgl. Art. 183 Abs. 3 ZPO; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 39; Botschaft ZPO, S. 7324; CAVELTI S. 305); gemäss GULDENER muss den Parteien vor der Entscheidung nicht die Möglichkeit gegeben werden, zu dem Stellung zu nehmen, was das Gericht aufgrund seines Fachwissens für richtig hält (vgl. GULDENER, S. 348); zudem besteht nach GULDENER eine gewisse Gefahr, dass der Fachrichter in solchen Fällen im Kollegialgericht Übergewicht bekommt (vgl. GULDENER, S. 21; hierzu auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 117 N 1).

¹²² Bei Fachgerichten, wie bspw. das Bundespatentgericht, ist zunächst kein Bedürfnis auf Einsetzung eines Experten vorhanden (vgl. SKK Kultur-MOSIMANN, Fn 31 und auch THOMANN, S. 221 ff.).

¹²³ Vgl. BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 3; EICHENBERGER, § 253 N 3.

¹²⁴ Dies im Gegensatz zu Gerichtsprozessen, die Sachverhalte aus den Naturwissenschaften und der Technik zum Gegenstand haben (vgl. dazu MOSIMANN, S. 463 und SKK Kultur-MOSIMANN, S. 24 f.).

¹²⁵ MOSIMANN, S. 463.

¹²⁶ MOSIMANN, S. 467.

¹²⁷ Vgl. DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 12; BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 17; HÜRLIMANN, Architekt, N 1468; CAVELTI, S. 306.

des Sachverständigen erfolgt auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen.¹²⁸ In einem Zivilverfahren mit Verhandlungsmaxime ist regelmässig ein entsprechender Beweis-antrag mindestens einer Partei vorausgesetzt.¹²⁹ Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. So kann auch im Rahmen der Verhandlungsmaxime aufgrund der gebotenen amtswegigen Sachverhaltenswürdigung der Beizug eines Sachverständigen von Amtes wegen, d.h. ohne Antrag, angezeigt sein.¹³⁰ In diesem Punkt besteht keine Bindung des Gerichts an die von den Parteien beantragten Beweismittel.¹³¹ So darf das Gericht nach seinem Ermessen stets sachverständige Personen beiziehen.¹³² Der Grund hierfür liegt darin, dass das geforderte Fachwissen der Kunst einem besonderen, dem Gericht in der Regel nicht vertrauten Wissensgebiet angehört.¹³³ Die Bestellung einer sachverständigen Person ist jedenfalls dort geboten, wo das Gericht den Sachverhalt nicht aufgrund eigener Fachkenntnisse würdigen kann, was gerade bei den komplexen Fragen im Kunstrecht oftmals der Fall sein dürfte.¹³⁴ MOSIMANN fordert in diesem Zusammenhang schliesslich, dass die Gerichte in kunstrechtlichen Verfahren des Zivil-, Straf- und öffentlichen Rechts von Amtes wegen Sachverständige beiziehen und zwar auch dann, wenn die Verhandlungsmaxime gilt.¹³⁵

Bevor das Gericht eine sachverständige Person bestellt, hat es die Parteien gestützt auf Art. 183 Abs. 1 Satz 2 ZPO dazu anzuhören.¹³⁶ Die Parteien können sich sodann zur sachverständigen Person (bspw. mangelnde Unabhängigkeit), zum voraussichtlichen Inhalt des Kunstgutachtens sowie zu den Kosten äussern.¹³⁷ Auf diese Weise können auch Einwendungen gegen die Person des in Aussicht gestellten Sachverständigen im Zusammenhang mit deren Eignung und fachlicher Kompetenz erhoben werden.¹³⁸

¹²⁸ Vgl. Art. 183 Abs. 1 ZPO; Botschaft ZPO, S. 7324; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 9.

¹²⁹ BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 7; DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 6.

¹³⁰ BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 7; SKK Kultur-MOSIMANN, S. 34 f.; nach MÜLLER sollte unter Geltung der Verhandlungsmaxime die Anordnung von Amtes wegen die Ausnahme bleiben (vgl. DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 6); DOLGE mahnt in diesem Zusammenhang zur Zurückhaltung (vgl. BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 2).

¹³¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, S. 333 N 120; KUKO-ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 55 N 14; BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 7.

¹³² BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 7.

¹³³ Vgl. BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 7; BOSSHARD, SZPP 2008, S. 336 f.; BOSSHARD, SZPP 2007, S. 324.

¹³⁴ BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 7.

¹³⁵ Vgl. SKK Kultur-MOSIMANN, S. 34 f.

¹³⁶ Durch die Anhörung der Parteien soll unter anderem auch sichergestellt werden, dass das rechtliche Gehör der Parteien gewahrt wird, indem sie Gelegenheit erhalten, sich zur vorgesehenen sachverständigen Person, ihrer Fachkompetenz und ihrer Unabhängigkeit zu äussern (vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 13).

¹³⁷ B/McK ZPO-PERROULAZ, Art. 183 N 13; DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 13; HAFTER, S. 236.

¹³⁸ B/McK ZPO-PERROULAZ, Art. 183 N 15; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 29; BÜHLER, AJP 2009, S. 46.

Sämtliche von den Parteien vorgebrachten sachlichen Gründe, die dafür sprechen, dass der vorgeschlagene gerichtliche Sachverständige nicht über die im konkreten Fall notwendige Ausbildung, Erfahrung oder Fachkompetenz verfügen könnte oder aus anderen persönlichen Gründen, z.B. wegen der geografischen Distanz zum Begutachtungsobjekt, der höheren Kosten, des Zeitmangels und dergleichen, als nicht geeignet erscheint, sind für das Gericht beachtlich.¹³⁹ Auch wenn hier dem Gericht – trotz Einwendungen der Parteien – ein Ermessensspielraum zusteht, wird es in der Praxis wohl vermieden, eine sachverständige Person zu bestellen, deren fachliche Eignung und Kompetenz von einer oder beiden Parteien in Frage gestellt wird – vorausgesetzt es handle sich nicht um offensichtlich haltlose Einwendungen.¹⁴⁰

Im Übrigen ist es den Parteien grundsätzlich unbenommen, dem Gericht Vorschläge zur Benennung einer sachverständigen Person zu unterbreiten. Ferner hat das Gericht auch die Möglichkeit, die Parteien aufzufordern, entsprechende Vorschläge einzureichen.¹⁴¹ Gerade in weniger alltäglichen Fachgebieten, worunter kunstrechtliche Streitigkeit freilich zu subsumieren sind, kann es dem Gericht schwer fallen, eine geeignete sachverständige Person ausfindig zu machen, so dass es auf Vorschläge der Parteien mithin sogar angewiesen sein wird.¹⁴² Es gilt diesbezüglich m.E. nämlich zu bedenken, dass sich die jeweiligen hochspezialisierten Kunstexperten auf Länder rund um den Globus verteilen.

In diesem Zusammenhang ist im Weiteren fraglich, ob ein gemeinsamer Vorschlag der Parteien für das Gericht bindend ist bzw. die Parteien einen Anspruch auf die gemeinsame Ernennung eines Kunstsachverständigen haben. Nach überwiegender Auffassung besteht kein Recht der Parteien auf Ernennung eines Sachverständigen ihrer gemeinsamen Wahl.¹⁴³ Der Entscheid über die Ernennung und Auswahl obliegt dabei einzig dem Richter bzw. dem Kollegium, wobei das zugesprochene Ermessen nicht missbräuchlich, d.h. unsachlich oder willkürlich, ausgeübt werden darf.¹⁴⁴ Mit anderen Worten hat das Gericht im Rahmen seines Ermessens eine sachverständige Person auszuwählen,

¹³⁹ BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 254 N 8; Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 46.

¹⁴⁰ B/McK ZPO-PERROULAZ, Art. 183 N 15; MEIER/SOGO, S. 320.

¹⁴¹ BÜHLER hält es aus Gründen der Verfahrensökonomie aber für sinnvoller, wenn der Richter den Sachverständigen selber bestimmt und den Parteien anschliessend die Möglichkeit zur Stellungnahme einräumt (vgl. dazu Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 44 und 45); vgl. ferner auch MÜLLER/ZINGG, S. 626 und THOMANN, S. 225 f.

¹⁴² Vgl. MÜLLER/ZINGG, S. 626 ff.; Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 44 ff.; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 29; so auch MÜLLER, nach welchem sich Expertenvorschläge durch die Parteien namentlich in jenen Prozessen empfehlen, die hochtechnisch sind und bei denen die Parteien den besseren Überblick über die Fachwelt haben als das Gericht (vgl. DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 16).

¹⁴³ Vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 15; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 29 und N 31; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 254 N 5; Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 45; DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 183 N 16; BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 21; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 172 N 3; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, S. 333 N 120; BGE 140 III 16 E. 2.2.4; BGer 5A_789/2012 vom 24.01.2013 E. 2.1.

¹⁴⁴ BÜHLER, SJP 2009, S. 46; CEPPI, S. 57.

welche die für die ordnungsgemässe Erstattung des relevanten Gutachtens erforderliche Sachkunde und persönliche Eignung aufweist.¹⁴⁵

Nach hier vertretener Ansicht sollte die gerichtliche Ablehnung eines durch sämtliche beteiligten Parteien gemeinsam vorgeschlagenen Kunstsachverständigen jedenfalls die Ausnahme bleiben.¹⁴⁶ Denkbar wäre eine Ablehnung einzig, wenn der Kunstsachverständige über zu wenig Fachkenntnisse verfügt oder in einer näheren Beziehung zu einer der Parteien steht.¹⁴⁷ Selbst in einem solchen Fall sollte eine Ablehnung durch das Gericht m.E. gleichwohl nur mit grosser Zurückhaltung und nur in begründeten Fällen erfolgen.¹⁴⁸ Primäres Ziel muss es denn auch sein, eine sachverständige Person zu ernennen, die das Vertrauen beider Parteien geniesst.¹⁴⁹ So wird das Gutachten einer sachverständigen Person, welche von beiden Parteien gemeinsam vorgeschlagenen worden ist, bei den Parteien auf viel höhere Akzeptanz stossen, als wenn das Gericht deren übereinstimmenden Vorschlag ablehnt und eine eigene sachverständige Person beruft.¹⁵⁰

In diesem Zusammenhang gilt es schliesslich zu bedenken, dass in kunstrechtlichen Streitigkeiten in einem gerichtlichen Prozess wohl praktisch ausnahmslos der Dispositionsgrundsatz gilt. Insofern haben die Parteien jederzeit die Möglichkeit, den Prozess durch sog. Entscheidsurrogate zu erledigen.¹⁵¹

Gestützt auf Art. 208 ZPO kann ein Prozess durch Klageanerkennung, Klagerückzug oder durch einen gerichtlichen Vergleich auf jeder Instanz ohne gerichtlichen Entscheid zum Abschluss gebracht werden.¹⁵² Gerade im Hinblick auf den Dispositionsgrundsatz sollte beim gerichtlichen Abweichen von einem gemeinsamen Parteiantrag betreffend die Einsetzung einer bestimmten sachverständigen Person daher Zurückhaltung ausgeübt werden. Gelangt das Gericht zum Schluss, dass in der konkreten Rechtsstreitigkeit ein Gutachten einzuholen ist, hat es m.E. eine gemeinsam vorgeschlagene sachverständige

¹⁴⁵ MÜLLER, N 156a.

¹⁴⁶ So auch RÜETSCHI, nach welchem nicht ohne gewichtige Gründe vom übereinstimmenden Vorschlag der Parteien abgewichen werden sollte (vgl. BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 21). Für KOFMEL wäre dann eine Bindung des Gerichts an den Vorschlag sinnvoll, wenn dieser den Wünschen beider Parteien entspricht (vgl. KOFMEL, S. 192).

¹⁴⁷ Gemäss BÜHLER wird der Richter dem übereinstimmenden Parteiantrag entsprechen. Vorbehalten bleibe, dass die Parteien gemeinsam einen offensichtlich ungeeigneten, unfähigen, nicht unabhängigen oder befangenen Gutachter vorschlagen würden (vgl. Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 45).

¹⁴⁸ Vgl. dazu auch die deutsche ZPO § 404 Abs. 5: «Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu leisten (...)» und MÜLLER, N 156.

¹⁴⁹ KOFMEL, S. 192.

¹⁵⁰ Vgl. BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 29; BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 21; KOFMEL, S. 192.

¹⁵¹ BSK ZPO-GEHRI, Art. 58 N 7; WUNDERLICH, S. 10.

¹⁵² Vgl. BSK ZPO-GEHRI, Art. 58 N 7; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 58 N 16; WUNDERLICH, S. 11.

Person im Regelfall zu berufen.¹⁵³ Einzig wenn die fachliche Kompetenz oder die Unabhängigkeit der beantragten sachverständigen Person tatsächlich nicht gewährleistet werden kann, also deren Einsetzung aus prozessualer Sicht nicht zielführend oder unrechtens ist, hat das Gericht dem Antrag nicht stattzugeben und selbstständig eine sachverständige Person zu berufen.¹⁵⁴

2.2.6. *Unabhängigkeit des gerichtlich bestellten Gutachters*

Im Gegensatz zu Privatgutachten kommt einem gerichtlichen Gutachten einer vom Gericht bestellten sachverständigen Person grundsätzlich ein hoher Beweiswert zu.¹⁵⁵ Dieser hohe Beweiswert gründet nicht zuletzt in der verlangten Unabhängigkeit einer durch das Gericht bestellten sachverständigen Person im Sinne von Art. 183 Abs. 2 ZPO und der Wahrheitspflicht.¹⁵⁶ Da die sachverständige Person im Auftrag des Gerichts tätig wird, indem sie mit ihrem Spezialwissen gewissermassen als Hilfsperson das eigene Wissen des Richters ergänzt, ist ihre Unabhängigkeit selbstredend genauso wichtig wie diejenige des Richters selbst.¹⁵⁷ Es erstaunt insofern auch nicht, dass im Hinblick auf die grosse Bedeutung eines gerichtlichen Gutachtens im Prozess für die Fachperson daher dieselben Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen gelten. Verwiesen wird damit auf die Art. 47 bis Art. 51 ZPO. Entsprechend ist ein Ausstandsgrund grundsätzlich dann gegeben, wenn Umstände vorliegen, welche geeignet sind, Misstrauen bezüglich der Unparteilichkeit der sachverständigen Person zu wecken.¹⁵⁸ Dabei muss aber nicht nachgewiesen werden, dass die sachverständige Person auch tatsächlich befangen ist.¹⁵⁹

¹⁵³ Wenn das Gericht über das erforderliche Fachwissen verfügt oder eine Begutachtung für den Entscheid in der Sache nicht erforderlich ist, so stellt es keine Verletzung des Rechts auf den Beweis dar, wenn einem Antrag auf Einholung eines Gutachtens nicht stattgegeben wird (vgl. BREITSCHMID, N 17 ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 10; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 3; vgl. aber auch die Kritik von MOSIMANN zur Ablehnung von Expertenansprüchen in SKK Kultur-MOSIMANN, S. 24 ff.

¹⁵⁴ Es gilt zu beachten, dass für die Würdigung von Gerichtsgutachten wie für alle anderen Beweismittel der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt. Im ungünstigsten Fall, wenn das Gutachten für das Gericht unbrauchbar ist, würde im Ergebnis ein prozessualer Leerlauf resultieren. Der Richter würde nämlich diesfalls im Rahmen der Beweiswürdigung das Gutachten als nicht richtig und nicht beweiskräftig erachten (vgl. BÜHLER, Jusletter, N 1 f.).

¹⁵⁵ Das Gutachten unterliegt freilich der freien richterlichen Beweiswürdigung. Von den gutachterlichen Schlussfolgerungen darf es aber nur aus triftigen Gründen abweichen, was im Endentscheid genau zu begründen ist (vgl. OFK-ZPO-WULLSCHLEGER, Art. 183 N 3a; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 18; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 15; HÜRLIMANN, Architekt, N 1496).

¹⁵⁶ Im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit ist ferner auch auf die Gleichbehandlung der Parteien zu achten. So kann das Verhalten der sachverständigen Person auch dann den Anschein der Befangenheit begründen, wenn daraus nach objektiver Betrachtung auf besondere Sympathien oder Antipathien oder auf eine Ungleichbehandlung der Prozessbeteiligten geschlossen werden kann (vgl. BGE 134 I 238, 240 E. 2.1; BeKom ZPO-RÜETSCHI, Art. 183 N 32; vgl. auch BÜHLER, AJP 2009, S. 571).

¹⁵⁷ DONATSCH, S. 38; vgl. auch JESSNITZER/FRIELING, N 183.

¹⁵⁸ Vgl. OFK ZPO-WULLSCHLEGER, Art. 183 N 8a; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 21; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 23; HÜRLIMANN, Architekt, N 1464;

Wenn die sachverständige Person bereits in einem früheren Verfahren im Auftrag des betreffenden Gerichts ein Gutachten erstellt hat, stellt dies für sich alleine in der Regel noch keinen Befangenheitsgrund dar. Dies selbst dann nicht, wenn das damalige Gutachten zuungunsten einer der Parteien ausgefallen ist, welche nun wiederum verfahrensbeteiligt ist.¹⁶⁰ Insbesondere im Kunstbereich ist dies nach hier vertretener Ansicht von besonderer Bedeutung und zu begrüssen, zumal die Anzahl an qualifizierten Kunstsachverständigen begrenzt ist. Erschwerend kommt sicherlich hinzu, dass auf dem Kunstmarkt zahlreiche Kunstobjekte verschiedener Stilrichtungen, Künstler und auch Kunstepochen existieren. Deshalb bedarf es für eine sachverständige Person jeweils einer langjährigen und aufwändigen Spezialisierung in einem dieser Fachgebiete. Würde nun die Ausstandsregelung gemäss Art. 183 Abs. 2 bzw. Art. 47 ZPO in der Gerichtspraxis zu streng gehandhabt, könnte mangels verfügbarer Kunstexperten die Qualität der gerichtlichen Kunstexpertisen unter Umständen nicht mehr gewährleistet werden.

Schliesslich besteht für das Gericht dadurch auch die Möglichkeit, eine Liste von Sachverständigen zu führen, um diejenigen Experten, welche sich in vergangenen Prozessen durch ihre hochqualifizierten Begutachtungen bewährt haben, auch zukünftig als sachverständige Person zu berufen.¹⁶¹ Diese Vorgehensweise ist im Übrigen auch für die Parteien von Vorteil, kann auf diese Weise doch ein hohes oder zumindest höheres Niveau an sachverständigen Personen im Kunstbereich sichergestellt werden. Im Falle einer zu strengen Auslegung der Ausstandsregelung wäre die Erstellung einer Liste von Sachverständigen hingegen sinnfrei und wohl kaum noch möglich.

Als Beispiel sei das *Paul Klee Zentrum* angeführt, welches über 4000 Werke von *Paul Klee*¹⁶² verfügt und dementsprechend spezialisiert und erfahren ist. Wenn nun dieses Institut aufgrund einer strengen Handhabung der Ausstandsregelungen keine gerichtlichen Begutachtungen mehr vornehmen dürfte, hätte dies für die Begutachtung von *Paul Klee*-Werken einen bedauerlichen Qualitätsverlust zur Folge.¹⁶³

BGE 120 Ia 187 m.w.H.; BGer 4A_118/2013 vom 29.04.2013 E. 2.1; vgl. zum Ganzen auch Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 24 ff.

¹⁵⁹ BGE 125 II 541 E. 4; zur Problematik des Dreieckverhältnisses zwischen Gericht und Gerichtsexperten einerseits sowie zwischen Gerichtsexperten und Verfahrensbeteiligten andererseits vgl. BÜHLER, SJP 2009, S. 329 ff.

¹⁶⁰ Vgl. BÜHLER, AJP 1999, S. 572; Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 37 f.; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 22; anders kann der Fall jedoch gelagert sein bei Vorbefassung in einer anderen Funktion, bspw. als Privatgutachter, behandelnder Arzt, Zeuge oder Anzeigsteller, welche die Tätigkeit als sachverständige Person regelmässig ausschliesst (vgl. dazu OFK-ZPO-WULLSCHLEGER, Art. 184 N 8a; BGE 125 II 541 E. 4; BGE 122 IV 23 E. 2).

¹⁶¹ Vgl. dazu auch CEPPI, S. 57. Im Zusammenhang mit Strafprozessen hat bereits das *Reichsjustizministerium (1919–1945)* eine Liste von geeigneten Sachverständigen für die zu Erstattung von Gutachten über die Echtheit, Fälschung oder Verfälschung von Kunstwerken, geführt (vgl. dazu WÜRTEMBERGER, S. 152).

¹⁶² *Paul Ernst Klee (1879–1940)* war ein deutscher Maler und Grafiker.

¹⁶³ Hierzu gilt es anzumerken, dass *Paul Klee* alle seine Bilder nummeriert hatte und in ein Buch eintrug. Auf diese Weise sind Fälschungen deutlich leichter auszumachen, als bei anderen

2.2.7. Entschädigungsanspruch des gerichtlich bestellten Gutachters

Die durch das Gericht bestellte sachverständige Person hat – wie der private Sachverständige auch – Anspruch auf eine Entschädigung.¹⁶⁴ Diese umfasst die Auslagen und das Honorar für die Tätigkeit, wobei der Anspruch darauf erst nach Abschluss des Auftrags entsteht.¹⁶⁵ Die Kantone können für die Entschädigung bestimmte Tarife festsetzen.¹⁶⁶ Existieren in einem Kanton keine Tarife, so ist im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR eine übliche Vergütung geschuldet.¹⁶⁷ Als Bemessungsfaktoren, nach denen sich die *Üblichkeit* des (nicht vereinbarten) Honorars richtet, werden in der Lehre und Rechtsprechung genannt: der Zeitaufwand, die Art und Dauer des Auftrags, die Schwierigkeit der Tätigkeit und deren Dringlichkeit, die Ausbildung und das besondere Können des Beauftragten, das übernommene Mass an Verantwortung und Risiko sowie seine berufliche Tätigkeit und Stellung.¹⁶⁸

Zur Konkretisierung der Höhe des Honorars können unter Umständen auch Richtlinien von Fachverbänden herangezogen werden.¹⁶⁹ Für gewöhnlich wird in der Praxis die Vergütung aber ohnehin vorab durch das Gericht vereinbart, in der Regel in Form eines Kostenvoranschlags oder Kostenrahmens.¹⁷⁰ Im Hinblick auf den Beweiskostenvorschuss der Parteien i.S.v. Art. 102 ZPO wird häufig bereits zum Voraus zumindest eine ungefähre Kostenschätzung eingeholt.¹⁷¹ Unnötiger und unverhältnismässiger Aufwand ist dabei grundsätzlich nicht zu vergüten.¹⁷² Ferner kommt bei einer Pflichtverletzung durch die sachverständige Person eine Reduktion oder sogar der vollständige Entfall des Entschädigungsanspruchs in Frage, wobei dies davon abhängt, in welchem Umfang das Gutachten unbrauchbar bzw. als Beweismittel nicht verwertbar ist.¹⁷³

Künstlern, bei welchen teilweise mehrere Werkverzeichnisse bestehen, die sich zudem noch in eklatanter Weise unterscheiden (vgl. PARTSCH, S. 36 f.).

¹⁶⁴ Vgl. Art. 184 Abs. 3 ZPO.

¹⁶⁵ Vgl. Botschaft ZPO, S. 7324; BSK ZPO-DOLGE, Art. 184 N 9; DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 184 N 18; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 184 N 8; Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 79.

¹⁶⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, S. 334 N 122; KUKO-ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, Art. 184 N 5. Vgl. für eine Aufzählung und Erläuterung der möglichen Honorarmethoden die Ausführungen in Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 74 ff.

¹⁶⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, S. 334 N 122; Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 77.

¹⁶⁸ Vgl. BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 394 N 39; FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 396; Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 78; BGE 117 II 284 E. 4b; BGE 101 II 111 E. 2.

¹⁶⁹ Vgl. Heer/Schöbi-BÜHLER, S. 78; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 184 N 9.

¹⁷⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, S. 334 N 122.

¹⁷¹ BSK ZPO-DOLGE, Art. 184 N 9; andernfalls wäre das Gericht gar nicht in der Lage, von den Parteien einen Kostenvorschuss für das Gutachten einzufordern (vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-WEIBEL, Art. 184 N 9a).

¹⁷² BGE 134 I 159 E. 4.3–4.5; BSK ZPO-DOLGE, Art. 184 N 10; DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, Art. 184 N 22.

¹⁷³ BSK ZPO-DOLGE, Art. 184 N 13; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 179 N 1.

2.3 Zwischenfazit

Dem privaten Kunstsachverständigen und der gerichtlich bestellten sachverständigen Person ist gemeinsam, dass es sich weder um eine geschützte Berufsbezeichnung handelt noch ein einheitlicher Ausbildungsweg existiert. Infolgedessen ist es sowohl dem privaten Auftraggeber wie auch dem Gericht grundsätzlich unbenommen, einen beliebigen Kunstsachverständigen zu beauftragen.¹⁷⁴ In der Praxis wird wohl in beiden Fällen ein grosses Augenmerk auf die Erfahrung, das Renommee sowie auf allfällige Ausbildungen des in Frage kommenden Sachverständigen gelegt werden. Bestenfalls sollten Kunstexpertisen von Sachverständigen erstellt werden, welche sich auf einzelne Künstler spezialisiert haben. Diesen Kunstexpertisen kommt aufgrund der Spezialisierung des jeweiligen Sachverständigen auch eine höhere Aussagekraft zu als denjenigen, die von Industrie- und Handelskammern für ganze Epochen und Gattungen angeboten werden.¹⁷⁵

In der Praxis wird ein privater Auftraggeber im Regelfall ebenfalls sehr hohe Ansprüche an einen Kunstsachverständigen haben, so dass sich das Anforderungsprofil des privaten Kunstsachverständigen kaum je von demjenigen der gerichtlich bestellten sachverständigen Person unterscheiden dürfte.¹⁷⁶ Im Unterschied zum Berufsbild des Privatgutachters ist dasjenige der gerichtlich bestellten sachverständigen Person jedoch – mindestens teilweise – gesetzlich geregelt.¹⁷⁷ So unterliegt Letztere besonderen zivil- oder strafprozessualen, allenfalls verwaltungsrechtlichen Normen bezüglich Vertragsverhältnis, Verfahrens- und Honorierungsvorschriften, Berufsgeheimnis und Sanktionen.¹⁷⁸ Durch diese zivil- und strafprozessualen Normen – insbesondere die verlangte Unabhängigkeit sowie die Strafandrohung nach Art. 307 StGB – wird primär angestrebt, die hohe Beweistauglichkeit einer gerichtlichen Kunstexpertise sicherzustellen und letztendlich zu rechtfertigen.

3. Die Kunstexpertise

3.1 Begriffsdefinition im Allgemeinen

Der aus dem Lateinischen entsprungene Begriff *Expertise* dürfte ebenso wie das aus dem gleichen Stamm abgeleitete Wort *Experte* im 19. Jahrhundert aus dem französischen in

¹⁷⁴ Selbstverständlich hat der gerichtlich bestellte Sachverständige die Voraussetzungen der Eigenschaft und insbesondere der Unabhängigkeit zu erfüllen. Es ist hiermit vielmehr gemeint, dass das Gericht nicht eine allfällige Berufsausübungsbewilligung, Zertifizierung oder dgl. zu beachten hat, sondern bei der Ernennung grosses Ermessen genießt (vgl. BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 31).

¹⁷⁵ GERLACH, S. 33.

¹⁷⁶ So auch HÜRLIMANN, Architekt, N 1470. Anders die Situation in Deutschland, wo gemäss WOLF die freien Gutachter häufig eher bereit seien, sich stärker zu spezialisieren, als öffentlich bestellte und vereidigte Kunstsachverständige (vgl. dazu WOLF, S. 61).

¹⁷⁷ In zivilrechtlicher Hinsicht vgl. insbesondere die Art. 183 ff. ZPO.

¹⁷⁸ Schwander/Studer-GLAUS, S. 110.

den deutschen Sprachraum übernommen worden sein.¹⁷⁹ So beschreibt die Expertise entweder den Vorgang der Begutachtung und fachmännischen Untersuchung oder das Ergebnis eines Sachverständigengutachtens, wobei im deutschen Sprachgebrauch der Schwerpunkt allerdings auf der letzteren Verständnisweise liegt.¹⁸⁰

Die Kunstexpertise ist jedenfalls keine Erscheinung unserer Zeit. Bereits im 17. Jahrhundert wurden in den Niederlanden häufig Gutachten über die Echtheit und den Wert eines Gemäldes erstellt, wobei als Gutachter vornehmlich Kunsthändler und berühmte Künstler wie beispielsweise *de Koninck*, *van Aelst* oder *Hondecoeter* in Erscheinung traten.¹⁸¹

Selbstverständlich findet der Begriff der *Expertise* nicht alleine im Rahmen der Begutachtung von Kunst Verwendung, sondern auch in anderen Gutachtenbereichen.¹⁸² So werden Expertisen in der Praxis insbesondere zu wissenschaftlichen, medizinischen oder technischen Fragen eingeholt. Unter Expertise versteht man dabei im juristischen Sprachgebrauch einen schriftlichen oder – wohl eher ausnahmsweise – mündlichen Bericht einer auf einem bestimmten Gebiet sachkundigen Person zu bestimmten Aspekten des zu beurteilenden Sachverhalts.¹⁸³

Kunstexpertisen unterscheiden sich von anderen Gutachten zunächst dadurch, dass sie sich auf Gegenstände der bildenden Künste beziehen.¹⁸⁴ Der Begriff der Kunstexpertise bezeichnet die Stellungnahme eines Experten, gemäss welcher er ein Kunstwerk beispielsweise einem bestimmten Künstler, einer bestimmten Epoche, einem bestimmten Künstlerkreis oder einer bestimmten Kunstlandschaft zu- oder abschreibt.¹⁸⁵

Sowohl im Sprachgebrauch der Laien als auch in der juristischen Diktion werden die Begriffe *Kunstexpertise* und *Kunstgutachten* dabei vorwiegend synonym verwendet.¹⁸⁶ Eine andere Ansicht differenziert zwischen dem *Kunstgutachten* als Oberbegriff einerseits und der *Expertise*, dem naturwissenschaftlichen (Kunst-)Gutachten und dem technischen (Kunst-)Gutachten andererseits.¹⁸⁷ Wiederum andere Meinungen in der Literatur verwenden den Begriff *Kunstexpertise* für ein zuschreibendes Gutachten bzw. für eine Echtheitsbestätigung, welche meist in Form eines Kurz- bzw. Pauschalgutachtens erstattet wird.¹⁸⁸ Demgegenüber wird der Begriff *Kunstgutachten* im Zusammenhang mit Wertgutachten gesehen, welche eine pekuniäre Bewertung des Kunstwerks beinhaltet.¹⁸⁹

¹⁷⁹ WOLF, S. 16.

¹⁸⁰ WOLF, S. 16.

¹⁸¹ Vgl. FLOERKE, S. 106 ff.

¹⁸² VON BRÜHL, S. 19.

¹⁸³ Vgl. Sutter-Somm/Hasenböhrer/Leuenberger-WEIBEL, Art. 183 N 4; BSK ZPO-DOLGE, Art. 183 N 4; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, S. 332 N 116 f.; GULDENER, S. 347; HONSELL, JuS, S. 627.

¹⁸⁴ WOLF, S. 16.

¹⁸⁵ Vgl. VON BRÜHL, S. 20; GERLACH, S. 10; KATZ, S. 24; HOYNINGEN-HUENE, S. 1461.

¹⁸⁶ WOLF, S. 16 ff.; SCHACK, N 142 ff.; HUTTENLAUCH, S. 119.

¹⁸⁷ Vgl. SENN, S. 171.

¹⁸⁸ HUTTENLAUCH, S. 119; HÄRET, S. 25; SIMONS, S. 1.

Nach einer wiederum anderer Ansicht wird die Expertise als Sonderform eines Gutachtens bezeichnet, die gerade im Kunst- und Antiquitätenhandel weit verbreitet sind und kürzer ausfallen, als ein «klassisches» Gutachten.¹⁹⁰

Im englischen Sprachgebrauch werden vorwiegend die Begriffe *expert's certificate* und *certificate of authenticity* verwendet, wobei Wertgutachten teilweise auch als *appraisal* oder *certificate of value* bezeichnet werden.¹⁹¹ Im französischen Sprachgebrauch sind insbesondere die Bezeichnungen *certificat d'authenticité*, *expertise* oder *certificat d'expert* geläufig.¹⁹² Eine Unterscheidung der beiden Begriffe ist nach hier vertretener Ansicht aber irreführend und ohne Mehrwert, so dass in der vorliegenden Arbeit die Begriffe der (*Kunst*-)Expertise und des (*Kunst*-)Gutachtens synonym verwendet werden.¹⁹³

Im weitesten Sinn versteht man unter einem *Kunstgutachten* bzw. einer *Kunstexpertise* jedenfalls Auskünfte eines Sachverständigen über bestimmte im Einzelfall als wesentlich erachtete Eigenschaften eines Kunstobjekts.¹⁹⁴ Was im konkreten Fall als wesentlich erachtet wird, hängt dabei regelmässig von der Art des zu begutachtenden Gegenstandes einerseits und dem Zweck, dem das Gutachten dient, andererseits ab.¹⁹⁵ So kann als Zweck einer Begutachtung bereits die kunstwissenschaftliche Beschreibung eines Werkes genügen, wogegen in einem anderen Fall die definitive Zuschreibung vorab zur Bestimmung des Marktwertes vorausgesetzt ist.¹⁹⁶ Wird das fragliche Kunstwerk aufgrund der vorliegenden Hinweisen bereits mit einer bestimmten Herkunft in Verbindung gebracht, erfolgen Expertisen vorwiegend nur noch mit dem Zweck der Überprüfung und Bestätigung der vermuteten Zuschreibung.¹⁹⁷

3.2 Gegenstand einer Kunstexpertise

3.2.1. Vorbemerkungen

Der Gegenstand einer Kunstexpertise bestimmt sich primär durch die Weisungen des Ratsuchenden. Weisungen sind Vorschriften des Ratsuchenden, welche der Kunstsachverständige grundsätzlich zu befolgen hat.¹⁹⁸ Der Ratsuchende kann Weisungen vor oder beim Vertragsschluss erteilen oder auch später, indem er den Vertragsinhalt konkretisiert oder modifiziert.¹⁹⁹ Regelmässig wird in einer Vereinbarung mit dem Ratsuchenden festgehalten, welche Tätigkeit nach Art und Umfang der Sachverständige zu erbrin-

¹⁸⁹ HÄRET, S. 25 und HUTTENLAUCH, S. 120.

¹⁹⁰ HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 605.

¹⁹¹ HÄRET, S. 25.

¹⁹² HÄRET, S. 25.

¹⁹³ Vgl. zum Ganzen WOLF, S. 16.

¹⁹⁴ WOLF, S. 17; KATZ, S. 24.

¹⁹⁵ WOLF, S. 17.

¹⁹⁶ WOLF, S. 17; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 579 f.

¹⁹⁷ GERLACH, S. 10; VON BRÜHL, S. 20; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 55.

¹⁹⁸ GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 55; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 211.

¹⁹⁹ SCHUMACHER, S. 150; GAUCH, N 1366 ff.; FELLMANN, BeKom, Art. 397 N 20.

gen hat.²⁰⁰ Daher bedarf die Beschreibung der zu erbringenden gutachterlichen Leistung bzw. der zu beantwortenden Fragestellung einer präzisen Formulierung durch den Ratsuchenden.²⁰¹ Dieser bestimmt, welche Abklärungen durch den Sachverständigen vorgenommen und in einem Gutachten näher umschrieben werden sollen. Beim Ratsuchenden wird es sich im Übrigen zumeist um eine Privatperson in ihrer Eigenschaft als Eigentümer eines Kunstwerks handeln. Als Ratsuchende sind ferner aber auch Auktionshäuser, Museen, Versicherungsgesellschaften und auch Behörden denkbar.²⁰² Die klassische Kunstexpertise ist grundsätzlich immer dann gefragt, wenn Unsicherheiten bei der Zuschreibung eines Werks bestehen oder aber von vornherein ausgeschlossen werden sollen.²⁰³ Neben der vertraglichen Vereinbarung richtet sich die Tätigkeit eines Kunstexperten im Wesentlichen nach drei zentralen Faktoren: «dem fraglichen Kunstwerk, dem Künstler und dem Pedigree²⁰⁴ des Kunstwerks».²⁰⁵

Im Vordergrund stehen in der Praxis die Feststellung der Herkunft, des Zustandes, der Echtheit und dem Wert des entsprechenden Kunstobjekts.²⁰⁶ Die jeweiligen Merkmale sind dabei oftmals derart eng miteinander verbunden, dass es ohnehin einer Abklärung mehrerer der genannten Eigenschaften bedarf, um zu einem vollständigen Resultat zu gelangen. Soll etwa der Wert eines Kunstobjektes festgestellt werden, ist es m.E. regelmäßig unabdingbar, vorgängig die Frage der Echtheit zu klären. Für die Abklärung der Echtheit ist es wiederum von Bedeutung, die Herkunft des Gemäldes zu kennen. Nebst der Feststellung der Echtheit ist diejenige nach dem Wert eines Kunstobjektes in der Praxis am häufigsten nachgefragt. Aus dem Gesagten ergibt sich jedenfalls, dass in der Praxis eine Vielzahl von möglichen Abklärungsinhalten bestehen und dementsprechend diverse Expertisentypen resultieren. Zunächst ist in der vorliegenden Arbeit auf das Wert- und Preisgutachten näher einzugehen.

3.2.2. Wert- und Preisgutachten

a) Definition

Wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt, zielt das Wert- und Preisgutachten auf die Wertermittlung eines Kunstwerkes ab.²⁰⁷ Der Wert eines Kunstwerks setzt sich im Gros-

²⁰⁰ HÄRET, S. 26; HOWALD/NABHOLZ, S. 479.

²⁰¹ JOLLES/ROESLE, S. 36.

²⁰² WOLF, S. 29; BISCHOFF, S. 37; wobei Versicherungen bei der Wertbestimmung oftmals nicht mitwirken und die Bestimmung dem Versicherungsnehmer überlassen, welcher wiederum gehalten ist, eine Expertise einzuholen (vgl. dazu KKR-RENOLO, 2020, Kap. 8 N 114).

²⁰³ WOLF, S. 29. Wenn eine Zuschreibung wie etwa bei der sakralen Kunst aus objektiver Sicht nicht möglich ist, spricht man auch von *anonymen Unikaten* (vgl. hierzu WREDE, S. 38 f.).

²⁰⁴ Als *Pedigree* (engl., Stammbaum, Herkunft) wird ein Herkunftsnachweis eines Kunstwerks bezeichnet, in dem seine vormaligen Eigentümer vermerkt sind.

²⁰⁵ THÉVENOZ, S. 45; HÄRET, S. 26.

²⁰⁶ Vgl. Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 194; JOLLES/ROESLE, S. 36; DRINKUTH, S. 55.

²⁰⁷ Vgl. zur Unterscheidung zwischen Expertise und Wertgutachten auch die Ausführungen in Byrne-Sutton/Renold-TAJAN, S. 137 und BISCHOFF, S. 37. Zur Unterscheidung in Deutsch-

sen und Ganzen aus zwei Komponenten zusammen. Ein Kunstobjekt besitzt zunächst einen ideellen Wert, der auf seiner historischen, kunsthistorischen, archäologischen oder sonstigen wissenschaftlichen Bedeutung beruht. Ferner besteht der Marktwert des Kunstobjekts, der je nach Zeitgeschmack, Rezeptionsgeschichte, Beliebtheit oder Aktualität von Künstler oder Epoche variiert.²⁰⁸

Die Stellungnahme der Experten kann Aussagen zum kunsthistorischen Wert oder zu der kulturhistorischen Bedeutung des untersuchten Werkes enthalten. Im Regelfall wird unter einer Wertschätzung aber die Bestimmung des wirtschaftlichen Werts, also des Marktwerts, verstanden.²⁰⁹ Beabsichtigt beispielsweise der Eigentümer, sein Kunstwerk zu verkaufen und gelangt er aus diesem Grund an einen Kunstexperten, so wünscht er eine Auskunft über den Marktwert, also den Preis, den er bei einem Verkauf erzielen könnte.²¹⁰ Die Feststellung eines Marktwerts gestaltet sich in der Praxis aber nicht ganz einfach, zumal gerade Versteigerungserlöse wesentlich vom Ort der Versteigerung und dem Publikum von Bietenden abhängen. Zu unterscheiden ist bei der Wertfestsetzung ferner zwischen dem ersten Kunstmarkt bzw. sog. Primärmarkt, also dem direkten Absatz eines Künstlers über Galerien und Messen, und dem zweiten Kunstmarkt bzw. sog. Sekundärmarkt, dem Auktions- und Kunsthandel.²¹¹ Im Primärmarkt werden die Kunstwerke folglich zum ersten Mal überhaupt angeboten. Unter den Sekundärmarkt sind alle Angebote zu subsumieren, die bereits einmal die Hand gewechselt haben.²¹²

Nebst dem Marktwert werden oftmals etwa auch der Steuer- oder Versicherungswert nachgefragt sein, wobei sich etwa der Versicherungswert meist am Marktwert orientiert.²¹³ Der Steuerwert entspricht – jedenfalls in der Schweiz – dem Verkehrswert, wobei der Ertragswert angemessen berücksichtigt werden kann.²¹⁴ Die jeweiligen

land zwischen Expertise und Gutachten vgl. HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 605 f.

²⁰⁸ MÖSL, S. 58; WREDE, S. 55 ff.

²⁰⁹ SIMONS, S. 30; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 579; WEIHE, S. 13; vgl. zum Kunstgut als Wert auch JAQUET, S. 68 ff.

²¹⁰ SIMONS, S. 30; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 579 f.

²¹¹ Vgl. SCHACK, N 566; SCHMIDT-GABAIN, Vermögenssteuerrecht, S. 99; STURM, S. 159; SKK Kunsthandel-STURM, S. 58; HERCHENRÖDER, Wandel, S. 23.

²¹² Vgl. SCHMIDT-GABAIN, Vermögenssteuerrecht, S. 99; STURM, S. 159; SKK Kunsthandel-STURM, S. 49; HERCHENRÖDER, Wandel, S. 23. Nur etwa 1–3% der zeitgenössischen Künstler verfügen über einen Sekundärmarkt (vgl. JOLLES/SIMONEK/WALDBURGER, S. 78).

²¹³ In der Praxis wird auf den Verkehrs- oder Marktwert abgestellt, also das objektive Interesse des Durchschnittsabnehmers (vgl. dazu KR-SCHEIFELE, 2013, S. 111; MÖSL, S. 58; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 579 f.). Die Schätzung des Werts eines Kunstwerks muss nicht nur aus dem objektiven Blickwinkel seines Handelwertes erfolgen, sondern auch aus dem subjektiven Blickwinkel seines immateriellen Werts (vgl. dazu KKR-RENOUD, 2009, Kap. 8 N 98; KR-JUNG, 2012, S. 17 ff.).

²¹⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 1 StHG; vgl. SCHMIDT-GABAIN, Vermögenssteuerrecht, S. 97 ff; METZ, S. 657.

Werte können sich in der Praxis teilweise beträchtlich voneinander unterscheiden.²¹⁵ Bei schwierig zu schätzenden Objekten besteht zudem die Möglichkeit, eine Eingrenzung des Wertes vorzunehmen. Bei der Untergrenze ist derjenige Wert zu suchen, unter dem der Kunsthandel nicht bereit wäre, das Kunstobjekt zu verkaufen, bei der Obergrenze hingegen jener Preis, zu welchem der Käufer nicht mehr bereit ist, das Kunstobjekt zu kaufen.²¹⁶

Unter eine Wertermittlung wird ferner auch die Feststellung einer Wertminderung subsumiert, was etwa im Schadensfall von Bedeutung sein kann.²¹⁷ So wird der Eigentümer des Gemäldes vom Wert und vom Umfang des Schadens zumeist lediglich eine vage oder überlieferte Vorstellung haben und deshalb auf eine externe Begutachtung angewiesen sein. Ein Kunstsachverständiger kann hier als neutrale Instanz auch von der Versicherung eingeschaltet werden, um einerseits die Plausibilität des Schadenhergangs zu prüfen und andererseits zu untersuchen, ob ein Total- oder Teilschaden vorliegt und insbesondere den Wert des beschädigten Objekts vor und nach Schadensereignis zu bestimmen.²¹⁸ Je nach Umfang des Schadens wird durch den Sachverständigen eine entsprechende Wertminderung festgelegt.²¹⁹ Die Wertminderung kann in Prozenten festgelegt oder – sofern der Marktwert bereits festgestellt wurde – in einer konkreten Summe angegeben werden.²²⁰

Bei der Ermittlung der Wertminderung werden – wie bei der Wertbestimmung selber – kunsthistorische Aspekte, wie z.B. die Stellung des Gemäldes/Werkes im Werk des Künstlers, die Rarität des Werkes und noch weitere Faktoren miteinbezogen.²²¹ Bei Gemälden richtet sich die Höhe der Wertminderung grundsätzlich nach der Beeinträchtigung der Originalsubstanz. Restaurierungsmassnahmen können zwar die Ästhetik wiederherstellen, nicht jedoch seine Originalität.²²²

Nach WOLF handelt es sich mithin nur dann um ein Wertgutachten, wenn die entsprechende Expertise zusätzlich darauf ausgerichtet ist, die begutachteten Werke einem Künstler oder zumindest einem Künstlerkreis zuzuschreiben. Soweit jedoch die Feststellung des Marktwertes die einzige getroffene Aussage sei, könne darin kein Kunstgutachten, sondern nur noch eine Schätzung erblickt werden.²²³

²¹⁵ Vgl. SIMONS, S. 30 f.; Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 195; vgl. zum Steuerwert auch METZ, S. 657 ff.

²¹⁶ Vgl. HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 588.

²¹⁷ Ferner kann eine Wertminderung aufgrund einer missglückten Restauration eintreten (vgl. hierzu HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 592 ff.).

²¹⁸ PRACHER, S. 53; GABUS, S. 82 ff.; vgl. zum Ganzen BREIDENSTEIN, S. 34 ff.

²¹⁹ BREIDENSTEIN, S. 34.

²²⁰ Restauratoren erstatten in der Regel keine Wertgutachten, so dass von ihnen die Wertminderung nur in Prozenten angegeben wird (vgl. dazu BREIDENSTEIN, S. 35).

²²¹ BREIDENSTEIN, S. 36; KR-SCHEIFELE, 2013, S. 111.

²²² BREIDENSTEIN, S. 36 ff.

²²³ WOLF, S. 20; vgl. auch HUTTENLAUCH, S. 118 ff.

WOLF erkennt hierbei jedoch den Umstand, dass jeder Wertbestimmung bzw. Schätzung in der Regel umfangreiche Abklärungen vorangehen. So stellt u.a. die Echtheit des Kunstwerks für die Wert- und Preisbestimmung eine relevante Vorfrage dar. Für die Erstellung eines Wertgutachtens ist diese vorfrageweise Abklärung der Echtheit in der Regel unerlässlich, da der Authentizität ein erhebliches Gewicht bei der Wertbestimmung zukommt.²²⁴

Liegt über die Frage der Echtheit des Gemäldes bereits ein Gutachten vor, muss dieses womöglich einer Plausibilitätsprüfung unterzogen werden. Zur exakten und gewissenhaften Bestimmung des Wertes sind ferner diverse Eigenschaften des Kunstwerkes zu prüfen. Neben der Echtheit und Herkunft, gehören der Erhaltungszustand²²⁵, das Material, die Grösse²²⁶, die Art und die Ausführung des Kunstwerks sowie die Marktfrische zu den wertbildenden Faktoren, die für das Wert- und Preisgutachten ausschlaggebend sind.²²⁷ Es erhellt, dass die sorgfältig vorgenommene Wertbestimmung weitreichender vorgängiger Abklärungen bedarf und das daraus resultierende Ergebnis – entgegen der Ansicht von WOLF – folglich durchaus als Kunstexpertise bezeichnet werden kann.

b) Unterschiedliche Wertfeststellungen

Die zahlreichen wertbildenden Faktoren führen nicht selten dazu, dass die von verschiedenen Kunstexperten festgestellten Werte für einen einzigen Kunstgegenstand beträchtlich voneinander abweichen können.²²⁸ Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine der Bewertungen unrichtig sein muss.²²⁹ Vielmehr sind die genannten wertbildenden Faktoren zu vielfältig und auch zu sehr von subjektiven Einschätzungen abhängig.²³⁰ Es besteht ein

²²⁴ VON BRÜHL, S. 22; vgl. auch HUTTENLAUCH, S. 118 ff.

²²⁵ Vgl. dazu WREDE, S. 55; soweit Beschädigungen den künstlerischen Wert eines Werkes nicht herabsetzen und keine Gefahr für den Verlust der Wertbeständigkeit durch fortschreitende natürliche Verderbnis besteht, hat der Erhaltungszustand, selbst wenn nicht vollkommen makellos, meist keinen allzu starken Einfluss auf die Bewertung (vgl. dazu JAQUET, S. 87; vgl. hierzu aber auch HERCHENRÖDER, Analyse, S. 96, wonach die Altmeisterkäufer im Jahre 1990 stärker denn je auf den Erhaltungszustand geachtet haben).

²²⁶ So sind bspw. neuzeitliche Gemälde, deren Höhe und Breite weniger als 10 cm messen, genau so unbeliebt wie Skulpturen im Ausmass von Schlachtdenkmalern (vgl. dazu JAQUET, S. 81).

²²⁷ Vgl. hierzu VON BRÜHL, S. 22; BREIDENSTEIN, S. 36; BOOCHS/GANTEFÜHRER, S. 24; WREDE, Fn 182; HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 38; WEIHE, S. 143; HB Handbuch-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 583 und S. 588; HERCHENRÖDER, Analyse, S. 306; FAUDE-NAGEL, S. 35; SCHMID, Kunstbetrug, S. 9; vgl. für die Bewertungskriterien in einem Auktionshaus die Tafel 10 in DRINKUTH, S. 290.

²²⁸ Dies zeigte sich bspw. deutlich im Fall eines Gemäldes «La Méditation» des französischen Landschaftsmalers *Jean-Baptiste Camille Corot*, bei welchem sechs Experten zu Ergebnissen zwischen \$ 40000.00 und \$ 256000.00 gelangten (vgl. dazu Furstenberg v. U.S., 595 F.2d 603, 612 f., Court of Claims 1979; SCHACK, N 143); ferner auch Hoeren/Holznel/Ernstschneider-ANDERSCH, S. 336.

²²⁹ SIMONS, S. 30.

²³⁰ Vgl. SCHACK, N 143; NÄGELI, S. 144; KR-SCHEIFELE, 2013, S. 111; ARMBRÜSTER, S. 308; WREDE, S. 55 ff.; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 588.

erheblicher Ermessensspielraum für den Kunstsachverständigen.²³¹ Die Qualität eines Kunstobjektes hat Einfluss auf seinen Wert, ebenso seine Grösse²³², die Entstehungszeit, das Sujet²³³ oder auch etwa die Tatsache, ob es auf bedeutenden Ausstellungen gezeigt wurde.²³⁴ Erschwerend hinzu kommt die Tatsache, dass die Preisbildung bzw. der Wert eines Kunstgegenstandes von oftmals kurzfristigen Trends wie auch von der aktuellen konjunkturellen Lage zusätzlich beeinflusst wird.²³⁵ Der Wert von Kunst ergibt sich nicht zuletzt aus ihrem lokalen und historischen Kontext, aus ihrer Bedeutung für Ort und Menschen.²³⁶ Aufgrund dieser Gefahr von Marktschwankungen ist sodann auch die zeitliche Gültigkeit von Wertgutachten bei der Verwendung zu berücksichtigen.²³⁷

c) Bedeutung von Wertgutachten in der Praxis

Wertgutachten kommt in der Praxis grosse Wichtigkeit zu. Sie sind insbesondere für die Besteuerung²³⁸, Versicherung²³⁹ und Beleihung von Kunstgegenständen und ferner auch für die Vermögensauseinandersetzung im Rahmen einer Erbschaft oder einer Scheidung von Bedeutung.²⁴⁰ Schlussendlich kann in jeder Art von Streitigkeit um ein Kunstobjekt die Festlegung eines Wertes erforderlich werden.²⁴¹ Ferner legen Auktionshäuser bzw. deren Experten Schätz- und Limitwerte fest, um diese schliesslich anlässlich der Versteigerung als Richtwert bekannt zu geben.²⁴²

²³¹ HONSELL, S. 340.

²³² Vgl. hierzu MICHOR, S. 49.

²³³ Vgl. hierzu MICHOR, S. 49 ff.

²³⁴ Vgl. ROLFES, S. 46; HERCHENRÖDER, Wandel, S. 67; HEBBORN, S. 47.

²³⁵ JOLLES/SIMONEK/WALDBURGER, S. 78; SIMONS, S. 30.

²³⁶ PRACHER, S. 52.

²³⁷ Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 195; HERCHENRÖDER, Wandel, S. 253; auch kunstgeschichtlich gefestigte Werke unterliegen Schwankungen in der Marktbewertung (vgl. WEIHE, S. 132 f.).

²³⁸ HEUER weist darauf hin, dass das Finanzamt für die Bewertung von Kunstgegenständen nicht für jedes deklarierte Kunstwerk eine gutachterliche Stellungnahme einfordern kann, die dann wieder ein Gegengutachten provoziert. So erweist sich die Begutachtung – auch aus Kostengründen – in vielen Fällen als unverhältnismässig (vgl. HEUER, Bewertung, S. 441). Aufgrund der Bewertungsschwierigkeiten behelfen sich viele Kantone damit, dass sie für die Besteuerung auf den Versicherungswert abstellen (vgl. JOLLES/SIMONEK/WALDBURGER, S. 78, KR-JUNG, 2012, S. 23; vgl. auch JUNG, S. 9 ff und METZ, S. 652 ff.). Eine Ausnahme bildet der Kanton Basel-Landschaft, welcher für Gemälde und sonstige Kunstsammlungen nur die Hälfte des Versicherungswertes einsetzt (vgl. Ziff. 825 der Wegleitung des Kanton Basel-Landschaft zur Steuererklärung 2022). Im Kanton Basel-Stadt besteht die Möglichkeit einer Steuerermässigung bei Vermögen mit geringen Renditen (vgl. § 52 StG BS und KR-JUNG, 2012, S. 18 f.).

²³⁹ Im Rahmen von Kunstversicherungen gilt es zu beachten, dass die Versicherungssumme während der gesamten Laufzeit des Versicherungsvertrags so oft wie nötig dem Wertzuwachs bzw. der Wertminderung des Versicherungsobjekts angepasst wird, andernfalls der Versicherungsnehmer Gefahr läuft, im Schadenfall mit dem Problem der Über- oder Unterversicherung konfrontiert zu werden (vgl. Art. 50 VVG und KKR-VOSS/GROLIMUND, 2020, Kap. 8 N 157).

²⁴⁰ Vgl. SCHACK, N 142; JAQUET, S. 56; KR-SCHEIFELE, 2013, S. 111; ARMBRÜSTER, S. 317; METZ, S. 658; KR-JUNG, 2012, S. 23; FISCHER, S. 43; MÜLLER, Leitfaden, S. 178.

²⁴¹ BREIDENSTEIN, S. 36.

Vielfach besitzen nämlich Verkaufswillige nicht die notwendige Fachkunde und Sachkenntnis, um den Wert und die Bedeutung des in Frage stehenden Kunstgegenstandes selbst zu beurteilen. Grund dafür könnte sein, dass sich das Kunstobjekt bereits jahrelang im Familienbesitz befindet oder durch Erbgang erworben wurde, womit der Erwerbszeitpunkt bereits Jahre zurückliegt. Der damalige Anschaffungspreis wird insofern zumeist keinen nützlichen Anhaltspunkt mehr bieten.²⁴³ Nebst den soeben dargelegten Anwendungsfällen kann dem Wertgutachten auch in prozessualer Hinsicht entscheidende Bedeutung zukommen. So ist der Wert des Streitgegenstandes (somit der Streitwert) u.a. massgebliches Kriterium für die Besetzung des Gerichts²⁴⁴, die Verfahrensart²⁴⁵, die Möglichkeit eines Verzichts auf ein Schlichtungsverfahren²⁴⁶, die Zulässigkeit der Berufung²⁴⁷ sowie für die Partei-²⁴⁸ und Gerichtskosten.

Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ergibt sich der Streitwert dabei primär aus dem Rechtsbegehren. Lautet das Rechtsbegehren jedoch nicht auf die Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, so haben sich die Parteien zunächst über den Streitwert zu einigen.²⁴⁹ Besteht bereits ein Wertgutachten über das im Streit liegenden Kunstobjekt, kann auf den darin festgestellten Wert abgestellt werden.²⁵⁰ Existiert dagegen noch kein Wertgutachten und erzielen die Parteien infolgedessen keine Einigung oder ist diese offensichtlich unrichtig, so hat das Gericht den Streitwert festzusetzen. Wenn das Gericht nun weder anhand objektiver Angaben im Sachverhalt noch aufgrund der Parteiangaben auf eine befriedigende Lösung schliessen kann,

²⁴² BREIDENSTEIN, S. 36; KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 161; vgl. für erzielte Höchstpreise anlässlich von Kunstauktionen auch HERCHENRÖDER, Wandel, S. 60 ff. sowie zu den diversen – teilweise amüsanten – Auktionstypen aus vergangenen Zeiten die Ausführungen in HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 11 ff.

²⁴³ THOMSEN, S. 8.

²⁴⁴ Vgl. bspw. § 71 GOG BS, welcher die Zuständigkeit des Einzelrichters, Dreiergerichts und der Kammer des Zivilgerichts u.a. vom Streitwert abhängig macht.

²⁴⁵ So gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30000.00 – mit Ausnahmen – das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO) und bei einem Streitwert über CHF 30000.00 – mit Ausnahmen – das ordentliche Verfahren (Art. 219 ZPO).

²⁴⁶ Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mind. CHF 100000.00 können die Parteien gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten (Art. 199 Abs. 1 ZPO). Auch ist der Streitwert massgeblich, ob die Schlichtungsbehörde einen Entscheid fällen (Art. 212 Abs. 1 ZPO) oder einen Urteilsvorschlag unterbreiten kann (Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO). In kunstrechtlichen Streitigkeiten dürfte aber die jeweilige Grenze von CHF 2000.00 bzw. CHF 5000.00 ohnehin jeweils deutlich überschritten werden.

²⁴⁷ So ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mind. CHF 10000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

²⁴⁸ Vgl. dazu § 4 ff. Honorarordnung für Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt vom 16.06.2020 (SG 291.400).

²⁴⁹ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 25; FREY, S. 122 ff.

²⁵⁰ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 25.

steht ihm zur Festsetzung des definitiven Streitwerts wiederum die Anordnung eines Gutachtens oder einer Expertise offen.²⁵¹

Es wird jedoch in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Anordnung eines Gutachtens unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie und der Pflicht zur beförderlichen Prozessleitung (Art. 124 Abs. 1 ZPO) grundsätzlich abzulehnen ist.²⁵² In diesem Zusammenhang wird zudem gefordert, dass das separate Verfahren zur Streitwertfestlegung mittels Einholen eines Gutachtens überhaupt zu einem Mehrwert oder zur definitiven Festlegung des Streitwerts führen kann, andernfalls davon abzusehen ist.²⁵³ Es wäre in einem derartigen Fall wohl zielführender und sinnvoller, den Streitwert in einem ersten Verfahrensstadium provisorisch festzulegen und ihn entsprechend anzupassen, sobald dies aufgrund der vorliegenden Informationen möglich ist.²⁵⁴

d) Methodik eines Wertgutachtens

Die Zielrichtung und Methodik von Wert- und Preisgutachten richtet sich sodann nach dem Anlass der Wertermittlung.²⁵⁵ Ob es sich um Ankaufs-, Verkaufs-, Schadens-, Steuer- oder Versicherungsfälle handelt, ist somit weichenstellend für die Frage, welche Bewertungskriterien zu berücksichtigen sind.²⁵⁶ Entscheidend ist insbesondere, ob der Marktwert, der Restwert, der Mindesterlöswert, der Wiederbeschaffungswert oder der gemeine Wert ermittelt werden soll.²⁵⁷ Der Wiederbeschaffungswert beschreibt etwa den Geldbetrag, der aufgewendet werden muss, um ohne zeitlichen Druck ein in Art und Güte vergleichbares Kunstwerk im Fachhandel zu erwerben.²⁵⁸ Denkbar wäre auch eine Kombination der entsprechenden Werte, wie etwa im vermögenssteuerrechtlichen Bereich. Hier erfolgt die Bewertung zum Verkehrswert, wobei der Ertragswert angemessen berücksichtigt werden kann.²⁵⁹

Der Zweck für welchen die Wertermittlung erfolgt, hat einen oftmals (unbeabsichtigten) Einfluss auf die Wertbestimmung, der jedenfalls nicht ausser Acht gelassen werden darf und bei der Verwendung der Expertise zu berücksichtigen ist.²⁶⁰ So fallen Schätzungen

²⁵¹ FREY, S. 131; RICKLI, N 294; vgl. auch BGE 92 II 62 E. 1 betreffend die gutachterliche Schätzung des Streitwerts einer Grunddienstbarkeit (Wegrecht).

²⁵² FREY, S. 131; MEYER, S. 561.

²⁵³ Vgl. FREY, S. 131; MEYER, S. 561.

²⁵⁴ Vgl. hierzu FREY, S. 161 ff.

²⁵⁵ VON BRÜHL, S. 21; Hoeren/Holzner/Ernstschneider-REMMERS, S. 194.

²⁵⁶ Vgl. VON BRÜHL, S. 21; JAQUET, S. 56; KR-SCHEIFELE, 2013, S. 111; WREDE, Fn 182; vgl. auch WOLF, S. 32.

²⁵⁷ VON BRÜHL, S. 22; WREDE, Fn 182; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 579; vgl. auch GABUS, S. 82 ff und HEUER, S. 126.

²⁵⁸ PRACHER, S. 53; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 580.

²⁵⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 StHG; zur vermögenssteuerrechtlichen Bewertung eines Kunstwerks vgl. SCHMIDT-GABAIN, Vermögenssteuerrecht, S. 97 ff.; METZ, S. 658 ff. und JOLLES/SIMONEK/WALDBURGER, S. 76 ff.

²⁶⁰ Gerade bei Vereinbarungen über Versicherungssummen hat der Versicherungsnehmer nicht selten ein Interesse daran, den deklarierten Wert in Absprache mit der Versicherung möglichst

für die Erbschafts- und Schenkungssteuer oder für den Pflichtteilsanspruch eines enterbten Familienangehörigen tendenziell niedriger als als beispielsweise für Schadenersatzansprüche, zumal diese im Ergebnis oftmals auf eine Versicherung abgewälzt werden können.²⁶¹ Auch bei Beleihungsgutachten für Banken oder bei Kunstexperten für den Abschluss von Versicherungen können sich anderer Wertfeststellungen ergeben als bei solchen, die anlässlich des bevorstehenden Verkaufs eines Kunstwerkes erstellt werden.²⁶² Der Versicherungswert wird oftmals höher angesetzt, da eine potentielle Wertsteigerung mit einkalkuliert wird.²⁶³

Unabhängig vom Wert (Versicherungs-, Wiederbeschaffung-, Marktwert etc.), welcher ermittelt werden soll, sind bei Wertgutachten grundsätzlich sämtliche wertbildenden Kriterien zu berücksichtigen. Dabei handelt es sich unter anderem um folgende Kriterien: Authentizität, Künstler, Schule, Signatur²⁶⁴ und Datierung, Gattung, Technik, Masse, Motiv²⁶⁵, Innovation, Zustand, Marktfrische²⁶⁶, kunst- und kulturhistorische Bedeutung, Qualität, Provenienz, Restitutionsfreiheit, Seltenheit, Schaffensperiode, Charakteristik und Performance.²⁶⁷ Auch allfällige Verfügungsbeschränkungen sind zu berücksichtigen, wie etwa Exportverbote.²⁶⁸ So kann etwa die Eintragung eines Kunstobjektes in die

hoch anzusetzen, um die Wertsteigerungsspirale in Gang zu halten (vgl. GÄRTNER, S. 2997). Teilweise verfügen die Versicherungen selber über Kunstsachverständige, welche in der Folge eine Schätzung vornehmen (vgl. dazu HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 519).

²⁶¹ Vgl. SCHACK, N 568; JOLLES/SIMONEK/WALDBURGER, S. 78; SIMONS, S. 30; MÜLLER, Leitfaden, S. 178.

²⁶² SIMONS, S. 30; Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 195.

²⁶³ PRACHER, S. 53; vgl. auch KR-SCHEIFELE, 2013, S. 111; wird ein Ersatzwert zwischen der Versicherung und dem Versicherungsnehmer vereinbart, geschieht dies aus Beweisfragen: sollte die Sache untergehen, wird als Ersatzwert der vereinbarte Wert angenommen, ausser die Versicherung kann nachweisen, dass der Wert in der Realität geringer war, weil der Marktwert der Werke des betreffenden Künstlers gesunken ist (vgl. GABUS, S. 92 ff. und KKR-VOSS/GROLIMUND, 2020, Kap. 8 N 170 ff.).

²⁶⁴ Vgl. BURG zu den Eigenheiten der Signatur in der italienischen Malerei (S. 264 ff.), der niederländischen Malerei (S. 395 ff.) und der deutschen Malerei (S. 448 ff.); vgl. hierzu auch HEBBORN, S. 58 ff. und KNUT, S. 37 ff.

²⁶⁵ Der Kunstmarkt bevorzugt grundsätzlich einen sofort erkennbaren, persönlichen Stil eines Künstlers, so sollen auch weniger ausgewiesene Sammler ein typisches Werk eines bekannten Künstlers sofort erkennen. So werden z.B. die Blumen-Stilleben von *Heri Fantin-Latours* (franz. Maler, 1836–1905) wesentlich höher bewertet als andere Motive seiner Gemälde (vgl. dazu WEIHE, S. 145).

²⁶⁶ Wenn ein Kunstobjekt schon durch den Handel oder durch andere Auktionen gelaufen ist (oftmals als «Wanderpokal» bezeichnet), wird der Preis immer niedriger sein, als wenn es frisch aus einer Sammlung kommt (vgl. hierzu HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 38 und WEIHE, S. 145 f., nach welchem das Kunstwerk den «Überraschungseffekt» verliert).

²⁶⁷ Vgl. PRACHER, S. 52; WREDE, Fn 182; SKK Gegenwart-SCHACK, S. 9; HERCHENRÖDER, Wandel, S. 243; HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 38; WEIHE, S. 144; HEBBORN, S. 58 ff.; EBLING/SCHULZE, S. 191 ff.

²⁶⁸ Vgl. HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 589; SKK Kunsthandel-MÜLLER-CHEN, S. 31; SKK Restitution-SCHACK, S. 73 ff. Zu beachten wäre auch ein allfälliges Übertragungsverbot i.S.v. Art. 16 Abs. 1 KGTG, wenn der Kunsthändler nicht von der einwand-

Liste national wertvollen Kulturgutes zu einem faktischen Ausfuhrverbot führen.²⁶⁹ In diesem Fall ist der internationale Markt nicht mehr beispielbar, womit zahlungsfähige ausländische Museen und Sammler als potentielle Käufer ausscheiden. Auch wenn ein Gemälde in eine Denkmalschutzliste eines Landes eingetragen worden ist, kann dies den Wert eines Gemäldes beeinflussen. Insbesondere wenn damit ein Verbringungsverbot verbunden ist bzw. Genehmigungserfordernisse für den landübergreifenden Kunsttransfer benötigt werden.²⁷⁰

Ferner ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass die Gattung und Technik des Werks bei der Wertermittlung ebenfalls eine Rolle spielen. Zeichnungen werden auf dem Markt traditionell niedriger gehandelt als Aquarelle, diese wiederum niedriger als vergleichbare Ölgemälde. Es sei denn, der Künstler ist für eine der genannten Techniken besonders bekannt. Kleinere Werke sind meist günstiger als grosse und marktfreundlichere Motive finden ein breiteres Sammlerinteresse.²⁷¹ Berücksichtigt wird auch das sog. «Eco System» in welchem sich der Künstler befindet – also das Umfeld, das ihn protegirt, fördert und vermarktet.²⁷² Genannte Kriterien werden allesamt im Rahmen einer sorgfältigen Wertschätzung miteinbezogen.

Im Übrigen hat ein Kunstsachverständiger bei der Wertermittlung auch die Möglichkeit und gegebenenfalls sogar die Pflicht, auf Kunstpreisdatenbanken zurückzugreifen.²⁷³ Aus verschiedenen Kunstpreisdatenbanken lassen sich Schätzwerte, Limit- und Hammerpreise vergleichbarer Werke finden, mit deren Hilfe eine Tendenz im Preis erkennbar ist.²⁷⁴ Nebst den genannten Werten sind in den Datenbanken meist auch die Künstlernamen, Titel der Werke, Techniken, Masse, Signaturen, sowie Verkaufsort und -datum vermerkt.²⁷⁵ Es gilt zu berücksichtigen, welche Preise in der Datenbank genannt werden und ob es zum Zeitpunkt des Verkaufs Besonderheiten gab, die den Preis beeinflusst haben könnten.²⁷⁶ Zu denken ist u.a. an eine zeitnahe Ausstellung, mediale Aufmerksamkeit, ein Bietergefecht²⁷⁷ oder ein besonders hoher Verkauf eines vergleichbaren

freien Provenienz des zu übertragenden Kulturguts überzeugt ist (vgl. dazu DAL MOLIN, S. 56 f.).

²⁶⁹ Vgl. WREDE, S. 57; vgl. für das KSGS auch SKK Restitution-SCHACK, S. 73 ff.

²⁷⁰ HEUER, S. 125.

²⁷¹ So kann das Motiv eines Gemäldes einen erheblichen Einfluss auf dessen Verkaufserlös haben (vgl. hierzu bei Altmeistern HERCHENRÖDER, Wandel, S. 76 ff. und S. 110).

²⁷² PRACHER, S. 53.

²⁷³ Wie etwa die Kunstpreisdatenbank *artnet* (<www.artnet.com>) oder *artprice* (<www.artprice.com>).

²⁷⁴ WEIHE, S. 143; gemäss WREDE bilden die Kunstpreisdatenbanken einen vagen Orientierungsrahmen (vgl. WREDE, S. 53 und auch HB-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 587).

²⁷⁵ WEIHE, S. 143.

²⁷⁶ So können nach WEIHE eigentlich nur Werke, die am gleichen Ort und zur selben Zeit versteigert werden, miteinander in Konkurrenz treten (vgl. WEIHE, S. 145).

²⁷⁷ Es braucht an einer Auktion lediglich zwei versessene Interessenten, um einen Preis für ein bestimmtes Kunstwerk in die Höhe zu treiben (vgl. WEIHE, S. 154).

Werks.²⁷⁸ Unerlässlich ist jedenfalls auch die Verfolgung des Verlaufs und der Ergebnisse von nationalen und internationalen Auktionen.²⁷⁹

Gerade bei eher unbekanntem Künstlern, deren Werke bisher nicht gehandelt wurden, ist eine Wertermittlung schwierig, da in solchen Fällen zumeist nicht auf Kunstpreisdatabanken zurückgegriffen werden kann. Dem Kunstsachverständigen steht es aber offen, in einem solchen Fall durch Marktrecherche vergleichbare Künstler mit ähnlicher Vita, Ausbildung und künstlerischer Herangehensweise ausfindig zu machen, deren Werke auf dem Markt bereits gehandelt worden sind.²⁸⁰ Nach dem Angleich der entsprechenden wertbildenden Kriterien können sodann die Marktpreise auch in diesen Fällen nachvollziehbar definiert werden.²⁸¹ Abschliessend gilt es noch anzumerken, dass eine exakte Schätzung bei individuellen Gütern wie Kunstgegenständen sehr schwierig ist und dem Kunstsachverständigen ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt.²⁸²

3.2.3. Begutachtung der Authentizität

a) Bedeutung der Authentizität für den Kunstmarkt

Beim Handel mit Kunstgegenständen aber auch etwa bei Museumsausstellungen spielt insbesondere die *Echtheit* bzw. Authentizität der Objekte eine bedeutende Rolle.²⁸³ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Seltenheit der jeweiligen Kunstwerke.²⁸⁴ Die Echtheit gilt dabei als wichtigste und wahrste Eigenschaft eines Kunstgegenstandes und ist der klassische Qualitäts- und Wertfaktor für Kunstobjekte.²⁸⁵ Es erstaunt insofern nicht, dass das Echtheitszertifikat oftmals auch als Grundpfeiler des Kunsthandels bezeichnet wird.²⁸⁶

Die Gefahr des Erwerbs einer minderwertigen Nachahmung anstatt eines wertvollen und seltenen Originals ist durchaus existent.²⁸⁷ Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil der Sammler, welcher das unechte Werk entdeckt und sich nicht eingestehen kann, dass er

²⁷⁸ PRACHER, S. 54; WEIHE geht hier noch weiter, so können sich der Moment der Versteigerung, die Persönlichkeit des Auktionators, der festliche Rahmen und selbst das Wetter unkalulierbar auf den Preis auswirken (vgl. WEIHE, S. 145).

²⁷⁹ EBLING/SCHULZE, S. 285.

²⁸⁰ HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 587.

²⁸¹ PRACHER, S. 54.

²⁸² HONSELL, S. 340.

²⁸³ EBLING/SCHULZE, S. 283; auch im Zusammenhang mit der längeren Verjährungsfrist (Art. 210 Abs. 3 OR), der längeren Ersitzungsfrist (Art. 728 Abs. 1^{ter} ZGB) und somit dem Anwendungsbereich des KGTG kann die Frage der Echtheit eines Kunstobjektes von Bedeutung sein (vgl. SCHÖNENBERGER, FS Schwenzer, S. 1546 ff. m.w.H.).

²⁸⁴ Vgl. Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 195; GOEPFERT, S. 25; VON BRÜHL, S. 7; WEIHE, S. 144; vgl. auch den von DIGGELMANN aufgestellten Leitsatz: «Alles was gesammelt wird, wird auch gefälscht, und alles was gefälscht wird, findet schliesslich auch Liebhaber und Abnehmer» (vgl. DIGGELMANN, S. 23).

²⁸⁵ Vgl. KATZ, S. 33; IRLE, S. 4; HEUER, S. 122; WEIHE, S. 116; EBLING/SCHULZE, S. 240.

²⁸⁶ SCHRAGE, S. 145.

²⁸⁷ GERLACH, S. 11.

Geld und Freude für eine Nachahmung verschwendet hat, den Betrug gleichwohl oftmals fortsetzen wird.²⁸⁸ Der Grund hierfür muss nicht im Schamgefühl liegen, sondern in der Absicht, den Wert der eigenen Sammlung oder den Marktwert des Künstlers nicht zu gefährden.²⁸⁹ So haben Händler und Auktionatoren in der Regel kein Interesse daran, öffentlich zuzugeben, dass sie auf eine Fälschung hereingefallen sind.²⁹⁰

Neben den wirtschaftlichen Folgen kommt für die soeben genannten Akteure ein nicht unerheblicher Reputationsschaden hinzu, sollte sich herausstellen, dass ein vermeintlich wertvolles Meisterwerk nur eine gut gemachte Fälschung ist.²⁹¹ Dies gilt im Besonderen auch für Museen. Wenn etwa ein Kunstwerk mit öffentlichen Geldern zu einem hohen Preis gekauft worden ist und sich in der Folge herausstellt, dass die Verantwortlichen einem Betrug aufgesessen sind.²⁹² Trotzdem hört man erstaunlicherweise selten, dass Museen ein unechtes Werk auszusortieren²⁹³ haben.²⁹⁴ Grund dafür sind gewiss auch die Konservatoren und Restauratoren, welche gestützt auf ihre Berufserfahrung und kunsttechnologischen Untersuchungsmöglichkeiten die Gefahr, sich ein unechtes Werk anzuschaffen, verringern.²⁹⁵

Die Käufer, welche über die finanziellen Mittel verfügen, um teure Kunstwerke zu erwerben, sind häufig schon aus zeitlichen Gründen nicht in der Lage, sich auf diesem Gebiet Spezialwissen anzueignen.²⁹⁶ Die Wissenschaft hat sich zudem derart spezialisiert, dass selbst der kenntnisreiche Händler als Experte nicht mehr mitkommt.²⁹⁷ So erfordert gerade die Echtheitsfrage ein fundiertes Expertenwissen.²⁹⁸ Bevor grössere Geldsummen

²⁸⁸ IRLE, S. 7; vgl. auch DREIER, S. 39 f.; gleiches kann gemäss FISCHER für den Kunsthändler gelten (vgl. FISCHER, Kunsthandel, S. 11 ff.).

²⁸⁹ SCHACK, Kunstfälschungen, S. 159; vgl. auch SANDMANN, S. 19 ff.; SKK Gegenwart-SCHACK, S. 10.

²⁹⁰ SCHACK, Kunstfälschungen, S. 159; SKK Gegenwart-SCHACK, S. 10.

²⁹¹ MÜLLER-CHEN, S. 81; SCHÜLLER, S. 9.

²⁹² PARTSCH, S. 112.

²⁹³ Der Grund hierfür liegt teilweise auch im Umstand, dass eine Veräusserung nicht gestattet ist. So statuiert etwa das Gesetz über die Museen des Kantons Basel-Stadt (Museumsgesetz, SG 451.100) in § 5 Abs. 2: «Die Gegenstände der Sammlungen der Museen sind unveräusserlich. Über Ausnahmen entscheidet der Regierungsrat auf gemeinsamen Antrag der betreffenden Museumdirektion, der betreffenden Museumskommission und des Rektorats der Universität (...)».

²⁹⁴ IRLE, S. 8; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 43; dies im Gegensatz zu Auktionshäuser, in welchen immer wieder Fälschungen, Nachahmungen oder überrestaurierte Werke entdeckt werden und diese Informationen entsprechend auch an die Öffentlichkeit gelangen (vgl. HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 50).

²⁹⁵ IRLE, S. 8.

²⁹⁶ GERLACH, S. 11; so stellte bereits DIGGELMANN Anfangs des 20. Jahrhunderts fest, dass wirkliche Fachkenntnisse bei den Sammlern fehlen. Denn was früher eine teure Passion war, habe sich zur Wissenschaft ausgewachsen. Um Kenner zu sein, müsse man eine natürliche Veranlagung besitzen, hauptsächlich in Form einer scharfen Beobachtungsgabe, und sich dabei ernstlichen Studien bequemen (vgl. dazu DIGGELMANN, S. 43).

²⁹⁷ FRIEDLÄNDER, S. 3; WÜRTEMBERGER, S. 68.

²⁹⁸ IRLE, S. 8.

in ein Kunstwerk investiert werden, ist es inzwischen oftmals unabdingbar, vorgängig die Echtheit durch einen Kunstsachverständigen überprüfen und bestätigen zu lassen.

Unter Umständen liegt bereits ein entsprechendes Gutachten im Vorfeld eines Verkaufs vor, da es durch den Verkäufer in Auftrag gegeben wurde. Gerade Auktionshäuser machen die Annahme eines Werks häufig von einem vom Einlieferer zuvor einzuholenden Gutachten abhängig.²⁹⁹ Auf diese Weise können den Preis drückende Zweifel an der Echtheit schon im Vorfeld der Verhandlungen oder Versteigerung ausgeschlossen oder zumindest reduziert werden.³⁰⁰ Eine entsprechende Kunstexpertise macht viele Kunstgegenstände somit überhaupt erst verkäuflich.³⁰¹ Einem Gutachten eines für unabhängig und sachverständig qualifizierten Experten wird dabei freilich mehr Glauben geschenkt, als den Ausführungen des Verkäufers.³⁰² Es gibt überdies Einzelfälle, in denen der Eigentümer eines Kunstwerkes dieses sogar nur noch dann als dasjenige eines bestimmten Künstlers verkaufen kann, wenn zuvor das bestätigende Gutachten eines ganz bestimmten Sachverständigen eingeholt wurde.³⁰³ Denkbar ist hierbei auch, dass der potentielle Kunde mit Einverständnis des Verkäufers die Begutachtung des Kunstobjektes durch einen bestimmten Sachverständigen gleich selber durchführen lässt.³⁰⁴

Jedenfalls dürfte gegenwärtig kaum noch ein Kunstobjekt im gehobenen Preissegment den Eigentümer wechseln, ohne dass eine Kunstexpertise vorliegt, welche die Echtheit des entsprechenden Objekts bestätigt.³⁰⁵ Es gilt zu bedenken, dass letztendlich nur das echte Kunstwerk auch seinen wirklichen Wert verkörpert.³⁰⁶ Infolgedessen ist die Kunstexpertise, welche die Echtheit eines Objekts bestätigt bzw. das Kunstwerk einem Künstler zuschreibt, zum eigentlich wertbildenden Faktor der Kunstwerke geworden.³⁰⁷ Das Wissen um die Urheberschaft eines Kunstwerks bestimmt den Marktpreis weit stärker als deren Qualität.³⁰⁸ Dadurch wird die Aufgabe eines Kunstsachverständigen nunmehr vorrangig darin gesehen, die Echtheit eines Werkes festzustellen.³⁰⁹ Durch diese Aufgabe ergibt sich hiernach das wirtschaftliche Einflusspotential des Experten auf dem Kunstmarkt.³¹⁰ So bilden Kunstgutachten weitaus stärker als zuvor die Grundlage für

²⁹⁹ WOLF, S. 60. Freilich beschäftigen gerade die grösseren Auktionshäuser auch eine Vielzahl von eigenen Experten (vgl. dazu DRINKUTH, S. 53 ff.; LEOPOLD, S. 286; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 149; KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 161).

³⁰⁰ WOLF, S. 29.

³⁰¹ SCHREMBBS, S. 111; ALMEROOTH, S. 107.

³⁰² SCHACK, N 142.

³⁰³ WOLF, S. 71; FISCHER, S. 44.

³⁰⁴ WOLF, S. 29.

³⁰⁵ Dieser Ansicht im Jahre 1929 bereits FRIEDLÄNDER, S. 1; ebenso ALMEROOTH, S. 185.

³⁰⁶ Ausnahmen sind denkbar, wenn der Fälscher selbst ein berühmter Künstler ist, wie z.B. *Andrea del Sarto* (vgl. GOEPFERT, S. 25 und DIGGELMANN, S. 31).

³⁰⁷ GERLACH, S. 13; vgl. auch FISCHER, S. 44.

³⁰⁸ Vgl. SCHACK, Zuschreibung, S. 130; SKK Gegenwart-SCHACK, S. 9; EBLING/SCHULZE, S. 283.

³⁰⁹ GERLACH, S. 16; EBLING/SCHULZE, S. 283.

³¹⁰ VON BRÜHL, S. 7.

die Preisgestaltung.³¹¹ Existieren etwa divergierende gutachterliche Ansichten was die Echtheit eines Kunstwerkes betrifft, sinkt der Wert bereits beträchtlich.³¹² Kann sich ein renommierter *Picasso*-Experte betreffend die Zuschreibung nicht festlegen oder kommt er gar zum Schluss, dass es sich beim fraglichen Gemälde um eine Fälschung handelt, so sinkt der Wert in vergleichsweise unbedeutende Regionen, sobald dieser Umstand publik wird.³¹³ Gegenteiliges gilt selbstredend für Fälle, in welchen ein entsprechendes Objekt durch den selbigen Experten dem Künstler *Picasso* zweifellos zugeschrieben werden kann. Ein Werk *Emil Nolde's*³¹⁴ ohne Expertise des Nolde-Experten *Martin Urban* oder ein Werk *Otto Mueller's* ohne Gutachten von *Florian Karsch* ist quasi unverkäuflich.³¹⁵ Dadurch zeigt sich, welch überragenden Einfluss die Kunstexpertise am Kunstmarkt zeitigt.³¹⁶

FRIEDLÄNDER hält hierzu bereits im Jahre 1919 zutreffend fest: «Der Kenner schafft – und vernichtet – Werte und verfügt dadurch über eine beträchtliche Macht. Die erste Voraussetzung ist nicht, dass der Kenner recht habe, dass nämlich das Bild wirklich von *Rembrandt*³¹⁷ sei, sondern dass man ihm glaubt. Der Händler setzt sein Geld auf den Kredit des Kenners, im Vertrauen, dass seine Kunden gläubig seien. Entscheidend sind also Vertrauen und Autorität.»³¹⁸

Schliesslich ist die Feststellung, ob es sich beim untersuchten Kunstwerk um ein echtes Objekt handelt, nicht nur für obgenannte Teilnehmer des Kunstmarktes von Bedeutung. Auch die Justiz ist zuweilen auf die Meinung eines Kunstexperten angewiesen.³¹⁹ Dies zum Beispiel dann, wenn bewiesen werden muss, ob in einem Betrugsfall tatsächlich eine – nicht als solche deklarierte – Fälschung verkauft wurde oder nicht.³²⁰ Hierbei hat der Kunstexperte nicht nur die Frage nach der Echtheit und dem Preis in der Hand, son-

³¹¹ WOLF, S. 70; SCHACK, *Kunstfälschungen*, S. 159.

³¹² WOLF, S. 71; vgl. auch HERCHENRÖDER, S. 302.

³¹³ WOLF, S. 71.

³¹⁴ Geboren als *Hans Emil Hansen* (deutscher Maler, 1867–1956).

³¹⁵ HUTTENLAUCH, S. 118; SKK *Künstlerschutz-VON BRÜHL*, S. 179.

³¹⁶ WÜRTEMBERGER, S. 68.

³¹⁷ *Rembrandt Harmenszoon van Rijn* (niederländischer Künstler, 1606–1669).

³¹⁸ FRIEDLÄNDER, *Kunstkenner*, S. 8; vgl. auch HERCHENRÖDER, *Auktionen*, S. 25 f.

³¹⁹ Vgl. für die umfangreichen Ermittlungen im *Beltracchi*-Fall die Ausführungen in GRÜNING, S. 133 ff.; GRÜNING fordert gar ein institutionalisiertes Netzwerk, da die erforderliche fachliche Expertise und die wissenschaftlichen Möglichkeiten zur Feststellung von Kunstfälschungen in einer Strafverfolgungsbehörde nicht in ausreichendem Umfang vorhanden seien (vgl. GRÜNING, S. 150 ff.); vgl. ferner auch WÜRTEMBERGER, S. 73 ff.

³²⁰ FISCHER, S. 43; WÜRTEMBERGER, S. 151 ff.; so stellte SCHÜLLER bereits im Jahre 1965 fest: «Die Hauptwaffe für die Bekämpfung der Kunstfälschung besitzt in unserer Zeit die Justiz. Die grossen Betrugsfälle um einen *Otto Wacker*; *Han van Meegeren*, *Lothar Malskat* und *Dietrich Fey* enden in Prozessen und Verurteilungen» (vgl. SCHÜLLER, S. 225; SCHÜLLER, *Echt*, S. 14 f.; vgl. zum Kunstfälscherprozess um *Otto Wacker* auch KRETSCHMANN, S. 15 ff.). Beim Kunstfälschungsprozess um *Han van Meegeren* waren sieben Kunstexperten involviert (vgl. dazu SCHÜLLER, *Echt*, S. 27 ff.).

dem beeinflusst unter Umständen das strafrechtliche Urteil gegen den Angeklagten in beträchtlicher Weise.³²¹

b) Abgrenzung der massgeblichen Begrifflichkeiten

Diverse Begriffe werden umgangssprachlich für die Bezeichnung eines unechten oder echten Kunstwerkes verwendet. Zu denken sind hierbei an Begriffe wie *Authentizität*, *Echtheit* oder *Originalität*.³²² Obwohl das Gegenteil des Adjektivs *echt* nicht *falsch*, sondern *unecht* lautet, wird im Volksmunde zudem überwiegend von *Fälschungen* gesprochen.³²³ Nebst dem Terminus der *Fälschung* ist insbesondere die *Verfälschung* eine herkömmliche Bezeichnung, welche in diesem Zusammenhang häufig verwendet wird.³²⁴ Es gilt nachfolgend näher zu beleuchten, was die jeweiligen Begrifflichkeiten bedeuten, da sie für den Aufgabenbereich eines Kunstsachverständigen von grosser Bedeutung sind.

(1) Fälschung

Von der *Unechtheit* eines Werkes ist im juristischen Sinn zunächst die *Fälschung* zu unterscheiden. Stetig steigende Preise für Kunstwerke führen dazu, dass jedes Jahr grosse Zahlen von Fälschungen produziert und in Umlauf gebracht werden.³²⁵ Im Kunstmarkt wird alles gefälscht, was Gewinn verspricht – und sei er noch so klein.³²⁶ Ferner ist die Aussicht, erfolgreich eine Fälschung herzustellen, gestiegen, da die kunsthistorische Bildung und die Fähigkeit dazu längst auch in den Kreisen der Fälscher angekommen sind.³²⁷

Nach WÜR TENBERGER haben zudem auch leichtfertig ausgestellte Echtheitsbescheinigungen die Anzahl Fälschungen erheblich beeinflusst.³²⁸ Grund dafür war unter anderem der Umstand, dass das Angebot an echten Kunstwerken im Verhältnis zur stetig wachsenden Nachfrage immer geringer wurde, was zu einem verschärften Wettbewerb unter

³²¹ Obwohl das Urteil selbstverständlich alleine beim Richter liegt, wird dieser in der Praxis nur sehr selten dem international führenden, anerkannten Kunstexperten widersprechen (vgl. FISCHER, S. 44).

³²² Vgl. die europäische Bestimmung, wonach auch Exemplare als Original gelten, «die als Originale von Kunstwerken angesehen werden», Art. 2 Abs. 1 a.E. Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.09.2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, Abl. EG L 272/32 vom 13.10.2001.

³²³ Vgl. auch IRLE, S. 4; SANDMANN, S. 19 ff. und WREDE, S. 42 ff.

³²⁴ Teilweise wird auch von *Kopie* oder *Replik* gesprochen. Wenn ein Fälscher ein bereits vorhandenes Kunstwerk wiederholt und sich eng an dieses anlehnt, spricht man von *Kopie* (vgl. zu diesen beiden Begriffen WREDE, S. 43 ff. und FAUDE-NAGEL, S. 13 und 21 ff.).

³²⁵ EHINGER, S. 135; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 41; vgl. auch SANDMANN, S. 19 ff. und HERCHENRÖDER, Analyse, S. 287 ff.

³²⁶ RESSLER, S. 75; für eine Darstellung der «Lieblingskünstler» der Fälscher vgl. PARTSCH, S. 180 ff.

³²⁷ Bereits im Jahre 1929 dieser Ansicht FRIEDLÄNDER, S. 20; vgl. hierzu auch PARTSCH, S. 115 ff.

³²⁸ WÜR TENBERGER, S. 68.

den Händlern führte. So glaubten die Händler dazu gezwungen zu sein, den von ihnen angebotenen Kunstwerken einen erhöhten Glauben an ihre Echtheit mittels Gutachten zu verleihen.³²⁹ Da es für den Kunstexperten gewinnbringender war, möglichst viele, dafür jedoch überwiegend oberflächliche Gutachten abzugeben, blieb keine Zeit für eine sorgfältige und gründliche Prüfung der Echtheit.³³⁰ Oftmals wurden Echtheitsgutachten daher bloss an Hand von Fotografien erstellt, ohne dass der Experte das Werk selbst je gesehen hat.³³¹ Hinzu kommen Fälle, in welchen der Experte selbst an den kriminellen Vorgängen im Kunstmarkt beteiligt war.³³²

Zahlreiche Fälscher haben in der vergangenen Zeit mit ihren Werken internationale Berühmtheit erlangt.³³³ Hervorzuheben ist für die neuere Zeit in diesem Zusammenhang der Fall *Beltracchi*.³³⁴ Der Maler Wolfgang Beltracchi fälschte während 35 Jahren Gemälde bekannter Maler wie unter anderem *Heinrich Campendok*, *Max Ernst* und *André Derain*.³³⁵ Dies hatte für zahlreiche professionelle Kunstexperten sowie auch Kunstsammler und im allgemeinen für den Kunstmarktteilnehmer fatale Konsequenzen, haben sie doch allesamt über einen geraumen Zeitraum die geschickt über Kunsthandel und -auktionen in Umlauf gebrachten Fälschungen nicht als solche erkannt.³³⁶ Über eine Vielzahl der gefälschten Werke existierten im Übrigen schriftliche Kunstexpertisen von international führenden sowie anerkannten Experten und spezialisierten Forschern.³³⁷ Hinzukommend hatten auf einem überhitzten Kunstmarkt aber auch zu viele Händler und Käufer ein Interesse daran, auch fragwürdigen Expertisen zu glauben.³³⁸ Diese fragwürdigen Expertisen wurden teilweise sogar gegen Beteiligung am Verkaufserlös erstellt.³³⁹ Nachteiligen Einfluss hatte ferner unter anderem die Tatsache, dass die Aufdeckungswahrscheinlichkeit mit zunehmender Qualität der Fälschung entsprechend auch linear sinkt.³⁴⁰ So sind

³²⁹ WÜRTEMBERGER, S. 68.

³³⁰ WÜRTEMBERGER, S. 69; ALMEROOTH, S. 186.

³³¹ WÜRTEMBERGER, S. 68; ALMEROOTH, S. 186; EBLING/SCHULZE, S. 284.

³³² WÜRTEMBERGER, S. 69 und 153; FISCHER, S. 21; vgl. hierzu auch den Prozess wegen Betrugs aus dem Jahre 1942 gegen den anerkannten Experten *Walter Cohen* (dargestellt in SITT, S. 45 ff.).

³³³ Zu nennen wären: *Han Van Meegeren*, *Elmyr de Hory*, *Lothar Malskat*, *Eric Hebborn*, *Edgar Mrugalla* oder *Tom Keating* (vgl. für eine ausführliche Darstellung der genannten Fälscher PARTSCH, S. 115 ff. und SCHÜLLER, S. 122 ff.).

³³⁴ Vgl. zum Fall *Beltracchi* und die damit zusammenhängende Sammlung *Werner Jägers* insbesondere DREIER, S. 35 ff.; HB *Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER*, S. 43 ff.; KEAZOR/ÖCAL, S. 15 ff.; FAUDE-NAGEL, S. 37 und EBLING/SCHULZE, S. 282 f.

³³⁵ Vgl. <<http://www.zeit.de/2011/47/Kunstfaelschung>> (zuletzt besucht am 21.06.2022); vgl. hierzu auch KEAZOR, S. 233 ff.

³³⁶ FISCHER, S. 42; GRÜNING, S. 133 ff.; CLEMENZ, S. 169; zum Hintergrund der daraus resultierenden Straf- und Zivilverfahren vgl. ANTON/KLEMMER, S. 94 ff.

³³⁷ GRÜNING, S. 144 ff.; FISCHER, S. 43. Gewisse unrichtige Kunstexpertisen sollen dabei auch gegen Beteiligung am Verkaufserlös erstellt worden sein (vgl. dazu DREIER, S. 39).

³³⁸ SANDERS, S. 188.

³³⁹ DREIER, S. 39.

³⁴⁰ FISCHER, S. 44. Nach KEAZOR/ÖCAL kann eine Fälschungsforschung ohne die interdisziplinäre Zusammenarbeit von Kunstgeschichte, Naturwissenschaften, Kunsttechnologie und

(sehr) gute Fälschungen wie im Falle *Beltracchi*, in aller Regel – wenn überhaupt – nur sehr schwer erkennbar.³⁴¹ Deren Echtheit kann selbst vor Gericht noch umstritten sein.³⁴² Nicht selten bleiben sodann auch viele Fälschungen jahrzehntelang unentdeckt.³⁴³

Das Herstellen einer Fälschung setzt dabei regelmässig ein hohes Mass an kunstwissenschaftlichem Verständnis und handwerklichem Können voraus.³⁴⁴ Gefälscht wird dabei in erster Linie alles, wofür auf dem Kunstmarkt eine hohe Nachfrage besteht.³⁴⁵ Am häufigsten aber Werke der modernen und zeitgenössischen Kunst sowie Zeichnungen häufiger als Gemälde.³⁴⁶ Dies nicht zuletzt deshalb, weil Werke der modernen und zeitgenössischen Kunst sowie Zeichnungen leichter zu fälschen sind. So ist der Fälscher eines neuzeitlichen Gemäldes bspw. jeder Sorge um künstliches Alter enthoben.³⁴⁷

Die Fälschung ist die in Täuschungsabsicht vorgenommene Veränderung (also die *Kunstwerkverfälschung*) oder Herstellung (also *Kunstwerkfälschung*) eines Werkes der Malerei oder allgemein eines Erzeugnisses der bildenden Kunst.³⁴⁸ Es lassen sich folglich zwei Arten von Kunstfälschungen unterscheiden: die nachahmende *Fälschung* und die *Verfälschung*.^{349, 350} Bei der *Fälschung* wird das Falsifikat vollständig vom Fälscher selber hergestellt.³⁵¹ Es handelt sich folglich um die komplette Nachbildung eines be-

Kriminalistik respektive Rechtswissenschaft nicht mehr erfolgen (vgl. dazu KEAZOR/ÖCAL, S. 53).

³⁴¹ FISCHER, S. 44.

³⁴² NISSEL, S. XXVII; STURM, S. 162.

³⁴³ MÜLLER-CHEN, S. 81. Gemäss KEAZOR/ÖCAL bieten sich öffentliche Forschungseinrichtungen wie Universitäten an, um ein zentrales Fälschungsarchiv zu führen (vgl. KEAZOR/ÖCAL, S. 51). Auch GRÜNING ist der Ansicht, dass Kunstfälschungen bundesweit zentral zu archivieren sind (vgl. GRÜNING, S. 149).

³⁴⁴ ALMEROOTH, S. 125; vgl. zu dieser Thematik auch die weiterführende Literatur in KR-BRINKMANN, 2012, S. 91 Fn 1; es sei an dieser Stelle bspw. auf den berühmten niederländischen Fälscher *Henricus Antonius «Han» van Meegeren* (1889–1947) verwiesen (vgl. dazu PARTSCH, S. 115 ff.; KRETSCHMANN, S. 57 ff.; SCHÜLLER, *Echt*, S. 9 ff.; DECEON JEAN, *Vermeer – Van Meegeren*, Rotterdam 1951 und COREMANS PAUL, *Van Meegeren's faked Vermeers and the Hooghs: a scientific examination*, Amsterdam 1949).

³⁴⁵ IRLE, S. 4; vgl. auch SANDMANN, S. 19.

³⁴⁶ Vgl. hierzu SCHACK, *Kunstfälschungen*, S. 159; ALMEROOTH, S. 141; BOOCHS/GANTEFÜHRER, S. 19.

³⁴⁷ SCHACK, *Kunstfälschungen*, S. 159; ALMEROOTH, S. 141; vgl. zur Vortäuschung des Alters von Gemälden die Ausführungen in HEBBORN, S. 48 ff.

³⁴⁸ Vgl. CRAMER, S. 4; Hoeren/Holznel/Ernstschneider-REMMERS, S. 195; IRLE, S. 10; WREDE, S. 50; HB *Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER*, S. 41 und S. 47; FAUDE-NAGEL, S. 13; PARTSCH, S. 25.

³⁴⁹ Teilweise wird noch von der *objektiven* und *subjektiven* Verfälschung gesprochen: bei Ersterer erfolgt ein Eingriff in die Werksubstanz, bei Letzterer wird die «äussere Werksphäre» – wie etwa falsche Provenienzzangaben oder Expertisen – verfälscht (vgl. dazu HB *Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER*, S. 47 und EHINGER, *Dritthaftung*, S. 14).

³⁵⁰ ALMEROOTH, S. 124; SANDMANN, S. 23. Zur Autorisierung einer Kunstfälschung in Form der urheberrechtlichen Einwilligung im deutschen Recht vgl. RASSOULI, S. 11 ff.

³⁵¹ ALMEROOTH, S. 124; KR-BRINKMANN, 2012, S. 109.

stimmten Kunstobjektes nach seinem Vorbild.³⁵² Der Fälscher schafft somit ein völlig neues Objekt, bei welchem er entweder ein vorhandenes Kunstwerk oder Teile davon nachahmt oder im Stil einer bestimmten Kunstepoche bzw. eines einzelnen Künstlers erarbeitet.³⁵³ Dabei ist die Nachahmung des Stils des Künstlers, dem die Fälschung zugeschrieben werden soll, ein wichtiges Indiz, jedoch nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer Fälschung.³⁵⁴ In aller Regel ist die Nachahmung des Stils aber ein wichtiger Faktor der Fälschung, da sie die Täuschung über die Herkunft des Bildes vereinfacht.³⁵⁵

Bei der *Verfälschung* benutzt der Täter hingegen ein echtes Kunstwerk oder Teile eines solchen als Grundlage für sein Vorhaben.³⁵⁶ Es handelt sich demzufolge um ein Werk, welches der Künstler, dem es zugeschrieben wird, ursprünglich auch wirklich geschaffen hat.³⁵⁷ Dieses Werk wird sodann mit bestimmten wertbildenden Eigenschaften ausgestattet, welche ohne die Tätigkeit des Fälschers so nicht vorhanden wären.³⁵⁸ Es kann vorkommen, dass einzelne Beschaffenheiten, Eigenschaften oder Zustände aufgehoben, weggelassen oder ersetzt werden, wobei aber die Einheit des Kunstobjektes im übrigen noch gewahrt bleibt.³⁵⁹ Sehr häufig ist in diesem Zusammenhang die Verfälschung des «Künstlerzeichens».³⁶⁰ Durch Anbringung, Entfernung oder Veränderung des Signums oder Monogramms³⁶¹ eines fremden Künstlers wird die wahre Urheberschaft verdeckt und eine andere vorgetäuscht.³⁶² So erfolgen Kunstverfälschungen auch in erster Linie in Form von übermässigen Restaurierungen, von Finalisierungen und Manipulationen am Künstlerzeichen oder anderen Zeichen und Marken.³⁶³

Zur eigentlichen Fälschung oder Verfälschung im rechtlichen Sinne werden derartige Objekte ohnehin erst dann, wenn sie vom Künstler oder einem Dritten als echt in den Kunstmarkt eingebracht werden, d.h. wahrheitswidrig eine bestimmte Herkunft behauptet wird.³⁶⁴ Das Werk wird dann einem Künstler als das Seine zugeschrieben, obwohl es in Wirklichkeit nicht von ihm stammt.³⁶⁵ Ohne diese täuschende Zuschreibungshandlung stellt das Kunstobjekt für sich genommen lediglich ein *angelehntes Kunstwerk* dar.³⁶⁶ Von einer Kunstfälschung kann also grundsätzlich erst dann ausgegangen werden, wenn

³⁵² CRAMER, S. 4; WÜRTEMBERGER, S. 2.

³⁵³ ALMEROOTH, S. 124.

³⁵⁴ BULLINGER, S. 9.

³⁵⁵ BULLINGER, S. 9.

³⁵⁶ ALMEROOTH, S. 124; SANDMANN, S. 21 f.

³⁵⁷ BULLINGER, S. 14.

³⁵⁸ ALMEROOTH, S. 131.

³⁵⁹ WÜRTEMBERGER, S. 3; SANDMANN, S. 21.

³⁶⁰ WÜRTEMBERGER, S. 3.

³⁶¹ Vgl. hierzu auch HEBBORN, S. 65.

³⁶² WÜRTEMBERGER, S. 3; ALMEROOTH, S. 131.

³⁶³ Vgl. zu den einzelnen Begriffen ALMEROOTH, S. 131 und ferner auch die Ausführungen in WÜRTEMBERGER, S. 36 und WEIHE, S. 138.

³⁶⁴ SCHACK, N 40; CRAMER, S. 4; HEBBORN, S. 196.

³⁶⁵ BULLINGER, S. 8; SCHACK, Kunstfälschungen, S. 160.

³⁶⁶ BULLINGER, S. 10 und auch SANDMANN, S. 23.

zur Herstellung oder Veränderung des Gegenstandes die Herkunftstäuschung tritt.³⁶⁷ Ebenfalls von einer Fälschung ist auszugehen, wenn ein Künstler nachträglich ein Bild signiert, das fälschlicherweise ihm zugeschrieben worden ist.³⁶⁸

Einzig die Nachahmung eines Stils, eines Motivs oder einer Manier anderer Künstler – ohne täuschende Herkunftszuschreibung – ist insofern noch keine Fälschung im rechtlichen Sinne.³⁶⁹ Sie können sogar ein geeignetes Mittel zur Schulung von jungen Künstlern sein und werden erst dann zur Fälschung, wenn sie als vermeintlich echt in den Kunsthandel eingebracht werden.³⁷⁰

Da die Motive eines Kunstfälschers nicht stets unlauter sein müssen, können demzufolge auch unechte Kunstgegenstände hergestellt werden, welche im rechtlichen Sinne keine *Kunstfälschungen* darstellen.³⁷¹ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Hersteller des entsprechenden Werkes nicht mit Täuschungsabsicht handelt.³⁷² Wie bereits vorstehend erwähnt, nutzen bis heute Generationen von Künstlern die Kopierung von berühmten Vorbildern zu Schulungszwecken.³⁷³ Im Schrifttum wird deshalb teilweise auch zwischen unechten Werken ohne Fälschungscharakter und unechten Werken mit Fälschungscharakter unterschieden.³⁷⁴ Da das Motiv für die Herstellung einer Fälschung, sei es mit oder ohne Täuschungsabsicht, für die Begutachtung und insbesondere auch für die Haftung des Kunstsachverständigen grundsätzlich nicht von Relevanz ist, wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht vertieft darauf einzugehen sein.³⁷⁵

Zusammenfassend handelt es sich bei der *Fälschung* um die Herstellung eines *unechten* Werkes mit der Täuschungsabsicht, dieses als *echt* in den Kunstmarkt einzubringen. Der Terminus der *Fälschung* eines Kunstwerkes ist folglich ein Unterbegriff zur *Echtheit* eines Kunstwerkes, weshalb der Begriff der *Echtheit* nachfolgend zu untersuchen ist.

³⁶⁷ SCHACK, N43; BULLINGER, S. 8.

³⁶⁸ MÜLLER-CHEN, S. 81; PICKER, S. 140; vgl. auch SCHACK, N40.

³⁶⁹ SCHACK, N6 und 40; MÜLLER-CHEN, S. 80; SANDMANN, S. 21.

³⁷⁰ ALMEROOTH, S. 124.

³⁷¹ SCHACK, N44. Gemäss Selbstzeugnissen war der Hauptgrund für die Fälscher selten die Bereicherungsabsicht. Auch Eitelkeit, Ehrgeiz und Geltungsbedürfnis werden als Gründe für die Herstellung einer Fälschung genannt (vgl. PARTSCH, S. 115 und SCHÜLLER, S. 8). Vgl. für die Ansicht der Kunstfälscher zu ihrer Tätigkeit die Ausführungen in SCHÜLLER, S. 235 f.

³⁷² Der weltberühmte Fälscher *Han Van Meegeren* führte etwa aus: «Ich war von dem Wunsch beiseelt zu malen. Und es war nicht so sehr der Wunsch, Fälschungen zu schaffen, als vielmehr das Verlangen, aus der von mir entwickelten Technik das Beste rauszuholen. Sie ist ganz ausgezeichnet. Aber ich werde meine Bilder in Zukunft nicht mehr künstlich alt machen und sie auch nicht als alte Meister auf den Markt bringen.» (vgl. dazu KRETSCHMANN, S. 67).

³⁷³ SCHACK, Kunstfälschungen, S. 160; FAUDE-NAGEL, S. 13.

³⁷⁴ VON BRÜHL, S. 12; IRLE, S. 4; vgl. zum Ganzen auch THOMSEN, S. 34.

³⁷⁵ Hinzu kommt der Umstand, dass die Fälschung oftmals vor derart langer Zeit hergestellt wurde, dass das Motiv ohnehin nicht mehr eruierbar ist. Vgl. für die Ansicht der Kunstfälscher zu ihrer Tätigkeit auch SCHÜLLER, S. 235 f.

(2) Begriff der Echtheit

In der Praxis wird ein Kunstsachverständiger oftmals mit der Aufgabe betraut, die *Echtheit* eines Kunstobjektes festzustellen. Die Originaleigenschaft eines Werkes wird dabei oft mit der Frage nach der *Echtheit* umschrieben.³⁷⁶ Die *Echtheit* ist jedoch kein absoluter Begriff.³⁷⁷ Für die einwandfreie Feststellung der *Echtheit* (oder auch *Authentizität*) in einer Kunstexpertise ist es daher unerlässlich vorab zu determinieren, was unter dem Terminus in kunstrechtlicher Hinsicht überhaupt zu verstehen ist. Nur so kann anschliessend bei allfälligen Haftungsfragen auch beurteilt werden, ob der Kunstexperte die an ein entsprechendes Kunstgutachten gestellten Anforderungen erfüllt hat oder das Gutachten in rechtlicher Hinsicht fehlerhaft ist.

Da der Begriff der *Echtheit* in der Literatur nicht durchwegs gleich interpretiert wird, ist die Begriffsbestimmung der *Echtheit* in einer Kunstexpertise nicht ganz einfach. Dies obwohl die *Echtheit* zu den Schlüsselbegriffen des Rechts der bildenden Kunst gehört. So ist der Begriff insbesondere im Zivil- und Strafrecht von grosser Relevanz. Zu denken ist etwa an die Haftung des Verkäufers für Echtheitsmängel, die Irrtumsanfechtung nach Art. 24 Abs. 1 OR für die irrtümlich erworbene Fälschung, die falsche Echtheitsbeurteilung durch einen Experten sowie auch an die Straftatbestände des Betrugs und der Urkundenfälschung.³⁷⁸ Trotz dieser – auch interdisziplinären – Bedeutung fehlt es bislang jedoch an einer einheitlichen Begriffsdefinition.³⁷⁹

In Deutschland haben sich bereits verschiedene Autoren mit der Frage auseinandergesetzt, in welchem Fall von einem *echten* bzw. *unechten* Kunstobjekt gesprochen werden kann.³⁸⁰ Nach WÜRTEMBERGER ist dann von der *Unechtheit* eines Kunstgegenstandes auszugehen, wenn sein «inneres Wesen» nicht mit dem übereinstimmt, was es durch die Art seiner äusseren Gestaltung zu sein vorgibt.³⁸¹ Dabei werden die Begriffe *Echtheit* und *Originalität* gleichgesetzt.³⁸² Es wird im Ergebnis auf die fehlende Identität von Wirklichkeit und auf den äusseren Schein abgestellt.³⁸³ So täuscht der *unechte* Kunstgegenstand mittels Gestalt oder Beschaffenheit dem Betrachter etwas vor und will in der Regel qualitativ mehr suggerieren, als er in Realität ist.³⁸⁴ Von einem *echten* Kunstwerk kann demnach nach WÜRTEMBERGER in denen Fällen gesprochen werden, in

³⁷⁶ HÄRTH, S. 31; WREDE, S. 36 ff. und S. 42 ff.

³⁷⁷ VON BRÜHL, Echtheit, S. 304; WREDE, S. 42.

³⁷⁸ Vgl. auch VON BRÜHL, Echtheit, S. 303; HONSELL, FS Heini, S. 213 ff. Vgl. zur Anfechtung wegen Grundlagenirrtums auch den lehrbuchartigen *Picasso-Entscheid* (BGE 114 II 131) oder den *Van-Gogh-Entscheid* (BGE 82 II 411); für das deutsche Recht vgl. BOOCHS/GANTEFÜHRER, S. 18 ff.

³⁷⁹ VON BRÜHL, Echtheit, S. 304.

³⁸⁰ Vgl. hierzu auch EBLING/SCHULZE, S. 283.

³⁸¹ WÜRTEMBERGER, S. 8 ff.

³⁸² Hoeren/Holznel/Ernstschneider-REMMERS, S. 195.

³⁸³ WÜRTEMBERGER, S. 8.

³⁸⁴ WÜRTEMBERGER, S. 8; KATZ, S. 18.

welchen das Kunstwerk tatsächlich von derjenigen Herkunft stammt, welcher es aufgrund seiner eigenen Gestalt zu entstammen scheint.³⁸⁵

Nach Ansicht von GOEPFERT ist die Definition von WÜRTEMBERGER jedoch zu eng, da sie primär nur Fälschungen, Kopien sowie eventuell diejenigen Schülerarbeiten erfasst, auf die der Meister – häufig als Zeichen der Anerkennung – sein Signum gesetzt hat. Es werden indessen diejenigen Werke nicht erfasst, die aufgrund eines kunstwissenschaftlichen Irrtums fälschlicherweise einem anderen Urheber zugesprochen werden. Dies obwohl sie nach der Art ihrer äusseren Gestaltung nicht vorgeben, von einem anderen Urheber zu stammen als von demjenigen, der sie auch tatsächlich geschaffen hat. Wenn sich nun plötzlich herausstellt, dass ein Werk *Rembrandts* in Wirklichkeit von seinem – durch *Rembrandt* sehr beeinflussten – Schüler *Gerard Dou* stammt, dann ist das Bild kein echter *Rembrandt*, dafür ein echter *Dou*.³⁸⁶ Ein Werk wird also unecht, wenn es nicht den Urheber hat, von dem man ursprünglich ausgegangen ist. Durch die unbestimmten Kriterien von «innerem Wert» und «äusserer Gestaltung» könne dieser Fall nicht erfasst werden. Folglich ist nach GOEPFERT ein Kunstwerk dann als *unecht* zu bezeichnen, wenn es von einem anderen Urheber oder aus einer anderen Stilepoche stammt als von der das Kunstwerk begutachtenden Person angenommen wird.³⁸⁷ Von einem *echten* Kunstwerk wird dagegen gesprochen, wenn es tatsächlich derjenigen Herkunft entstammt, der es von der Fachwelt zugeordnet wird.³⁸⁸

GERLACH wiederum vergleicht die Ansätze der beiden vorgenannten Autoren miteinander und stellt fest, dass beide von zu subjektiven Kriterien ausgehen. So spricht WÜRTEMBERGER vom «inneren Wesen» während GOEPFERT auf die subjektive Betrachtung der jeweils das Kunstwerk begutachtenden Person abstellt. Als Lösungsansatz bringt GERLACH den Begriff der *Originalität* ein. Zwar ermögliche es der Begriff der *Echtheit*, Fälschungen von Originalen abzugrenzen, er biete jedoch keine Lösung für die weder gänzlich vom Künstler noch gänzlich von Dritten stammenden Werken.³⁸⁹ Es komme bei einem Werk aber letztlich auf die Nähe zur ursprünglichen schöpferischen Idee an. Diese könne den unterschiedlichsten Grad aufweisen und lasse sich mit der *Echtheit* eben gerade nicht erfassen. Die *Originalität* könne dagegen durchaus in abgestufter Form vorliegen. Dieser Grad der Originalität sei in einer Expertise festzustellen. Dabei bestimme er sich danach, inwieweit das Werk von der erstmaligen und eigenhändigen Schöpfung eines Künstlers oder einer Stilepoche, als die es äusserlich erscheint,

³⁸⁵ WÜRTEMBERGER, S. 8; VON BRÜHL, *Echtheit*, S. 305.

³⁸⁶ Vgl. auch KR-BRINKMANN, 2012, S. 108 f.; vgl. zur eindrücklichen Preisentwicklung für Kunstwerke aus *Rembrandt's* Schule die Darstellung in HERCHENRÖDER, *Analyse*, S. 65 und auch in HERCHENRÖDER, *Auktionen*, S. 25 f.

³⁸⁷ Vgl. zum Ganzen GOEPFERT, S. 27 und SCHACK, N 386.

³⁸⁸ GOEPFERT, S. 27; VON BRÜHL, *Echtheit*, S. 305.

³⁸⁹ Dieser Meinung ist auch GLAUS indem er festhält, dass der Begriff der *Echtheit* es zwar ermögliche, Fälschungen vom Original abzugrenzen, nicht aber für Werkumschreibungen taue, welche weder gänzlich von Dritten noch gänzlich von einem Künstler allein geschaffen wurden (vgl. dazu GLAUS, N 2.2).

abweiche. So bestehe der höchste Grad an Originalität bei der eigenhändigen, erstmaligen Umsetzung eines Werkes durch einen – möglicherweise namenlosen – Künstler mit den Stilmitteln seiner Zeit.³⁹⁰

Nach SCHACK ist die *Echtheit* deshalb so schwer zu fassen, weil sie auf einen Umstand ausserhalb des Kunstwerkes abstelle, mithin auf deren Herkunft von einem bestimmten Künstler, einer Schule oder einem Jahrhundert. Würde die Zuschreibung nicht durch die Künstlersignatur dokumentiert, dann handle es sich bei der *Echtheit* um nichts weiteres als den Konsens der jeweils massgeblichen Kreise über die Person des Schöpfers.³⁹¹ Sei dieser Konsens nicht mehr gegeben, stamme also *Monet's* «Wasserlilien» nicht mehr von ihm selbst, sondern «nur» aus seinem Umkreis, dann werde aus diesem Meisterwerk noch lange kein «falscher» *Monet*. Es handle sich dann um ein echtes Werk eines unbekanntes Künstlers.³⁹² Falsch ist nach Ansicht von SCHACK deshalb eigentlich nie das Kunstwerk, sondern allein dessen Zuordnung.³⁹³ Diese Ansicht vertritt prinzipiell auch SIEHR, welcher die Fälschung für ein Zuschreibungsproblem hält. Entsprechend sei ein Bild im Grundsatz neutral. Eine Fälschung liege erst dann vor, wenn ein Kunstwerk einem anderen zugeschrieben wird als dem wahren Urheber und Schöpfer. Wenn also die Kopie als Original ausgegeben und z.B. verkauft wird.³⁹⁴

(3) Zusammenfassende Würdigung

Zusammenfassend kann nach hier vertretener Ansicht festgestellt werden, dass die Begriffsdefinitionen der vorgenannten Autoren im Kern ihrer Aussage nicht beträchtlich voneinander abweichen. Während GOEPFERT und WÜRTEMBERGER vermehrt auf subjektive Kriterien abstellen, nimmt GERLACH eine Abstufung der Originalität vor. Dabei liegt seines Erachtens der höchste Grad der Originalität bei der eigenhändigen, erstmaligen Umsetzung eines Werkes durch den Künstler vor. Es gilt hierbei jedoch zu beachten, dass der Begriff der Eigenhändigkeit eines Werkes grundsätzlich von der Werksgattung und der Entstehungszeit des jeweiligen Objekts abhängt.³⁹⁵ So wurden und werden Kunstobjekte nicht nur eigenhändig durch einen Künstler gestaltet, sondern teilweise auch arbeitsteilig oder womöglich durch die Anweisungen eines Künstlers an seine Helfer.³⁹⁶ Dies bereitet vor allem im Hinblick auf die Werkstattpraxis³⁹⁷ altmeister-

³⁹⁰ Vgl. zum Ganzen GERLACH, S. 18 und WREDE, S. 36 f.; auch IRLE hält dafür, den Begriff der Originalität an die Kriterien «eigenhändige Verwirklichung der eigenen Idee» und «Authentizität des Materials» zu binden (vgl. dazu IRLE, S. 9).

³⁹¹ SCHACK, N 39 ff. Vgl. zum Fälschen der Signatur die Ausführungen in SKK Gegenwart-SCHACK, S. 9 ff. sowie FISCHER, Kunsthandel, S. 13 ff.

³⁹² Vgl. zum Ganzen die Darstellung in SCHACK, N 39.

³⁹³ SCHACK, N 39; VON BRÜHL, *Echtheit*, S. 304; KR-BRINKMANN, 2012, S. 102.

³⁹⁴ Vgl. SIEHR, S. 145; FAUDE-NAGEL, S. 21 ff.

³⁹⁵ HÄRTH, S. 33; vgl. auch KR-BRINKMANN, 2012, S. 108 und WEIHE, S. 43 ff.

³⁹⁶ HÄRTH, S. 33.

³⁹⁷ Nach SCHACK handelt es sich bei Werkstattarbeiten um Grenzfälle. Wenn aber die Signatur wie hier nicht die Eigenhändigkeit, sondern wie eine Marke nur die betriebliche Herkunft verbürgen solle, könne man nicht von Kunstfälschungen sprechen, sondern eher von Massenware

licher Kunst Schwierigkeiten, bei der sich der Meister typischerweise der Mithilfe von Schülern bediente.³⁹⁸ Ähnliche Abgrenzungsprobleme stellen sich dabei auch im Rahmen zahlreicher Kunsttendenzen der Moderne.³⁹⁹ Schliesslich führen auch die verschiedenen Medien, in welchen Kunstwerke gefertigt sind, zu divergierenden Massstäben in Bezug auf das Eigenhändigkeitserfordernis.⁴⁰⁰ So kommt es etwa auf das Genre und die Gesamtumstände an.⁴⁰¹ Diese Vielfalt an Kunstgattungen macht es selbstredend schwer, eine übergreifende Definition für den Begriff der *Echtheit* festzuschreiben.⁴⁰² Im Ergebnis ist es folglich wenig hilfreich, den Begriff der *Eigenhändigkeit* ohne Einschränkungen in die *Echtheits*-Definition zu integrieren. Insofern kann nach hier vertretener Ansicht einem Kunstobjekt die Echtheit nicht nur deshalb abgesprochen werden, weil der als Schöpfer genannte Künstler «nur» die Anweisungen an seine Helfer erteilt hat oder das Werk arbeitsteilig entstanden ist.⁴⁰³

Vielmehr scheint für eine taugliche Definition der *Echtheit* eine Verknüpfung der obig dargestellten Ansichten aus dem Schrifttum zielführend zu sein. Von der *Echtheit* ist zunächst auszugehen, wenn ein Kunstwerk diejenige Herkunft hat, welcher es zugeordnet wird. Zuzuordnen ist es dabei derjenigen Person, welche sich aus dem Werk heraus als Schöpfer ergibt und welcher es überdies durch die Fachwelt zugeschrieben wird. Ob hierbei eine Übereinstimmung vorliegt, ist im Zweifelsfall durch eine Kunstexpertise festzustellen. Entsprechend ist SIEHR und SCHACK insoweit zuzustimmen, als dass es sich bei der Frage der *Echtheit* primär um eine Zuordnungsproblematik handelt.⁴⁰⁴

Möchte man das Kriterium der Eigenhändig im Einklang mit GERLACH gleichwohl mitberücksichtigen, so wäre die Eigenhändigkeit grundsätzlich auch in denjenigen Fällen zu bejahen, in welchen das Werk im Auftrag und nach den Wünschen des – namentlich genannten – Künstlers entstanden ist.⁴⁰⁵ Je nach Entstehungszeit und Werksgattung

und der einverständlichen Illusion von Originalität (vgl. hierzu SCHACK, Kunstfälschungen, S. 160; KR-BRINKMANN, 2012, S. 108; HERCHENRÖDER, S. 287 f.).

³⁹⁸ SCHACK, N 24; WÜRTENBERGER, S. 11; VON BRÜHL, S. 11; WEIHE, S. 43 ff.; vgl. auch SKK Kultur-JAYME, S. 9 ff.

³⁹⁹ Zu denken ist hierbei etwa an die Konzeptkunst, bei welcher Künstler weite Teile der Werkgestaltung an ausführende Helfer delegieren (vgl. hierzu VON BRÜHL, S. 11).

⁴⁰⁰ So sind im Bereich der Malerei höhere Anforderungen an das Eigenhändigkeitserfordernis zu stellen als im Bereich graphischer oder plastischer Vervielfältigungstechniken (vgl. hierzu VON BRÜHL, S. 11; SCHACK, N 24 und EBLING/SCHULZE, S. 251).

⁴⁰¹ EBLING/SCHULZE, S. 251.

⁴⁰² IRLE, S. 9; CLEMENZ, S. 170.

⁴⁰³ So auch WREDE, wonach Werkstatt- oder Schülerkopien nicht unbesehen als unecht bezeichnet werden können (vgl. WREDE, S. 52 f. und SKK Kultur-JAYME, S. 10 ff.).

⁴⁰⁴ SIEHR geht in seiner Definition eigentlich von einer *Fälschung* aus (vgl. SIEHR, S. 145). Nach hier vertretener Ansicht ist die *Fälschung* jedoch nichts anderes, als die Herstellung eines *unechten* Werks mit der Täuschungsabsicht, dieses als *echt* in den Kunstmarkt einzubringen. Vgl. hierzu auch SCHACK, Kunstfälschungen, S. 160 und HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 48 ff.

⁴⁰⁵ HÄRTH, S. 34.

ist bei den Anforderungen an die Eigenhändigkeit jedoch ein strengerer Massstab anzulegen.⁴⁰⁶ Wenn es zur Entstehungszeit eines Gemäldes die Regel war, dass dieses durch den Künstler höchstpersönlich gemalt wurde, so wäre diese Tatsache bei der Abklärung der Echtheit in der Form der Eigenhändigkeit m.E. zu berücksichtigen.⁴⁰⁷

Basierend auf den vorgehenden Ausführungen zur Echtheit lässt sich im Umkehrschluss der Begriff der *Unechtheit* definieren. *Unecht* ist folglich ein Kunstwerk im Hinblick auf seine Herkunftszuordnung, welche das Werk aus sich selbst heraus vorweist oder die sich aus seinem äusseren Umfeld ergibt, soweit die Zuordnung nicht – oder nicht mehr – zutrifft.⁴⁰⁸

3.2.4. Bestimmung weiterer Faktoren in einer Kunstexpertise

Nebst der – bereits dargestellten – Bestimmung des Wertes und der Echtheit eines Gemäldes können weitere Abklärungen Gegenstand einer Kunstexpertise sein. Zu denken ist dabei u.a. an die Beurteilung des Zustandes eines Gemäldes. Der jeweilige Zustand eines Objekts hat zum einen Bedeutung bei der pekuniären Bewertung und zum anderen bei der Einordnung der Befunde in das Gesamtbild, welches sich der Sachverständige macht. Entscheidend ist etwa, ob ein unberührter, patinierter Originalzustand vorliegt oder bereits umfangreiche Restaurationen durchgeführt worden sind. Vor allem ältere Restaurierungen können nämlich in die Originalsubstanz eines Kunstwerks eingreifen und dieses zum Teil erheblich verändern.⁴⁰⁹

Ebenfalls zur Aufgabe des Kunstsachverständigen kann in diesem Zusammenhang das Erstellen eines Zustandsprotokolls vor einem Transport oder einer Ausleihe gehören. Bei Zustandsprotokollen wird der Erhaltungszustand des Gemäldes vor dem Kunsttransport oder der Ausleihe dokumentiert und bei der Ankunft gegenkontrolliert. Kommt es bei der Leihe oder dem Transport zu Beschädigungen am Gemälde, lässt sich der Schaden gegenüber den Verantwortlichen oder gegenüber einer Versicherung mithilfe einer Kunstexpertise einfacher geltend machen.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Vgl. zur Thematik der auflagenlimitierten Werke (sog. *ars multiplicata*) auch WREDE, S. 39 f. und BOOCHS/GANTEFÜHRER, S. 22.

⁴⁰⁷ Vgl. hierzu auch CLEMENZ, S. 170 f.; BK-BRINKMANN, 2012, S. 108 und EBLING/SCHULZE, S. 251.

⁴⁰⁸ VON BRÜHL, S. 12.

⁴⁰⁹ HÄRET, S. 230.

⁴¹⁰ ROLFES, S. 46 ff.; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 598; vgl. zur Transportversicherung auch HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 514. Dem Versicherungsnehmer wird häufig geraten, einen Sachverständigen für die Bewertung des Objekts beizuziehen, wenn die Versicherungssumme schwierig zu bestimmen ist. Die Versicherungsgesellschaft wirkt bei der Bestimmung der Versicherungssumme oftmals nicht mit. Es wird den Parteien sogar empfohlen, einvernehmlich einen Wert festzulegen, der in einer besonderen Vereinbarung festgehalten wird (vgl. dazu KKR-VOSS/GROLIMUND, 2020, Kap. 8 N 172; GABUS, S. 78 ff.).

Zu guter Letzt kann auch die Erforschung der Provenienz eines Gemäldes Gegenstand einer Kunstexpertise sein. Die Gründe für eine Provenienzforschung können dabei vielfältig sein. Die Provenienzforschung kann etwa wichtige Hinweise zur Frage der Echtheit eines Gemäldes geben. Gerade eine bis zum Künstler nachvollziehbare Herkunft eines Gemäldes stellt ein wichtiges Indiz für seine Echtheit und gleichzeitig oftmals auch ein bedeutender wertbildender Faktor dar.⁴¹¹ Wenn demgegenüber ein bedeutsam erscheinendes, aber bisher unbekanntes Gemälde plötzlich im Kunsthandel auftaucht, ist starke Skepsis geboten, wenn von diesem Werk bisher keinerlei quellenmässige Nachricht vorhanden war.⁴¹² Durch den Fall *Gurlitt* hat zudem das Thema «Raubkunst»⁴¹³ in der breiten Bevölkerung grosse Aufmerksamkeit erfahren.⁴¹⁴ Das Kunstgutachten über die Provenienz dient insofern auch der Risikoabsicherung oder zumindest -verringern, schlussendlich Raubkunst zu erwerben oder zu besitzen.⁴¹⁵ So ist etwa bei Werken, deren Verbleib zwischen den Jahren 1933 und 1945 ungeklärt ist, eine besonders sorgfältige Provenienzforschung durchzuführen.⁴¹⁶

Grundsätzlich obliegt es dem Auskunftssuchenden zu definieren, welche Abklärungen durch den Sachverständigen im Rahmen des Kunstgutachtens vorzunehmen sind bzw. was der Gegenstand des Kunstgutachtens sein soll. Gerade für Wert- und Echtheitsgutachten ist es aber in der Regel ohnehin unerlässlich, vorab den Zustand sowie die Provenienz eines Gemäldes abzuklären und in die Bewertung miteinfließen zu lassen. Wie die jeweiligen dargestellten Abklärungen durch den Kunstsachverständigen in der Praxis durchzuführen sind, wird weiter hinten in dieser Arbeit noch ausführlich darzustellen sein. In einem nächsten Schritt gilt es zunächst, den Gutachtervertrag über die Erstellung einer Kunstexpertise in rechtlicher Hinsicht zu qualifizieren.

⁴¹¹ WOLF, S. 80; HÄRET, S. 232.

⁴¹² WÜRTENBERGER, S. 50.

⁴¹³ Während der Zeit des Nationalsozialismus von 1933–1945 wurden in Deutschland und den annektierten und besetzten Ländern eine grosse Anzahl Kunstwerke konfisziert. Die Opfer des Raubes waren vor allem Juden und als Juden Verfolgte. Diese geraubten bzw. «NS-verfolgungsbeding» entzogenen Kunstwerke werden als *Raubkunst* bezeichnet (vgl. <<https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturerbe/raubkunst.html>>; zuletzt eingesehen am 11.06.2022).

⁴¹⁴ Vgl. dazu SKK Eigentum-HAAS, S. 11 ff. Zum Begriff der «entarteten Kunst» vgl. GRELL, S. 4 ff.; HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 36 f.; EBLING/SCHULZE, S. 212 ff.

⁴¹⁵ Vgl. hierzu BUOMBERGER, S. 102 ff.; VON KLITZING, S. 96 ff.; FAUDE-NAGEL, S. 32 f.; FRANZ, S. 150 f.; VON BRÜHL vertritt ferner die Meinung, dass es dem Marktstandard entspreche, dass das Auktionshaus bzw. deren Experten vor einer Versteigerung bspw. das *Art Loss Register* konsultiert (vgl. dazu KR-VON BRÜHL, 2012, S. 155 f.).

⁴¹⁶ KR-VON BRÜHL, 2012, S. 155.

4. Qualifikation des Vertrags über die Erstellung einer Kunstexpertise

4.1 Qualifikation als Nominatvertrag

Bevor nachfolgend auf die konkreten Pflichten eines Sachverständigen bei der Erstellung einer Kunstexpertise näher eingegangen werden kann, gilt es – auch zur Klärung der diversen Haftungsfragen – zunächst die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Ratsuchenden zu untersuchen. Obwohl die begrenzte Auswahl an Vertragstypen, welche in der Fortsetzung der römischen Rechtstradition ins Obligationenrecht aufgenommen wurden, der wirtschaftlichen Rechtsentwicklung nicht immer gerecht wird, gilt es vorliegend zunächst das Vorliegen eines Nominatverhältnisses zu prüfen.⁴¹⁷ Bei einem Nominatvertrag handelt es sich um einen Vertrag, dessen Inhalt (dispositiver oder zwingender Natur) zumindest in den Grundzügen spezifisch im Gesetz geregelt ist.⁴¹⁸

Als Nominatverträge kommen indessen primär der Auftrag (Art. 398 ff. OR) sowie der Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) in Frage.⁴¹⁹ Da die Kunstexpertise im Regelfall entgeltlich erstellt wird, ist in einem ersten Schritt nur auf diese Konstellation einzugehen. Dies ist insofern von Bedeutung, als dass die Entgeltlichkeit etwa ein gesetzliches Merkmal des Werkvertrages darstellt.⁴²⁰

4.1.1. Charakteristika des Auftragsrechts

Gemäss Art. 394 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrages, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Inhalt eines Auftrages ist in der Regel die Erbringung einer Dienstleistung für einen Dritten, welche tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein kann.⁴²¹ Als Beispiel für einen Tathandlungsauftrag kann mitunter der Anwaltsvertrag genannt werden. Die Anwendung des Auftragsrechts erstreckt sich nach der herrschenden Lehre jedoch nicht auf den Anwalt alleine, sondern auf alle sogenannten freien Berufe, worunter auch der Kunstsachverständige zu subsumieren ist.⁴²²

⁴¹⁷ FURRER, S. 24.

⁴¹⁸ FURRER, S. 25.

⁴¹⁹ Kunstsachverständige, welche ausschliesslich für ein Auktionshaus oder dgl. tätig sind, befinden sich nicht selten auch in einem Arbeitsverhältnis i.S.v. Art. 319 ff. OR. Infolge fehlender Relevanz für die vorliegende Arbeit ist nicht näher darauf einzugehen.

⁴²⁰ Vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 1658; BGE 127 III 519 E. 2b; BGE 122 III 10 E. 3. Bei unentgeltlicher Herstellung liegt nach h.L. ein werkvertragsähnlicher Innominatkontrakt vor (**bejahend** GAUCH, N 115; KOLLER, N 45; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 363 N 6; ZK OR-BÜHLER, Art. 363 N 6; BeKom OR-KOLLER, Art. 363 N 84; OFK-OR-HUBER/SCHWENDENER, Art. 363 N 11; **a.M.** BGE 64 II 10 und BGE 59 II 262, welche von einem Auftragsverhältnis ausgehen).

⁴²¹ Kurzkommentar OR-SCHALLER, vor Art. 394–406 N 2; OFK-OR-BÜHLER, Art. 394 N 6.

⁴²² BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 394 N 9; HONSELL, OR BT, S. 339 ff.

Charakteristisch bzw. begriffswesentlich für den Auftrag ist ein sorgfältiges Tätigwerden in fremdem Interesse auf fremde Rechnung und fremdes Risiko.⁴²³ Es handelt sich hierbei grundsätzlich um ein Tätigwerden ohne Leistungserfolg. Mit anderen Worten ist das Fehlen eines verbindlich vereinbarten und objektiv messbaren Erfolgs ein Indiz für das Vorliegen eines Auftrags und gleichzeitig auch ein Abgrenzungskriterium zum Werkvertrag.⁴²⁴

4.1.2. Charakteristika des Werkvertragsrechts

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer gemäss Art. 363 OR zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Zunächst interessiert an dieser Stelle im Besonderen, was unter dem Begriff *Werk*⁴²⁵ zu verstehen ist. Gewiss stehen in der Praxis die *körperlichen Werke* (wie bspw. Bauwerke) im Vordergrund.⁴²⁶ Zunächst von Bedeutung und demzufolge klärungsbedürftig ist vorliegend insbesondere die Frage, ob die Ausarbeitung eines Gutachtens als *unkörperliches Werk* überhaupt unter die Normen des Werkvertragsrechts subsumiert werden kann. Andernfalls würde die Qualifikation der Erstellung eines Kunstgutachtens als Werkvertrag bereits an dieser Stelle ausser Betracht fallen.

Die Frage, ob unkörperliche Werke, wie *in casu* ein Gutachten, von Art. 363 OR erfasst werden, wird in der Lehre äusserst kontrovers diskutiert. Die h.L. geht dabei davon aus, dass unkörperliche Werke grundsätzlich unter das Werkvertragsrecht subsumiert werden können.⁴²⁷ Nach HUGUENIN kann aber nicht jede unkörperliche Leistung als Arbeitsergebnis versprochen werden. So insbesondere, wenn nicht alle Faktoren durch den Unternehmer beeinflussbar sind, wie dies u.a. bei einem Lehr-, Heil- oder Prozessserfolg der Fall ist.⁴²⁸

Ein Teil der Lehre verlangt denn auch eine gewisse Körperlichkeit, indem der unkörperliche Erfolg eine dauernde Gestalt in einer Sache, bspw. einem Schriftstück, annehme

⁴²³ BGer 4C_78/2007 vom 09.01.2008 E. 5.1.3; OFK-OR-BÜHLER, Art. 394 N 3.

⁴²⁴ Vgl. BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 394 N 29; Kurzkommentar OR-SCHALLER, vor Art. 394–406 N 3; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 45; BGE 127 III 328.

⁴²⁵ Als *Werke* im Sinne von Art. 363 OR wird jeder versprochene Arbeitserfolg verstanden, wobei dieser Arbeitserfolg körperlicher, unkörperlicher, beweglicher und unbeweglicher Natur sein kann, wenn nur die objektive Bestimmbarkeit gegeben ist (vgl. BSK ORI-ZINDEL/SCHOTT, Vor Art. 363–379, N 1 ff.). Wenn in dieser Arbeit von *Werk* die Rede ist, ist nicht der urheberrechtliche Werkbegriff gemäss Art. 2 ff. URG gemeint.

⁴²⁶ GAUCH, N 32; HONSELL, OR BT, S. 300.

⁴²⁷ **Bejahend** GAUCH, N 33; BSK ORI-ZINDEL/SCHOTT, Vor Art. 363–379 N 2; HONSELL, OR BT, S. 300; Kurzkommentar OR-LEHMANN, Art. 363 N 2; OFK-OR-HUBER/SCHWEN-DENER, Art. 363 N 2; BeKom OR-KOLLER, Art. 363 N 98 ff.; HUGUENIN, N 3123; ZK OR-BÜHLER, Art. 363 N 175; Guhl-KOLLER, S. 521 N 2 und N 3; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 1664; NIETLISPACH, S. 33; ZIMMERMANN, S. 21 ff. m.w.V.; KOENIGSBERGER, S. 44; **ablehnend** nun wieder KOLLER, N 65; die Lehre zum alten Obligationenrecht ging noch mehrheitlich davon aus, dass sich immaterielle Werke nicht unter das Werkvertragsrecht subsumieren lassen, vgl. dazu KOENIGSBERGER, S. 41 ff. m.w.V.

⁴²⁸ HUGUENIN, N 3123.

und dadurch wahrnehmbar festhaltbar ist.⁴²⁹ Da Gutachten in der Praxis in aller Regel auf einem körperlichen Gegenstand niedergeschrieben, respektive mindestens auf einem solchen festgehalten werden, dürfte dies vorliegend kein Ausschlusskriterium dafür sein, um den Vertrag für die Erstellung einer Kunstexpertise ohne weiteres dem Werkvertragsrecht zu unterstellen. KOLLER hingegen schliesst die Qualifikation eines Gutachtens als Werk per se aus und zwar ungeachtet dessen, ob nun das Gutachten mündlich oder schriftlich oder sonst wie erstattet wird.⁴³⁰

Auch das Bundesgericht konnte sich in der Vergangenheit nicht klar festlegen und änderte mehrfach seine Praxis. In einem Entscheid aus dem Jahr 1972 anerkannte es zunächst nur körperlich stoffliche Werke als solche im Sinne des Werkvertragsrechts.⁴³¹ Es vertrat dabei die Ansicht, dass wer sich zur geistigen Leistung verpflichte, nicht Unternehmer im Sinne des Werkvertragsrechts sein könne. Dieser Entscheid wurde in der Lehre jedoch heftig kritisiert, so dass das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung zurückkam und seine Praxis mit einem Entscheid aus dem Jahr 1983 erneut änderte.⁴³² So qualifizierte das Bundesgericht die Arbeit eines Geometers als Werkleistung und anerkannte dadurch gleichzeitig auch unkörperliche Werke wiederum als Bestandteil eines Werkvertrags. Letztere Rechtsprechung wurde bis heute – soweit ersichtlich – nicht revidiert und entsprechend beibehalten.⁴³³

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl die Rechtsprechung wie auch die herrschende Lehre im Grundsatz die Unterstellung eines *unkörperlichen* Werkes unter das Werkvertragsrecht zulassen. Insofern kann eine Kunstexpertise durchaus ein Werk im Sinne von Art. 363 ff. OR darstellen.

4.2 Rechtliche Qualifikation des allgemeinen Gutachtervertrags

4.2.1. Ausgangslage

Sowohl die zentralen Charakteristika des Auftragsrechts wie auch diejenigen des Werkvertragsrechts lassen es grundsätzlich zu, die Erstellung einer Kunstexpertise unter den jeweiligen Vertragstypus zu subsumieren. Es bedarf daher weiterer Abgrenzungskriterien, um im Nachgang eine definitive rechtliche Einordnung vornehmen zu können.

4.2.2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gutachtervertrag

Das Bundesgericht hat sich in zahlreichen Entscheiden der Abgrenzungproblematik zwischen Werkvertrags- und Auftragsrecht im Hinblick auf Expertisen angenommen und eine Rechtsprechung hierzu entwickelt, welche bis heute beibehalten wurde. Nach

⁴²⁹ Vgl. GAUCH, N 45; HUGUENIN, N 3123.

⁴³⁰ KOLLER, N 59.

⁴³¹ BGE 98 II 305; vgl. auch ZIMMERMANN, S. 25 f.

⁴³² BGE 109 II 34; vgl. auch ZIMMERMANN, S. 26 f.

⁴³³ Anstelle vieler siehe die Entscheide BGE 130 III 458; BGE 109 II 462 ff.; BGE 127 III 329.

Ansicht des Bundesgerichts ist bei einem Gutachten von einem Werkvertrag auszugehen, *wenn das Resultat nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann.*⁴³⁴ Hierdurch will das Bundesgericht unter anderem der Tatsache Rechnung tragen, dass Gegenstand eines Gutachtervertrags unterschiedliche Fragestellungen sein können. So kann es sich einerseits um rein technische Fragen handeln, welche vom Sachverständigen nach objektiven Kriterien zu beantworten sind. Gerade technische Gutachten führen regelmässig zu einem Resultat, welches nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann. Zum anderen können aber auch Streitfragen im Vordergrund stehen, zu welchen vom Sachverständigen eine rein subjektive Meinung verlangt wird, wie etwa die Schätzung eines Gebäudes.

Sofern objektive Kriterien für die Beurteilung der Richtigkeit des Gutachtenergebnisses fehlen, können diese weder vom Gutachter selbst gewährleistet noch vom Auftraggeber hin überprüft werden. Das Bundesgericht erachtet es in dieser Konstellation als nicht sachgerecht, die strengen Gewährleistungsregeln des Werkvertrags anzuwenden. In der Folge handelt es sich beim Gutachtervertrag nach Ansicht des Bundesgerichts um ein Auftragsverhältnis, wenn die Richtigkeit des Ergebnisses nicht objektiv garantiefähig ist.⁴³⁵

4.2.3. Lehrmeinungen zum Gutachtervertrag

In der Lehre besteht dagegen Uneinigkeit in Bezug auf die rechtliche Qualifikation des Gutachtervertrags. KOLLER vertritt hierbei die Auffassung, dass der Gutachtervertrag in keinem Fall als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 OR qualifiziert werden könne und zwar ungeachtet dessen, ob nun das Gutachten mündlich oder schriftlich oder sonst wie erstattet wird. Den Grund dafür sieht KOLLER in der Tatsache, dass geistige Arbeitserfolge nicht als körperliches Werk fassbar sind und daher entsprechend auch keinen Werkvertrag darstellen können.⁴³⁶

Im Gegensatz zu KOLLER nimmt FELLMANN eine weitere Differenzierung vor und verwendet unter anderem das Kriterium der Verwertbarkeit des jeweiligen Werkes zur Qualifikation. So liegt nach seiner Ansicht nur dann ein Werkvertrag vor, wenn sich der Erfolg einer geistigen Tätigkeit in einem körperlichen Ergebnis niederschlägt, welches für sich alleine wiederum verwertbar sei. Da ein Gutachten als blosses Schriftstück kaum je von jemandem gekauft werde, liege ein ideelles Ergebnis nahe, welches für sich alleine als Papierstück in aller Regel nichts wert sei. FELLMANN qualifiziert indessen den Vertrag zur Erstellung eines Gutachtens als Auftrag.⁴³⁷

Auch KAISER sieht das Auftragsrecht auf den Gutachtervertrag als anwendbar. So können gemäss KAISER nämlich als massgebender Erfolg nicht bereits die Materialisierung

⁴³⁴ BGE 127 III 328 E. 2c; BGE 130 III 458 ff. E. 4.

⁴³⁵ Zum Ganzen BGE 127 III 328 E. 2c.

⁴³⁶ KOLLER, N 59.

⁴³⁷ FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 330.

von Gedanken an sich betrachtet werden, sondern erst das Weitergehende, wie etwa die objektive Richtigkeit der Beratung und des Gutachtens. Weder Berater, Gutachter noch Auskunftgeber können jedoch diese objektive Richtigkeit jemals garantieren. Vielmehr könne vernünftigerweise nur ein sorgfältiges Tätigwerden verlangt werden, was typischerweise für das Auftragsrecht spreche.⁴³⁸

HONSELL hält das Kriterium der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach es für die Abgrenzung zwischen Auftrags- und Werkvertragsrecht auf die Überprüfbarkeit der Richtigkeit eines Gutachtens ankommen soll, für verfehlt. Für ihn ist die Anwendung des Auftragsrechts im Ergebnis nicht zu beanstanden.⁴³⁹

Entgegen den soeben aufgeführten Lehrmeinungen unterstellt GAUCH den Gutachtervertrag praktisch ausnahmslos dem Werkvertragsrecht. Er erkennt zwar, dass im Einzelfall die Richtigkeit einer Aussage, in die ein Gutachten münden soll, einer Beurteilung nach objektiven Kriterien teilweise entzogen werden könne. Nach seiner Ansicht bedeutet dies aber lediglich, dass eine objektive «Richtigkeit» der jeweiligen Aussage nicht geschuldet sei und folglich auch nicht zu den Eigenschaften zählen könne, für die der Gutachter nach den Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) einstehen müsse.⁴⁴⁰

Auch BÜHLER unterstellt die Erarbeitung eines Privatgutachtens im Grundsatz dem Werkvertragsrecht. Versprochen werde ein ausgearbeitetes Gutachten, also folglich ein Arbeitsergebnis, welches in einer immateriellen bzw. unkörperlichen Leistung bestehe.⁴⁴¹ Mit nahezu identischer Argumentation qualifiziert auch HÜRLIMANN die Erstellung eines Privatgutachtens als Werkvertrag. Er führt ergänzend aus, dass die Qualifikation als Werkvertrag auch deshalb sei, weil das Ergebnis der geistigen Arbeit durch gegenständliche Ausdrucksmittel wahrgenommen werden könne.⁴⁴²

ZINDEL/PULVER/SCHOTT unterstellen wissenschaftliche und künstlerische oder ganz allgemein geistige Werke dem Werkvertragsrecht. Sie weisen darauf hin, dass es sich – genau betrachtet – nicht um unkörperliche Werke handle. Vielmehr sei die Verkörperung in diesen Fällen nicht das primäre, augenfällige, sondern nur ein begleitendes, untergeordnetes Element der Werkleistung. Greifbar sei lediglich die Nebenleistung.⁴⁴³

LEHMANN bezieht zwar nicht eindeutig Stellung, scheint sich aber der Rechtsprechung des Bundesgerichtes anzuschliessen. So ist nach seiner Ansicht jedenfalls das Verfassen eines technischen Gutachtens in der Regel als Werkvertrag zu qualifizieren.⁴⁴⁴ Gleicher Meinung sind auch HUBER/SCHWENDENER, welche den Gutachtervertrag differen-

⁴³⁸ KAISER, S. 53; vgl. auch HONSELL, Gutachterhaftung, S. 3.

⁴³⁹ HONSELL, OR BT, S. 304; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 1.

⁴⁴⁰ GAUCH, N 332.

⁴⁴¹ ZK OR-BÜHLER, Art. 363 N 175.

⁴⁴² HÜRLIMANN, S. 136; HÜRLIMANN, Baurechtstagung, S. 210 f.; Gauch/Tercier-HÜRLIMANN, N 1434.

⁴⁴³ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Vor Art. 363–379 N 2.

⁴⁴⁴ Kurzkommentar OR-LEHMANN, Art. 363 N 2 ff.

ziert betrachten und dabei technische Gutachten dem Werkvertragsrecht unterstellen, zumal diese meist als richtig oder falsch qualifiziert werden können. Sollte das Ergebnis dagegen nicht objektiv garantiefähig sei, so liege wohl ein Auftragsverhältnis nahe.⁴⁴⁵

Nach HUGUENIN hat die Abgrenzung von Fall zu Fall unterschiedlich zu erfolgen. Es sei nicht sachgerecht, generell für alle «Gutachterverträge» a priori die jeweils gleiche Zuordnung vorzunehmen.⁴⁴⁶ Es komme darauf an, ob im Einzelfall objektive Kriterien für die Beurteilung des Ergebnisses vorhanden seien. Sollte dem nicht so sein, könne «Richtigkeit» gerade nicht versprochen werden und die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregeln sei indessen auch nicht sachgerecht. In solchen Fällen sei von einem Auftrag oder einem anderen Vertrag auszugehen, nicht jedoch von einem Werkvertrag.⁴⁴⁷

Nur vereinzelte der aufgeführten Autoren beziehen sich bei der Qualifikation des Gutachtervertrags konkret auf die Kunstexpertise. Ein Teil der Autoren äussert sich zu allgemeinen Privatgutachten, manche behandeln im speziellen Baugutachten und wiederum andere unterscheiden zwischen technischen und geistigen Gutachten. Es darf dennoch davon ausgegangen werden, dass die soeben erläuterten Lehrmeinungen mit den jeweiligen Kriterien *mutatis mutandis* ebenfalls auf die Kunstexpertise anzuwenden wären. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass ein nicht unbeachtlicher Teil der Lehre den Kunstgutachtervertrag im Grundsatz als Werkvertrag qualifiziert.⁴⁴⁸

4.2.4. Lehrmeinungen zum Kunstgutachtervertrag

Es finden sich im Schrifttum nur wenige Autoren, welche sich spezifisch mit der rechtlichen Qualifikation des Kunstgutachtervertrags auseinandersetzen.

So stellt MÜLLER-CHEN im Zusammenhang mit der Qualifikation einer Kunstexpertise etwa fest, dass die Bewertung eines Kunstwerks zu einem grossen Teil auf objektiven Kriterien basiere bzw. basieren sollte.⁴⁴⁹ Seiner Ansicht nach bleibe jedoch nach wie vor ein bedeutender Ermessensspielraum bei der Gewichtung und Evaluierung der einzelnen wertbildenden Faktoren, so dass er zum Schluss kommt, die Kunstexpertise als einfachen Auftrag und nicht als Werkvertrag zu qualifizieren.⁴⁵⁰ Führt man den Gedanken von MÜLLER-CHEN weiter, ist folglich auch dann von einem einfachen Auf-

⁴⁴⁵ OFK-OR-HUBER/SCHWENDENER, Art. 363 N 9.

⁴⁴⁶ HUGUENIN, N 3134.

⁴⁴⁷ HUGUENIN, N 3133.

⁴⁴⁸ **Für Werkvertrag wohl** GAUCH, N 332; ZK OR-BÜHLER, Art. 363 N 175; HÜRLIMANN, S. 136; Gauch/Tercier-HÜRLIMANN, N 1434; BSK ORI-ZINDEL/SCHOTT, Vor Art. 363–379 N 2; **für Auftrag wohl** KOLLER, N 59; FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 330; SUHR, S. 30; Kurzkommentar OR-LEHMANN, Art. 363 N 2 ff.; WÜTHRICH, S. 38; **dem Bundesgericht folgend und somit zumindest in Fällen der Wertbestimmung für Auftrag** Kurzkommentar OR-LEHMANN, Art. 363 N 2 ff.; OFK-OR-HUBER/SCHWENDENER, Art. 363 N 9; **unklar** HUGUENIN, N 3134.

⁴⁴⁹ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 58.

⁴⁵⁰ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 58.

trag auszugehen, wenn etwa die Überprüfung der Echtheit eines Gemäldes Gegenstand der Expertise wäre.

RENOLD sowie THÉVENOZ machen keine Unterscheidung zwischen den möglichen Abklärungsinhalten bei der Erarbeitung einer Kunstexpertise. Sie qualifizieren die Tätigkeit des Gutachters im Kunstrecht ganz generell als einfaches Auftragsverhältnis, unbesehen davon, ob eine Wertbestimmung oder eine Provenienzabklärung eines Gemäldes vorgenommen werden soll. Dies deshalb, weil der Gutachter die Vornahme bestimmter Handlungen für die Erstellung seines Gutachtens garantiere, nicht jedoch das Ergebnis.⁴⁵¹ Auch JOLLES/ROESLE und SENN gehen – ohne jedoch nähere Ausführungen zu machen – ebenfalls von einem Auftragsverhältnis aus.⁴⁵² Gleiches hat für SCHMIDT-GABAIN zu gelten, welcher den Kunstsachverständigen-Vertrag ungeachtet dessen, ob im Einzelfall eine kunsthistorische oder naturwissenschaftliche Untersuchung durchgeführt wird, als Auftragsverhältnis qualifiziert.⁴⁵³

GLAUS folgt der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach eine Haftung nach Werkvertragsrecht nur dort Anwendung finden könne, wo ein Gutachter nach objektiven, nachvollziehbaren und überprüfbaren Kriterien arbeite. Seiner Ansicht nach sei dies – wenn überhaupt – nur bei naturwissenschaftlichen Gutachten der Fall. So sind nach Ansicht von GLAUS insbesondere die Schätzung von Vermögenswerten und die Zuschreibung aufgrund von stilistischen und kunsthistorischen Kriterien dem Auftragsrecht zuzuordnen.⁴⁵⁴

Auch CHAPPUIS spricht sich schliesslich für ein Auftragsverhältnis aus, indem sie darauf hinweist, dass ein Kunstsachverständiger, ob er nun ein Kunstwerk bewerte oder sich nur über seine Authentizität äussere, in Ermangelung spezifischer Vorgaben in der Regel kein bestimmtes Ergebnis verspreche. Er sichere lediglich eine sorgfältige Tätigkeit zu, die es ermögliche, schlussendlich ein solches Ergebnis zu erreichen. Nach CHAPPUIS sei die Sorgfaltspflicht dabei typisch für ein Auftragsverhältnis.⁴⁵⁵

4.2.5. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Kunstgutachtervertrag

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet sich – soweit ersichtlich – nur ein Entscheid, welcher sich explizit mit der Qualifikation einer Kunstexpertise auseinandersetzt. Dabei ging es um den Gallé-Lampen-Entscheid, welcher die Begutachtung des Wertes einer Jugendstillampe zum Sachverhalt hatte. Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich bei einer Schätzung des Wertes durch einen Experten naturgemäss um eine Ermessensfrage. Das Resultat einer Verkehrswertschätzung könne gerade nicht nach objektiven Kriterien als richtig oder falsch bewertet werden.⁴⁵⁶ Infolge des Fehlens objekti-

⁴⁵¹ THÉVENOZ, S. 40; KKR-RENOLD, 2020, Kap. 8 N 122, wobei bei rein technischen Elementen von einem Werkvertrag auszugehen sei.

⁴⁵² JOLLES/ROESLE, S. 35 ff.; SENN, S. 173.

⁴⁵³ SCHMIDT-GABAIN, S. 244.

⁴⁵⁴ Schwander/Studer-GLAUS, S. 114.

⁴⁵⁵ CHAPPUIS, S. 52.

ver Kriterien für die Beurteilung der Richtigkeit des Gutachtenergebnisses, könne die Richtigkeit weder vom Gutachter gewährleistet noch vom Auftraggeber überprüft werden.⁴⁵⁷ So ist das Bundesgericht im Gallé-Lampen-Entscheid schlussendlich beim Gutachtervertrag von einem Auftragsverhältnis ausgegangen.⁴⁵⁸

4.2.6. Zwischenergebnis

Wie soeben dargelegt, hat das Bundesgericht zur Qualifikation des Gutachtensvertrags eine konstante Rechtsprechung entwickelt. Die differenzierende Betrachtungsweise des Bundesgerichts ist nach hier vertretener Auffassung grundsätzlich zu begrüßen. Eine pauschale Unterstellung unter das Auftrags- oder Werkvertragsrecht wird den verschiedenartigen Inhalten, welche ein Gutachten aufweisen kann, nicht gerecht.⁴⁵⁹ Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind solche Gutachtensverträge, bei welchen das Gutachten nach objektiven Kriterien als richtig oder falsch qualifiziert werden kann, unter das Werkvertragsrecht zu subsumieren. Sind hingegen (rein) subjektive Meinungsäußerungen des Gutachters Gegenstand des Vertrages, so ist von einem Auftragsverhältnis auszugehen.

Summa summarum lässt sich feststellen, dass die Lehre uneinheitlich ist. Mit unterschiedlichen Argumentationen wird der Gutachtensvertrag teilweise dem Auftrags- oder dem Werkvertragsrecht unterstellt. Die wenigen Autoren, welche sich bisher explizit mit der Kunstexpertise auseinandergesetzt haben, unterstellen diese – soweit ersichtlich – allesamt dem Auftragsrecht.⁴⁶⁰

4.2.7. Eigene Stellungnahme zur Qualifikation

Die Kunstexpertise kann nur bedingt mit der Tätigkeit anderer Sachverständigen, wie bspw. einem Geologen oder Ingenieur, gleichgestellt werden, zumal ihr eine grosse Abklärungsvielfalt zu Grunde liegt. Bei der Erstellung einer Kunstexpertise spielen zahlreiche Faktoren eine Rolle. So ist bei einer Kunstexpertise zunächst von Bedeutung, welcher Kunstgegenstand vom Sachverständigen überhaupt begutachtet werden soll. Entsprechend stehen bei einer Skulptur nicht dieselben technischen und kunsthistorischen Untersuchungsmöglichkeiten zur Verfügung, wie dies bei einem Gemälde der Fall ist. Ferner gestalten sich die fraglichen Abklärungen je nach Künstler, Alter, Epoche, Herkunft oder Zustand des Kunstobjekts unterschiedlich aufwändig und komplex. Sind etwa nur ungenügende Informationen als Basis vorhanden, welche die Provenienzkette aufzeigen, lässt sich die Eigentümerchronologie folglich in der Kunstexpertise nur un-

⁴⁵⁶ BGE 127 III 331, mit einem Verweis auf den *Gallé-Lampen-Entscheid* (BGE 112 II 347).

⁴⁵⁷ BGE 127 III 328 E. 2c und 2d m.w.H.

⁴⁵⁸ BGE 112 II 347 E. 2; vgl. auch HONSELL, S. 339 und WIEGAND/KOLLER-TUMBLER, S. 144.

⁴⁵⁹ Vgl. auch FEIT, S. 62.

⁴⁶⁰ Dies wären namentlich KKR-RENOUD, 2020, Kap. 8 N 122; Schwander/Studer-GLAUS, S. 115; KR-MÜLLER-CHEN, S. 58; THÉVENOZ, S. 40 ff.; SCHMIDT-GABAIN, S. 244; JOLLES/ROESLE, S. 35 ff.

vollständig darlegen.⁴⁶¹ Erschwerende Umstände liegen im Weiteren vor, wenn sich ein Gemälde aufgrund bestehender Beschädigungsgefahr nicht aus dem Rahmen heben lässt und dadurch nur ein unvollständiges Zustandsgutachten erlaubt. Auch die fehlende Möglichkeit der Entnahme einer Materialprobe bei einem Gemälde kann m.E. dazu führen, dass die naturwissenschaftlichen Untersuchungen nur unvollständig durchgeführt werden können.

Gesagtes gilt erst recht bei der Wertbestimmung eines Gemäldes. So existieren nach WREDE etwa keine Grundsätze für die Wertbestimmung von Kunstwerken, zumal die Ware Kunst zumeist zweckfrei sei und in erster Linie als Luxusgut verstanden werde.⁴⁶² Nach WEIHE stehe der wirkliche Wert eines Kunstwerkes ohnehin erst bei seinem tatsächlichen Verkauf fest.⁴⁶³ Kunstexpertisen können jedoch sehr wohl mit Hilfe anerkannter wissenschaftlicher Vorgehensweisen erstellt werden, deren Resultate unterliegen aber schlussendlich einem Wertungs- und Ermessensentscheid des Sachverständigen.⁴⁶⁴

Die dargelegten – teilweise unvorhersehbaren – Schwierigkeiten bei der Begutachtung eines Gemäldes ergeben sich dem Kunstsachverständigen in den meisten Fällen erst während der Erstellung seiner Expertise, kaum je bereits bei Vertragsschluss. Für die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Auftrag ist jedoch gerade entscheidend, ob ein bestimmter Erfolg oder ob vielmehr ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet wird. Während sich der Unternehmer indessen zur Herstellung eines Werks verpflichtet, schuldet der Beauftragte die vertragsgemäße sorgfältige Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte.⁴⁶⁵ Es ist dann von einem Auftragsverhältnis auszugehen, wenn sich das Resultat durch die geschuldete Tätigkeit nicht unbedingt verwirklichen lässt, mithin ungewiss bleibt, oder wenn es eine nicht erzwingbare schöpferisch inspirierte Leistung voraussetzt.⁴⁶⁶

Aus den gemachten Ausführungen erhellt, dass ein Kunstsachverständiger einen bestimmten Erfolg vor seinem Tätigwerden und meist auch während der Ausarbeitung der Expertise gar nicht versprechen kann.⁴⁶⁷ Es ist somit ungewiss, ob sich das Resultat, also

⁴⁶¹ Es gilt zu bedenken, dass bei der Provenienzforschung viele Angaben zur Herkunft eines Gemäldes durch den Auftraggeber gemacht werden, womit der Kunstsachverständige auf dessen Mithilfe angewiesen ist. Angaben, welche bspw. gegen die Authentizität eines Gemäldes sprechen, wird der Auftraggeber dem Kunstsachverständigen wohl nicht mitteilen, so dass es für diesen sehr schwierig, wenn nicht unmöglich sein kann, ein Herkunftsgutachten zu erstellen (vgl. dazu SCHREMBBS, S. 169).

⁴⁶² Vgl. WREDE, S. 53.

⁴⁶³ Vgl. WEIHE, S. 143.

⁴⁶⁴ Vgl. FEIT, S. 63.

⁴⁶⁵ FEIT, S. 62.

⁴⁶⁶ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 394 N 29; BGE 109 II 36.

⁴⁶⁷ Demgegenüber hält KOENIGSBERGER im Hinblick auf die Erteilung von Rat dafür, der «Erfolg» sei nicht der sich als objektiv richtig erweisende Rat, wohl aber der Rat an sich als Ergebnis der Meinungsäußerung. Der Erfolg liege voll und ganz in der Macht des Raterteilenden, weshalb diesbezüglich Werkvertrag anwendbar sei (vgl. KOENIGSBERGER, S. 39 und Fn 1; vgl. dazu auch WÜTHRICH, S. 38, welcher die Raterteilung ohne weiteres dem Auftragsrecht unterstellt).

ein Erfolg, im Verlaufe der Begutachtung verwirklichen lässt. Eine weite Interpretation des Begriffs «Erfolg» ist im Übrigen abzulehnen. Lässt man bereits die korrekte Vorgehensweise eines Kunstsachverständigen als «Erfolg» gelten, verwischt man die erarbeiteten Kriterien zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Auftrag. Selbst typische Aufträge, wie etwa der Arztvertrag, liessen sich nicht mehr genügend vom Werkvertrag abgrenzen.⁴⁶⁸ Andernfalls müsste schon die ärztliche Behandlung, welche nach den Regeln der Kunst erfolgt, den «Erfolg» darstellen, was augenscheinlich nicht zutreffen kann.⁴⁶⁹

Wie CHAPPUIS richtig festhält, verspricht der Kunstsachverständige lediglich eine sorgfältige Tätigkeit, die es in der Folge ermöglichen kann, ein entsprechendes Ergebnis, namentlich die Beantwortung der Fragestellung des Auftraggebers in einer Expertise, zu erreichen.⁴⁷⁰ Der Kunstgutachtervertrag ist durch das Vertrauen des Auftraggebers in das Können und Wollen eines bestimmten Kunstsachverständigen geprägt. Dieser ist im Rahmen seiner Treue- und Sorgfaltspflicht gehalten, die Interessen des Auftraggebers nach bestem Wissen und Gewissen wahrzunehmen.⁴⁷¹ Der Kunstsachverständige ist jedoch nicht in der Lage, einen Erfolg zu garantieren. Was man von einem Kunstsachverständigen vernünftigerweise verlangen kann, ist bloss das sorgfältige Tätigwerden.⁴⁷²

Im Rahmen der Ausarbeitung einer Kunstexpertise fehlt m.E. somit klarerweise eine Erfolgsgarantie, wie sie im Werkvertragsrecht vorausgesetzt ist. Es ist für den Kunstsachverständigen zunächst unklar, ob er im Anschluss an seine Begutachtung des Gemäldes oder seine Recherchen eine (vollständige) Kunstexpertise erstatten bzw. ob er die gewünschten Abklärungen überhaupt vornehmen kann. Der Kunstsachverständige kann immer nur versprechen, die von ihm gewünschte Tätigkeit mit grösster Sorgfalt vorzunehmen und sein Ergebnis – soweit möglich – in einem Gutachten festzuhalten. Weder liegt der Erfolgseintritt im Machtbereich des Kunstsachverständigen noch kann er dessen Herbeiführung versprechen.⁴⁷³

Ein Arbeitserfolg kann man ohnehin nur dann versprechen, wenn objektive Kriterien vorliegen, mit denen man das Resultat messen und bewerten kann.⁴⁷⁴ Aufgrund des Zwecks der Kunstexpertise ist den Parteien sodann auch klar, dass ein allfälliger Mangel bzw. der schadensstiftende und deshalb zu vermeidende oder sanktionierende Fehler primär in der Sorgfalt des Kunstsachverständigen bei der Erarbeitung der Expertise liegen wird. Denn wo sich das Ergebnis einer selbstständigen Kontrolle entzieht, ist das Verfahren entscheidend. Aus diesem Grund ist der Auftraggeber sodann besonders auf den Schutz seines berechtigten Vertrauens in das sorgfältige Vorgehen des Gutachters angewiesen. Das

⁴⁶⁸ Vgl. hierzu OTT, S. 23 m.w.H.

⁴⁶⁹ Vgl. FEIT, S. 63; ZIMMERMANN, S. 4; OTT, S. 63 f.

⁴⁷⁰ CHAPPUIS, S. 52.

⁴⁷¹ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 527.

⁴⁷² So auch KAISER, S. 53.

⁴⁷³ Vgl. FEIT, S. 62.

⁴⁷⁴ FEIT, S. 64.

wahrnehmbare Ergebnis, also die Expertise, ist bloss eine Nebenleistung, wenngleich eine erforderliche.⁴⁷⁵ Es ändert folglich nichts an der Qualifikation des Rechtsverhältnisses, dass die Auskunft dem Auftraggeber durch das gesprochene oder geschriebene Wort in Form einer Expertise notgedrungenermassen übermittelt werden muss. Ist der Inhalt eines Dokuments für die Parteien das Wesentliche, so kann der körperliche Gegenstand, in welchem sich der geistige Inhalt verdichtet hat, nur das unvermeidliche Mittel darstellen, um diesen Gedankeninhalt dem Empfänger zur Wahrnehmung zu bringen.⁴⁷⁶

Auch das Abgrenzungskriterium des Bundesgerichts und gewisser Autoren, welche für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses auf die objektive Überprüfbarkeit der Richtigkeit des jeweiligen Ergebnisses abstellen, führen bei der Kunstexpertise m.E. zur Anwendung des Auftragsrecht. So kann in der Praxis die objektive Richtigkeit des Resultats ohnehin nur selten, etwa bei rein technischen Gutachten, versprochen werden. Nämlich dann, wenn die Aufgabe ausschliesslich in der Berechnung, Analyse oder Reproduktion naturgesetzlich determinierter Vorgänge unter Ausschluss von bewertenden Faktoren oder Prämissen besteht.⁴⁷⁷ Nicht jedoch bei einer Kunstexpertise, bei welcher dem Gutachter bei der Bewertung und Gewichtung der einzelnen Faktoren, unbesehen des Abklärungsinhalts, oftmals ein beträchtlicher Ermessensspielraum verbleibt. Die objektive Richtigkeit des Resultats einer Kunstexpertise kann daher nicht versprochen werden. Sie kann dementsprechend auch nicht *als richtig oder falsch* beurteilt werden. Im Ergebnis fehlen objektive Kriterien und die Richtigkeit des Gutachtenergebnisses kann weder vom Gutachter gewährleistet noch von Auftraggeber überprüft werden.⁴⁷⁸

Es ist nicht zu bestreiten, dass die Erreichung dieses obersten Ziels, nämlich ein objektiv richtiges Gutachten, schwierig ist. So wird gerade der Kunstsachverständige, welcher im Stande ist, alle Fehlerquellen bei der Gutachtenserstellung zu überblicken, am wenigsten geneigt sein, sein Gutachten immer als absolut richtig zu betrachten. Ob dies der Fall war, wird sich wie oben bereits ausgeführt, ohnehin erst im Laufe der weiteren Entwicklung der Aufgabenstellung zeigen. Den Erfolg und dessen Richtigkeit möchte der Gutachter fraglos herbeiführen, jedoch will und kann er sich nicht verpflichten, ihn zu erreichen. Die Erreichung dieses Erfolgs ist folglich nicht vereinbarter Vertragsgegenstand. Vertragsinhalt ist vielmehr die sorgfältige Tätigkeit des Kunstsachverständigen, die womöglich und erhoffterweise zu diesem Erfolg führen wird.⁴⁷⁹ Beim Werkvertragsrecht kommt es dagegen auf die Sorgfältigkeit der Arbeitsleistung, d.h. das Verfahren bis zur Fertigstellung des Werkes, nicht an. Die (korrekte) Erfüllung des Vertrags wird schlussendlich nur am Endergebnis gemessen.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ Vgl. VASELLA, S. 244.

⁴⁷⁶ Vgl. MÜLLER, Haftung, S. 71.

⁴⁷⁷ Vgl. HEER/SCHÖBI, S. 18.

⁴⁷⁸ So hat FRIEDLÄNDER im Jahre 1929 festgestellt, dass das Kunsturteil unkontrollierbar und unbeweisbar sei und im Vertrauen auf die Autorität des Experten hingenommen werde (vgl. FRIEDLÄNDER, S. 29).

⁴⁷⁹ Vgl. MÜLLER, Haftung, S. 69.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Kunstgutachter jedenfalls keinen Arbeitserfolg im Sinne der objektiven Richtigkeit des Resultats schuldet, sondern nur – aber immerhin – ein sorgfältiges Tätigwerden im Interesse des Vertragspartners und im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg, dessen Eintritt jedoch nicht garantierbar ist. Bei der Erstellung einer Kunstexpertise ist insofern «der Weg das Ziel» und es ist eine Leistungshandlung geschuldet.⁴⁸¹ Mittels sorgfältiger und umsichtiger Tätigkeit wird versucht ein Resultat zu erzielen, welches sodann in einer Expertise schriftlich festgehalten oder sogar nur mündlich überliefert wird. Eine Garantie dieses Erfolgs sowie für dessen Richtigkeit kann durch den Kunstsachverständigen abermals nicht gegeben werden. Nach hier vertretener Auffassung ist die Erstellung einer Kunstexpertise im Ergebnis deshalb den Regeln des Auftragsrechts i.S.v. Art. 349 ff. OR zu unterstellen.

Man hat sich vor Augen zu führen, dass die Qualifikation des entsprechenden Rechtsverhältnisses primär für die Bestimmung der daraus fliessenden Rechte und Pflichten der Parteien sowie für die Haftungsfrage von Relevanz ist. Erst wenn der Gutachtervertrag im Einzelfall rechtlich einem Vertragsverhältnis zugeordnet worden ist, kann in einem nächsten Schritt sodann bestimmt werden, aufgrund welcher Rechtsnormen der Kunstsachverständige im Falle eines Schadens zu haften hat.⁴⁸²

Es drängt sich daher auf, das obige Ergebnis, nämlich die Anwendung des Auftragsrechts auf den Kunstgutachtervertrag, im Umkehrschluss zu überprüfen. Dadurch soll nachfolgend aufgezeigt werden, dass die Anwendung der Normen des Werkvertragsrecht auf den Kunstgutachtervertrag – im Gegensatz zum Auftragsrecht – nicht sachgerecht und noch dazu stossend wären.⁴⁸³

Im Auftragsrecht richtet sich der Massstab der Sorgfalt nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten, die der Auftraggeber gekannt hat oder hätte kennen müssen. Es ist stets anhand des konkreten Falls zu prüfen, ob eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorliegt.⁴⁸⁴ Für den Sorgfaltsmassstab bestehen folglich keine pauschalen Kriterien, vielmehr ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Die Verjährung für allfällige Schadenersatzansprüche beträgt grundsätzlich 10 Jahre (Art. 127 OR).

Im Werkvertragsrecht hat der Unternehmer grundsätzlich unabhängig von seinem Verschulden für Werkmängel einzustehen. Beim Werkmangel handelt es sich um eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit des Werks. Es geht folglich um eine Differenz zum vereinbarten Leistungsumfang.⁴⁸⁵ Geistige Werke, wie bspw. ein

⁴⁸⁰ Vgl. ZIMMERMANN, S. 51.

⁴⁸¹ Vgl. WEBER, ZSR, S. 50 f.

⁴⁸² Die ausservertragliche Haftung i.S.v. Art. 41 OR sei an dieser Stelle ausgenommen.

⁴⁸³ Vgl. hierzu die ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Problematik in ZIMMERMANN, S. 35 ff.

⁴⁸⁴ OFK-OR-BÜHLER, Art. 398 N 5.

⁴⁸⁵ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 N 9; HUGUENIN, N 3158; BGer 4A_428/2007 vom 02.12.2008 E. 3.1; BGE 114 II 244.

Gutachten, sind gemäss besagter Kriterien mangelhaft, wenn sie die vertraglich vereinbarten Eigenschaften nicht aufweisen.⁴⁸⁶ Wird ein Mangel nach Ablieferung des Werkes entdeckt, hat der Besteller nach Art. 367 OR diesen Mangel umgehend anzuzeigen, andernfalls die Mängelgewährleistung verwirkt. Je nach Schwere des Mangels stehen dem Besteller sodann verschiedene Rechtsbehelfe zur Verfügung. Dies sind namentlich die Wandelung, die Minderung sowie die Nachbesserung und bei gegebenen Voraussetzungen noch das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Auch der Ersatz des Mangelfolgeschadens untersteht den Voraussetzungen der Mängelhaftung, womit namentlich eine Mängelrüge notwendig wäre.⁴⁸⁷

Damit ein Mangel in einer Kunstexpertise nun aber vom Besteller überhaupt entdeckt werden kann, bedarf es wohl entweder eines Zufalls oder aber einer weiteren Expertise.⁴⁸⁸ Erschwerend kommt hinzu, dass eine allfällige Mängelrüge zu ihrer Wirksamkeit zudem substantiiert erfolgen muss.⁴⁸⁹ In der Realität würde ein Mangel in einer Kunstexpertise wohl kaum je oder aber zu spät entdeckt werden. Im Ergebnis wäre folglich das werkvertragliche Gewährleistungsrecht wie auch der Ersatz des allfälligen Mangelfolgeschadens⁴⁹⁰ bereits nach kurzer Zeit verwirkt. Zu prüfen wäre im gemachten Beispiel, ob womöglich von einem versteckten Mangel auszugehen wäre, womit die Mängelrüge auch noch zu einem späteren Zeitpunkt erhoben werden könnte.

Eine rechtzeitige Mängelrüge vorausgesetzt, verjähren Ansprüche aus Gewährleistungsrecht – in casu bei Gutachten – bereits zwei Jahre nach Abnahme des Werkes (Art. 371 OR).⁴⁹¹ Darunter fallen freilich auch Ersatzforderungen für Mangelfolgeschäden.⁴⁹² Da im Werkvertragsrecht eine alternative Anwendung von Art. 97 OR ausgeschlossen ist, verjähren folglich sämtliche vertraglichen Schadenersatzansprüche innert dieser kurzen Verjährungsfrist.⁴⁹³ Mit anderen Worten stehen dem Besteller nach fruchtlosem Ablauf

⁴⁸⁶ GAUCH, N 1472.

⁴⁸⁷ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 1796; ZIMMERMANN, S. 39 f.

⁴⁸⁸ Es sei denn natürlich, der Kunstexperte bemerkt seinen Fehler und berichtet ihn sodann selber. Der Besteller hat für die Prüfung des Gutachtens – vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarung – selbstverständlich keinen Sachverständigen beizuziehen, dürfte aber den Mangel ohne einen solchen wohl kaum je entdecken (vgl. OFK-OR-HUBER/SCHWENDENER, Art. 367 N 4).

⁴⁸⁹ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 1758; OFK-OR-HUBER/SCHWENDENER, Art. 367 N 8; ZIMMERMANN, S. 40.

⁴⁹⁰ Dieser Schadenersatzanspruch umfasst solche Schäden, die ihre Ursache in einem Werkmangel des abgelieferten Werkes haben, aber nicht auf diese Mangelhaftigkeit selbst bezogen sind, sondern als weitere Folge des Werkmangels hinzutreten (vgl. dazu BSK ORI-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 N 69).

⁴⁹¹ Möglicherweise *verwirken* die Mängelrechte jedoch bereits nach wenigen Tagen, wenn die Mängelrüge nicht fristgerecht erhoben wurde (vgl. Art. 370 OR).

⁴⁹² OFK-OR-HUBER/SCHWENDENER, Art. 371 N 1; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 1796; BGE 102 II 413 E. 3.

⁴⁹³ Vgl. BSK ORI-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 N 78; KOLLER, N 525 und 763; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 1796; OFK-OR-HUBER/SCHWENDENER, Art. 368 N 3; BGE 100 II 30; BGE 117 II 550 E. 4b/cc; anders sieht die Lage bei der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 OR aus, welche alternativ zulässig wäre, aber vorliegend nicht interessiert.

von zwei Jahren keine vertraglichen Schadenersatzansprüche gegen den Kunstsachverständigen mehr offen. Es versteht sich von selbst, dass die Verjährungsfrist des Werkvertragsrechts von zwei Jahren und die noch viel kürzere Rügeobliegenheit im Hinblick auf die Erstellung einer Kunstexpertise deutlich zu kurz greifen und demzufolge nicht sachgerecht sind. Insbesondere wenn man bedenkt, dass sich in diesem Vertragsverhältnis zumeist ein Laie und ein Spezialist gegenüberstehen womit ersterer dem letzteren fachlich deutlich unterlegen sein dürfte.⁴⁹⁴

Führt man diesen Gedanken dennoch weiter und geht von der Annahme aus, dass fristgerecht Mängelrüge erhoben wurde und die Verjährung noch nicht eingetreten ist, so stehen dem Besteller die entsprechenden Gewährleistungsrechte des Werkvertragsrechts als Rechtsbehelfe zur Verfügung. In diesem Punkt zeigt sich bezüglich Kunstexpertise die nächste Inkompatibilität zum Werkvertragsrecht. Grundsätzlich stehen im Werkvertragsrecht gemäss Art. 368 OR nämlich drei Wahlrechte zur Verfügung. Namentlich handelt es sich dabei um das Recht auf Wandelung, Minderung und Nachbesserung. Ausschlaggebend für die Unterscheidung der drei Wahlrechte ist zunächst die Schwere des Mangels. So kann etwa die Wandelung zumeist nur bei einem erheblichen Mangel geltend gemacht werden.⁴⁹⁵

Auf die Kunstexpertise bezogen müsste folglich zunächst der Frage nachgegangen werden, wie die Schwere des jeweiligen Mangels überhaupt zu qualifizieren ist. Gerade in Fällen von geistigen Werken ist die Qualifikation m.E. oftmals sehr subjektiv. Am Beispiel der Bestimmung des Alters eines Kunstgegenstandes soll die erwähnte Problematik veranschaulicht werden. So ist es selbstredend schwierig zu bestimmen, ob es sich nun noch um einen leichten Mangel handelt, wenn sich ein Experte bei der Bestimmung des Alters eines Gemäldes um ein Jahr verschätzt. Unklar ist im Weiteren, ob schliesslich bei einer Verschätzung von fünf Jahren von einem schweren Mangel ausgegangen werden kann oder aber hierfür zusätzlich weitere Kriterien zu berücksichtigen wären, wie etwa aus welcher Epoche der Kunstgegenstand stammt. Gleiche Schwierigkeit ergibt sich m.E. auch bei der Abgrenzung im Hinblick auf eine falsche Zuschreibung. Es ist insofern zweifelhaft, dass bei einer fehlerhaften Kunstexpertise nach objektiven Kriterien die Schwere des Mangels bestimmt werden kann, um gestützt darauf schlussendlich das werkvertragliche Gewährleistungsrecht anzuwenden.⁴⁹⁶

Darüber hinaus erweist sich auch die Anwendung des Wahlrechts als nicht opportun. Es versteht sich bereits von selbst, dass die *Wandelung* bei einer Kunstexpertise für den Besteller wenig hilfreich ist. Der Besteller hätte nämlich dem Unternehmer die Kunstexper-

⁴⁹⁴ Es wäre m.E. aufgrund dieses Ungleichgewichts in den überwiegenden Fällen zu Gunsten des Bestellers immerhin davon auszugehen, dass es sich bei fehlerhaften Kunstexpertisen um versteckte Mängel handelt, so dass eine Genehmigung i.S.v. Art. 370 OR nicht fingiert werden könnte.

⁴⁹⁵ Vgl. den Wortlaut zu Art. 368 Abs. 1 und 2 OR.

⁴⁹⁶ In diesem Sinne auch ZIMMERMANN, S. 42.

tise, also das entsprechende Schriftstück, zurückzugeben und würde im Austausch dagegen die entrichtete Vergütung rückerstattet erhalten. Damit ist freilich keiner der beiden Parteien gedient. Wie im Übrigen eine Wandelung abzuwickeln wäre, wenn das Ergebnis des Gutachtens lediglich mündlich überliefert wurde, kann einmal dahingestellt bleiben.

Eine *Nachbesserung* der Kunstexpertise wäre allenfalls dann vorstellbar, wenn diese etwa unvollständig⁴⁹⁷ oder fehlerhaft ist und entsprechend ergänzt oder korrigiert würde. Inhalt der Nachbesserung sind alle diejenigen Arbeiten, welche erforderlich sind, um zu einem mangelfreien Gutachten zu gelangen.⁴⁹⁸ In der Praxis entspricht es dem Interesse des Bestellers in der Regel vielmehr, wenn der Nachbesserungsanspruch auf eine Neuerstellung der Expertise hinausläuft. In solchen Fällen wird der Besteller wohl aber einen neuen Kunstsachverständigen beauftragen, von welchem er eine einwandfreie Expertise erwarten kann. Insofern erscheint der Nachbesserungsanspruch für den Besteller ebenfalls als nutzlos.⁴⁹⁹

Der *Minderungsanspruch* könnte unter Umständen sinnvoll greifen, indem der Werklohn entsprechend herabgesetzt würde. Allerdings bemisst sich der Minderwert eines Werks nach der relativen Berechnungsmethode, es ist folglich von einem objektiven Wert auszugehen (i.d.R. Veräusserungs- oder Verkehrswert), wobei es auf den subjektiven Wert des Bestellers nicht ankommt.⁵⁰⁰ Es dürfte sich wohl als nahezu unmöglich erweisen, den objektiven Wert einer Kunstexpertise festzustellen, was jedoch die Voraussetzung für die Geltendmachung eines Minderungsanspruchs wäre. Auch die Minderung ist im Hinblick auf die Kunstexpertise nach dem Gesagten als untaugliches Gewährleistungsrecht zu bezeichnen.⁵⁰¹ Im Ergebnis zeigt sich, dass die Sachmängelgewährleistung des Werkvertragsrecht grundsätzlich auf körperliche Werke zugeschnitten ist.

WERRO/HAAS vertreten zur Lösung der geschilderten Problematik die Ansicht, dass der Gutachtervertrag dem Werkvertragsrecht unterstellt werden könne, die Regeln der Gewährleistung aber bei der Haftungsfrage nicht beizuziehen sind, da diese ja nicht zwingend seien.⁵⁰² Dies führt nach hier vertretener Ansicht zu einer Umgehung des Ver-

⁴⁹⁷ Diesfalls wäre unter Umständen zu prüfen, ob überhaupt eine Befriedigung des Realerfüllungsinteresses des Auftraggebers stattgefunden hat. Bei Nichterfüllung des Auftrags wäre sodann nach Art. 404 OR oder Art. 107 ff. OR vorzugehen, bei einer verspäteten Erfüllung nach Art. 102 ff. OR.

⁴⁹⁸ WOLF, S. 149.

⁴⁹⁹ Für ZIMMERMANN kommt die Anwendung der Verbesserungsansprüche auf Geist-Werke von den drei Mängelrechten am ehesten in Betracht, da es dem Besteller in aller Regel möglich sein wird, seine Vorstellung des mangelfreien Werkes zu umschreiben (vgl. dazu ZIMMERMANN, S. 43). Dass dies bei der Kunstexpertise freilich nicht der Fall sein dürfte, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass es sich beim Auftraggeber bzw. Besteller in der Regel um einen Laien handelt und er höchstens im Stande ist, allfällige Schreibfehler und dgl. zu rügen.

⁵⁰⁰ BGE 116 II 305 E. 4a; statt vieler BSK ORI-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 N 43 ff. und auch ZIMMERMANN, S. 43.

⁵⁰¹ In diesem Sinne wohl auch ZIMMERMANN, S. 43,

tragstypenrechts und folglich zu einer qualifizierten Rechtsunsicherheit.⁵⁰³ Auch wenn im Grundsatz die Vertragstypenfreiheit gilt, würde das Werkvertragsrecht als Nominatverhältnis, welches grundsätzlich wenig zwingende Normen kennt, dadurch seines Sinngehalts entleert. In einem solchen Fall wäre der Gutachtervertrag wohl noch eher als Innominatvertrag zu qualifizieren.⁵⁰⁴ Denn gerade die Sachmängelgewährleistung ist m.E. ein Charakteristikmerkmal, welches den Werkvertrag unter anderem auszeichnet.

Die zahlreichen soeben dargestellten Unstimmigkeiten, welche die Anwendung des Werkvertragsrechts auf die Kunstexpertise mit sich bringen würden, bestätigen die hier vertretene Ansicht, für die Ausarbeitung einer Kunstexpertise umfassend Auftragsrecht heranzuziehen.⁵⁰⁵ Die Anwendung des werkvertraglichen Haftungsrechts ist – im Unterschied zum Auftragsrecht – schlichtweg nicht sachgerecht und im Hinblick auf die kurze Verjährungsfrist und die noch kürzere Rügeobliegenheit sogar stossend.

KOLLER weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass wenn gewisse Geist-Werkverträge nicht als Werkverträge aufgefasst würden, diese nicht automatisch Auftragsrecht unterstellen werden dürfen. Insbesondere das jederzeitige Auflösungsrecht von Art. 404 OR passe für solche Verträge nicht.⁵⁰⁶ Dieser Ansicht kann im Hinblick auf die Kunstexpertise nicht gefolgt werden. Zwischen dem Auftraggeber und dem Kunstsachverständigen besteht ein besonderes Vertrauensverhältnis, welches es rechtfertigt, beiden Parteien die Möglichkeit einzuräumen, das Rechtsverhältnis umgehend zu widerrufen.⁵⁰⁷ Die Rechtfertigung des Widerrufsrechts ist darin zu erblicken, dass der Kunstsachverständige meistens eine ausgesprochene Vertrauensstellung einnimmt, es aber keinen

⁵⁰² Die Autoren nahmen hierbei Bezug auf die Meinung des Bundesgerichts, welches den Gutachtervertrag über die Liegenschaftsschätzung dem Auftragsrecht unterstellte (vgl. dazu WERRO/HAAS, S. 66).

⁵⁰³ Anders HUGUENIN, nach welcher aus der Vertragstypenfreiheit folgt, dass auch eine Kombination beider Elemente in einem Vertrag möglich sei (vgl. HUGUENIN, N 3133).

⁵⁰⁴ KOLLER vertritt dahingegen die Meinung, dass für atypische Werkverträge die nötigen Anpassungen vorzunehmen seien und zudem immer zu prüfen sei, ob nicht im Einzelfall ein Innominatkontrakt (mit Werkvertrags-elementen) vorliege, was die nötige Freiheit bei der Rechtsanwendung verschaffe (vgl. hierzu BeKom OR-KOLLER, Art. 363 N 98).

⁵⁰⁵ Dieser Meinung ist auch ZIMMERMANN in Bezug auf die Geist-Werke: «Das Mandatsverhältnis ist hier zweifellos vorteilhafter und klarer. Schwer objektivierbare geistige Sachverhalte müssen im Falle einer Vertragsstörung hier nicht auf ihre Übereinstimmung mit dem gewünschten und vereinbarten idealen Arbeitsergebnis überprüft werden. Es reicht aus, eine Verletzung der Sorgfaltspflicht nachzuweisen» (vgl. ZIMMERMANN, S. 51).

⁵⁰⁶ BeKom OR-KOLLER, Art. 363 N 102; vgl. hierzu auch ZIMMERMANN, S. 31 m.w. H und S. 61, welcher diese Meinung grundsätzlich teilt; für KOENIGSBERGER lässt die jederzeitige Kündigung des Vertrags die Anwendung des Auftragsrechts im Zusammenhang mit der Raterteilung von Banken als begründeter erscheinen (vgl. KOENIGSBERGER, S. 41).

⁵⁰⁷ Sodann geht auch ein grosser Teil der Lehre davon aus, dass die zwingende Natur von Art. 404 Abs. 1 OR dann gegeben ist, wenn es sich um ein typisches (d.h. von einem besonderen Vertrauen geprägten) Auftragsverhältnis handelt (vgl. dazu CHK OR-GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 404 N 8 m.w.H.; HUGUENIN, N 3309; BUCHER, OR BT, S. 228; ZIMMERMANN, S. 49 und 56 f.; OTT, S. 71).

Sinn hat, den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört ist.⁵⁰⁸

Erfolgt der Rückzug zur Unzeit, ist nach Art. 404 Abs. 2 OR ohnehin ein Schadenersatz geschuldet, welcher eine Kausalhaftung darstellt. Hinzukommt, dass die Kündigung oder der Widerruf ex nunc wirken und der Beauftragte somit Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit hat.⁵⁰⁹ Ferner zieht die Rechtsprechung Art. 404 Abs. 2 OR heran, um dem Beauftragten weitere Teile des Honorars zuzusprechen.⁵¹⁰ Schliesslich gilt es zu bedenken, dass Art. 404 Abs. 1 OR ohnehin auch auf gemischte Verträge angewendet wird, sofern dies – wie vorliegend im Hinblick auf das besondere Vertrauensverhältnis – sachgerecht erscheint.⁵¹¹

4.3 Zusammenfassende Würdigung zur Rechtsnatur des Kunstgutachtervertrags

Zusammenfassend lassen die gemachten Ausführungen nach hier vertretener Ansicht einzig den Schluss zu, die Ausarbeitung einer Kunstexpertise einheitlich dem Auftragsrecht i.S.v. Art. 394 ff. OR zu unterstellen. Der Kunstsachverständige kann weder einen Erfolg noch die objektive Richtigkeit seiner Tätigkeit versprechen. Es besteht keine Erfolgsgarantie. Was vom Kunstsachverständigen verlangt wird, ist sein sorgfältiges Tätigwerden.

Die Anwendung des Werkvertragsrechts mit seinem starren Gewährleistungsrecht wäre zudem sehr unbefriedigend und im Hinblick auf die kurze Rüge- und Verjährungsfrist noch dazu stossend. Beim Auftragsverhältnis hingegen kann die Sorgfaltspflicht und somit auch die Haftung des Kunstsachverständigen auf den Einzelfall angepasst werden. Die Erfahrung und Ausbildung des Experten wie auch Umfang und Komplexität der Begutachtung können bei der Sorgfaltspflichtbeurteilung angemessen berücksichtigt werden. Die Verjährungsfrist für allfällige Schadenersatzansprüche beträgt gemäss Art. 127 OR zudem 10 Jahre.

Bei einer derart komplexen Materie wie der Ausarbeitung einer Kunstexpertise scheint ein auf die Aufgabenstellung angepasster Sorgfaltsmassstab freilich angemessener und adäquater als die Anwendung der starren Regeln des Werkvertragsrechts. So hat ein Kunstsachverständiger, welcher die gegenwärtig geltenden Regeln der Kunst im Bereich der Kunstexpertisen beachtet und mit der von ihm erwarteten Sorgfalt arbeitet, generell keine Haftungsfolgen zu befürchten, was sachgerecht ist. Insbesondere wenn man bedenkt, dass in der Kunstwissenschaft ein sehr breites Spektrum von anerkannten Regeln der Wissenschaft bestehen. Es wäre nicht angebracht, dem Kunstsachverständigen für

⁵⁰⁸ Vgl. BGE 104 II 108 E. 4.

⁵⁰⁹ BGE 109 II 33, 333 = Pra 1984 Nr. 12.

⁵¹⁰ BGE 110 II 380.

⁵¹¹ Vgl. BGer 4A_284/2013 vom 13.02.2014 E. 3.5.1; BGE 110 II 389 E. 2; BGE 109 II 362 E. 3d; für den (Gesamt-) Architektenvertrag vgl. die Entscheide BGer 4A_294/2012 vom 08.10.2012 E. 7.1 und BGer 4C.18/2005 vom 30.05.2005 E. 2.1.

einen speziellen Aufklärungsauftrag ein genaues zum voraus bestimmtes Verhalten vorzuschreiben. Damit würde jeglicher kunstwissenschaftliche Fortschritt verhindert und zudem könnte dem individuellen Umstand des jeweiligen Auftrags nicht genügend Rechnung getragen werden.⁵¹²

Das Auftragsrecht zeichnet sich im Übrigen auch gerade durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien aus, welches auch bei der Erstellung einer Kunstexpertise augenscheinlich zu bejahen ist.⁵¹³ Der Kunstsachverständige erhält die für die Durchführung des Auftrags erforderlichen Informationen durch den Auftraggeber, solange ein Vertrauensverhältnis besteht. Der Kunstsachverständige ist daher für die sorgfältige Erfüllung seines Auftrags auf das Vertrauen des Auftraggebers angewiesen. Ein Vertrauensschwund würde die Erreichung des Vertragszwecks in Frage stellen.⁵¹⁴

Es ist schliesslich auch kein Grund ersichtlich, vorliegend die Anwendung eines Vertrages *sui generis* zu prüfen.⁵¹⁵ Zunächst ist das Bundesgericht während Jahren ohnehin davon ausgegangen, dass Arbeitsleistungsverträge *sui generis* im schweizerischen Recht nicht anerkannt werden können.⁵¹⁶ Von dieser Rechtsprechung ist das Bundesgericht in späteren Entscheiden zwar abgewichen. Das Bundesgericht bekennt sich nun zu einer «Spaltung» der möglichen Rechtsfolgen. Mit anderen Worten soll eine Individualanknüpfung an die jeweils adäquaten Rechtsregeln aus dem sachgerechtesten gesetzlichen Vertragstyp auch im Hinblick auf Arbeitsleistungsverträge möglich sein.⁵¹⁷ Die Anerkennung von gemischten Verträgen erlaube dem Vertragspartner wie auch dem Richter, den Umständen angepasste Lösungen zu finden, die der Rechtswirklichkeit besser entsprechen würde, als eine einheitliche Qualifikation.⁵¹⁸

Ein Vertrag *sui generis* wäre nach hier vertretener Ansicht erst dann zu prüfen, wenn die Anwendung eines Nominatvertrags nicht sachgerecht wäre.⁵¹⁹ Wie aufgezeigt, ist die

⁵¹² So auch SCHROEDER für das Auftragsverhältnis im Rahmen eines Behandlungsvertrags des Zahnarztes (vgl. dazu SCHROEDER, S. 83).

⁵¹³ So lehnt etwa GESSLER die Zuordnung eines konkreten Vertrags zu Art. 394 ff. OR ab, wenn das Vertrauen zwischen den Parteien fehlt (vgl. GESSLER, S. 65 und auch HONSELL, S. 347).

⁵¹⁴ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 124 ff; HOFSTETTER, Auftrag II, S. 32 f.; TERCIER, N 2889 und 2958; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 57; HOWALD/NABHOLZ, S. 481; ZIMMERMANN, S. 48.

⁵¹⁵ Vgl. hierzu auch ZIMMERMANN, S. 64 ff.

⁵¹⁶ Vgl. BGE 106 II 158; vgl. zu den entsprechenden Lehrmeinungen die Übersicht in GESSLER, S. 20 ff.

⁵¹⁷ BGE 112 II 45; BGE 109 II 465; BGE 60 II 335; BGE 83 II 525; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 394 N 23 m.w.V.

⁵¹⁸ BGE 109 II 462 E. 3d.

⁵¹⁹ **GLM.** wohl BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 9; **a.M.** ist KOLLER, welcher bei mehreren Elementen sogleich von einem gemischten Vertrag ausgeht. Soweit sich jedoch die Anwendung nur eines Vertragstypen aufdrängt, von einem gemischten Vertrag mit einheitlicher Rechtsanwendung spricht (vgl. dazu BeKom OR-KOLLER, Art. 363 N 148). Im Ergebnis dürfte dies wohl zum selben Resultat führen, womit einzig die Bezeichnung unterschiedlich ist.

Subsumtion der Ausarbeitung einer Kunstexpertise unter das Auftragsrecht vollständig kompatibel. Es besteht daher kein Anlass, eine den Umständen angepasste Lösung zu finden.

Ferner steht die Anwendung des Auftragsrechts auch im Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen. Fällt der «Kunstgutachtervertrag» unter keinen anderen gesetzlichen Typus der Verträge über Arbeitsleistung, so ist er i.S.v. Art. 394 Abs. 2 OR als Auftrag zu behandeln.⁵²⁰ Auch wenn es sich bei dieser Norm lediglich um dispositives Recht handelt, stellt sie eine Auffangvorschrift für Arbeits- und Dienstleistungsverträge dar, welche nicht einem gesetzlichen Sondertypus unterstehen.⁵²¹ Durch den Gesetzeswortlaut werden Arbeitsverträge *sui generis* eigentlich gar ausgeschlossen.⁵²² Erst wenn eine analoge Rechtsanwendung der Bestimmungen über den Werkvertrag dem Kunstgutachtervertrag besser gerecht bzw. das Werkvertragsrecht diesem näher stehen würde, wäre die Qualifikation als Vertrag *sui generis* zu prüfen. Dies ist – wie aufgezeigt – vorliegend gerade nicht der Fall. Die im Gutachtervertrag vereinbarten Leistungen entsprechen dem gesetzlich geregelten Auftragsrecht und die berechtigten Interessen der Parteien werden durch Anwendung des Auftragsrechts vollständig und sachgerecht berücksichtigt.⁵²³

5. Anforderungen an eine Kunstexpertise

5.1 Formelle Anforderungen

5.1.1. Inhaltlicher Umfang einer Kunstexpertise

Der inhaltliche Umfang einer Kunstexpertise richtet sich nach dem Auftrag bzw. der Fragestellung des Auftraggebers und kann folglich sehr unterschiedlich ausfallen.⁵²⁴ In der Praxis umfasst eine Kunstexpertise jedoch in der Regel etwa den Umfang einer DIN A4-Seite.⁵²⁵ Beeinflusst wird der Umfang der Expertise durch deren Verwendungszweck. So werden die gemachten Schätzungen eines Auktionshaus-Experten dem Einlieferer meist mündlich oder in einer kurzen schriftlichen Notiz mitgeteilt.⁵²⁶ Aufgrund ihres geringen Umfangs werden diese Expertisen auch als Kurz- oder Pauschalgutachten bezeichnet.⁵²⁷ Demgegenüber sind Expertisen, welche von Versicherungsgesellschaften oder Steuer-

⁵²⁰ Vgl. auch BGE 104 II 108 E. 4.

⁵²¹ TARMAN, S. 18.

⁵²² TARMAN, Fn 49 m.w.H.

⁵²³ Vgl. dazu auch GESSLER, S. 32.

⁵²⁴ SIMONS, S. 21.

⁵²⁵ WOLF, S. 94; freilich kann der Umfang der Expertise je nach Auftraggeber und Abklärungsinhalt sehr unterschiedlich ausfallen.

⁵²⁶ DRINKUTH, S. 55. Anders die Sachlage bei Katalogbeschreibungen: während sie bis Mitte der siebziger Jahre knapp und sachlich gehalten waren, wird heute in seitenlangen Texten detailliert beschrieben, analysiert und nicht selten auch spekuliert (vgl. HERCHENRÖDER, Analyse, S. 74).

⁵²⁷ WOLF, S. 97.

behörden anerkannt werden sollen, meist sehr umfangreich.⁵²⁸ Umfangreicher sind ferner auch Gutachten, für die ein einheitlicher Vordruck besteht und vom Kunstsachverständigen im Bedarfsfall nur noch ausgefüllt werden müssen.⁵²⁹

Es lassen sich m.E. folglich keine allgemein geltenden formellen Anforderungen an den inhaltlichen Umfang einer Expertise bestimmen, da diese je nach Abklärungsinhalt und Verwendungszweck stark variieren können. Es gilt hierbei auch zu bedenken, dass der quantitative Umfang einer Kunstexpertise nichts über deren Qualität aussagen muss. Vielmehr ist entscheidend, dass sich der Kunstsachverständige mit den Fragestellungen des Auftraggebers vollständig auseinandersetzt und diese in nachvollziehbarer Weise in seinem Gutachten niederschreibt. Folglich ist für ein überzeugendes Gutachten weniger der inhaltliche Umfang bedeutend, sondern dass die zutage geförderten Informationen richtig gewertet und sodann in sich schlüssig das Ergebnis begründen.⁵³⁰ Im Ergebnis bestehen folglich keine allgemein gültigen Kriterien an den inhaltlichen Umfang einer Kunstexpertise.

5.1.2. Erstattungsform einer Kunstexpertise

In welcher Form eine Kunstexpertise durch den Gutachter zu erstatten ist, kann von den Parteien aufgrund der Privatautonomie grundsätzlich frei vereinbart werden. Gesetzliche Vorgaben existieren nicht. Es ist insofern Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung, ob das Gutachten etwa in Papierform oder auf einem Datenträger abzuliefern ist.⁵³¹ In der heutigen Zeit wird die hand- oder mittels Computer verfasste Kunstexpertise dabei zu meist im Vordergrund stehen.⁵³² Die handschriftliche und elektronische Schriftlichkeit zeichnen sich dabei insbesondere dadurch aus, dass der jeweilige Leser den Erkenntnisprozess des Sachverständigen nachvollziehen und folglich auch überprüfen kann.⁵³³ Handschriftlich verfassten Kunstgutachten kommt ferner eine erhöhte Fälschungssicherheit zu.⁵³⁴

⁵²⁸ Vgl. DRINKUTH, S. 55; SCHACK, N 142; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 513 ff.; Hoeren/Holznagel/Ernstschneider-REMMERS, S. 191; so besteht auch die Möglichkeit, dass im Sinne einer Summenversicherung ein Ersatzwert mittels Vereinbarung zwischen dem Versicherungsnehmer und der Versicherung festgelegt wird (vgl. Art. 65 VVG; vgl. ferner KR-SCHEIFELE, 2013, S. 111 und KKR-RENOLD, 2009, Kap. 8 N 101); andernfalls entspricht der Ersatzwert dem Betrag, den der Versicherungsnehmer bei Eintritt des Schadens benötigt, um sich in der gleichen wirtschaftlichen Lage wiederzufinden wie er vor dem Schadensereignis gestanden hatte. Grundsätzlich richtet er sich dabei nach dem Verkehrswert, unter Berücksichtigung von Wertminderung, Abnutzung etc. (vgl. KKR-RENOLD, 2009, Kap. 8 N 104).

⁵²⁹ HERCHENRÖDER, S. 290.

⁵³⁰ WOLF, S. 103; vgl. auch BÖGLI, S. 130.

⁵³¹ JOLLES/ROESLE, S. 38.

⁵³² WOLF, S. 94; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 188; HONSELL, JuS, S. 627.

⁵³³ Hoeren/Holznagel/Ernstschneider-REMMERS, S. 193.

⁵³⁴ WOLF, S. 94.

Nicht selten findet sich in der Praxis das Gutachten zudem auf der Rückseite einer fotografischen Wiedergabe des begutachteten Werkes.⁵³⁵ In vereinzelt Fällen kann es auch vorkommen, dass das Gutachten an der Rückseite des Bildträgers direkt mit dem Werk verbunden wird.⁵³⁶ Es wäre im Weiteren durchaus auch denkbar, eine Kunstexpertise mündlich zu erstatten. Aus Praktikabilitäts- und beweisrechtlichen Gründen dürfte dies jedoch – zumindest im Kunstbereich – eher selten vorkommen.⁵³⁷ So kann der Auftraggeber das Gutachten auch nur in Schriftform im Rechtsverkehr weiterverwenden und nutzen.⁵³⁸

Die Form der Erstattung eines Gutachtens ist jedenfalls abhängig von der zwischen den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarung. Der Kunstsachverständige hat sich an die vertragliche Abmachung zu halten und das Gutachten in der vereinbarten Form zu erstatten. Bei fehlender Vereinbarung ist die Erstattungsform beim Auftraggeber nachzufragen oder auf die Verkehrsübung abzustellen. Die verkehrübliche Erstattungsform dürfte m.E. fraglos die hand- oder maschinenschriftlich verfasste Kunstexpertise sein.

5.1.3. Zu verwendende Sprache in einer Kunstexpertise

Auch betreffend die zu verwendende Sprache in einer Kunstexpertise ist es grundsätzlich an den Parteien, diese vertraglich im Voraus zu bestimmen. In der Praxis ist zweifelsohne eine Expertise in englischer Sprache wünschenswert, zumal diese Sprache im Kunstmarkt und insbesondere auch anlässlich von Auktionen am weitesten verbreitet ist. Für die Wahl der Sprache ist ferner entscheidend, in welcher Sprachregion die Expertise überwiegend verwendet werden soll.

Berücksichtigung finden sollten bei der Wahl der zu verwendenden Sprache nebst dem Willen des Auftraggebers auch die Sprachkenntnisse des jeweiligen Gutachters. Nicht selten bedarf es nämlich eines reichhaltigen technischen Vokabulars, um eine Expertise über ein Gemälde verfassen zu können. Auch die Nachforschungen in der jeweiligen Fachliteratur setzen sehr gute Kenntnisse der zu verwendenden Sprache voraus. Da eine Kunstexpertise dem Leser als Informationsquelle in Bezug auf das begutachtete Objekt dienen soll, ist zudem eine sachliche Sprachform vorzuziehen, welche wiederum gute Sprachkenntnisse voraussetzen.⁵³⁹ Verfasst ein Gutachter die Expertise nicht in seiner Muttersprache bzw. ist er in der vom Auftraggeber gewünschten Sprache nicht ausreichend bewandert, birgt dies die Gefahr von Fehlern und Irrtümern. So kann etwa die versehentliche Verwendung des Konjunktivs Unsicherheit in seiner Einschätzung signalisieren, obwohl für den Kunstsachverständigen bei der Begutachtung des Gemäldes eigentlich keinerlei Zweifel bestanden haben.⁵⁴⁰

⁵³⁵ WOLF, S. 94.

⁵³⁶ WOLF, S. 94.

⁵³⁷ Anders jedoch im *Gallé-Lampen-Entscheid* des Bundesgerichts, als die kunstfachmännische Meinung sogar telefonisch übermittelt worden ist (vgl. BGE 112 II 347).

⁵³⁸ EHINGER, Dritthaftung, S. 40.

⁵³⁹ WOLF, S. 105.

Es liegt am Kunstsachverständigen zu beurteilen, ob er den Auftrag im Hinblick auf die vom Auftraggeber gewünschte Sprache annehmen kann. Wird ein Gutachten in einer bestimmten Sprache gewünscht und genügt das Sprachniveau des Experten diesen Anforderungen nicht, so hat dieser den Begutachtungsauftrag abzulehnen, andernfalls ihm eine Pflichtverletzung bzw. ein Übernahmeverschulden vorgeworfen werden könnte. Freilich besteht für den Kunstsachverständigen die Möglichkeit, eine Hilfsperson beizuziehen, welche ihn bei den Übersetzungen unterstützen kann. Dies insbesondere dann, wenn es sich beim beauftragten Experten um eine Koryphäe handelt, welcher durch einen anderen (sprachgewandteren) Sachverständigen nicht zu ersetzen ist.

5.2 Inhaltliche Anforderungen an eine Kunstexpertise

Im Rahmen der Privatautonomie ist es den Parteien grundsätzlich unbenommen, den konkreten Inhalt einer Kunstexpertise zu vereinbaren. An sich ist es die Aufgabe des Auftraggebers, die zu erbringende gutachterliche Leistung bzw. die zu untersuchende Fragestellung präzise zu umschreiben.⁵⁴¹ Je nach Umfang, Art, Zeitpunkt und Zweck der Untersuchung, kann das schriftlich niedergelegte Expertenurteil sodann unterschiedlich ausfallen.⁵⁴²

Umfassende Kunstexpertisen, welche Erkenntnisse zu allen in Betracht kommenden Merkmalen eines Gemäldes beinhalten und in welcher der Experte seine Untersuchungsmethoden sowie eine ausführliche Begründung seines Ergebnisses darstellt, sind im Kunstmarkt eher selten.⁵⁴³ In der Praxis beschränken sich eine Vielzahl von Kunstexpertisen nur auf wenige Angaben, welche in sogenannten Kurz- oder Pauschalgutachten zusammengefasst werden.⁵⁴⁴ Es bestehen jedoch durchaus typische Inhaltspunkte, welche sich in Kunstexpertisen immer wiederfinden und nach hier vertretener Ansicht auch zwingend in eine Expertise aufzunehmen sind.⁵⁴⁵ Diese Angaben sind grundsätzlich unabhängig vom Abklärungsinhalt (sei es nun ein Wert- oder ein Echtheitsgutachten) in der Expertise festzuhalten.

Zur Identifizierung bei Gemälden gehört üblicherweise der Künstlurname einschliesslich der Lebensdaten, die Signatur, der Bildtitel, eine Datierung oder Einordnung in der kunstgeschichtlichen Stilepoche, die Maltechnik (d.h. Auftrag der Farbe), die Art des Bildträgers (Leinwand, Papier, Pappe, Holz, Kupfer) und dessen Rahmung sowie das Format des Kunstwerks.⁵⁴⁶ Des Weiteren sollte die Expertise Name und Titel des Exper-

⁵⁴⁰ WOLF, S. 105.

⁵⁴¹ JOLLES/ROESLE, S. 36.

⁵⁴² SIMONS, S. 29.

⁵⁴³ SIMONS, S. 21; SCHREMBS, S. 120.

⁵⁴⁴ WOLF, S. 94; SIMONS, S. 21.

⁵⁴⁵ SIMONS, S. 29.

⁵⁴⁶ Vgl. SCHREMBS, S. 165; HERCHENRÖDER, S. 298; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 605; WEIHE, S. 25; HEBBORN, S. 77 ff.; für eine vollständige Aufzählung im Hinblick auf ein Gemäldegutachten WOLF, S. 103.

ten und des Auftraggebers, eine sachliche Beschreibung der Darstellung und der Farbgebung sowie eine wissenschaftliche Einordnung in das Gesamtwerk enthalten.⁵⁴⁷ Diese beinhaltet auch die Auskunft über den Entstehungszeitraum.⁵⁴⁸

Sind im Rahmen des Gutachtensauftrags weitere Abklärungen durchgeführt worden, sind diese im Gutachten freilich ebenso zu dokumentieren. Gerade bei umfassenden Begutachtungen sind dementsprechend auch stilkritische Angaben oder Ergebnisse naturwissenschaftlicher Untersuchungen in die Expertise aufzunehmen.⁵⁴⁹ Wie weiter unten noch ausführlich darzulegen ist, wird im Falle einer Echtheitsbeurteilung eine stilkritische Beurteilung des Werkes unabdingbar sein. Im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit einer Expertise ist es unerlässlich, dass der Kunstsachverständige seinen Gedankengang und das Ergebnis seiner stilkritischen Beurteilung ausführlich darlegt. Dabei muss der Kunstsachverständige versuchen, seine Vermutungen auf Tatsachen zu stützen, die ihren Anhaltspunkt im Kunstwerk haben. Um die Nachvollziehbarkeit für den Auftraggeber zu gewährleisten, müssen die Anhaltspunkte in einzelnen Denkschritten entwickelt und gesondert in übersichtlicher Gestaltung ausführlich und verständlich begründet werden. Andernfalls lässt sich nicht erkennen, ob der Sachverständige sachgerechte bzw. logische Überlegungen angestellt und Erkenntnisse nach dem neusten Stand der Technik und Wissenschaft angewandt hat.⁵⁵⁰

Existiert ein Werkverzeichnis, welches das zu begutachtende Objekt nicht aufführt, ist ferner eine wissenschaftlich korrekte Einordnung vorzunehmen und in der Expertise festzuhalten.⁵⁵¹ Dabei ist auch ein Herkunftsnachweis wichtig.⁵⁵² Für die Provenienzkette ist der Nachweis über den Verbleib des Gemäldes von der Entstehung bis zum jetzigen Besitzer und Eigentümer erforderlich und soweit möglich, entsprechend in der Expertise zu dokumentieren.⁵⁵³ Auf allfällige Lücken in der Provenienzkette ist hinzuweisen.

HERCHENRÖDER fordert zudem eine Nennung der jeweiligen Erhaltungsmängel des Gemäldes in der Expertise. Zu erfassen wären dabei äussere Kennzeichen wie Beschädi-

⁵⁴⁷ Vgl. HERCHENRÖDER, S. 299; EHINGER, Dritthaftung, S. 31; Hoeren/Holznapel/Ernstschneider-REMMERS, S. 194; HÄRET, S. 211; SCHREMBS, S. 132.

⁵⁴⁸ WOLF, S. 99.

⁵⁴⁹ SIMONS, S. 32.

⁵⁵⁰ SCHREMBS, S. 152 f.

⁵⁵¹ Vgl. GERLACH, S. 34; HERCHENRÖDER, S. 299; HERCHENRÖDER, Analyse, S. 294; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 153; FAUDE-NAGEL, S. 27; PARTSCH, S. 36 f. Vgl. für die Bedeutung eines Werkverzeichnisses im Zusammenhang mit der Erstellung einer Expertise den Sachverhalt des Bildes «Herbstlicher Wald» des Malers *Wilhelm Trübner*, in SKK Kunsthandel-JAYME, S. 41 ff. und auch SKK Kunsthandel-ULLMANN, S. 195 ff.

⁵⁵² Vgl. GERLACH, S. 34; HERCHENRÖDER, S. 299; SIMONS, S. 32; FAUDE-NAGEL, S. 14; PARTSCH, S. 37. Gemäss HERCHENRÖDER bestehen vor allem im Bereich der flämischen und holländischen Malerei kaum noch Dokumentationslücken. Selbst das *Oeuvre* von Kleinmeistern mit geringer Marktfrequenz sei in Werkverzeichnissen erfasst (vgl. dazu HERCHENRÖDER, Analyse, S. 74).

⁵⁵³ SIMONS, S. 32; WREDE, S. 55.

gungen, Restaurierungen, Markierungen, Signaturen, Stempel oder Einfassungen.⁵⁵⁴ Er kritisiert die Tatsache, dass kaum Expertisen bestehen, in welchen derartige Angaben gemacht würden. Dies obwohl Dublierungen, Parkettierungen, Retuschen, Firnisabnahmen oder -aufstriche die ursprüngliche Beschaffenheit eines Bildes verändern und dadurch auch seinen Markt- und Authentizitätswert einschränken können. So sei bei einem übermalten oder stark beriebenen Bild eine Expertise unvertretbar, wenn sie diese Mängel nicht exakt benenne.⁵⁵⁵

Schliesslich ist in der Expertise das Ergebnis der Begutachtung festzuhalten. Folglich hat sich das Wertgutachten zum Wert des Gemäldes und das Echtheitsgutachten zur Echtheit des Gemäldes zu äussern. Gleichzeitig hat der Experte verständlich und schlüssig aufzuzeigen, aufgrund welcher Faktoren und Bewertungen er zu diesem Ergebnis gelangt ist. Zu vermerken ist hierbei auch, welche berücksichtigten Tatsachen aus eigener Feststellung, welche aus den Unterlagen resp. welche von Drittauskünften stammen. Hierzu ist auch der Umstand zu zählen, ob das Gemälde im Original untersucht oder ob die Expertise lediglich aufgrund einer Fotografie oder gar einer mündlichen Beschreibung erstellt worden ist.⁵⁵⁶ Schliesslich ist vorausgesetzt, dass der Kunstsachverständige für die seinem Gutachten zugrunde liegenden Tatsachen Arbeitsmethoden und Quellen anzugeben hat.⁵⁵⁷

Im Ergebnis muss es dem Auftraggeber – aufgrund der inhaltlichen Angaben in der Expertise – möglich sein, das Resultat der Begutachtung – auch als Laie – nachzuvollziehen. So entspricht ein unlogisches und daher in sich nicht mehr nachvollziehbares Gutachten regelmässig nicht dem, was die Vertragsparteien bei Abschluss des Auftrags vorausgesetzt haben.⁵⁵⁸

5.3 Zeitlicher Aufwand und Kosten einer Kunstexpertise

5.3.1. Zeitlicher Aufwand

Der zeitliche und finanzielle Aufwand einer Kunstexpertise bestimmt sich aufgrund zahlreicher Faktoren. Es ist sowohl in zeitlicher wie auch finanzieller Hinsicht zunächst entscheidend, welches Gemälde zu begutachten ist und welche Abklärungen vom Auftraggeber gefordert werden. Der zeitliche Aufwand für die Ausfertigung eines Gutachtens ohne weitere naturwissenschaftlich-technologische Untersuchung hängt ferner von der Arbeitsweise des Gutachters, dessen Verfügbarkeit, sowie den jeweils auftretenden

⁵⁵⁴ HERCHENRÖDER, S. 299; SIMONS, S. 32.

⁵⁵⁵ HERCHENRÖDER, S. 299; vgl. auch Hoeren/Holzengel/Ernstschneider-REMMERS, S. 194 und GERLACH, S. 34.

⁵⁵⁶ Vgl. WOLF, S. 103; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 187 f.; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 605; SKK Kunsthandel-JAYME, S. 43 f.; HERCHENRÖDER, S. 299.

⁵⁵⁷ HÜRLIMANN, Architekt, N 1480.

⁵⁵⁸ WOLF, S. 110.

Schwierigkeiten ab. Es steht den Parteien frei, ein verbindliches Abgabedatum der Expertise im Gutachtensvertrag festzulegen oder mündlich zu vereinbaren.

Ist es etwa notwendig, eine naturwissenschaftliche-technologische Untersuchung durchzuführen, so muss in der Regel mehrere Wochen auf das Werk verzichtet werden. Grund hierfür ist unter anderem die Tatsache, dass das Kunstobjekt in solchen Fällen in ein externes Labor zur Untersuchung verbracht werden muss und die im Labor vorgenommenen Untersuchungen oftmals zeitaufwändig sind. Nur in dringenden Fällen liegt das Ergebnis schon nach wenigen Tagen vor.⁵⁵⁹

Im Auktionshandel wird bei einem im Inland in Auftrag gegebenen Gutachten eine kurze Erledigungsdauer erwartet.⁵⁶⁰ Den hauseigenen Kunstexperten der Auktionshäuser bleiben im Hinblick auf eine Auktion nur drei bis vier Monate, in denen sie eine hohe Anzahl von Kunstobjekten bearbeiten müssen.⁵⁶¹ Die Frage der zeitlichen Komponente lässt sich allgemeingültig nicht abschliessend beantworten, vielmehr ist auf den Einzelfall und womöglich auch die Vereinbarung zwischen den Parteien abzustellen. Nicht selten werden aber für einen entsprechenden Honoraraufschlag auch sogenannte «Express-Expertisen» angeboten, welche bereits nach wenigen Tagen fertiggestellt sind. Für die Qualität einer Expertise ist es freilich förderlich, wenn der Kunstsachverständige über genügend Zeit verfügt, um das Gemälde zu begutachten und seine Expertise zu verfassen.

5.3.2. Kosten

a) Entgeltliche Erstellung

Das Auftragsrecht sieht in Art. 394 Abs. 3 OR eine Vergütung vor, wenn eine solche verabredet wurde oder üblich ist.⁵⁶² Dabei kann sich die Honorarvereinbarung lediglich auf das Prinzip oder zudem auf das Mass der Vergütung beziehen.⁵⁶³ Es ist denkbar, dass ein Kunstexperte unentgeltlich tätig wird, soweit dies mit seiner Unabhängigkeit vereinbar ist. In der Praxis vereinbaren die Parteien aber in der Regel ein im Voraus festgesetztes Gutachter-Honorar.⁵⁶⁴ Dabei belaufen sich kunsthistorische Expertisen im Regelfall auf CHF 1000.00–2500.00, wohingegen naturwissenschaftlich-technische Expertisen in der Regel preislich darüber liegen.⁵⁶⁵ Abhängig ist die Höhe des Honorars zudem nicht sel-

⁵⁵⁹ WOLF, S. 115.

⁵⁶⁰ WOLF, S. 115.

⁵⁶¹ DRINKUTH, S. 55. *Sotheby's* behält sich fern in ihren Auktionsbedingungen vor, im Falle eines Fälschungsverdachts zwei «unabhängige und anerkannte Experten» mit der Prüfung zu beauftragen und erst danach die endgültige Entscheidung zu treffen, ob das entsprechende Los eine Fälschung ist (vgl. dazu HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 49).

⁵⁶² Beweispflichtig für die Honorarabsprache, die Art der Vergütung und die Angemessenheit (Üblichkeit) der Honorarvereinbarung ist der Kunstsachverständige als Beauftragter (vgl. BGR 4A_278/2014 vom 18.09.2014 E. 4.1 und BGR 4A_100/2008 vom 29.05.2008 E. 4.1).

⁵⁶³ BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 394 N 36; bei Gemälden aus tieferen Preissegmenten lohnt sich daher eine Kunstexpertise oftmals nicht, was die Gefahr erhöhen kann, eine Fälschung zu erwerben (vgl. dazu HERCHENRÖDER, Analyse, S. 298).

⁵⁶⁴ JOLLES/ROESLE, S. 38.

⁵⁶⁵ GLAUS, N 2.1.

ten vom Renommee des jeweiligen Kunstexperten und dem Umstand, innert welcher Zeit das Gutachten zu erstatten ist. So sind die Kosten für das Gutachten eines renommierten Experten oder für eine «Express-Expertise» in der Regel höher.

Für die Frage, wer schliesslich für die Kosten einer Kunstexpertise aufzukommen hat, ist auf den Einzelfall abzustellen. Grundsätzlich hat freilich der Auftraggeber der jeweiligen Expertise für deren Kosten aufzukommen, soweit kein anderer Kostenträger vertraglich vereinbart worden ist. Im Rahmen eines gerichtlichen Zivilprozesses werden die Kosten für ein gerichtliches Gutachten zu den Gerichtskosten geschlagen und diese nach Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO entsprechend dem Verfahrensausgang verteilt.⁵⁶⁶ Hat eine Partei im Rahmen eines gerichtlichen Zivilprozesses ein Privatgutachten, also ein Parteigutachten, erstellen lassen, so hat sie diese Kosten grundsätzlich selber zu tragen. Die Kosten für ein Privatgutachten der obsiegenden Partei können aber unter Umständen im Rahmen der Parteientschädigung i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO der unterliegenden Partei auferlegt werden. Denkbar wäre eine solche Auferlegung etwa dann, wenn das Privatgutachten einzig im Hinblick auf den entsprechenden Zivilprozess erstellt worden ist und für das Vorbringen substantiierter Parteibehauptungen unabdingbar war.⁵⁶⁷ Müssen diese Voraussetzungen verneint werden und ist eine Entschädigung im Rahmen von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO nicht möglich, weil die Auslagen etwa nicht als durch den Prozess veranlasst gelten, können die Kosten – mit entsprechender Auswirkung auf den Streitwert – unter Umständen in einem eigenen Rechtsbegehren als Schadensposten geltend gemacht werden.⁵⁶⁸ Auch für einen Ersatz der Expertisenkosten unter dem Titel Schaden haben die Kosten gerechtfertigt, notwendig und angemessen zu sein.⁵⁶⁹

Für behördliche notwendige Bewertungen eines Kunstobjektes ist auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen und das entsprechende Spezialgesetz zu konsultieren. Stellen sich

⁵⁶⁶ Es sei denn, Art. 108 ZPO würde zur Anwendung gelangen, wonach unnötige Prozesskosten zu bezahlen hat, wer sie verursacht (vgl. hierfür anschaulich für die Verteilung von Gutachtenskosten den Entscheid BGer 4A_111/2016 vom 24.06.2016). Ebenso zu berücksichtigen sind Art. 107 ZPO (Verteilung nach Ermessen) und Art. 109 ZPO (Verteilung bei Vergleich).

⁵⁶⁷ Bei der Auferlegung dieser Gutachtenskosten ist jedoch Zurückhaltung zu üben. Aufwände für Privatgutachten werden folglich auf deren Notwendigkeit, Zweckdienlichkeit und Angemessenheit hin besonders überprüft, bevor sie im Rahmen der Parteientschädigung gesprochen werden können (vgl. dazu BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 17; SUTTER, S. 398 ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 33 m.w.H.; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, S. 983; B/McK ZPO-KUSTER, Art. 95 N 10; BeKom ZPO-STERCHI, Art. 95 N 11; GASSER/RICKLI, Art. 95 N 5).

⁵⁶⁸ Sind die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Expertisenkosten als Schaden gegeben, so ist diese Vorgehensweise vorzuziehen, da in diesem Fall der gesamte Schaden zu ersetzen ist und dieser nicht dem meist mit Kürzung verknüpften Ermessen des Gerichts bei der Kostenverteilung unterliegt (so SUTTER, S. 403, unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnung); vgl. hierzu auch WEBER, Prozessentschädigung, S. 129 f.; STÖCKLI, S. 24; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 33 und das Urteil OGer Zürich vom 31.07.20217, HG140250-O U, E. 3.1.2.7.3.

⁵⁶⁹ BGer 4A_113/2017 vom 06.09.2017 E. 6.2.5; BGer 4A_264/2015 vom 10.08.2015 E. 3.

etwa vermögenssteuerrechtliche Fragen und ordnet die Steuerverwaltung die Erstellung eines Verkehrswertgutachtens an, so hat die Behörde dessen Kosten grundsätzlich selber zu tragen.⁵⁷⁰ Eine Kostenabwälzung auf den Steuerpflichtigen wäre dann möglich, wenn dieser die Einholung der Kunstexpertise durch eine schuldhaftige Verletzung von Verfahrenspflichten selber verursacht hat.⁵⁷¹

Der Vereinbarung über das Honorar zwischen dem Experten und dem Auftraggeber können unterschiedliche Berechnungsmethoden zugrunde liegen.⁵⁷² Es bestehen grundsätzlich drei Möglichkeiten, die Kosten für die Inanspruchnahme eines Kunstexperten zu bemessen. Nach Zeitaufwand, nach der Art des zu begutachtenden Gegenstandes oder nach dem Wert des Gegenstandes.⁵⁷³ Bei allen drei Möglichkeiten ist es ratsam, Klarheit bezüglich der Fälligkeit von Honoraren zu schaffen.⁵⁷⁴ So ist im Vertrag auszuführen, wann welche Bezahlungen fällig sind, d.h. ab wann der Gutachter sein Honorar fordern kann.⁵⁷⁵ Durch die Stipulierung im Vertrag können Unklarheiten und folglich auch Auseinandersetzungen vermieden werden. Wurde vertraglich dennoch nichts vereinbart, wird das Honorar fällig mit Abschluss der letzten unter einen bestimmten Auftrag bzw. Teilauftrag fallenden Leistung. Mit anderen Worten ist der Kunstsachverständige – ohne gegenteilige Abrede – vorleistungspflichtig.⁵⁷⁶

b) Honorar nach Zeitaufwand

Bei der erst genannten Berechnungsmethode des Gutachterhonorars, nämlich nach dem Zeitaufwand, sind die Stunden- oder gar Tagesansätze mit dem Auftraggeber zu vereinbaren. Dabei hängt die Höhe des Stunden- oder Tagesansatzes insbesondere vom Bekanntheitsgrad des Gutachters ab und kann dementsprechend stark variieren.⁵⁷⁷ Mit steigender Namhaftigkeit und Reputation eines Experten gehen somit regelmässig auch höhere Preise für seine Expertisen einher.⁵⁷⁸ Neben dem Bekanntheitsgrad ist ferner die Erfahrung des jeweiligen Gutachters entscheidend, wobei die beiden Merkmale in der Praxis wohl eng miteinander verbunden sein dürften.

Aus dem Gesagten lässt sich im Grundsatz feststellen, dass es für ein Kunstwerk niedriger Preiskategorie nicht sinnvoll ist, einen Spitzenexperten mit entsprechend hohen Honoraransätzen zu konsultieren.⁵⁷⁹ Wenn es sich demgegenüber um ein potentiell hochpreisiges Werk handelt, wird sich der Verkäufer schon wegen der wirtschaftlichen Risiken von Fehlzuschreibungen an einen anerkannten Experten mit ganz spezifischen

⁵⁷⁰ SCHMIDT-GABAIN, S. 109.

⁵⁷¹ Vgl. etwa § 150 Abs. 2 StG BS.

⁵⁷² SIMONS, S. 14.

⁵⁷³ WOLF, S. 111.

⁵⁷⁴ JOLLES/ROESLE, S. 38.

⁵⁷⁵ JOLLES/ROESLE, S. 35.

⁵⁷⁶ GMÜR, N 257 ff.; BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 394 N 40.

⁵⁷⁷ WOLF, S. 111; SIMONS, S. 14.

⁵⁷⁸ VON BRÜHL, S. 94; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 179.

⁵⁷⁹ VON BRÜHL, S. 94.

Fachkompetenzen wenden und dabei auch einen hohen Preis für die Expertise in Kauf nehmen.⁵⁸⁰

c) Festpreisvereinbarung

Es steht den Vertragsparteien freilich auch offen, einen Festpreis zu bestimmen, welcher sich an der Art des zu begutachtenden Objekts und dem im Regelfall zu erwartenden Arbeitsaufwand orientiert. Etwa CHF 1000.00 für die Begutachtung eines Ölgemäldes, CHF 400.00 für diejenige eines Aquarells und CHF 300.00 für diejenige einer Zeichnung.⁵⁸¹

d) Honorar nach dem Wert des Kunstobjektes

Die dritte Möglichkeit, den Verdienst des Gutachters vom Wert des Objektes abhängig zu machen, bietet sich vornehmlich bei Wertgutachten an, ist aber im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Experten nicht unproblematisch.⁵⁸² Üblich ist hierbei ein prozentualer Anteil in der Höhe von bis zu 3 Prozent des erkannten Wertes.⁵⁸³ Dieser Prozentsatz ist Teil der Vereinbarung und kann folglich variieren. Es ist mithin augenscheinlich, dass bei dieser Methode der Honorarvereinbarung die Wahrscheinlichkeit eines Interessenskonfliktes auf Seiten des Kunstexperten relativ hoch ist. Diese Praxis der Honorarvereinbarung stellt folglich eine erhebliche Gefahr für die Unabhängigkeit des Gutachters dar.⁵⁸⁴ Sowohl der Auftraggeber, meist Verkäufer und Eigentümer eines Kunstwerkes, als auch der Kunstexperte dürften nämlich einen höher eingeschätzten Marktwert vorziehen.⁵⁸⁵ Auf diese Weise vergrößert sich der Honoraranspruch des Gutachters und gleichzeitig kann der Auftraggeber auf dem Markt den Kunstgegenstand zu einem höheren Preis anbieten. Im Extremfall ist sogar eine unrechte Zusammenarbeit zwischen Kunsthändler und Sachverständigem denkbar.⁵⁸⁶ So berichtete ein bekannter Sachverständiger über ein Werk *Raffaels*⁵⁸⁷, dass ihm für eine Echtheitsbestätigung und für die Wertschätzung einer Variante der *Madonna Canigiani*⁵⁸⁸ für über 15 Millionen Dollar, ein Honorar von 1 Million Dollar angeboten worden sei, was er in der Folge ablehnte. Kurz da-

⁵⁸⁰ VON BRÜHL, S. 94.

⁵⁸¹ WOLF, S. 111; GLAUS, N 2.1.

⁵⁸² Früher war es indessen üblich, dass sich das Honorar nach einem Prozentsatz des vermeintlichen Wertes bemisst (vgl. WEIHE, S. 116). PARTSCH ist betreffend die Unabhängigkeit eines Kunstexperten streng: «sobald sich für sie irgendein Vorteil ergeben könnte oder eine Bindung besteht, sind sie voreingenommen» (vgl. PARTSCH, S. 43).

⁵⁸³ Vgl. WOLF, S. 111; SCHACK, N 145; WEIHE, S. 116.

⁵⁸⁴ SCHACK, N 145; der *Code of Ethics der Appraiser Association of America* schreibt seinen Mitgliedern denn auch vor, die Vergütung unabhängig vom Wert des begutachtenden Objekts zu gestalten.

⁵⁸⁵ WOLF, S. 111.

⁵⁸⁶ Vgl. SCHACK, N 145; FAUDE-NAGEL, S. 27; HEBBORN, S. 169; PARTSCH, S. 37. Vgl. zur problematischen Rolle der bekannten Experten *André Pacitti* und *Maurice Malingue* im Zusammenhang mit Kunstrechtsprozessen HERCHENRÖDER, Analyse, S. 287 ff.

⁵⁸⁷ *Raffaello Sanzio da Urbino* (italienischer Maler und Architekt, 1483–1520).

⁵⁸⁸ *Madonna Canigiani* (um 1506–1508), Alte Pinakothek, München.

nach stiess der Experte in einer wissenschaftlichen Publikation auf die – sehr zweifelhafte – Zuschreibung aus anderen Federn, was doch einige Fragen aufwerfen dürfte.⁵⁸⁹ Ferner zu denken ist an den einst renommierten Kunstexperten *Werner Spies*, welcher sieben im Max-Ernst-Stil gefälschte Gemälde aus der fingierten *Kunstsammlung Jägers*⁵⁹⁰ für echt befunden hatte.

An deren späteren Verkauf war er als Vermittler beteiligt und hat etwa vom Kunstfälscher *Wolfgang Beltracchi* und auch anderen Personen sehr hohe Provisionen erhalten.⁵⁹¹

Der unbeteiligte Dritte, also in der Regel der potentielle Käufer, sollte sich dieser Gefahr bei Wertgutachten immer bewusst sein bzw. sollte dieser Umstand vor allfälligen Vermögensdispositionen entsprechend berücksichtigt werden.⁵⁹² Eine transparentere Lösung wäre hierbei die Vereinbarung, dass sich das Honorar des Gutachters nach dem in der Auktion oder beim sonstigen Verkauf erzielten Preis richtet. Diese Methode ist bei Kunstgutachtern in Frankreich beliebt und wird oftmals bei rein zuschreibenden Gutachten vereinbart.⁵⁹³

e) Übrige Kosten

Bei den soeben dargelegten Honorarmethoden gilt es zu beachten, dass noch weitere Kosten anfallen können, welche vom vereinbarten Honorar in der Regel unabhängig sind. Etwa wenn aufgrund von Zweifel in der Zuschreibung aufwendige archäometrische Geräte zum Einsatz kommen oder andere naturwissenschaftliche Untersuchungen durchzuführen sind. Dazu wird im Regelfall ein spezialisiertes auswärtiges Labor mit der Erstellung dieses technologischen Gutachtens beauftragt.⁵⁹⁴ Die dafür anfallenden Kosten unterscheiden sich sodann je nach eingesetzter Methode und werden dem Auftraggeber zusätzlich in Rechnung gestellt.⁵⁹⁵

Zweifellos trifft den Experten die vertragliche Pflicht, den Auftraggeber vorweg detailliert über die jeweiligen (Zusatz-)Kosten aufzuklären. Wie umfangreich und kostspielig eine naturwissenschaftlich-technologische Untersuchung schlussendlich sein darf, be-

⁵⁸⁹ HUTTENLAUCH, S. 118.

⁵⁹⁰ Bei der *Sammlung Werner Jäger's* handelte es sich um eine fingierte Kunstsammlung des Unternehmers Werner Jäger (1912–1992), welche in Wirklichkeit jedoch aus Fälschungen bestand. Diese wurden durch renommierte Auktionshäuser versteigert und erzielten einen Betragsgewinn zwischen 20 und 50 Millionen Euro (vgl. zu dieser Thematik DREIER, S. 35 ff.; STURM, S. 153 ff.; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 43 ff.; KEAZOR/ÖCAL, S. 15 ff.; FAUDE-NAGEL, S. 37 und EBLING/SCHULZE, S. 282 f.).

⁵⁹¹ Vgl. den Bericht «Überhaupt keinen Zweifel», in der Süddeutschen Zeitung vom 15.06.2011: Der Experte *Werner Spies* beteuerte stets, ebenfalls getäuscht worden zu sein und die Gutachten in bestem Glauben erstellt zu haben. Er beuge sich zwar der Erkenntnis der naturwissenschaftlichen Untersuchung, stilkritisch würde er aber wieder genauso urteilen.

⁵⁹² WOLF, S. 111; SIMONS, S. 14.

⁵⁹³ WOLF, S. 112.

⁵⁹⁴ WOLF, S. 112.

⁵⁹⁵ WOLF, S. 113.

stimmt der Auftraggeber der Expertise nach erfolgter Aufklärung durch den Sachverständigen. Hierfür ist in der Regel der Schätzwert des Kunstwerkes entscheidend. So ist bei einem Ölgemälde mit einem geschätzten Marktwert von CHF 10000.00 eine naturwissenschaftlich-technologische Untersuchung, welche Kosten von CHF 3500.00 verursacht, wohl selten lohnenswert.

Schliesslich stehen dem Kunstexperten in der Praxis i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR Spesenentschädigungen für Auslagen, einschliesslich Reise-, Unterkunft- und Verpflegungskosten samt Mehrwertsteuer zu.⁵⁹⁶ Die Parteien können davon nach Belieben abweichen.⁵⁹⁷ Wenn der Kunstsachverständige zur Besorgung des übertragenen Geschäftes mehr Aufwand betrieben hat, als bei sorgfältigem Vorgehen erforderlich gewesen wäre, hat er für diesen Mehraufwand keinen Vergütungsanspruch.⁵⁹⁸ Finanzielle Aufwendungen, welche in Ausführung der Weisung des Auftraggebers getätigt wurden, sind durch diesen jedoch immer zu ersetzen.⁵⁹⁹

5.4 Methoden zur Beurteilung eines Gemäldes

5.4.1. Begrifflichkeiten

Die *Zuschreibung* von Werken bildender Kunst war spätestens seit der Entstehung des Kunstmarktes im 17. Jahrhundert gefragt.⁶⁰⁰ Es handelt sich dabei um die auf Fachwissen gegründete Zuordnung eines Werkes zu einem bestimmten Künstler, einer bestimmten Epoche, einem bestimmten Künstlerkreis oder einer bestimmten Kunstlandschaft.⁶⁰¹ Als Ergebnis resultiert in der Regel eine Echtheitsüberprüfung, weshalb die *Zuschreibung* oftmals als Synonym für die Bewertung der Echtheit verwendet wird.⁶⁰²

Von *Abschreibung* wird schliesslich dann gesprochen, wenn der Gutachter zum Schluss kommt, dass ein Kunstwerk nicht vom ursprünglich vermuteten Künstler stammt.⁶⁰³ In diesem Zusammenhang ist noch auf die Fallkonstellation hinzuweisen, dass das Werk einer bestimmten Kunstepoche oder einer bestimmten Schule zugeordnet werden kann, es jedoch dem Experten nicht möglich ist, einen konkreten Urheber zu benennen.⁶⁰⁴ Beinahe alle Expertenäusserungen enthalten Urheberschaftsangaben.⁶⁰⁵ Für die Bestimmung der Urheberschaft kann im Grundsatz auf drei Zuschreibungsmethoden zurück-

⁵⁹⁶ JOLLES/ROESLE, S. 38.

⁵⁹⁷ JOLLES/ROESLE, S. 38.

⁵⁹⁸ Vgl. DERENDINGER, N 424, welcher die Bestimmung Art. 402 Abs. 1 OR, wonach nur Auslagen und Verwendungen zu ersetzen sind, die «in richtiger Ausführung des Auftrages» geleistet wurden, hier – m.E. richtigerweise – analog anwendet; vgl. auch BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 402 N 5 f.; BGE 110 II 285; BGE 78 II 51.

⁵⁹⁹ BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 402 N 6; BGer 4A_424/2014 vom 04.02.2015 E. 2.

⁶⁰⁰ NÄGELI, S. 144.

⁶⁰¹ VON BRÜHL, S. 17.

⁶⁰² EHINGER, Dritthaftung, S. 11; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 53.

⁶⁰³ EHINGER, Dritthaftung, S. 12; ausführlich dazu VON BRÜHL, S. 11 ff.

⁶⁰⁴ SIMONS, S. 31.

⁶⁰⁵ SIMONS, S. 31.

gegriffen werden.⁶⁰⁶ Auf *die ikonographische Analyse, die Stilkritik* und auf *ein naturwissenschaftlich-technisches Verfahren*.⁶⁰⁷

Diese drei Methoden werden in der Literatur teilweise auch als *subjektive* bzw. *objektive* Zuschreibung bezeichnet.⁶⁰⁸ Grund dafür ist die Tatsache, dass *die ikonographische Analyse* und *die Stilkritik* stark von subjektiven Einschätzungen des betrachtenden Experten abhängen, wohingegen *die naturwissenschaftlich-technischen Verfahren* durch eine objektive Untersuchung in einem Labor oder dgl. durchgeführt werden.⁶⁰⁹ Alle Hilfsmittel, welche die Natur- und die Kunstwissenschaft liefern, vermögen aber die jahrelange Erfahrung des Experten aus der Beschäftigung mit Originalen nicht zu ersetzen. Sie stellen lediglich eine Ergänzung der sachkundigen Arbeit am Objekt dar.⁶¹⁰

5.4.2. Visuelle Untersuchung

Ausgangspunkt einer Begutachtung durch den Kunstsachverständigen bildet eine eingehende visuelle Untersuchung des Kunstobjektes im Original, bspw. auch unter Zuhilfenahme einer Lupe, nach Material, Technik, Zustand sowie stilistischen Eigenschaften. So wird ein Gemälde zunächst auf der Vorderseite von unten nach oben betrachtet, dann seine Rückseite, gefolgt von der Betrachtung der jeweiligen Details wie etwa einer vorhandenen Signatur oder einer Analyse der Bildkompositionen. Der Kunstsachverständige hat das Kunstwerk auf diese Weise in einem ersten Schritt subjektiv zu erfassen, analysieren und einzuordnen.⁶¹¹ Die Betrachtung der Rückseite, auf der sich oft Aufkleber, Etiketten oder Notizen befinden, gibt unter Umständen Aufschluss über die Herkunft und Geschichte des Bildes.⁶¹²

Die visuelle Betrachtung und deren schriftliche Dokumentation ist die «Erarbeitung und Niederlegung aller optisch ablesbaren materiellen und technischen Sachverhalte an einem Kunstwerk in sichtbarem Licht».⁶¹³ In der Folge kann der Kunstexperte zur wei-

⁶⁰⁶ Es bestehen noch weitere – eher unbekannt und teilweise auch untaugliche – Methoden, welche im Laufe der Zeit entwickelt worden sind. So etwa die durch einen gleichnamigen Arzt und Kunsthistoriker entwickelte *Morelli-Methode*, welche das Augenmerk neben den üblichen Faktoren insbesondere auf Details wie Ohren, Hände etc. lenkte, da diese Merkmale seines Erachtens durch den Künstler intuitiv immer wieder gleich dargestellt würden, was von Fälschern aber übersehen werde (vgl. hierzu PARTSCH, S. 37 ff.; WÜRTEMBERGER, S. 46 f. und SCHMID, *Kunstbetrug*, S. 13 f.).

⁶⁰⁷ Teilweise wird auch von der *objektiven, subjektiven* und *historischen* Methode ausgegangen (vgl. KR-VON BRÜHL, 2012, S. 153 f.).

⁶⁰⁸ Vgl. EHINGER, *Dritthaftung*, S. 14 ff.; VON BRÜHL, S. 33 ff.; HB *Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER*, S. 55 f.; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 153 f.

⁶⁰⁹ Vgl. etwa VON BRÜHL, S. 34 ff. und SCHÜLLER, S. 212 f.

⁶¹⁰ Vgl. GERLACH, S. 34; ALTHÖFER, S. 157. Gemäss VON BRÜHL werden die drei Methoden komplementär verstanden. Sie ergänzen sich gegenseitig, und jede einzelne der drei Methoden könne für eine Echtheitsüberprüfung entscheiden sein (vgl. dazu KR-VON BRÜHL, 2012, S. 154).

⁶¹¹ Vgl. HÄRET, S. 26; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 154; PARTSCH, S. 39; EBLING/SCHULZE, S. 284.

⁶¹² SCHREMBS, S. 166.

teren Untersuchung des Gemäldes auf diverse Untersuchungsmethoden zurückgreifen, welche nun cursorisch darzulegen sind.⁶¹⁴

5.4.3. Ikonographische Analyse

Unter der Ikonographie versteht man die Lehre der Bildinhalten.⁶¹⁵ Bei der Erfassung eines Gemäldes kann die ikonographische Analyse erste Erkenntnisse liefern.⁶¹⁶ Es ist die durch einen Kunsthistoriker vorgenommene Erklärung des Inhalts, des Sinnes und der Symbolik einer Darstellung auf einem Gemälde.⁶¹⁷ Der Experte bedarf hierfür Vertrautheit mit Gegenständen und Ereignissen sowie der Kenntnis literarischer Quellen.⁶¹⁸

Die Ikonographie betrifft die Analyse und Erklärung der von einem Künstler verwendeten Themen, Motiven und Inhalten.⁶¹⁹ Somit folglich denjenigen Eigenschaften, welche den Gegenstand der Darstellung inhaltlich-thematisch ausmachen.⁶²⁰ Dabei wird ein Bildinhalt über einen langen Zeitraum beobachtet, so dass eine Aufarbeitung und statistische Auswertung ermöglicht wird.⁶²¹ Auf diese Weise kann beispielsweise nachvollzogen werden, wann und wo eine bestimmte Gewandform, ein bestimmter Faltenwurf oder eine bestimmte Form einer Christusdarstellung, die auf dem untersuchten Gemälde dargestellt ist, erstmals auf einem statistisch abgesicherten und eingeordneten Gemälde verwendet worden ist.⁶²² Wenn eine solche Eingliederung durch die ikonographische Analyse vorgenommen werden kann, wird dadurch ermöglicht, das Gemälde zu datieren und seine Entstehungsregion sowie in einigen Fällen auch seine Echtheit bestimmen zu können.⁶²³ Mit anderen Worten kann mithilfe von inhaltlichen Details eines Gemäldes ikonographisch eine erste zeitliche und räumliche Eingrenzung vorgenommen werden.⁶²⁴

⁶¹³ SCHREMBBS, S. 165 m.w.H.

⁶¹⁴ WÜRTEMBERGER führt hierzu aus: «Erst eine sorgfältige Verbindung aller Methoden der Kunst- und Kulturwissenschaft, die jeden Charakterzug eines Kunstwerkes und alle Möglichkeiten des fälscherischen Vorgehens sorgfältig berücksichtigen, wird oft die offenen Lücken einer Beweiskette schliessen können» (vgl. WÜRTEMBERGER, S. 51).

⁶¹⁵ BÜTTNER/GOTTDANG, S. 13.

⁶¹⁶ HÄRET, S. 27. So auch geschehen im Fall des Gemäldes «Verkündigung», welches zunächst dem niederländischen Meister *Dierick Bouts* zugeschrieben wurde. Aufgrund der Stilkritik, deren Kern in der Aussage lag, dass es sich um ein in jüngerer Zeit heftig übermaltes und mit ikonographischen und perspektivischen Fehlern ausgestattetes Werk handle, wurde die Fälschung entlarvt (vgl. HERCHENRÖDER, Analyse, S. 324; vgl. hierzu auch KR-BRINKMANN, 2012, S. 101 f.).

⁶¹⁷ KNUT, S. 105.

⁶¹⁸ BÜTTNER/GOTTDANG, S. 21.

⁶¹⁹ VON BRÜHL, S. 34.

⁶²⁰ VON BRÜHL, S. 34.

⁶²¹ KNUT, S. 105.

⁶²² KNUT, S. 105.

⁶²³ KNUT, S. 105.

⁶²⁴ GERLACH, S. 37. Wenn etwa in Deutschland auf einer «mittelalterlichen» Wandmalerei das Motiv eines Truthahns erscheint, so ist dies allein schon ein Beweis der Fälschung, weil dieses

So ermöglichen Kenntnisse der in Betracht kommenden Topographie eine lokale Einordnung des Abgebildeten selbst. Es ist nämlich durchaus wahrscheinlich, dass der Maler bei die Landschaft exakt wiedergebenden Landschaftsbildern auch selbst am Ort gewesen ist. Ferner sind besondere topographische Kenntnisse des Malers unter Umständen Anzeichen dafür, dass der Künstler im Umkreis heimisch gewesen ist.⁶²⁵ Dies ermöglicht eine erste räumliche Eingrenzung.

Als Beispiel für eine zeitliche Eingrenzung sei der Fall des Gemäldes «Mann mit dem Goldhelm» genannt. Dieses wurde während eines längeren Zeitraums *Rembrandt* zugeschrieben. Ein Militärhistoriker erkannte die falsche Zuschreibung schliesslich anhand der Art des goldenen Helms, da diese Art von Helm aus dem 18. Jahrhundert stammte und somit zu Lebzeiten von *Rembrandt* noch gar nicht existierte.⁶²⁶ Auch raffinierten Kunstfälschern wie *Han Van Meegeren*⁶²⁷ sind historische Fehler unterlaufen: Auf diversen Bildern malte er bspw. einen Krug mit einem «Doppelkornmotiv». Er hat dabei jedoch übersehen, dass es derartige Krüge im 17. Jahrhundert noch gar nicht gab und dass sein Vorbild, der Künstler *Jan Vermeer*⁶²⁸, die gebräuchlichen Gefässe genau wiedergab. Diese Abweichung genügte, um die Fälschungen zu entlarven.⁶²⁹

Trotz dem Gesagten handelt es sich bei der ikonographischen Analyse um eine Zuschreibungsmethoden, auf welche im Zuschreibungsprozess am ehesten verzichtet werden kann. So genügt es für die Zuschreibung von Kunstwerken oftmals nicht, das Sujet als solches zu ermitteln und motivgeschichtlich einer bestimmten Epoche oder einem bestimmten Künstler als charakteristisch zuzuordnen.⁶³⁰ Die ikonographische Betrachtung eines Kunstwerks kann dabei lediglich zu einer Grobsondierung der Zuschreibungsmöglichkeiten verhelfen und ist insofern relevant, als sie die thematische Basis des Kunstwerks aufdeckt und damit die Grundlage für eine Analyse des Verhältnisses von Inhalt und Form liefert.⁶³¹ Es lassen sich aber in der Regel keine Aussagen darüber treffen,

Tier erst nach der Entdeckung Amerikas in Europa eingeführt worden ist (vgl. SCHÜLLER, S. 211).

⁶²⁵ WOLF, S. 89.

⁶²⁶ Vgl. GERLACH, S. 37; SKK Gegenwart-SHACK, S. 11; WEIHE, S. 124; das Gemälde wurde zudem mit Hilfe eines Kernreaktors einer Autoradiographie unterzogen (vgl. PARTSCH, S. 40); vgl. zum Ganzen auch JAN KELCH, *Der Mann mit dem Goldhelm*, Berlin 1986.

⁶²⁷ *Henricus Antonius «Han» van Meegeren* (1889–1947) war ein niederländischer Maler, Restaurator, Kunsthändler und Kunstfälscher. Er gilt als einer der genialsten Kunstfälscher des 20. Jahrhunderts (vgl. dazu PARTSCH, S. 115 ff.; KRETSCHMANN, S. 57 ff.; SCHÜLLER, *Echt*, S. 9 ff.; DECEON JEAN, *Vermeer–Van Meegeren*, Rotterdam 1951 und COREMANS PAUL, *Van Meegeren's faked Vermeers and the Hooghs: a scientific examination*, Amsterdam 1949).

⁶²⁸ *Jan Vermeer van Delft* (holländischer Maler, 1632–1675).

⁶²⁹ Vgl. SCHÜLLER, S. 211 f.

⁶³⁰ VON BRÜHL, S. 34; vgl. auch HEBBORN, S. 47.

⁶³¹ VON BRÜHL, S. 35.

ob es sich um ein Werk aus der Hand eines bestimmten Künstler handelt oder welche Qualität es aufweist.⁶³²

An dieser Stelle sei noch auf die *Ikonologie* hingewiesen, welche jedoch von der *Ikonographie* zu unterscheiden ist. Die Ikonologie verfolgt das Ziel, das Kunstwerk als Symbol weltanschaulicher Vorstellungen zu interpretieren, die beispielsweise in Religion, Philosophie oder politischer Ideologie verankert sein können. Es handelt sich um die Inhaltsdeutung der bildenden Kunst.⁶³³ Für die Vornahme einer ikonologischen Interpretation bedarf es der Vertrautheit mit den wesentlichen Tendenzen des menschlichen Geistes, geprägt durch persönliche Psychologie und Weltanschauung.⁶³⁴ Die ikonologische Interpretation baut auf der korrekten ikonographischen Deutung auf und setzt diese als gegeben voraus.⁶³⁵

5.4.4. Stilkritik

a) Vorbemerkungen

Jede Zeit wird durch charakteristische künstlerische Eigenheiten und Auffassungen geprägt, denen der einzelne Künstler unterliegt und denen er mit seinen künstlerischen Mitteln Ausdruck verleiht.⁶³⁶ Besonders in der Malerei wird die Maltechnik wie auch die Auswahl der Motive und Formelemente durch den Zeitstil beeinflusst.⁶³⁷ Die Zuschreibungsmethode der Stilkritik ist ein Erfassen, Ordnen und Hervorheben jener Eigenheiten, die für eine bestimmte Zeit, einen bestimmten Künstler oder eine Kunstlandschaft charakteristisch sind.⁶³⁸ Es ist eine Hilfswissenschaft der Kunstwissenschaft zur Erforschung formgeschichtlicher Phänomene und stilistischer Eigenheiten.⁶³⁹ FRIEDLÄNDER hat zur Stilkritik bereits im Jahre 1919 ausgeführt: «Der Kunstforscher verfügt über mehrere Instrumente, sein feinstes Instrument ist sein Stilgefühl, leicht verletzlich, aber unentbehrlich»⁶⁴⁰. Gemäss VON FRIMMEL verschafft sich der Experte durch ständige Schulung seines Auges und seiner kognitiven Fähigkeiten eine bestimmte Anschauung davon, «wie etwas Gemaltes aussieht, das heute, das gestern entstanden ist, wie Bilder aussehen, die vor mehreren Jahren, vor Dezennien, vor Jahrhunderten gemalt worden sind».⁶⁴¹ Der Kunstsachverständige erhält durch diese Schulung eine typische Vorstellung von einem Künstler, einer konkreten Kunstrichtung oder bestimmten Stilepochen: das Stilgefühl.⁶⁴²

⁶³² HÄRET, S. 28.

⁶³³ BÜTTNER/GOTTDANG, S. 13.

⁶³⁴ BÜTTNER/GOTTDANG, S. 13.

⁶³⁵ BÜTTNER/GOTTDANG, S. 13.

⁶³⁶ KNUT, S. 210.

⁶³⁷ KNUT, S. 210.

⁶³⁸ KNUT, S. 210; WÜRTEMBERGER, S. 43 f.

⁶³⁹ GERLACH, S. 35; VON BRÜHL, S. 35.

⁶⁴⁰ FRIEDLÄNDER, *Kunstkenner*, S. 19.

⁶⁴¹ VON FRIMMEL, S. 8; SCHREMBS, S. 149.

⁶⁴² SCHREMBS, S. 149.

Auf der Grundlage der Analyse der Kunst- und Bauformen der Antike entwickelte sich die Stilkritik im Laufe des 19. Jahrhunderts zu einer systematisch angewendeten und wissenschaftlich fundierten Methode, wobei deren Weiterentwicklung gegenwärtig noch immer andauert.⁶⁴³ Sie gehört – trotz der stets fortschreitenden und verbesserten naturwissenschaftlich-technischen Methoden – nach wie vor zum wichtigsten Verfahren für die Bestimmung von Kunstwerken.⁶⁴⁴

Der Kunstsachverständige erhält dabei die Aufgabe, den Charakter einer Künstlerpersönlichkeit auf wissenschaftlich einwandfreien Wegen zu erkennen und klarzulegen.⁶⁴⁵ Er ist dabei gefordert, kennzeichnende Merkmale, die für bestimmte Zeiten, Regionen oder Künstler typisch sind, zu erkennen, und sie mit anderen Informationen, wie bspw. der Signatur, in Verbindung zu setzen.⁶⁴⁶ So kann oftmals gerade nur mit Hilfe der Stilkritik eine differenzierte positive Zuschreibungsaussage getroffen werden.⁶⁴⁷

Es ist dabei zu unterscheiden, ob das Bild bereits einem Künstler zugeschrieben worden ist oder aber, ob die Urheberschaft noch unbekannt ist, also auch keine diesbezügliche Vermutung besteht. Bei ersterem hat der Experte die bereits vorhandene Zuschreibung zu bestätigen während er bei letzterem die Urheberschaft erstmals zu bestimmen hat.

b) Zuschreibung bei vermuteter Urheberschaft

Die Methode der Stilkritik ist insbesondere auch zur Bestätigung einer vermuteten Urheberschaft von Bildern gegenwärtig unentbehrlich.⁶⁴⁸ Das Kunstobjekt wird folglich bereits einem Künstler zugeschrieben, es gilt nun aber zu überprüfen, ob dieser vermutete Künstler auch tatsächlich der Urheber ist. Der Kunstexperte geht dabei im Wege eines Vergleichsverfahrens vor. Es wird ein Stilvergleich zwischen dem jeweiligen Kunstwerk vermuteter Herkunft mit solchen Werken vorgenommen, deren Zuschreibung als gesichert gilt.⁶⁴⁹ Mit Hilfe von kunsthistorischen Mitteln wird der künstlerische Gesamteindruck eines Werkes sowie dessen stilistischen Eigenheiten begutachtet.⁶⁵⁰ Dabei erfolgt eine subjektiv-ästhetisch fundierte Einordnung des Werks durch Betrachtung und Analyse mit dem geschulten Auge eines Experten.⁶⁵¹ Dieser greift dabei auf seinen visuellen Erfahrungsschatz zurück.⁶⁵²

⁶⁴³ VON BRÜHL, S. 36; GERLACH, S. 35; HÄRT, S. 28.

⁶⁴⁴ GERLACH, S. 35; EHINGER, Dritthaftung, S. 14.

⁶⁴⁵ WÜRTEMBERGER, S. 43.

⁶⁴⁶ MICHOR, S. 59; WÜRTEMBERGER, S. 46. Gemäss HERCHENRÖDER neigen viele Kunstkäufer dazu, ein Kunstwerk nicht aufgrund seiner immanenten Qualität, sondern einzig und allein aufgrund der Signatur und begleitender Expertise zu erwerben (vgl. dazu HERCHENRÖDER, Analyse, S. 288).

⁶⁴⁷ EHINGER, Dritthaftung, S. 14.

⁶⁴⁸ ALMEROOTH, S. 223; EBLING/SCHULZE, S. 284.

⁶⁴⁹ VON BRÜHL, S. 36.

⁶⁵⁰ ALMEROOTH, S. 222; VON BRÜHL, S. 35.

⁶⁵¹ VON BRÜHL, S. 34; PARTSCH, S. 39.

⁶⁵² VON BRÜHL, S. 36.

Bei seiner Betrachtung nimmt der Experte eine eingehende Untersuchung der äusseren Beschaffenheit des Werkes vor. Diese umfasst namentlich den Werkträger, den Farbauftrag, die Maltechnik oder eine allenfalls vorhandene Signatur.⁶⁵³ Hinzukommend ist in den meisten Fällen die Arbeitstechnik des Künstlers von Bedeutung.⁶⁵⁴ Als weiterer Komplex ist schliesslich auch die Art des für ein Objekt verwendeten Materials und der Werkzeuge zu berücksichtigen wie auch das Format des Gemäldes.⁶⁵⁵ So kann relativ oft festgestellt werden, ob es überhaupt denkbar ist, dass zur angeblichen Entstehungszeit das verwendete Material für derartige Kunstwerke benutzt wurde.⁶⁵⁶ Jede der verschiedenen Kunstgattungen verlangt dabei ein an ihren besonderen Eigenschaften orientiertes Vorgehen.

Da jede Kunstepoche ihre besonderen Sitten und Gebräuche hat, ist zunächst bedeutend, ob der Kunststil des jeweiligen Kunstobjekts, der in Anspruch genommenen Kunstepoche überhaupt angehören kann.⁶⁵⁷ Dafür ist unter anderem die künstlerische Formensprache des jeweiligen Zeitalters zu analysieren.⁶⁵⁸ Ein echtes und gutes Kunstwerk muss dabei sowohl in seinem inneren Aufbau als auch in den vom jeweiligen Künstler gewählten Gestaltungsmitteln den Bedingungen und Voraussetzungen der jeweiligen Entstehungszeit entsprechen.⁶⁵⁹ Der Experte hat hierbei primär ein Augenmerk auf die Form und den Inhalt des zu untersuchenden Werkes zu legen. Hierfür ist nicht nur der Gesamteindruck der künstlerischen Form massgebend. Vielmehr wird auch die genaue Begutachtung von scheinbar nebensächlichen Kleinigkeiten, wie z.B. der Zeichnung einer Hand, verlangt.⁶⁶⁰ In diesem Zusammenhang ist im Besonderen auch die sogenannte Handschrift des Künstler zu betrachten, also etwa die Art der Modellierung und Schraffierung, die Wahl und Führung der Werkzeuge etc.⁶⁶¹ Hintergrund dieser Detailbetrachtung ist die Tatsache, dass gerade in solchen Einzelheiten die besonderen Gewohnheiten einzelner Künstler deutlich zum Ausdruck kommen.⁶⁶²

Zusammenfassend hat der Kunstexperte folglich insbesondere abzuklären, ob das jeweilige Werk sowohl in seinem inneren Aufbau als auch in den vom Künstler gewählten Gestaltungsmitteln den Bedingungen und Voraussetzungen der in Anspruch genommenen

⁶⁵³ EHINGER, Dritthaftung, S. 15; FRIEDLÄNDER, S. 122 ff.

⁶⁵⁴ GERLACH, S. 36.

⁶⁵⁵ ALMEROOTH, S. 225; so kann unter Umständen beurteilt werden, ob das Mass den im jeweiligen Land damals üblichen Standartformaten entspricht (ausführlich dazu SCHAEFER/LEWERENTZ/VON SAINT-GEORGE, S. 56 ff.).

⁶⁵⁶ ALMEROOTH, S. 225.

⁶⁵⁷ ALMEROOTH, S. 223.

⁶⁵⁸ WÜRTEMBERGER, S. 46.

⁶⁵⁹ ALMEROOTH, S. 224.

⁶⁶⁰ ALMEROOTH, S. 224; vgl. hierzu auch die Ausführungen zur sog. *Morelli-Methode* in Fn 606 hiavor.

⁶⁶¹ ALMEROOTH, S. 225; FRIEDLÄNDER, S. 211.

⁶⁶² Zudem vernachlässigen gerade die Fälscher oft die kleinen Dinge in dem Glauben, der Betrachter werde sich durch den Gesamteindruck täuschen lassen (vgl. ALMEROOTH, S. 214 und WÜRTEMBERGER, S. 46).

Entstehungszeit entsprechen kann.⁶⁶³ Es resultiert daraus schliesslich ein kritischer Vergleich durch den Experten, bei welchem sämtliche Details, Eigenheiten und Charakteristika von Werken untersucht werden und in der Folge entweder der persönlichen Handschrift eines Künstlers, einer Stilepoche oder einen bestimmten Stil pflegenden Malergruppe stilistisch zugeschrieben werden können.⁶⁶⁴ Diese Vorgehensweise ermöglicht einem Experten die Beurteilung, ob das jeweilige Kunstobjekt aus der Hand des vermuteten Künstlers stammt oder in einem bestimmten Zeitraum oder Region geschaffen worden sein kann.⁶⁶⁵

c) Zuschreibung bei unbekannter Urheberschaft

Neben den Fällen, in welchen ein bestimmter Künstler als Urheber eines Gemäldes bereits vermutet wird, besteht die Konstellation, dass der Urheber eines Kunstobjektes gänzlich unbekannt ist.⁶⁶⁶ In solchen Fällen ist es die Aufgabe des Kunstexperten, den Urheber oder weitere Eigenschaften eines Werkes erstmalig zu bestimmen. Die Vorgehensweise unterscheidet sich – im Hinblick auf die Stilkritik – zu derjenigen, in welcher eine bereits erfolgte Zuschreibung zu bestätigen ist, nicht merklich.

Der Experte hat dabei gedanklich die Beschaffenheit des Werkes mit den jeweils typischen Charakteristika des in Frage kommenden Zeit-, Lokal- und Personalstils zu vergleichen um auf diese Weise den in Betracht kommenden Urheberkreis einzuzugrenzen.⁶⁶⁷ Jedes Gemälde weist Eigenheiten auf, die sich in das System der Stilchronologie einordnen lassen und Rückschlüsse auf den Urheber und die Entstehungszeit des Werkes zulassen.⁶⁶⁸ Es handelt sich dabei mithin um ein Vergleichsverfahren, bei welchem der Experte die stilistische Beschaffenheit des fraglichen Werkes in Relation zu denjenigen Werken analysiert, welche eine gesicherte Herkunft und ausserdem ähnliche oder vergleichbare Merkmale aufweisen.⁶⁶⁹ Es geht dabei um die schrittweise Annäherung an die These einer Urheberschaft.⁶⁷⁰ Daraus resultiert entweder die Zuschreibung zu einem Künstler, der Werkstatt eines Künstlers oder einer bestimmten Epoche. Denkbar ist schliesslich auch, dass eine nähere Bestimmung für den Experten nicht möglich ist.⁶⁷¹

d) Bedeutung der Stilkritik

Unbesehen der grossen Bedeutung der Stilkritik, haben zahlreiche Fehlbeurteilungen und Irrtümer von Kunstkennern dazu geführt, dass die Methode nicht unumstritten ist.⁶⁷² Die Beurteilung, ob es sich um eine Nachahmung oder lediglich um ein schwächeres Werk des Künstlers handelt, wird zudem dadurch erschwert, dass selbst die Werke gros-

⁶⁶³ WÜRTEMBERGER, S. 46.

⁶⁶⁴ VON BRÜHL, S. 36; EHINGER, Dritthaftung, S. 16.

⁶⁶⁵ EHINGER, Dritthaftung, S. 16.

⁶⁶⁶ EHINGER, Dritthaftung, S. 18.

⁶⁶⁷ EHINGER, Dritthaftung, S. 18.

⁶⁶⁸ WOLF, S. 87.

⁶⁶⁹ EHINGER, Dritthaftung, S. 18.

⁶⁷⁰ EHINGER, Dritthaftung, S. 18.

⁶⁷¹ EHINGER, Dritthaftung, S. 18; VON BRÜHL, S. 36 ff.

ser Meister oftmals Qualitätsschwankungen aufweisen.⁶⁷³ Hinzu kommt die Tatsache, dass das kennerschaftliche Urteil eines Experten sehr stark von der betrachtenden Person und ihren individuellen Seherfahrungen abhängig ist.⁶⁷⁴ Infolgedessen wird das Stilgefühl eines Experten, also dessen gefühlsmässiger Eindruck, auch als die Achillesferse der Stilkritik bezeichnet.⁶⁷⁵

SCHACK geht noch weiter und vertritt die Ansicht, dass die Zuschreibung eines Kunstwerks zu einem bestimmten Künstler oft nichts weiter sein könne als eine mehr oder weniger gut untermauerte Vermutung.⁶⁷⁶ Wenn die Zuschreibung nicht durch die Künstler-signatur dokumentiert werde, dann sei die Echtheit nur der Konsens der massgeblichen Kreise über die Person des Schöpfers.⁶⁷⁷ Infolgedessen wird in der Literatur auch dafür gehalten, dass das Stilgefühl eines Kunstsachverständigen nie das einzige Mittel beim Beurteilen eines Kunstwerkes, insb. der Echtheitsfrage, sein darf, sondern nur zusammen mit weiteren Untersuchungsmethoden anzuwenden ist.⁶⁷⁸

Diese Erkenntnisse führten dazu, dass vermehrt auch auf naturwissenschaftliche Untersuchungsverfahren zurückgegriffen wird. SCHÜLLER hat hierzu bereits im Jahre 1965 ausgeführt, dass während sich Stilkritiker leicht täuschen können, mache der Naturwissenschaftler genauste Angaben über die Beschaffenheit und das Alter des Materials.⁶⁷⁹ Es gilt jedoch zu bedenken, dass auch die Ergebnisse naturwissenschaftlich-technischer Untersuchungen teilweise stilkritisch analysiert werden müssen, um Aussagekraft zu erhalten.⁶⁸⁰ Denn auch die naturwissenschaftlich-technischen Untersuchungsmethoden führen nicht immer zu klaren und unumstösslichen Ergebnissen.⁶⁸¹ Entspricht etwa das naturwissenschaftlich einwandfrei eruierte Alter eines Bildes der Schaffensperiode des vermuteten Künstlers, ist damit nämlich noch nicht bestimmt, ob es auch wirklich aus dessen Hand stammt.⁶⁸² Dies wäre in einem weiteren Schritt wiederum unter Zuhilfenahme der Stilkritik zu eruieren. Die naturwissenschaftlich-technischen Untersuchungsmethoden beweisen womöglich, wann ein Kunstwerk geschaffen worden ist, aber nie, wer dessen Urheber war.⁶⁸³ Es gilt nun in einem nächsten Schritt die naturwissenschaftlich-technischen Untersuchungsmethoden näher zu beleuchten.

⁶⁷² NÄGELI, S. 145. So hat SCHÜLLER etwa ausgeführt: «Bekannte Kunstfälschungen, die eine Stilkritik bestanden und keinerlei Verdacht erregt haben, werden durch technische Prüfungen entlarvt» (vgl. SCHÜLLER, S. 212 f.).

⁶⁷³ ALMEROOTH, S. 133 und S. 222; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 56.

⁶⁷⁴ NÄGELI, S. 144.

⁶⁷⁵ ALMEROOTH, S. 226; KR-BRINKMANN, 2012, S. 101.

⁶⁷⁶ SCHACK, N 143.

⁶⁷⁷ SCHACK, N 39.

⁶⁷⁸ Vgl. hierzu ALMEROOTH, S. 227.

⁶⁷⁹ SCHÜLLER, S. 212.

⁶⁸⁰ EHINGER, Dritthaftung, S. 19; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 61.

⁶⁸¹ SIMONS, S. 33.

⁶⁸² SIMONS, S. 33.

⁶⁸³ RESSLER, S. 89; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 61.

5.4.5. Naturwissenschaftlich-technische Untersuchungsmethoden

a) Bedeutung und Begrifflichkeit

Neben der Methode der Stilkritik bestehen naturwissenschaftlich-technische Untersuchungsverfahren, welche wesentliche Erkenntnisse zur Klärung der Eigenschaften eines Bildes, wie namentlich das Alter oder die Echtheit, beitragen können.⁶⁸⁴ Sie sind nicht von der subjektiven Einschätzung und der ästhetischen Stilanalyse des Experten abhängig, sondern technisch rekonstruierbar und somit objektiv.⁶⁸⁵ Dementsprechend sind sie für den unkundigen Auftraggeber auch leichter nachvollziehbar.⁶⁸⁶ Die Beurteilung hängt nun nicht mehr alleine vom kulturhistorischen Wissen und Urteil eines einzelnen Experten ab.⁶⁸⁷ Naturwissenschaftlich-technische Verfahren werden in der Regel durch Chemiker oder Restauratoren durchgeführt.⁶⁸⁸ Renommierete Institute zur Durchführung solcher Untersuchungen sind namentlich das *Doerner-Institut* der Bayrischen Staatsgemäldesammlung in München, das *Rathgen-Forschungslabor* in Berlin oder das *Schweizerische Institut für Kunstwissenschaft* in Zürich.⁶⁸⁹

Gerade in jüngster Zeit wird aus Gründen der Objektivität denn auch vermehrt auf die naturwissenschaftlich-technischen Untersuchungsmethoden zurückgegriffen.⁶⁹⁰ Bei der Begutachtung und Beurteilung von Kunstwerken mit potentiell hohem materiellen Wert wird es heutzutage mithin als ein Muss angesehen, die naturwissenschaftlichen Analysen zu berücksichtigen und anzuwenden.⁶⁹¹ Zumindest dann, wenn Zweifel an der Echtheit bestehen oder solche während der kunsthistorischen Recherchen aufkommen.⁶⁹²

VON BRÜHL bezeichnet das naturwissenschaftlich-technische Untersuchungsverfahren infolgedessen auch als *objektive Zuschreibungsmethode*.⁶⁹³ Es stehen bei dieser Methode folglich nicht primär der Eindruck und die Feinheiten im Vordergrund, sondern die materielle Beschaffenheit des Werkes und des verwendeten Materials.⁶⁹⁴ Folglich sei der Untersuchungsgegenstand der naturwissenschaftlichen Analyse gerade auch die materielle Beschaffenheit eines Werkes.⁶⁹⁵

⁶⁸⁴ EHINGER, Dritthaftung, S. 19; SCHÜLLER, S. 212; WÜRTEMBERGER, S. 51.

⁶⁸⁵ VON BRÜHL, S. 38.

⁶⁸⁶ WOLF, S. 76.

⁶⁸⁷ EHINGER, Dritthaftung, S. 19.

⁶⁸⁸ HUTTENLAUCH, S. 120.

⁶⁸⁹ Vgl. HUTTENLAUCH, S. 120; SITT, S. 71; EBLING/SCHULZE, S. 284.

⁶⁹⁰ SIMONS, S. 33.

⁶⁹¹ NÄGELI, S. 147.

⁶⁹² NÄGELI, S. 147; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 188.

⁶⁹³ Wohingegen sie die Stilkritik als *subjektive Zuschreibungsmethode* bezeichnet (vgl. hierzu VON BRÜHL, S. 38 und KR-VON BRÜHL, 2012, S. 153).

⁶⁹⁴ EHINGER, Dritthaftung, S. 19.

⁶⁹⁵ EHINGER, Dritthaftung, S. 19.

Vorliegend von Bedeutung sind im Zusammenhang mit den naturwissenschaftlich-technischen Verfahren insbesondere die Methode der Flächenuntersuchung sowie diejenige der Materialuntersuchung.⁶⁹⁶

b) Flächenuntersuchung

(1) Untersuchung der Oberflächenstruktur

Mittels der Flächenuntersuchung wird die Struktur eines Gemäldes analysiert. Es kann sich dabei sowohl um eine Untersuchung der Oberflächenstruktur als auch der Innenstruktur eines Werkes handeln.⁶⁹⁷ Dabei wird ein Gemälde in den verschiedenen sichtbaren und unsichtbaren Strahlungsbereichen des elektromagnetischen Spektrums betrachtet.⁶⁹⁸ Ausgangspunkt einer naturwissenschaftlichen Analyse der Oberflächenstruktur ist dabei meist die *mikroskopische Untersuchung* eines Kunstgegenstandes.⁶⁹⁹ Diese genaue Untersuchung der Oberflächenstruktur erfolgt dabei meist durch Vergrößerungshilfen wie etwa dem Stereomikroskop, der Streiflichtuntersuchung oder einer UV-Licht-Bestrahlung.⁷⁰⁰ Streng genommen sind diese Methoden als Teil der archäologischen Befundicherung anzusehen.⁷⁰¹ Da der Aufwand dieser Methoden sowie die dafür benötigten Gerätschaften es aber zulassen, dass die Untersuchung durch einen Experten ohne grösseren Aufwand alleine durchgeführt werden kann, bietet sich deren Anwendung an.⁷⁰² So kann der Experte die erforderlichen Hilfsmittel in der Regel selber einsetzen und es ist keine Beauftragung eines spezialisierten Labors notwendig.⁷⁰³ Dies wiederum führt demnach zu geringeren Kosten für den jeweiligen Auftraggeber.

⁶⁹⁶ VON BRÜHL, S. 40. Mitte des 20. Jahrhunderts bestanden noch weitere naturwissenschaftliche Methoden wie etwa die *Alkoholprobe* (*Löslichkeit der Farbe durch Alkohol ergab Hinweise auf Alter*), die *Nadelprobe* (vgl. Fn 699) oder die *Daktyloskopie* (*Untersuchung von Fingerabdrücken auf den Gemäldeschichten*), welche aber teilweise das Gemälde schädigen und heute kaum noch eingesetzt werden (vgl. dazu WÜRTEMBERGER, S. 51 ff. und SCHÜLLER, ECHT, S. 27).

⁶⁹⁷ EHINGER, Dritthaftung, S. 21. Auf diese Weise können etwa auch Löcher von Holzwürmern untersucht werden, denn auch diese können künstlich hergestellt worden sein. Waren sie bereits vorher vorhanden, befindet sich manchmal Farbe darin, wodurch deutlich wird, dass die Farbe in einer ganz anderen Zeit aufgetragen worden ist (vgl. dazu FAUDE-NAGEL, S. 31; HEBBORN, S. 151; PARTSCH, S. 41; SCHÜLLER, S. 216).

⁶⁹⁸ KNUT, S. 88.

⁶⁹⁹ VON BRÜHL, S. 38; WÜRTEMBERGER, S. 53. Zu erwähnen sei hier auch die *Nadelprobe*, welche eingesetzt wird, um ein Gemälde auf sein Alter hin zu untersuchen. Ist das Bild neuen Ursprungs, so dringt eine spitze Nadel beim Einstich leicht ein und es entsteht ein rundes Loch, wohingegen bei einem alten Gemälde die Farbschicht um den Einstich herum springt (vgl. WÜRTEMBERGER, S. 51).

⁷⁰⁰ EHINGER, Dritthaftung, S. 21.

⁷⁰¹ WOLF, S. 78.

⁷⁰² EHINGER, Dritthaftung, S. 21; HÄRET, S. 31.

⁷⁰³ WOLF, S. 78.

Gerade bei der Prüfung der Echtheit von Gemälden führt oft schon die Verwendung des Mikroskops zu einem greifbaren Erfolg.⁷⁰⁴ Das Stereomikroskop eignet sich dabei, um die Pigmentkörner handgemahlener Farben, die Malunterlagen und Rissbildung zu untersuchen. Eine durch alle Schichten gehende Rissbildung spricht bei einem Gemälde dafür, dass es sich um eine Fälschung mit künstlichen Craquelé-Ritzungen handelt.⁷⁰⁵ Unter *Craquelé* versteht man die ganz feinen Zerreibungen und Sprünge auf der Farboberfläche eines Gemäldes.⁷⁰⁶ Ist etwa die oberste Farbschicht in die Craquelés der Grundierung eingetreten, ist dies ein Indiz dafür, dass die Farbschicht erst viele Jahre später aufgetragen worden ist.⁷⁰⁷ Schliesslich lassen sich durch das Stereomikroskop Übermalungen an den mit Farben aufgefüllten Altersrissen erkennen, was insbesondere für die Überprüfung der Authentizität von Signaturen hilfreich ist.⁷⁰⁸

Mit besonders einfachen Mitteln durchführbar ist die Methode der *Streiflichtuntersuchung*.⁷⁰⁹ In einem flachen Winkel fällt das Licht der Scheinwerfer dabei auf die Bildoberfläche.⁷¹⁰ Durch diesen Vorgang werden Oberflächenstrukturen oder Veränderungen hervorgehoben.⁷¹¹ Durch normales Licht können in der Regel nur gröbere Oberflächenstrukturen oder Veränderungen hervorgehoben werden, weshalb Forschungsinstitute und Gemäldegalerien meist auf Scheinwerferlicht zurückgreifen.⁷¹² Bei der Verwendung von Auflicht ähneln sich Original und Kopie, wogegen bei Streiflicht die für ihre Zeit charakteristische Struktur stärker hervortritt.⁷¹³ Unter Verwendung von Scheinwerfern welche das Licht bündeln, tritt das Höhenrelief der Bildoberfläche nämlich deutlich hervor und macht Werkspuren aller Art wie Pastositäten, Übermalungen, Kittungen, Ritzungen, Aussparungen, Craquelés und Schollenbildung in der Malschicht sichtbar.⁷¹⁴ Auf diese Weise kann die Oberflächenstruktur eingehend analysiert werden, was die Streiflichtuntersuchung zu einem wichtigen Hilfsmittel der Stilkritik macht.⁷¹⁵

Eine weitere Methode zur Überprüfung der Bildoberfläche ist der Einsatz von *ultravioletter Strahlung* oder genauer, der Einsatz von filtriertem ultraviolettem Licht.⁷¹⁶ Strahlenquelle ist eine Quarzlampe, die neben dem sichtbaren Licht auch viele UV-Strahlen

⁷⁰⁴ WÜRTEMBERGER, S. 53; hierfür werden traditionelle Stereo- aber auch moderne Videomikroskope eingesetzt.

⁷⁰⁵ VON BRÜHL, S. 39.

⁷⁰⁶ WÜRTEMBERGER, S. 53; KNUT, Material, S. 158 ff.; SCHMID, Kunstbetrug, S. 11; vgl. auch HEBBORN, S. 156 ff.

⁷⁰⁷ Vgl. FAUDE-NAGEL, S. 29 und WÜRTEMBERGER, S. 53.

⁷⁰⁸ Vgl. GERLACH, S. 39; VON BRÜHL, S. 39; HEBBORN, S. 156 ff.; SCHÜLLER, S. 216.

⁷⁰⁹ MAIRINGER, S. 34; GERLACH, S. 39.

⁷¹⁰ MAIRINGER, S. 34; GERLACH, S. 39.

⁷¹¹ MAIRINGER, S. 34; GERLACH, S. 39.

⁷¹² KNUT, S. 213.

⁷¹³ KNUT, S. 213; für ein bildliches Beispiel aus der Praxis für diese Methode siehe KNUT, S. 212.

⁷¹⁴ GERLACH, S. 39.

⁷¹⁵ VON BRÜHL, S. 39.

⁷¹⁶ KNUT, S. 227; FAUDE-NAGEL, S. 30.

aussenden, die nicht sichtbar sind.⁷¹⁷ Bei bestimmten Substanzen führt diese kurzweilige Strahlung zur Fluoreszenz.⁷¹⁸ Der jeweilige Grad und Farbton der Fluoreszenz hängt sodann von der chemischen Oberflächenbeschaffenheit des mit UV-Licht bestrahlten Körpers ab.⁷¹⁹ Durch diese Fluoreszenzerscheinungen in Materialien wie der Acrylfarben und synthetischen Leimen können sich Hinweise auf Restaurierungen oder später hinzugefügte Signaturen ergeben.⁷²⁰ Durch die unterschiedlichen Leuchterscheinungen ist es also möglich, gewisse Rückschlüsse zu ziehen, wobei die Möglichkeiten aber begrenzt sind.⁷²¹ Tritt durch den Einsatz von ultravioletterem Licht etwa eine Signatur dunkel hervor, liegt sie dementsprechend über dem alten Firnis und wurde nachgezogen oder hinzugefügt.⁷²² Auch eine abweichende Pinselführung kann so unter Umständen nachgewiesen werden.⁷²³ Bereits vor längerer Zeit erfolgte Retuschen und Übermalungen auf ungefirnissten dunklen Farbflächen können aber mittels der Quarzlampe meistens nicht festgestellt werden.⁷²⁴ Durch den Effekt von UV-Licht lässt sich schliesslich auch altes Papier von neuem Papier sowie Bernstein, Bergkristall oder Elfenbein von synthetischen Materialien unterscheiden.⁷²⁵

(2) Untersuchung der Tiefenstruktur

Nebst der Untersuchung der Oberfläche ist es in manchen Fällen auch erforderlich, die Tiefenstruktur eines Werkes zu untersuchen. Dadurch können die tieferliegenden Schichten eines Gemäldes sichtbar gemacht werden.⁷²⁶ Die Untersuchung der Innenstruktur ist meist nur unter Zuhilfenahme spezieller Gerätschaften möglich. Demzufolge wird sie in der Praxis oftmals auch nicht durch den Experten selbst erfolgen, sondern muss das Kunstobjekt in ein entsprechendes Labor verlagert werden.⁷²⁷ Diese Untersuchungsmöglichkeiten führen folglich zu höheren Kosten für den Auftraggeber. Für die Analyse der Innenstruktur eines Werkes wird primär auf die Infrarot- oder die Röntgenuntersuchung⁷²⁸ zurückgegriffen.⁷²⁹

⁷¹⁷ KNUT, S. 227; SCHMID, Kunstbetrug, S. 11.

⁷¹⁸ GERLACH, S. 40.

⁷¹⁹ WÜRTENBERGER, S. 59.

⁷²⁰ VON BRÜHL, S. 40; vgl. auch HEBBORN, S. 54 ff.

⁷²¹ KNUT, S. 227.

⁷²² GERLACH, S. 40.

⁷²³ ALMEROOTH, S. 214.

⁷²⁴ MAIRINGER, S. 62 ff.; KNUT, S. 228. Gemäss SCHMID erscheinen moderne Übermalungen meist als dunkle Flecken und können daher auch mittels Quarzlampe sichtbar gemacht werden (vgl. SCHMID, Kunstbetrug, S. 11).

⁷²⁵ VON BRÜHL, S. 40.

⁷²⁶ MAIRINGER, S. 43 ff.

⁷²⁷ EHINGER, Dritthaftung, S. 21.

⁷²⁸ Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Methode der Röntgenbilder vgl. BECK, S. 19 ff. und KNUT, S. 165 ff.

⁷²⁹ FAUDE-NAGEL, S. 30. Für Praxisbeispiele für die Entlarvung von Fälschungen durch Röntgenaufnahmen vgl. SCHÜLLER, S. 215 ff.

Durch das *Infrarotlicht*⁷³⁰ ist es möglich, in feste Körper einzudringen und auch Malschichten zu durchdringen und dadurch unter der Malschicht liegende Materien sichtbar zu machen.⁷³¹ Das Infrarot durchdringt dabei auch solche Materien, die das gewöhnliche Licht nicht durchlassen.⁷³² Die für die Stilkritik besonders wichtigen Unterzeichnungen⁷³³ und technischen Hilfsmittel für die Bildkonstruktion wie Raster, Fluchtpunkte oder Lochpausen können durch das Infrarotlicht festgestellt werden.⁷³⁴ Auf diese Weise können auch Vorzeichnungen, Übermalungen, Restaurierungen, Fehlstellen und Retuschen aufgedeckt werden.⁷³⁵ Wenn etwa mittels Infrarotuntersuchung die Merkmale einer Lochpause oder ein Quadratnetz sichtbar werden, so kann dies darauf hindeuten, dass das Gemälde eine Kopie ist.⁷³⁶ Weil infrarotes Licht von Chromsalzverbindungen besonders gut reflektiert wird, deutet ein hoher Reflektionsgrad auf deren Verwendung hin. Da Farben erst etwa seit dem Jahr 1800 Chromsalzverbindungen enthalten, deutet ein hoher Reflektionsgrad daher auf eine Entstehung des Gemäldes nach dem Jahre 1800 hin (sog. *terminus post quem*).⁷³⁷

Mittels der Infrarotuntersuchung wurde etwa bei dem *Rembrandt* zugeschriebenen Gemälde «Der Mann mit dem Goldhelm» eine Unterzeichnung entdeckt – da dieser jedoch niemals Unterzeichnungen machte, spricht dieser Befund gegen eine Eigenhändigkeit *Rembrandt's*.⁷³⁸

Ein weiteres wichtiges – eher kostspieliges – Verfahren für die Tiefenuntersuchung ist der Einsatz von *Röntgenstrahlen*.⁷³⁹ Es handelt sich um ein Verfahren der gemäldekundlichen Diagnostik, bei welchem Röntgenstrahlen nach Durchdringen eines Holztafelbildes oder Leinwandgemäldes einen oder mehrere Röntgenfilme belichten.⁷⁴⁰ Röntgenstrahlen lassen eine zerstörungsfreie Sicht auf Gemälde zu, weshalb diese Untersuchung auch bei herausragenden Objekten vorgenommen werden kann, bei denen jegliche Probenentnahmen untersagt sind.⁷⁴¹ Bildträger wie Holz, Leinwand oder Grundierung, Unter-

⁷³⁰ Vgl. KNUT, S. 71 ff.

⁷³¹ Vgl. GERLACH, S. 40; WÜRTEMBERGER, S. 54; VON BRÜHL, S. 40; ALMEROOTH, S. 125 f.; GRÜNING, S. 142; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 57.

⁷³² Vgl. MAIRINGER, S. 127; WÜRTEMBERGER, S. 54; ALMEROOTH, S. 213.

⁷³³ Dieser Terminus wird für eine «Vorzeichnung» unmittelbar auf der Grundierung eines Gemäldes verwendet. Diese dient primär der Fixierung einer Bildidee auf dem Malgrund und stellt den ersten künstlerischen Arbeitsvorgang dar, der vom Künstler auf einem grundierten Bildträger vorgenommen wird (vgl. dazu KNUT, Gemälde, S. 146 ff.).

⁷³⁴ GERLACH, S. 40; KNUT, S. 71 ff.; vgl. auch HEBBORN, S. 95.

⁷³⁵ MAIRINGER, S. 151 f.; KNUT, S. 71 ff.; VON BRÜHL, S. 40.

⁷³⁶ KNUT, S. 107.

⁷³⁷ Vgl. WÜRTEMBERGER, S. 54; GERLACH, S. 41.

⁷³⁸ SCHÜTTE, S. 2548; vgl. zur sog. Unterzeichnung auch HEBBORN, S. 96.

⁷³⁹ HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 58; FAUDE-NAGEL, S. 31; vgl. auch BECK, S. 75 ff. und grundlegend hierzu WOLTERS CHRISTIAN, Die Bedeutung der Gemäledurchleuchtung mit Röntgenstrahlen durch die Kunstgeschichte: dargestellt an Beispielen aus der niederländischen und deutschen Malerei des 15. und 16. Jahrhunderts, Frankfurt 1938.

⁷⁴⁰ KNUT, S. 189.

zeichnungen und Vorritzungen sind im Röntgenbild gut beurteilbar.⁷⁴² Röntgenstrahlen, welche ein Kunstobjekt verschiedenen Materials durchdringen, werden auf ihrem Weg durch die einzelnen Substanzen des Werkes unterschiedlich stark geschwächt.⁷⁴³ Es resultiert ein Röntgenbild, auf welchem sich die Substanzen der Hauptschichten eines Gemäldes: Bildträger, Malgrund und Farbschicht mehr oder weniger deutlich unterscheiden.⁷⁴⁴ Mit dem Untersuchungsverfahren des Röntgen lässt sich auch der Zustand eines Gemäldes besser bestimmen. Nebst Übermalungen lassen sich etwa restaurierte Fehlstellen erkennen, aber auch Details des Bildträgers selbst wie bspw. die Änderung seiner Grösse.⁷⁴⁵

Beim Röntgenbild handelt es sich im Grunde um die Zusammenfassung sämtlicher Informationen aus den einzelnen Gemäldeschichten.⁷⁴⁶ Durch die Röntgenanalyse kann der Malvorgang eines Künstlers besser rekonstruiert werden. So werden durch den Einsatz von Röntgengeräten auch etwaige Restaurierungen oder Veränderungen in den verschiedenen Farbschichten⁷⁴⁷ und der Konzeption sichtbar.⁷⁴⁸ Die Veränderungen der Konzeption sprechen dabei für ein echtes Bild, da sie üblich sind, wohingegen Kopien erfahrungsgemäss keine Konzeptionsänderung enthalten.⁷⁴⁹ Weitere Eigenschaften wie die Verteilung, Dicke und Anzahl der aufgetragenen Farbschichten, die chemische Beschaffenheit der Farbstoffe, die Art der Pinselführung oder die Strichrichtung des Farbauftrags lassen sich im Röntgenbild erkennen.⁷⁵⁰ So ermöglicht die Röntgenuntersuchung die Analyse der technischen Charakteristiken und der persönlichen Handschrift eines Künstlers, so dass ein Vergleich mit Werken zweifelsfreier Zuschreibung vorgenommen werden kann.⁷⁵¹ Vergleicht man die Pinselhandschrift mit derjenigen auf anderen Röntgenbildern von authentischen Werken des Künstlers, sieht man nämlich, ob der gleiche Maler tätig war.⁷⁵² Also selbst die signifikante, eigene Maltechnik des Künstlers kann mittels Röntgenuntersuchung zerstörungsfrei betrachtet werden.⁷⁵³ Als Beispiel sei *Pablo Picasso* genannt, welcher über eine eigene Maltechnik verfügte und dabei oftmals die gleiche Vorgehensweise hatte. *Picasso* nutzte für den Farbauftrag oftmals Flachpinsel

⁷⁴¹ BERG/BERG, S. 166; GRÜNING, S. 142; STUDER, S. 71.

⁷⁴² BECK, S. 73; PARTSCH, S. 40.

⁷⁴³ BECK, S. 19.

⁷⁴⁴ WÜRTEMBERGER, S. 57; PARTSCH, S. 40.

⁷⁴⁵ MAIRINGER, S. 207.

⁷⁴⁶ KNUT, S. 191; GRÜNING, S. 142.

⁷⁴⁷ Die Farbschicht kann allgemein ein guter Nachweis für die Echtheit eines Gemäldes sein. Das Abtasten der Bildoberfläche und der Geruch verraten häufig das Alter des Bildes. Ölfarben trocknen bspw. sehr langsam und riechen lange nach Lösungsmittel. Die Farbe kann bis zu fünfzig Jahre brauchen, um ganz durchzutrocknen (vgl. dazu FAUDE-NAGEL, S. 29 und HEBBORN, S. 169).

⁷⁴⁸ VON BRÜHL, S. 40; BERG/BERG, S. 166.

⁷⁴⁹ PICKER, S. 143.

⁷⁵⁰ WÜRTEMBERGER, S. 56.

⁷⁵¹ VON BRÜHL, S. 40.

⁷⁵² PICKER, S. 144.

⁷⁵³ BERG/BERG, S. 167.

in Breiten von 0,4 bis 1 cm und die Schmalseiten des Pinsels für feine Linien. Für die Geigenbauchkonturen verwendete er jeweils die gleiche Schablone, wobei diese einmal gespiegelt aufgelegt wurde.⁷⁵⁴ Solche und weitere Eigenheiten der Maltechnik eines Künstlers können wichtige Rückschlüsse auf den Schaffer eines Gemäldes geben.

Schliesslich offenbart eine Röntgenaufnahme unter Umständen auch, ob die Farben des Bildes aus der Zeit stammen kann, dessen Stil es entspricht. So hat etwa das bis ins 19. Jahrhundert ausschliesslich verwendeten Bleiweiss die Eigenschaft, Röntgenstrahlen zu absorbieren, womit sie im Röntgenbild sichtbar sein muss. Wenn nun ein Gemälde weisse Flächen enthält, ohne dass diese im Röntgenbild erkennbar sind, so wurde das Gemälde mit Zink- oder Titanweiss gemalt, womit es sich um eine spätere Arbeit handelt.⁷⁵⁵

Ob es für den Auftraggeber einer Kunstexpertise lohnenswert ist, ein Werk mittels Röntgenuntersuchung begutachten zu lassen, hängt in der Regel von der Bedeutung bzw. dem mutmasslichen Wert des Gemäldes ab. Meist reicht eine einzige Röntgenaufnahme aufgrund der Gemäldegrösse nicht aus, so dass es sich bei dieser Methode um einen grösseren materiellen Aufwand handelt.⁷⁵⁶ Hinzukommt oftmals das Fehlen von Vergleichsmaterial.⁷⁵⁷ Denn nur mit ausreichendem Röntgenmaterial von gesicherten echten Werken des jeweiligen Künstlers ist eine gewissenhafte Zuschreibung möglich.⁷⁵⁸ Aus all diesen Gründen wird seitens des Experten nicht selten von einer Röntgenuntersuchung abgeraten.⁷⁵⁹

c) Methode der Materialuntersuchung

Wie sich aus deren Bezeichnung bereits ergibt, zielt die Methode der Materialuntersuchung auf die Untersuchung und die Analyse des Materials ab, aus welchem das Kunstwerk gefertigt ist. Dafür werden dem Kunstwerk in der Regel einige sehr kleine Materialproben entnommen und in der Folge auf ihre chemischen Eigenschaften hin analysiert.⁷⁶⁰ Dadurch wird es ermöglicht, Erkenntnisse zum möglichen Entstehungsdatum eines Werkes zu erhalten.⁷⁶¹ Unter Umständen können sogar Rückschlüsse auf den Urheber gezogen werden, weil dieser einen Kanon bestimmter Farben immer wieder verwendet hat.⁷⁶²

⁷⁵⁴ Vgl. für weitere Ausführungen im Hinblick auf die Vorgehensweise bei der Malerei von Picasso auch BÄSCHLIN, S. 3 ff. m.w.H.

⁷⁵⁵ GERLACH, S. 42.

⁷⁵⁶ KNUT, S. 191.

⁷⁵⁷ KNUT, S. 191.

⁷⁵⁸ KNUT, S. 191.

⁷⁵⁹ KNUT, S. 191; GRÜNING, S. 142.

⁷⁶⁰ Vgl. VON BRÜHL, S. 41; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, Wertbestimmung, S. 588. Zur Frage der Zulässigkeit von Probeentnahmen durch Restauratoren vgl. STUDER, S. 71 und SCHMID, Kunstbetrug S. 12.

⁷⁶¹ EHINGER, Dritthaftung, S. 19.

⁷⁶² WOLF, S. 82.

Im Fälscherskandal *Beltracchi* wurde sodann mithilfe der Materialuntersuchung das vermeintliche Werk «Rotes Bild mit Pferden» von *Heinrich Campendonk*⁷⁶³ als Fälschung entlarvt.⁷⁶⁴ Durch die chemische Analyse einzelner Materialteile konnte im Bild das Farbpigment Titanweiss nachgewiesen werden, welches allerdings zum vermeintlichen Herstellungszeitpunkt des Werks noch gar nicht verfügbar war.⁷⁶⁵ Somit war erstellt, dass es sich nicht um das Originalgemälde handeln konnte.⁷⁶⁶

Im Zusammenhang mit der Untersuchung von Gemälden spricht man auch von der Methoden der *Punktuntersuchung*.⁷⁶⁷ Hierbei wird dem Gemälde eine Probe entnommen und auf ihre organischen bzw. anorganischen Bestandteile hin überprüft.⁷⁶⁸ Unter den Oberbegriff der Punktuntersuchung zu subsumieren sind sodann die Pigmentanalyse, die Bindemittelanalyse sowie die Analyse von Grundierung und Bildträgern. In der Regel besteht nämlich die Malschicht aus Bindemitteln und farbgebenden Pigmenten, zudem kann sich unter ihr eine Grundierung befinden, welche wiederum bestimmte Füllstoffe enthält.⁷⁶⁹ Durch diese Untersuchungsmethode lassen sich unter Umständen Erkenntnisse über die verwendeten Pigmente und Bindemittel sowie Holzart gewinnen, wodurch wiederum Aussagen zur Herkunft und zum Alter eines Kunstwerkes möglich werden.⁷⁷⁰

Die Gemäldeuntersuchung beginnt überwiegend mit der Untersuchung des Bildträgers. Mit Hilfe der *Bildträgeranalyse* werden die Bildträger, welche in der Regel aus Holz, Leinwand, Metall oder Papier bestehen analysiert, um so Hinweise über das Alter und

⁷⁶³ *Heinrich Mathias Ernst Campendonk* (1889–1957, deutsch-niederländischer Maler und Grafiker).

⁷⁶⁴ Vgl. EHINGER, Dritthaftung, S. 20; NÄGELI, S. 155; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 43 f.; SKK Kunsthandel-JAYME, S. 53; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 148 f. Das Landesgericht Köln verurteilte das Auktionshaus in diesem Fall u.a. auf Rückzahlung des Kaufpreises. Das Auktionshaus hätte beim Gemälde naturwissenschaftliche Untersuchungen durchführen müssen (Urteil vom 28.09.2012 des LG Köln, 2 O 457/08).

⁷⁶⁵ EHINGER, Dritthaftung, S. 20; STURM, S. 161. *Beltracchi* war dieser Umstand eigentlich bekannt, die Farbpigmente waren trotzdem in seiner Farbe enthalten, da sie vom Hersteller nicht als Bestandteil ausgewiesen waren (vgl. GRÜNING, S. 140). Auch im rechtlichen Streit um *Mondrian*-Bilder konnte durch den Nachweis von Titanweiss festgestellt werden, dass es sich um Fälschungen gehandelt hat (vgl. HERCHENRÖDER, Analyse, S. 290; vgl. auch den ähnlichen Fall in KR-BRINKMANN, 2012, S. 97).

⁷⁶⁶ Gemäss JAYME lag hier die Schwäche auch in der fehlenden Transparenz des deutschen Kunstauktionswesens, da der damalige Bieter nicht wusste, wer das Objekt eingeliefert hatte. Hätte die Öffentlichkeit den Bieter gekannt, wäre die Fälschung des Gemäldes schneller erkannt worden (vgl. SKK Kunsthandel-JAYME, S. 53; vgl. zur Anonymität bzw. Intransparenz im Auktionswesen auch die Ausführungen in HERCHENRÖDER, Analyse, S. 31 ff.; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 150; KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 173; HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 55 ff.).

⁷⁶⁷ VON BRÜHL, S. 41; GERLACH, S. 42; TAUBERT, S. 13 f.

⁷⁶⁸ WOLF, S. 82. Zur Zulässigkeit von Probeentnahmen durch den Restaurator vgl. STUDER, S. 71.

⁷⁶⁹ TAUBERT, S. 14; vgl. auch HEBBORN, S. 94 f.

⁷⁷⁰ EBLING/SCHULZE, S. 284.

die Entstehungsregion zu erhalten.⁷⁷¹ Die verwendeten Materialien unterscheiden sich nämlich oft nach Land, Region und Zeit.⁷⁷² Die Analysetechnik für die Bestimmung der Art, Herkunft und Alter des Holzes wird sodann auch als *Dendrochronologie* bezeichnet.⁷⁷³ Die Art des Holzes kann etwa bereits erste Informationen geben, ob das Gemälde zum damaligen Zeitpunkt in der entsprechenden Gegend entstanden sein kann. So wurde im 15. und 16. Jahrhundert in Süddeutschland fast ausschliesslich Tannenholz, in den Niederlanden demgegenüber Eichenholz bevorzugt.⁷⁷⁴ Wird die Leinwand untersucht, spricht man von einem sog. Fadenzähler. Es geht um die Erkennung von neuen und alten Leinwänden, bzw. auch ob sie per Hand oder maschinell gewebt wurden. Ferner kann eruiert werden, ob die Leinwand doubliert wurde, also ob auf eine alte Leinwand eine neue geklebt wurde, was bei einigen Gemälden schon auf eine Fälschung hinweisen kann.⁷⁷⁵

Bei der *Pigmentanalyse* werden die verschiedenen in einem Bild verwendeten Farbpigmente untersucht.⁷⁷⁶ Dafür werden verschiedene naturwissenschaftliche Verfahren wie die Emissionsspektralanalyse oder die Neutronenaktivierungsanalyse angewendet.⁷⁷⁷ Die Pigmentanalyse setzt genaue Kenntnisse voraus, wann und wo welche Pigmente erstmals verwendet oder nicht mehr verwendet worden sind.⁷⁷⁸ Als Beispiel seien Pigmente genannt, welche aus unterschiedlichen Regionen stammen. Diese weisen unterschiedliche Spurenelementgesellschaften auf. So zeichnet sich etwa das niederländische Bleiweiss durch deutlich höhere Silber- und Antimongehalte aus als das italienische Bleiweiss, da unterschiedliche Bleierze verwendet wurden.⁷⁷⁹ Auf diese Weise kann eine erste geografische Einordnung vorgenommen werden. Die Pigmentanalyse kann mithin nur in speziell dafür eingerichteten Forschungsinstituten durchgeführt werden.⁷⁸⁰

Eine weitere Möglichkeit stellt die *Bindemittelanalyse* dar. Bindemittel haben die Aufgabe, die Pigmente miteinander und mit dem Malgrund zu verbinden.⁷⁸¹ Sie wirken als Klebstoff, welcher die Haftung auf der zu bemalenden Schicht oder Fläche gewährleistet.⁷⁸² Mittels der Analyse kann die Natur einiger in Gemälden enthaltenen Bindemitteln identifiziert werden.⁷⁸³ Die Zusammensetzung dieser Bindemittel ist jedoch sehr kom-

⁷⁷¹ GERLACH, S. 45; HÄRET, S. 39.

⁷⁷² EHINGER, Dritthaftung, S. 19; KNUT, S. 36; ausführlich zu den Untersuchungsmethoden die Darstellungen in LEVENSON, S. 111 ff.

⁷⁷³ Vgl. FAUDE-NAGEL, S. 31 und S. 49 sowie SCHMID, Kunstbetrug, S. 10.

⁷⁷⁴ Vgl. SCHMID, Kunstbetrug, S. 10.

⁷⁷⁵ Vgl. FAUDE-NAGEL, S. 29; HEBBORN, S. 152 f. und PARTSCH, S. 39.

⁷⁷⁶ RIEDERER, S. 129 f.; vgl. auch HEBBORN, S. 88 ff.

⁷⁷⁷ Für weitere Beispiele und Erläuterungen vgl. KNUT, S. 174.

⁷⁷⁸ KNUT, S. 174.

⁷⁷⁹ RIEDERER, S. 216; SCHÜLLER, S. 214; vgl. zu den unterschiedlichen Pigmentpaletten der Künstler und Fälscher HEBBORN, S. 88 ff.

⁷⁸⁰ KNUT, S. 174.

⁷⁸¹ KNUT, S. 36; PICKER, S. 143.

⁷⁸² KNUT, S. 36.

⁷⁸³ KNUT, S. 37.

plex, so dass deren Analyse eine sehr schwierige Aufgabe darstellt. Mittels der Bindemittelanalyse wird das vom Künstler verwendete Bindemittel bestimmt, welches erlaubt, Rückschlüsse über das Alter des Werkes zu ziehen.⁷⁸⁴ Enthält ein Gemälde etwa synthetisches Bindemittel, so muss es in den letzten 90 Jahren entstanden sein.⁷⁸⁵

Schliesslich liefert auch die *Grundierungsschichtanalyse* häufig Anhaltspunkte für eine Datierung und Lokalisierung. Die Grundierung kann der Herstellung einer glatten Oberfläche dienen, sie schafft eine Trennschicht zwischen Malschicht und Bildträger und sie hat ferner auch Bedeutung für das Erscheinungsbild, indem sie die Leuchtkraft und den Charakter des Gemäldes beeinflusst.⁷⁸⁶ Im Laufe der Zeit hat sich die Art und Zusammensetzung der aufgetragenen Grundierungsschichten erheblich verändert. Bis in das 16. Jahrhundert finden sich etwa überwiegend weisse Grundierungen aus Gips oder Kreide.⁷⁸⁷ In der venezianischen Malerei des 16. Jahrhunderts wurden sodann vorwiegend hellgraue bis schwarze Imprimituren eingesetzt, welche aus farblich getönten Überzügen der Grundierung bestehen.⁷⁸⁸ Im Barock wurden sodann mehrschichtige verschiedenfarbige Grundierungen verwendet, während sie ab dem 19. Jahrhundert wieder vorwiegend weiss sind.⁷⁸⁹

Sämtliche der durch die jeweilige Methode erlangten Erkenntnisse über das verwendete Material, werden mit dem bestehenden Wissen über die Verwendung der Materialien in der historischen Entwicklung der Malerei abgeglichen.⁷⁹⁰ Es handelt sich bei der Materialuntersuchung folglich wie bei der Methode der Stilkritik um eine Art Vergleichsverfahren.⁷⁹¹ Dadurch kann geklärt werden, ob eine Verwendung des Materials im vermeintlichen Entstehungsjahr oder der vermeintlichen Region möglich oder wahrscheinlich ist.⁷⁹² Findet man dahingegen Pigmente, welche erst nach dem Tod eines Künstlers auf den Markt gekommen sind, so spricht dies klarerweise für die Unechtheit eines Bildes.⁷⁹³

Die Resultate der Verfahren zur Identifikation der verwendeten Materialien, im Besonderen der Farben und Bindemittel, lassen es im Ergebnis zu, den Zeitpunkt zu bestimmen, *nach* dem ein Gemälde entstanden sein muss (*terminus post quem*) oder *vor* dem es entstanden sein kann (*terminus ante quem*).⁷⁹⁴ Letztendlich wird somit durch die Material-

⁷⁸⁴ GERLACH, S. 44.

⁷⁸⁵ KNUT, S. 38.

⁷⁸⁶ MAIRINGER, S. 14 ff.

⁷⁸⁷ MAIRINGER, S. 15; HÄRET, S. 39.

⁷⁸⁸ TAUBERT, S. 66; MAIRINGER, S. 15.

⁷⁸⁹ MAIRINGER, S. 15; vgl. dazu auch HEBBORN, S. 85 f.

⁷⁹⁰ EHINGER, Dritthaftung, S. 20.

⁷⁹¹ EHINGER, Dritthaftung, S. 19; KR-BRINKMANN, 2012, S. 101.

⁷⁹² EHINGER, Dritthaftung, S. 20.

⁷⁹³ PICKER, S. 144; vgl. zu den immer wiederverwendeten Pigmentpaletten der einzelnen Künstler die Darstellungen in HEBBORN, S. 88 ff.

⁷⁹⁴ Vgl. WOLF, S. 82; KNUT, S. 174; GRÜNING, S. 140; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 56; GERLACH, S. 41.

untersuchung unter Umständen ermöglicht, dass Kopien, Fälschungen oder auch spätere Übermalungen und Retuschen nachgewiesen werden können.⁷⁹⁵

5.4.6. Bedeutung der Untersuchungsmethoden

Grundsätzlich stellt ein Kunstwerk immer individuelle, auf den Einzelfall anzupassende Anforderungen an die Tätigkeit eines Kunstsachverständigen. Während in manchen Fällen das geschulte Auge des Sachverständigen das entsprechende Gemälde mit einem Blick sicher einordnen und bewerten kann, stellen andere Werke wiederum hohe Anforderungen an die Tätigkeit eines Sachverständigen, werfen komplexe Fragen auf und machen umfangreiche Untersuchungen, möglicherweise auch die Anwendung naturwissenschaftlicher Untersuchungsverfahren erforderlich.⁷⁹⁶

Die obige Beschreibung der verschiedenen Methoden lässt den Anschein entstehen, dass die naturwissenschaftlichen Untersuchungsmethoden bei der Ausarbeitung einer Kunstexpertise derweil in den Vordergrund gerückt sind. Sie weisen eine hohe Objektivität auf und sind im Gegensatz etwa zur Stilkritik nicht von subjektiven Einschätzungen des Kunstsachverständigen geprägt. In der Praxis gelten jedoch die naturwissenschaftlich-technischen Untersuchungsmethoden nach wie vor lediglich als Unterstützung der Stilkritik.⁷⁹⁷ So ist das geschulte Auge des Kunstgutachters auch gegenwärtig das wichtigste Hilfsmittel der materiellen Befundsicherung.⁷⁹⁸ Im täglichen Kunsthandel wird die alleine aufgrund des geschulten Auges eines Kunstsachverständigen vorgenommene eingehende visuelle stilkritische Untersuchung des jeweiligen Werks oftmals als genügend empfunden, um etwa einen konkreten Künstler, eine Schule, einen Umkreis oder eine lokale Herkunft zu benennen, und darüber hinaus eine Datierung sowie die zur Anwendung gebrachte Technik und den Zustand festzuhalten.⁷⁹⁹

Durch naturwissenschaftliche Untersuchungen kann zwar verifiziert werden, ob ein Gemälde zu Lebzeiten des Künstlers hergestellt worden ist, nur selten aber jedoch, ob es von einem bestimmten Individuum geschaffen wurde.⁸⁰⁰ Auch hier steht die Untersuchung mit dem blossen Auge im Vordergrund, während technische Untersuchungen

⁷⁹⁵ GERLACH, S. 43.

⁷⁹⁶ HÄRET, S. 44. Für die kriminalistische Arbeit sind naturwissenschaftliche Untersuchungen heutzutage unverzichtbar und als unumstößlicher Sachbeweis häufig Kernbestandteil von Gerichtsverfahren (vgl. dazu GRÜNING, S. 140 f.).

⁷⁹⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen von KEAZOR/ÖCAL im Zusammenhang mit *Beltracchi*-Fälschungen, wonach fundierte kunsthistorische Analysen bereits ohne tiefere naturwissenschaftliche Analysen präventiv wirken und vor Fälschungen schützen können (vgl. KEAZOR/ÖCAL, S. 26 Fn 32); vgl. auch STURM, S. 162.

⁷⁹⁸ WOLF, S. 77.

⁷⁹⁹ SPENCER, Introduction, S. XI; HÄRET, S. 44. Nach STURM ist im Zweifelsfall der stilkritischen Analyse *unbedingt* eine naturwissenschaftliche Untersuchung an die Seite zu stellen (vgl. STURM, S. 162 und auch SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 188).

⁸⁰⁰ VON BRÜHL, S. 45; ANTON/KLEMMERS, S. 96; GRÜNING, S. 140.

lediglich unterstützend herangezogen werden.⁸⁰¹ Letztere fungieren hierbei als Hilfswissenschaften und zielen primär darauf ab, die im Wege der Stilkritik gewonnenen Ergebnisse entweder zu stützen oder Indizien für ihre Fehlerhaftigkeit zu liefern und sie somit zu widerlegen.⁸⁰² Die Befunde naturwissenschaftlicher Verfahren müssen daher immer eingehend und im Gesamtkontext beurteilt werden.⁸⁰³ Etwa bei der Authentizitätsprüfung beschränkt sich nämlich der Aussagegehalt der naturwissenschaftlichen Untersuchung darauf, durch Überprüfung der Materialien ein *terminus-ante-quem-non* zu bestimmen, vor dem ein Kunstwerk nicht entstanden sein kann. Damit ist es zwar möglich, eine neuzeitliche Fälschung zu entlarven, die Authentizität eines Gemäldes hingegen kann dadurch nicht festgestellt werden.⁸⁰⁴ Daher vermögen die Befunde von Untersuchungen mit naturwissenschaftlichen Verfahren bzw. Materialanalysen trotz der durch sie ermittelbaren objektiven Resultate auch keinen sicheren Beweis über die Autorschaft eines bestimmten Künstlers zu erbringen.⁸⁰⁵ Gerade im Austausch mit der Kunstwissenschaft können aber naturwissenschaftliche Untersuchungen eine fundierte Aussage enthalten.⁸⁰⁶

Die These der Vorrangigkeit der stilkritischen Untersuchung gilt es jedoch insofern zu relativieren, als dass bei ratsuchenden Besitzern alter Gemälde zweifelhafter Urheberschaften oftmals ein starkes Vertrauen in die Naturwissenschaften herrscht, während der Methode der Stilkritik misstraut wird.⁸⁰⁷ Dies lässt sich wohl mit der Gefahr von Fehlurteilen und mit der fehlenden objektiven Überprüfbarkeit der durch die Stilkritik gewonnenen Zuschreibungserkenntnissen erklären.⁸⁰⁸ Im Ergebnis ist eine naturwissenschaftliche Untersuchung in zweifelhaften Fällen schlussendlich trotzdem erforderlich, sei es auch nur auf ausdrückliches Verlangen des Auftraggebers.⁸⁰⁹ So hat es im Rahmen des *Beltracchi*-Fälschungsskandals etwa ein Auktionshaus nach Einlieferung eines Gemäldes von *Heinrich Campendonk* unterlassen, eine naturwissenschaftliche Untersuchung des Gemäldes durchzuführen.⁸¹⁰ Auf Veranlassung der Erwerberin wurde nachfolgend eine naturwissenschaftliche Untersuchung durch-

⁸⁰¹ GERLACH, S. 47; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 61.

⁸⁰² VON BRÜHL, S. 45; SITT, S. 71; für ein Anwendungsbeispiel der Stilanalyse im Fall *Beltracchi* vgl. FAUDE-NAGEL, S. 45.

⁸⁰³ HÄRET, S. 45; SITT, S. 71.

⁸⁰⁴ SCHREMBS, S. 175; GRÜNING, S. 140.

⁸⁰⁵ HÄRET, S. 44; vgl. dazu auch MAIRINGER, S. 127.

⁸⁰⁶ Vgl. KEAZOR/ÖCAL, S. 51.

⁸⁰⁷ GERLACH, S. 47.

⁸⁰⁸ VON BRÜHL, S. 45.

⁸⁰⁹ GERLACH, S. 47; SITT, S. 71.

⁸¹⁰ Mit dem Fall hatte sich das Landesgericht Köln zu befassen, welches zum Schluss kam, dass eine naturwissenschaftliche Untersuchung hätte durchgeführt werden müssen (LG Köln, Urteil vom 28.09.2012, Az. 2 O 457/08). Ob dieser vom Landesgericht vorgegebene Standard für Auktionshäuser aufgrund der zahlreichen Einlieferungen von Kunstobjekten praktisch überhaupt möglich ist, ist aber fraglich.

geführt und es stellte sich heraus, dass das Kunstwerk zu einem späteren Zeitpunkt als gegenüber der Erwerberin angegeben entstanden sein muss und es sich folglich um eine Fälschung handelte.⁸¹¹

Nicht zu Letzt aufgrund der hohen Kosten und des beträchtlichen Zeitaufwands der naturwissenschaftlich-technischen Untersuchungen ist dessen Durchführung bislang aber in der Regel ohnehin nur wertvollen Objekten vorbehalten gewesen.⁸¹² Naturwissenschaftliche Untersuchungen erfordern meist den Einsatz teurer technischer Geräte und werden nur von wenigen Laboratorien durchgeführt.⁸¹³ Diese Laboratorien bzw. Institute sind meist an Museen angegliedert oder arbeiten eng mit ihnen zusammen und beschäftigen sich deshalb nur in fachlich begründeten Fällen mit externen Überprüfungsanfragen. Aufgrund der begrenzten Kapazität kann eine naturwissenschaftliche Untersuchung eines Gemäldes bis zu mehreren Monaten dauern, wobei sich die anfallenden Gebühren auf durchschnittlich CHF 3000.00 belaufen. Aufgrund der Wartezeit und Kosten können naturwissenschaftliche Untersuchungen nicht bei jedem Gemälde zum Einsatz kommen; das gilt insbesondere für das untere Preissegment des Kunsthandels.⁸¹⁴

Schliesslich bleibt die Bestimmung von Art und Umfang der Untersuchung eines Gemäldes und der jeweiligen zur Anwendung bringenden Methoden und Verfahren aber eine Frage des Einzelfalls und der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem Kunstsachverständigen.⁸¹⁵ Nebst der Stilkritik und den naturwissenschaftlich-technischen Untersuchungsmethoden hat der Kunstsachverständige schliesslich die Möglichkeit oder gar die Pflicht, auf die Methode der Provenienzforschung zurückzugreifen, welche es in einem nächsten Schritt darzulegen gilt.

5.4.7. Provenienzforschung

a) Bedeutung der Provenienzforschung

Als eine wichtige Erkenntnisquelle für die Bedeutung und Echtheit eines Werkes gilt dessen Provenienz.⁸¹⁶ So ist die Provenienzforschung auch ein Kerngebiet der Kunstgeschichte bzw. der Kunstwissenschaft.⁸¹⁷ Begrifflich handelt es sich dabei um eine Bezeichnung für die Herkunft eines Gemäldes, also um dessen Eigentümer- bzw. Besitzerhistorie.⁸¹⁸

⁸¹¹ Der naturwissenschaftliche Befund wurde in der Folge durch ein Gutachten von *Dr. Nicholas Eastaugh* bestätigt (vgl. zum geschilderten Fall ANTON/KLEMMER, S. 96).

⁸¹² WOLF, S. 77; SKK Eigentum-HÄRET, S. 104; FAUDE-NAGEL, S. 30.

⁸¹³ FAUDE-NAGEL, S. 30.

⁸¹⁴ SCHREMBS, S. 176 f.

⁸¹⁵ HÄRET, S. 44.

⁸¹⁶ EHINGER, Dritthaftung, S. 24; FAUDE-NAGEL, S. 31 ff.; WÜRTEMBERGER, S. 50; HARTMANN, S. 96 ff.; für den ebenfalls wichtigen Zusammenhang der Provenienzforschung mit der Erwerbspraxis der Museen vgl. KATHMANN/THIELECKE, S. 40 ff.

⁸¹⁷ FRANCINI, S. 117.

⁸¹⁸ KNUT, S. 180; EHINGER, Dritthaftung, S. 24; FAUDE-NAGEL, S. 31.

Primär wird durch die Provenienzforschung folglich angestrebt, die Geschichte eines Werkes zu rekonstruieren. Infolgedessen wird in der Literatur teils auch der Begriff der *historischen Zuschreibungsmethode* verwendet.⁸¹⁹ In der breiten Öffentlichkeit wird die Provenienzforschung oftmals nur bei grossen Restitutionsfällen wahrgenommen, wie zuletzt bei der *Sammlung Gurlitt*^{820, 821} Die Provenienzforschung ist gerade im Hinblick auf die Erstellung einer Kunstexpertise aber von alltäglicher und grosser Bedeutung.⁸²²

Die Provenienz eines Werkes gibt Auskunft darüber, wann und an wen das Werk in der Vergangenheit veräussert wurde und in wessen Besitz es zu welchem Zeitpunkt gestanden hat.⁸²³ Bei den Besitzern kann es sich sowohl um Privatpersonen wie auch juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts oder Museen sowie wissenschaftliche Institute handeln.⁸²⁴ Mit anderen Worten umfasst die Provenienz nicht nur frühere Sammler, sondern etwa auch die Galerien oder Auktionshäuser, in denen das Werk angeboten wurde oder wird.⁸²⁵

Die Provenienz kann dabei ein bedeutender Indikator für die Echtheit eines Gemäldes sein. Alleine die Feststellung der Provenienz genügt jedoch in der Regel nicht zu Authentifizierung eines Kunstwerks.⁸²⁶ Sehr wohl kann ein Gemälde in einem Inventarverzeichnis aufgeführt sein und neben seinen Abmessungen auch Daten über seinen Zustand enthalten, dennoch kann es sich beim Gemälde aber um ein Substitut oder eine Kopie und nicht um das Original handeln.⁸²⁷ Eine sorgfältige Überprüfung der Provenienz ist trotzdem ein Schutz für Handel⁸²⁸, Museen und Sammler, da so ein geringeres Risiko eingegangen wird, gefälschte Kunstobjekte oder Raubkunst zu erwerben.⁸²⁹ Aufgrund die-

⁸¹⁹ Vgl. VON BRÜHL, S. 44; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 154.

⁸²⁰ In der Wohnung des Kunsterben *Cornelius Gurlitt* wurden im Rahmen eines Steuerermittlungsverfahrens über 1600 Kunstwerke aufgefunden und teilweise beschlagnahmt. Bei 499 Kunstwerken bestand der Verdacht, dass es sich um NS-Raubkunst handeln könnte. In der Folge mussten umfangreiche Provenienzforschungen vorgenommen werden (vgl. <<https://www.kunstmuseumbern.ch/de/forschen/der-nachlass-gurlitt/das-legat-cornelius-gurlitt-2512.html>>, zuletzt eingesehen am 11.06.2022).

⁸²¹ BRUNBAUER-ILIC, S. 246; vgl. zum Ganzen auch SKK Eigentum-HAAS, S. 11 ff.; SKK Eigentum-BALDUS, S. 27 ff. sowie SKK Gegenwart-WELLER, S. 37 ff.

⁸²² Vgl. für die beeindruckende Provenienzforschung im Zusammenhang mit dem Gemälde *Die Seine-Brücke mit Fracktkrähen*, welches angeblich von *Max Pechstein* (deutscher Maler, 1881–1955) in Paris gefertigt worden sein soll, FAUDE-NAGEL, S. 50 ff.

⁸²³ EHINGER, Dritthaftung, S. 24; HARTMANN, S. 96 ff.

⁸²⁴ EHINGER, Dritthaftung, S. 24.

⁸²⁵ WEIHE, S. 144.

⁸²⁶ HÄRET, S. 42; vgl. hierzu auch den Bericht aus dem 18. Jahrhundert über den Ankauf einer Werkstattswiederholung eines *Rubens*-Gemäldes im Glauben, es handle sich um ein Original bei SPENLÉ, S. 189.

⁸²⁷ SPENCER, S. 199.

⁸²⁸ So kann eine sorgfältige Überprüfung und somit ein Erwerb in gutem Glauben auch vor einer Rückgabepflicht des Kunstwerkes schützen (vgl. dazu auch Art. 9 KGTG).

⁸²⁹ RASCHÈR/KUPRECHT/FISCHER, S. 508; FRANZ, S. 150 f.; vgl. auch KATHMANN/THIELECKE, S. 40 f. und KR-FISCHER, 2013, S. 98.

ser zentralen Stellung im Kunsthandel verfügen die grossen Auktionshäuser sodann meist auch über eigene Abteilungen für Provenienzforschung.⁸³⁰

Durch diverse Regelwerke sind manche Institutionen mithin dazu verpflichtet, eine sorgfältige Herkunftsforschung zu betreiben. So wird etwa Museen durch ethische Richtlinien die Pflicht auferlegt, vor dem Erwerb eines Kunstobjektes dessen Herkunft zu überprüfen.⁸³¹ Dabei muss mit aller gebotenen Sorgfalt versucht werden, die vollständige Provenienz des betreffenden Objekts zu ermitteln und zwar von seiner Entdeckung oder Herstellung an. Dabei darf etwa eine Leihgabe durch ein Museum weder angenommen noch ausgestellt werden, wenn ihre Herkunft nicht dokumentiert ist.⁸³² Aber auch etwa die Verbandsrichtlinien der CINOA⁸³³ halten ihre Mitglieder ausdrücklich dazu an, sich nicht am Export, Import, der Ausstellung, der Schätzung, dem Kauf oder der Übertragung von Kunstwerk zweifelhafter Herkunft zu beteiligen.⁸³⁴ Schliesslich verpflichtet auch Art. 16 des Kulturgütertransfergesetzes die Herkunft einer Kulturgutes zu erforschen.⁸³⁵ Zu denken ist hierbei bspw. an Raubkunst. Darunter versteht man Kunst, die jüdischen Kunstsammlern und -händlern im Zweiten Weltkrieg von den Nationalsozialisten entwendet worden ist.⁸³⁶ Durch Provenienzforschung lässt sich unter Umständen erfolgreich verhindern, dass Museen, private Sammler oder andere Institutionen und selbstverständlich auch private Sammler⁸³⁷ Raubkunst erwerben.⁸³⁸

Liegt eine lückenlose Provenienzkette vom Künstler bis zum heutigen Besitzer vor, so kann dies ein konkreter Hinweis sein, dass es sich um ein eigenhändiges Werk des

⁸³⁰ Vgl. EHINGER, Dritthaftung, S. 25; BERGER-RÖTHLISBERGER, S. 159; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 155; KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 161. Für die Pflichten des Auktionshauses vgl. LÖHR, S. 128 ff.; so lassen Auktionshäuser keine Informationsquelle ungenutzt (vgl. HERCHENRÖDER, Analyse, S. 74).

⁸³¹ Unter *Erwerb* ist hierbei Kauf, Leihe, Tausch und auch die Schenkung zu verstehen (vgl. ICOM-Richtlinien, S. 12 Abs. 2.3); vgl. zu den Regeln der Erwerbsethik MÜLLER-KATZENBURG, S. 196 ff.; vgl. auch KR-MOSIMANN, 2015, S. 107 und KR-FISCHER, 2013, S. 98.

⁸³² Vgl. ICOM-Richtlinien, S. 12 Abs. 2.3; diese hohen Sorgfaltspflichten wurden selbstverständlich nicht einzig betreffend die Echtheit eines Kunstobjektes erlassen, vielmehr soll so verhindert werden, dass die Museen illegale Kunstobjekte wie bspw. NS-Raubkunst und dgl. erwerben.

⁸³³ *Confédération Internationale des Négociants en Oeuvres d'Art*, einer der bedeutendsten internationaler Kunsthandelerverbände. In der Schweiz wird der Verband u.a. durch den Verband Schweizerischer Antiquare & Kunsthändler (VSAK) vertreten.

⁸³⁴ <<https://www.cinoa.org/cinoa/codeofethics>> (eingesehen am 11.06.2022); vgl. RASCHÈR/KUPRECHT/FISCHER, S. 512.

⁸³⁵ Vgl. hierzu DAL MOLIN, S. 55 f. Für ein Konzept der fakultativen Provenienzforschung, die sog. «*Art Law Certification*», vgl. BRUNBAUER-ILIC, S. 306 ff.; ferner auch KR-FISCHER, 2013, S. 98.

⁸³⁶ Vgl. hierzu SKK Restitution-BINDENAGEL, S. 59 ff.

⁸³⁷ Teilweise waren bekannte Sammler in den Nationalsozialismus verstrickt, so etwa der bekannte Sammler *Eduard von der Heydt* (vgl. BIRTHÄLMER/FINCKH, S. 309 ff).

⁸³⁸ Bei einer rechtswidrigen Einfuhr von Kulturgütern besteht ferner die Gefahr einer Rückführungsklage gemäss Art. 9 KGTG.

Künstlers handelt.⁸³⁹ Gerade bei neueren Gemälden ist eine einwandfreie Provenienz besonders wichtig.⁸⁴⁰ Hinzukommt hierbei nämlich der Umstand, dass insbesondere bei modernen Objekten die Verfahren der naturwissenschaftlichen Gemäldeuntersuchungen nur selten anwendbar sind, da die im fraglichen Objekt benutzten Materialien im gleichen Zeitraum allgemein verwendet wurden.⁸⁴¹ Aufgrund dessen ist es bei modernen Objekten besonders wichtig, dass die Provenienz – bestenfalls – lückenlos über mehrere Besitzer bis hin zum Künstler zurückverfolgt werden kann.⁸⁴² Demgegenüber kann bei älteren Gemälden zunächst eine naturwissenschaftliche Untersuchung vorgenommen werden, welche bereits erste wichtige Ergebnisse in Bezug auf die Vergangenheit des Werkes hervorbringt. Durch diese Untersuchungsergebnisse in Verbindung mit einer hieb- und stichfesten Provenienzliste wird die Wahrscheinlichkeit sodann um ein Vielfaches erhöht, dass ein Werk effektiv von einem bestimmten Künstler stammt.⁸⁴³

Gerade die Herkunft aus einer berühmten Privatsammlung, einer bekannten Galerie oder einem Museum wird oftmals als Art Güterstempel betrachtet, der erheblich zur Minderung des Risikos der Fälschung beiträgt und demzufolge zu einer Preissteigerung führt.⁸⁴⁴ Gleiches gilt etwa, wenn das Gemälde aus einer adligen Herkunft stammt.⁸⁴⁵ So kann die Zugehörigkeit eines Werkes in eine bestimmte bekannte Sammlung ganz konkret auf die Echtheit eines Kunstwerkes hinweisen.⁸⁴⁶ Folglich erblickt der Kunsthandel in der berühmten Provenienz eine Art Garantie für Echtheit und Güte des Kunstobjekts.⁸⁴⁷ Die Historie eines Kunstwerks seit seiner Entstehung kann den Marktpreis somit stark beeinflussen.⁸⁴⁸

Diesen wertbildenden Faktoren wissen Auktionshäuser oftmals zu nutzen, in dem sie einen sogenannten «One Owner Sale» inszenieren.⁸⁴⁹ Auf diese Weise wird dem Ersteigerer suggeriert, er befinde sich in bester Gesellschaft und stehe am Ende einer Kette herausragender internationaler Sammlerpersönlichkeiten.⁸⁵⁰ Insbesondere wenn der vorherige Besitzer aus einer angesehenen langjährigen Sammler-Familie stammt, kann dies

⁸³⁹ FISCHER, S. 45; FAUDE-NAGEL, S. 14; PARTSCH, S. 37.

⁸⁴⁰ KNUT, S. 180.

⁸⁴¹ In diesen Fällen lässt sich eine Datierung unter Umständen noch durch Alterserscheinungen an den Bindemitteln vornehmen (vgl. KNUT, S. 180).

⁸⁴² KNUT, S. 180; FAUDE-NAGEL, S. 32.

⁸⁴³ DRINKUTH, S. 97.

⁸⁴⁴ Vgl. GOEPFERT, S. 93; WREDE, S. 52; HERCHENRÖDER, Analyse, S. 86; WEIHE, S. 144; FAUDE-NAGEL, S. 14; vor allem Ausstellungen in Museen seien wichtig und führen zu einer erstaunlichen Provenienz (vgl. dazu STROBL, S. 39).

⁸⁴⁵ RESSLER, S. 60.

⁸⁴⁶ DRINKUTH, S. 96.

⁸⁴⁷ KATZ, S. 21; WEIHE, S. 144.

⁸⁴⁸ WEIHE, S. 144.

⁸⁴⁹ HEUER, S. 123; vgl. zu sog. Prestigeauktionen auch HERCHENRÖDER, Analyse, S. 231.

⁸⁵⁰ HEUER, S. 123; für eine amüsante Darstellung der unterschiedlichen Sammler-Typen vgl. HEBBORN, S. 188 ff.

den Wert eines Kunstwerkes folglich erheblich steigern.⁸⁵¹ So finden Versteigerungen bekannter Sammlungen, die sich in der Fachwelt einen Namen gemacht haben, regen Zulauf, weil bereits die Namen der Sammler qualitativ hochrangige Werke versprechen.⁸⁵² Auch die Herkunft aus einer alten Kollektion, welche das Objekt für viele Jahrzehnte dem Marktfluss entzogen hat, führt meistens zu einer beträchtlichen Preissteigerung.⁸⁵³ Gleiches gilt in mancher Hinsicht auch für den jeweiligen Fundort eines Werkes oder die besonderen Schicksale im Laufe der Geschichte eines Werkes.⁸⁵⁴ Hat demgegenüber ein Gemälde in kurzer Zeit mehrmals den Besitzer gewechselt, wirkt sich dies in der Regel preismindernd aus, selbst wenn es sich ansonsten um ein qualitätsvolles Kunstwerk handelt.⁸⁵⁵ Die Provenienz eines Gemäldes kann dessen Wert folglich in beide Richtungen beeinflussen. Ungeklärte Provenienzen, etwa gerade in der Zeit des nationalsozialistischen Unrechtsstaates, werfen stets Fragen auf. Mancher Sammler wird im Hinblick auf denkbare Restitutionsansprüche der Erben ehemaliger jüdischer Eigentümer von einem Kauf eher Abstand nehmen, was den Marktpreis eines Gemäldes wieder deutlich senken dürfte.⁸⁵⁶

Nicht selten ist die Provenienzforschung gerade in schwierigen Zweifelsfällen, in denen zuschreibungsrelevante Dokumente fehlen, gleichwohl nicht zielführend.⁸⁵⁷ Eine lückenlose Besitzerliste ist ohnehin nur in wenigen Fällen vorhanden, was jedoch nicht unbedingt bedeuten muss, dass ein Werk gestohlen oder gefälscht ist.⁸⁵⁸ Gerade bei sehr alten Objekten ist es nicht aussergewöhnlich, dass in vielen Fällen Informationen über die Besitzerhistorie fehlen.⁸⁵⁹ Hier besteht immerhin die Möglichkeit, mittels naturwissenschaftlichen Methoden die Authentizität eines Werkes näher zu überprüfen. Wenn hingegen bei einem jüngeren Werk überhaupt keine Belege über ehemalige Besitzer vorliegen, sollte diese Tatsache Misstrauen hervorrufen.⁸⁶⁰

⁸⁵¹ Vgl. WÜRTEMBERGER, S. 12 und DRINKUTH, S. 96.

⁸⁵² DRINKUTH, S. 96.

⁸⁵³ GOEPFERT, S. 93.

⁸⁵⁴ WÜRTEMBERGER, S. 12.

⁸⁵⁵ Vgl. GOEPFERT, S. 93; DRINKUTH, S. 95; WEIHE, S. 144. Nach HERCHENRÖDER hat ein Bild, welches in kurzer Zeit durch mehrere Hände gegangen ist, nicht immer sofort suspekt zu sein. Es werde durch schnelle Wanderschaft zwar nicht begehrenswerter, aber auch nicht schlechter als ein Werk desselben Malers, das aus einer Jahrzehnte alten Kollektion frisch in den Handel oder in die Auktion kommt (vgl. HERCHENRÖDER, S. 147). Zur Wandlung des Kunstmarktes im Zusammenhang mit Kunst-Auktionen vgl. die eindrückliche Darstellung in HERCHENRÖDER, Wandel, S. 60 ff. und für den Wandel des allgemeinen Kunstmarktes vgl. HERCHENRÖDER, Analyse, S. 31 ff.

⁸⁵⁶ HEUER, S. 123; HERCHENRÖDER, Wandel, S. 243. Vgl. zur Thematik der Restitution von Kulturgütern BEAT SCHÖNENBERGER, Restitution von Kulturgut, Habil. Bern 2009.

⁸⁵⁷ VON BRÜHL, S. 45.

⁸⁵⁸ DRINKUTH, S. 97. Gerade wenn das Werk zur Zeit des Zweiten Weltkriegs Lücken in der Provenienz aufweist, ist Vorsicht geboten und es muss sorgfältig überlegt werden, wie mit diesem Umstand weiter zu verfahren ist. Es wird in diesem Zusammenhang auch von der «dunklen Provenienz» gesprochen (vgl. zu dieser Thematik FAUDE-NAGEL, S. 14 und 33).

⁸⁵⁹ DRINKUTH, S. 97.

b) Abklärung der Provenienz

Die Provenienzforschung beinhaltet sehr umfassende, in der Regel internationale Recherchen über ein einzelnes Gemälde oder über eine ganze Sammlung.⁸⁶¹ Ausgangspunkt für die Provenienzforschung ist die Befragung des gegenwärtigen Besitzers/Eigentümers und sofern ermittelbar, auch die vormaligen Besitzer/Eigentümer. Unter Umständen können diese Angaben zum Erwerb, der Besitzesdauer oder durchgeführten Restaurationen machen.⁸⁶²

In einem nächsten Schritt gilt es sämtliche an dem Kunstobjekt selbst vorhandenen Hinweise auf die Geschichte des Bildes aufzufindig zu machen.⁸⁶³ So etwa (Nachlass-)Stempel⁸⁶⁴, Inschriften⁸⁶⁵ oder Etikettierungen.⁸⁶⁶ Weiter sind im Wege der Quellenkritik alle relevanten Materialien ausserhalb des Kunstwerkes auszuwerten.⁸⁶⁷ Es gebietet sich hierbei, alle zur Verfügung stehenden historischen Dokumente zu sichten.⁸⁶⁸ So sind auch der *catalogue raisonné*⁸⁶⁹, Kunstzeitschriften und Fachliteraturen in die Nachforschungen miteinzubeziehen.⁸⁷⁰ Wurde zu Lebzeiten des Künstlers ein *catalogue raisonné* erstellt, begründet dieser für die darin enthaltenen Werke die – widerlegbare – Vermutung der Echtheit.⁸⁷¹ Umgekehrt ist jedoch ein Werk nicht eine Fälschung, nur weil es im *catalogue raisonné* nicht enthalten ist.

Grund für das Belegfordernis ist der Umstand, dass die Angaben zur Provenienz in der Regel alleine vom Verkäufer bzw. Auftraggeber des Gutachters gemacht werden, welcher ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Echtheit hat.⁸⁷² Es ist nicht undenkbar, dass der Auftraggeber bzw. Eigentümer unredlich ist und dem Kunstsachverständigen falsche Informationen zur Herkunft liefert, um diesen gezielt in seiner Bewertung zu be-

⁸⁶⁰ DRINKUTH, S. 97.

⁸⁶¹ FRANCINI, S. 117.

⁸⁶² SCHREMBS, S. 168.

⁸⁶³ VON BRÜHL, S. 44.

⁸⁶⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen in MICHOR, S. 69 ff.

⁸⁶⁵ Vgl. zu den Möglichkeiten und Gründen von Inschriften die Ausführungen in HEBBORN, S. 66 f.

⁸⁶⁶ VON BRÜHL, S. 44; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 606; so wurde ein Gemälde als Fälschung entlarvt, weil es auf der Rückseite den Stempel einer Malmittelfirma trug, die erst später als das Bild dieser Periode ihre Geschäfte aufnahm (vgl. HERCHENRÖDER, Analyse, S. 299).

⁸⁶⁷ VON BRÜHL, S. 44.

⁸⁶⁸ VON BRÜHL, S. 45.

⁸⁶⁹ Ein *catalogue raisonné* (Werkverzeichnis) ist ein nach wissenschaftlichen Standards erstelltes Verzeichnis sämtlicher Werke eines Künstlers. Vgl. zum typischen Inhalt eines Werkverzeichnisses HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 607 und zur Bedeutung des Werkverzeichnisses im Rahmen der Ausarbeitung einer Expertise vgl. SKK Kunsthandel-JAYME, S. 41 ff.; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 153; FAUDE-NAGEL, S. 27.

⁸⁷⁰ BERGER-RÖTHLISBERGER, S. 158.

⁸⁷¹ Vgl. hierzu auch WÜRTENBERGER, Nachlass, S. 124 und HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 606 f.

⁸⁷² EHINGER, Dritthaftung, S. 24.

einflussen.⁸⁷³ So geschehen im *Beltracchi-Skandal*: Hier waren an den Kunstwerken falsche Galerieaufkleber angebracht und die Gehilfen (seine Ehefrau *Helene Beltracchi* und eine weitere Person, welche bei dem Absatz der Bilder geholfen hatte) des Fälschers machten bewusst falsche Angaben zu der Herkunft der Bilder, um den Kunstexperten zu täuschen.⁸⁷⁴ Im Rahmen ihrer Fälschertätigkeit erfanden das Fälscher-Trio sogar mindestens zwei fiktive Sammlungen und täuschten so über deren Provenienz.⁸⁷⁵

So einfach darf sich ein Kunstexperte freilich nicht täuschen lassen. Er muss die gemachten Angaben, soweit es ihm möglich und zumutbar ist, überprüfen und gegebenenfalls weitere Nachforschungen anstellen.⁸⁷⁶ Aus diesem Grund und auch zur Erhöhung der Glaubwürdigkeit werden durch den Experten daher Literaturangaben, Archivmaterial, Kaufquittungen, historische Fotos, Transportscheine, Ein- und Ausfuhrbelege, Inventare (Galerie-, Nachlassinventare u.ä.), bereits vorhandene Gutachten sowie Ausstellungskataloge hinzugezogen und in der Folge analysiert.⁸⁷⁷ Ebenfalls geeignet für die Provenienzforschung sind zudem Kunstwerken beiliegende schriftliche Mitteilungen oder Notizen sowie Schilder oder die Korrespondenz der in Betracht kommenden Künstler und Auftraggeber.⁸⁷⁸ Denkbar ist ferner, dass sich im Nachlass des Künstlers Belege über Veräußerungen oder Reproduktionserlaubnisse finden.⁸⁷⁹

Hintergrund dieser Nachforschungspflicht ist, dass sowohl der Auftraggeber wie auch der Kunstmarkt im Allgemeinen erwarten, dass der Experte alles ihm Mögliche und Zumutbare unternimmt, um Fälschungshinweise aufzudecken und um somit eine falsche Zuschreibung des Gemäldes zu vermeiden. Ferner verfügt der Kunstexperte in der Regel über eine gute Marktvernetzung, Kontakten zu anderen Experten und hat in der Regel umfangreiche Recherchemöglichkeiten, welche es rechtfertigen, dass er diese Möglichkeiten auch nutzt.⁸⁸⁰

⁸⁷³ Vgl. hierzu HERCHENRÖDER, Analyse, S. 287 f.

⁸⁷⁴ Vgl. SCHREMBS, S. 169; KEAZOR/ÖCAL, S. 25; ANTON/KLEMMERS, S. 96; GRÜNING, S. 139 ff.; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 43; SKK Gegenwart-SHACK, S. 9. Vgl. für weitere bekannte Fälscher die Darstellungen in HERCHENRÖDER, Analyse, S. 287 ff.

⁸⁷⁵ HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 43. Vor dem Verkauf der jeweiligen Gemälde holten *Beltracchi* und seine Komplizen Expertisen bei den Spezialisten ein. Waren die Experten von einem vermeintlichen Werk nicht überzeugt, fälschte *Beltracchi* den entsprechenden Künstler in der Folge nicht mehr (vgl. KEAZOR/ÖCAL, S. 24 f. und auch ANTON/KLEMMERS, S. 96 ff.).

⁸⁷⁶ SCHREMBS, S. 169; VON BRÜHL, S. 137 f.; WOLF, S. 167 f.

⁸⁷⁷ FISCHER, S. 45; SITT, S. 71. Es ist jedoch auch hier Vorsicht geboten: so machte sich das Motiv der Provenienzaufwertung bereits das Fälscherduo *John Myatt* und *John Drewe* in den 1990er Jahren zu eigen, indem sie gefälschte Dokumente in die Museumsakten diverser renommierter Museen einschleusten (vgl. hierzu KEAZOR/ÖCAL, S. 38 f.).

⁸⁷⁸ EHINGER, Dritthaftung, S. 24; VON BRÜHL, S. 44.

⁸⁷⁹ EHINGER, Dritthaftung, S. 24. Wenn das jeweilige Gemälde Eignung für Reproduktion und massenhafte Verbreitung aufwies, dann war das Copyright bzw. das Urheberrecht ein wertvolles Gut (vgl. WEIHE, S. 47).

⁸⁸⁰ SCHREMBS, S. 169; VON BRÜHL, S. 138.

Es versteht sich von selbst, dass auch die jeweiligen Belege – genauso wie das Werk selbst – authentisch sein müssen, also von der angegebenen bzw. ausstellenden Person zu stammen haben.⁸⁸¹ Der Grund für dieses Erfordernis ist die Tatsache, dass – wie im oben gemachten Beispiel *Beltracchi* – durch die Fälscher in der Vergangenheit auch die jeweiligen Provenienzbelege gefälscht wurden.⁸⁸² Im Besonderen die Herkunftsbestätigung, Eigentumsnachweise, Etiketten, Rechnungen und sogar Zeitschriften.⁸⁸³ Hierbei wurde nicht selten ebenso fachmännisch vorgegangen, wie bei der Werkfälschung selber.⁸⁸⁴

Zur Überprüfung der jeweiligen Provenienzbelege bzw. -informationen besteht zusätzlich die Möglichkeit, die jeweiligen Angaben mit den Recherchen in einschlägigen Datenbanken zu vergleichen.⁸⁸⁵ Zu nennen ist hier zunächst der *Getty Provenance Index*. Es handelt sich dabei um ein öffentlich zugängliches Verzeichnis des *Getty Research Institute*, in welchem zahlreiche in der Vergangenheit getätigte Kunstverkäufe erfasst werden.⁸⁸⁶ Das Verzeichnis ist jedoch nicht eine reine Auflistung der Verkäufe, vielmehr werden dem Leser wertvolle und vielfältige Auskünfte über historische Sammlungen, über die Herkunft der Bilder und zur Geschichte des Geschmacks und der Kennerschaft im 19. Jahrhundert geboten.⁸⁸⁷ Dafür werden die noch vorhandenen Dokumente des historischen Auktionsmarktes von Kunsthistorikern gezielt für die kunstgeschichtliche Forschung gesammelt, aufgearbeitet und zugänglich gemacht.⁸⁸⁸ Das Verzeichnis wird durch das *Getty Institut* in Zusammenarbeit mit anderen kunsthistorischen Institutionen betrieben.⁸⁸⁹

Alsdann besteht ferner die Möglichkeit, auf die Daten des *Art Loss Registers* zuzugreifen.⁸⁹⁰ In dieser weltweit grössten Datenbank werden Abbildungen und Informationen über gestohlene und verschwundene Kunstwerke aufgenommen. Ziel ist es dabei primär, das Auffinden und die Wiederbeschaffung gestohlener Kunstgegenstände zu erleichtern,

⁸⁸¹ WOLF, S. 92; EHINGER, Dritthaftung, S. 25.

⁸⁸² PICKER, Fälscher, S. 13; EHINGER, Dritthaftung, S. 25; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 190; auch Biographien von Künstlern wurden gefälscht (vgl. FAUDE-NAGEL, S. 25). Zum Problem der Fälschung von Provenienzbelegen vgl. auch GUILLOTREAU, S. 112 ff.

⁸⁸³ Vgl. RESSLER, S. 78; GUILLOTREAU, S. 112 ff.; FAUDE-NAGEL, S. 32.

⁸⁸⁴ EHINGER, Dritthaftung, S. 25.

⁸⁸⁵ EHINGER, Dritthaftung, S. 25. Für die *Datenbank kritischer Werke* vgl. EBLING/SCHULZE, S. 345.

⁸⁸⁶ <www.getty.edu> (zuletzt eingesehen am 11.06.2022); so wurden bspw. aus der Zeitspanne der Jahre 1930–1945 über 3000 Auktionskataloge digitalisiert und in den Register aufgenommen, vgl. dazu EHINGER, Dritthaftung, S. 25.

⁸⁸⁷ DRINKUTH, S. 153.

⁸⁸⁸ DRINKUTH, S. 153; vgl. hierzu auch WEIHE, S. 102 ff.

⁸⁸⁹ Darunter fallen unter anderem Museen und Bibliotheken (vgl. DRINKUTH, S. 152).

⁸⁹⁰ Vgl. dazu KARDEL, S. 128 ff.; JACKSON, S. 123 ff.; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 155. Ferner kann auch auf das *Lost Art Register* zugegriffen werden, welches Informationen zu Raub- und Beutekunst enthält (vgl. hierzu auch BISCHOF, KUR, S. 14 f.; SKK Gegenwart-WELLER, S. 37 und insb. FRANZ, S. 148 ff.).

sowie die Beschränkung ihrer Verkehrsfähigkeit und die Verhinderung weiterer Kunst-diebstähle.⁸⁹¹ Die im Register enthaltenen Objekte werden aber nicht nur als isoliertes Sammlungsobjekt behandelt, sondern sind in ihrem Sammlungskontext dargestellt.⁸⁹² Dadurch werden auch die Provenienzzgeschichte, die Verlustumstände oder die Sammlungsgeschichte aufgezeigt.⁸⁹³ Der Kunsthandel kann hier Nachforschungen betreiben und seine Angebote überprüfen lassen. So nutzen etwa auch die grossen Auktionshäuser der Welt dieses Register, um im Vorfeld einer Versteigerung ihre Auktionskataloge daraufhin zu untersuchen, ob sie gestohlenen Kunstgut enthalten.⁸⁹⁴

Neben der Nutzung der Datenbanken kann sich der Experte zu guter Letzt auch an andere Wissenschaftler wenden, welche sich bereits mit der Sammlung auseinandergesetzt haben oder durch entsprechende Recherchen in Museen und Bibliotheken an hilfreiche Informationen gelangen.⁸⁹⁵ Der internationale Kontakt mit verschiedenen Archiven, Bibliotheken und Forschern führt nicht selten zu wertvollen Ergebnissen, welche für die Provenienzforschung verwendet werden können. Es gilt aber zu bemerken, dass es sich bei der Provenienzforschung um ein Gebiet handelt, welches wohl nie als gänzlich abgeschlossen gelten wird.⁸⁹⁶ Es tauchen immer wieder neue Informationen, Namen oder Erkenntnisse auf, die dann möglichst umfassend zu dokumentieren sind.⁸⁹⁷

Schliesslich, nach Durchforschung sämtlicher Unterlagen und Datenbanken, müssen alle gefundenen Informationen und erhaltenen Angaben miteinander verglichen, auf Gemeinsamkeiten untersucht und bei gegebenen Unstimmigkeiten kritisch hinterfragt werden. Insbesondere bei Gemälden aus unbekanntem Sammlungen muss sich ein Kunstexperte besonders um Informationen über die Geschichte und Herkunft der Werke bemühen. Er kann hierfür auch einen Provenienzforscher beiziehen.⁸⁹⁸ Dieser Schritt wäre jedoch vorgängig mit dem Auftraggeber zwingend abzusprechen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Kunstsachverständige im Rahmen seiner Begutachtung freilich ein besonderes Augenmerk auf die Provenienz zu richten hat. Für die Frage, wie vertieft er Nachforschungen anzustellen hat, ist auf den Einzelfall abzustellen. Bevor der Gutachter umfangreiche und aufwändige Nachforschungen anstellt, hat er sicherlich den Auftraggeber zu kontaktieren und diesen über seinen geschätzten zeitlichen und finanziellen Aufwand zu informieren. Schliesslich müssen die Kosten der Nachforschung auch im Verhältnis zum etwaigen Wert des Gemäldes stehen. Gerade für Gemälde im höheren Preissegment dürfte es für die Begutachtung im Regelfall unerlässlich sein, die lückenlose und einwandfreie Provenienz zu erforschen und nachzuweisen.

⁸⁹¹ MÜLLER-KATZENBURG, S. 325; JACKSON, S. 123.

⁸⁹² KARDEL, S. 128.

⁸⁹³ KARDEL, S. 128.

⁸⁹⁴ DRINKUTH, S. 144; VON KLITZING, S. 97; HERCHENRÖDER, Analyse, S. 74.

⁸⁹⁵ EHINGER, Dritthaftung, S. 26.

⁸⁹⁶ VON KLITZING, S. 98.

⁸⁹⁷ VON KLITZING, S. 98.

⁸⁹⁸ SCHREMBS, S. 173.

Zwar kann aus einer nachgewiesenen Provenienz noch keine definitive Aussage über das Gemälde oder deren Authentizität getroffen werden; doch kann eine nachgewiesene Provenienz das Ergebnis einer stilkritischen Analyse stützen oder Zweifel an dieser hervorrufen.⁸⁹⁹

Gerade bei Echtheitsbestätigungen bedarf es ohnehin oftmals eines Zusammenspiels der jeweiligen Untersuchungsmethoden. Auf diese Weise wurde etwa in einer Reihenuntersuchung das Gemälde *Seineufer bei Port-Villez*, welches *Monet* zugeschrieben wurde, als Fälschung entlarvt. Dazu verhalten zunächst technologische-naturwissenschaftliche Befunde und deren kritische Beurteilung im Kontext fundierter Kenntnisse über französische Standardformate und Malmaterialien sowie über die Maltechnik *Claude Monets*. Hinzukommende Provenienzforschungen deckten in der Folge auf, dass es sich um eine bereits zu Lebzeiten *Monets* entstandene Fälschung handelt.⁹⁰⁰

Schliesslich ist nach hier vertretener Auffassung auch bei Objekten zweifelhafter Herkunft eine umfassende Provenienzforschung vorzunehmen. Stellt der Sachverständige in der Folge fest, dass es sich beim fraglichen Gemälde etwa um Raubkunst handelt, ist dieser Umstand dem Auftraggeber umgehend anzuzeigen und im Kunstgutachten zu vermerken.

5.4.8. Zustandsbeurteilung des Gemäldes

Unbestrittenermassen ist auch dem Erhaltungszustand eines Gemäldes bei dessen Begutachtung grosse Aufmerksamkeit zu schenken. Der Erhaltungszustand eines Gemäldes steht in Relation zur Seltenheit und Bedeutung des Künstlers. Bei einem eher seltenen und gesuchten Werk wird ein Sammler auch einen schlechteren Zustand akzeptieren. Ein Werk mit vergleichbarem Zustand eines schwächeren Künstlers wird sich auf dem Markt dagegen eher schwerer tun.⁹⁰¹

Der Erhaltungszustand gehört zu den wertbildenden Faktoren eines Gemäldes und ist daher gerade bei Wertgutachten von Bedeutung.⁹⁰² So ist etwa zu beurteilen, ob Oberflächenschmutz, Sikkativsprünge in der Farbschicht, Nachlass der Bindekraft in der Grundierung oder Rissbildung im Bildträgern vorliegen.⁹⁰³ Nebst dem Einfluss auf die pekuniäre Bewertung ist der Zustand eines Gemäldes massgeblich für die Einordnung der Befunde in das Gesamtbild, welches sich der Gutachter bei der Beurteilung des Kunstwerkes macht.⁹⁰⁴ Es geht hierbei um die Identifikation und Dokumentation eines Werkes in seinen Werkstoffen, Herstellungs- und Gestaltungstechniken wie auch die Analyse seiner materiellen Wandlungen durch anthropogene und natürliche Einflüsse.⁹⁰⁵

⁸⁹⁹ SCHREMBS, S. 169.

⁹⁰⁰ SCHAEFER/LEWERENTZ/VON SAINT-GEORGE, S. 55.

⁹⁰¹ PRACHER, S. 54.

⁹⁰² HEUER, S. 122.

⁹⁰³ SCHREMBS, S. 166.

⁹⁰⁴ HÄRET, S. 230.

⁹⁰⁵ WOLF, S. 76.

Auch betreffend die Echtheit eines Gemäldes lassen sich durch die Zustandsbegutachtung womöglich bereits wesentliche Rückschlüsse ziehen. So kann unter Umständen bereits aus dem Erhaltungszustand eines Gemäldes geschlossen werden, dass das Bild kein Original ist bzw. in das Gemälde eingegriffen worden ist.⁹⁰⁶ In den meisten Fällen ist die materielle Befundsicherung mithin die Voraussetzung für eine zeitliche und örtliche Einordnung sowie auch die Zuschreibung des Werkes zu einem bestimmten Künstler.⁹⁰⁷

Wichtigstes Hilfsmittel zur materiellen Befundsicherung des Erhaltungszustandes ist zunächst das geschulte Auge des Kunstexperten. Dabei müssen durch diesen alle wesentlichen optisch ablesbaren materiellen und technischen Sachverhalte erfasst und gedanklich geordnet werden. Bei einem Gemälde sind etwa Beschädigungen, Risse, Stockflecken etc. zu analysieren.⁹⁰⁸ Die Befundsicherung erfolgt durch den Kunstexperten meist gedanklich, wobei diese Gedanken womöglich in einigen Stichworten im Gutachten fixiert werden. Dies im Gegensatz zu Museen, bei welchen die Befundsicherung des Erhaltungszustandes zuweilen durch die Beantwortung eines umfangreichen schriftlichen Fragekatalogs erfolgt.⁹⁰⁹

Nebst schlecht vorgenommenen Restaurierungen können insbesondere auch eine belebte Historie des Kunstobjektes die Ästhetik beeinträchtigen und schlimmstenfalls ein Werk irreversibel schädigen.⁹¹⁰ So führen ständige Standortwechsel, Temperaturschwankungen, Sonnenbestrahlung und Änderungen der Luftfeuchtigkeit nicht selten zu einer Zustandsminderung.⁹¹¹ Teilweise lassen sich derartige Schädigungen bei einfacher visueller Betrachtung jedoch nicht von blossem Auge erkennen.⁹¹² Aufgrund dessen ist es bei der Begutachtung eines Gemäldes oftmals angezeigt, dessen Zustand nicht ausschliesslich nach dem äusseren Augenschein zu beurteilen sondern je nach Einzelfall auf naturwissenschaftliche Verfahren zurückzugreifen.⁹¹³ Hierfür steht eine umfangreiche Technik zur Verfügung. Untersuchungen mit einer ultravioletten Lampe erlauben es etwa, Übermalungen und Restaurierungen zu erkennen.⁹¹⁴ Aufgrund der hohen Kosten der naturwissenschaftlichen Methoden ist die Durchführung allerdings bislang nur wertvollen Objekten vorbehalten gewesen.⁹¹⁵

⁹⁰⁶ HÄRTH, S. 154.

⁹⁰⁷ WOLF, S. 76.

⁹⁰⁸ WOLF, S. 77; FAUDE-NAGEL, S. 29; PARTSCH, S. 39; zur Imitation von Stockflecken vgl. HEBBORN, S. 49.

⁹⁰⁹ WOLF, S. 77; FAUDE-NAGEL, S. 29.

⁹¹⁰ HÄRET, S. 43.

⁹¹¹ RESSLER, S. 72; MÜLLER, Leitfaden, S. 177; SKK Kunsthandel-MÜLLER-CHEN, S. 31; für die klimatische Einwirkung auf eine Gemälde vgl. KR-SCHEIFELE, 2013, S. 104.

⁹¹² HEUER, S. 122.

⁹¹³ RESSLER, S. 72.

⁹¹⁴ HEUER, S. 123.

⁹¹⁵ WOLF, S. 77.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es nach hier vertretener Ansicht mit- hin auch ohne ausdrückliche vertragliche Abrede eine Pflicht des Kunstsachverständigen darstellt, den Erhaltungszustand eines Kunstobjektes zu begutachten und in seine Ge- samtanalyse miteinfließen zu lassen. Wenn hierfür kostspielige naturwissenschaftliche Methoden angeordnet werden müssen, so wäre dies freilich vorab mit dem Auftraggeber abzusprechen.

III.

Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Auftraggeber

1. Pflichtverletzung als Ausgangspunkt für eine Haftung

1.1 Fehlerhafte Kunstexpertise

Die Kunstexpertise ist im gesamten Kunstmarkt von zentraler Bedeutung. Sie entscheidet etwa darüber, ob ein Gemälde als authentisch gilt oder nicht. Das entsprechende Gemälde ist ohne eine Kunstexpertise oftmals nicht verkehrsfähig und damit nicht verkäuflich. Die Akteure auf dem Kunstmarkt sind auf die Informationen des Kunstsachverständigen angewiesen.⁹¹⁶ Aus dem Gesagten ergibt sich unweigerlich, welche weitreichenden – insbesondere auch monetären – Konsequenzen es zeitigen kann, sollte eine Kunstexpertise fehlerhaft sein. Aufgrund seiner Marktmacht schafft oder vernichtet der Kunstsachverständige durch seine Kunstexpertise Werte, teilweise in kaum vorstellbarer Höhe.⁹¹⁷ Wenn sich der Kunstexperte nun irrt, fragen die geschädigten Personen, welche sich bspw. bei einer Kaufentscheidung von einer fehlerhaften Expertise haben leiten lassen, zu Recht nach einer Haftung des Experten.⁹¹⁸

Die Haftung des Kunstsachverständigen für eine von ihm verfasste Kunstexpertise setzt in einem ersten Schritt voraus, dass diese fehlerhaft ist. Fehlerhaft ist eine Kunstexpertise dann, wenn die Einschätzungen des Gutachters in seiner Expertise nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen. Es muss folglich feststehen, dass die Expertise fehlerhaft ist, dass also nicht etwa nur das vom Auftraggeber gewünschte Ergebnis nicht vorliegt, sondern dass die Erkenntnisse in der Expertise auch tatsächlich falsch sind.⁹¹⁹ Hierfür sind zahlreiche Fallkonstellationen denkbar. Wenn etwa ein gefälschtes Gemälde für echt befunden wird oder die Zuschreibung fehlerhaft ist, indem der genannte Urheber eines Gemäldes nicht mit dem tatsächlichen Künstler übereinstimmt. Ferner wenn die Provenienznachforschung durch den Kunstsachverständigen nicht abschliessend erfolgt

⁹¹⁶ SIMONS, S. 4; SCHREMBS, S. 111.

⁹¹⁷ FRIEDLÄNDER, *Kunstkenner*, S. 8; SCHREMBS, S. 119.

⁹¹⁸ SCHREMBS, S. 120.

⁹¹⁹ MICHOR, S. 179.

ist und er in der Folge den Wert eines Gemäldes deutlich zu tief bewertet. Schliesslich auch, wenn in einem Zustandsgutachten offensichtliche Beschädigungen nicht aufgeführt werden. In all diesen Fällen ist die Kunstexpertise fehlerhaft.⁹²⁰

Damit die Fehlerhaftigkeit der Expertise in der Folge dem Kunstexperten auch vorgeworfen werden kann, ist zunächst erforderlich, dass diesem eine Vertragsverletzung nachgewiesen werden kann. Hierfür ist auf die in S. 56 ff. vorgenommene Qualifikation des Kunstgutachtervertrages als einfacher Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR zurückzukommen. Denn die allfälligen Ansprüche des Auftraggebers im Falle einer fehlerhaften Expertise richten sich nach dem Vertragstyp, welcher dem Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Kunstsachverständigen zugrunde liegt.⁹²¹ Für die Beurteilung einer allfälligen Vertragsverletzung des Kunstsachverständigen ist es in einem ersten Schritt daher erforderlich, die jeweiligen Pflichten des Kunstsachverständigen bei der Erstellung einer Kunstexpertise näher zu definieren.

1.2 Auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht im Allgemeinen

Die relative Natur des Wissens im Kunstbereich, handelt es sich nun um eine Zuschreibung zu einem Künstler oder die Bestimmung des finanziellen Wertes eines Gemäldes, verbietet es dem Sachverständigen, die Richtigkeit seiner Meinung zu garantieren. Er kann lediglich versprechen und sich dazu verpflichten, mit grösster Sorgfalt die relevanten Fakten zu ermitteln, bevor er sein Gutachten erstellt und darin seine Meinung zu einem Kunstobjekt äussert.⁹²²

Der Kunstsachverständige haftet nicht für das inhaltliche Ergebnis des Gutachtens und auch nicht dafür, dass er einen Sachverhalt unter Umständen anders beurteilt als ein Berufskollege, sondern dafür, dass er den Auftrag sorgfältig, gewissenhaft und nach den Regeln der Kunst ausführt. Gerade wo ein Ergebnis schliesslich Frage eines professionellen Erwägens, Abwägens und Ermessens ist, haftet der Gutachter nicht für das Resultat dieser Beurteilung, sondern bloss dafür, dass er diese in professioneller Weise, sorgfältig, kompetent und gewissenhaft durchgeführt hat.⁹²³ Der Gutachter hat jedoch, auch wenn er keinen Erfolg garantieren kann, sein Möglichstes zu tun, um den vom Auftraggeber angestrebte Leistungserfolg herbeizuführen.⁹²⁴

⁹²⁰ Auch formelle «Mängel» – etwa in der Darstellung – führen unter Umständen zu einer fehlerhaften Expertise. Da diese Fehlerhaftigkeit nur in wenigen Fällen zu einem vermögensrechtlichen Schaden führen dürfte, fällt eine diesbezügliche Haftung meist ausser Betracht. Je nach verbleibender Brauchbarkeit der Expertise wäre aber möglicherweise eine Honorarminderung in Betracht zu ziehen (vgl. hierzu S. 166 ff.).

⁹²¹ GERLACH, S. 49.

⁹²² Vgl. THÉVENOZ, S. 41; im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsvertrag vgl. auch GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 45.

⁹²³ JOLLES/ROESLE, S. 39.

⁹²⁴ DERENDINGER, N 91; FELLMANN, Auftragsrecht, S. 95.

Die Frage, wie die Sorgfaltspflicht bestimmt werden soll und ob sie verletzt worden ist, ist vorliegend freilich nicht einfach zu beantworten.⁹²⁵ Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Auftragnehmer dem Auftraggeber grundsätzlich für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Der Sorgfaltsmassstab wird sodann in Art. 398 Abs. 2 OR umschrieben. Danach haftet der Beauftragte im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.⁹²⁶ Im Einzelnen konkretisiert wird der Sorgfaltsbegriff vom Gesetz dagegen nicht.⁹²⁷ Diese Konkretisierung wurde der Lehre und Rechtsprechung überlassen.

Eine sorgfältige Auftragsausführung beinhaltet im Allgemeinen eine sachgerechte Analyse von Art, Umfang, Zeitdauer und Erfolgsaussichten des Auftrags, eine weitsichtige Planung der Auftrags Erfüllung, die Bearbeitung der sich stellenden Probleme mit hohem beruflichem Standard sowie die Vermeidung eines Übernahmeverschuldens.⁹²⁸ An die Tätigkeit des Beauftragten ist dabei grundsätzlich ein abstrakter Sorgfaltsmassstab anzulegen, objektiviert betrachtet im Lichte des berufsspezifischen Durchschnittsverhaltens.⁹²⁹ Die objektivierten Faktoren ergeben sich dabei aus der Art und Schwierigkeit der vertragsgemäss zu verrichtenden Arbeit und der dazu erforderlichen Fachkenntnis des Beauftragten, wobei an den Spezialisten und bei berufsmässiger und entgeltlicher Auftrags erledigung höhere Anforderungen gestellt werden dürfen.⁹³⁰

Welches Verhalten die Sorgfaltspflicht vom Kunstsachverständigen im Einzelfall verlangt, lässt sich in Form einer abschliessenden Aufzählung einzelner Pflichten nur schwierig festlegen.⁹³¹ Denn ebenso wenig wie es Aufgabe der Juristen sein kann, bei einer Studie über die Arzthaftpflicht ein Lehrbuch der Chirurgie zu schreiben, kann ein Jurist die Grundlagen des Könnens eines Kunstsachverständigen abschliessend beurteilen.⁹³² Es gilt ferner zu berücksichtigen, dass ein Kunstsachverständiger verschiedenen Berufsgruppen angehören kann und keine einheitliche Grundausbildung zum Kunstsachverständigen besteht.⁹³³ Möglich ist es jedoch, aus Erfahrungen und Literatur bestimmte

⁹²⁵ KKR-RENOID, 2020, Kap. 8 N 127.

⁹²⁶ In der Lehre wird dieser Verweis auf die arbeitsrechtlichen Normen teilweise als Fehlleistung des Gesetzgebers angesehen. Denn die Art. 321 ff. OR beziehen sich auf die Weisungsintensität beim Arbeitsvertrag und sind nicht geeignet, den Sorgfaltsmassstab beim Auftrag festzulegen (vgl. dazu HONSELL, S. 286 f. m.w.N. und GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 91).

⁹²⁷ BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 24.

⁹²⁸ BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 25.

⁹²⁹ Vgl. BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 27; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 48; HOWALD/NABHOLZ, S. 480; BGE 115 II 62; BGE 133 III 121; BGE 127 III 357.

⁹³⁰ Vgl. BGE 115 II 62 E. 3a; BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 27; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, S. 93 f.; HOWALD/NABHOLZ, S. 480; kritisch zur Erhöhung des Sorgfaltsmassstabs bei berufsmässiger Erledigung des Auftrags WEBER, AJP, S. 183 f.

⁹³¹ GUTZWILLER, S. 58.

⁹³² So bereits THALMANN im Hinblick auf den Sorgfaltsmassstab von Banken (vgl. THALMANN, S. 192).

⁹³³ MICHOR, S. 76 ff.

Pflichten und Grundsätze abzuleiten und diese in Form von generellen Verhaltenspflicht zu fassen und konkretisieren.⁹³⁴ Auf diese Weise kann in einem nächsten Schritt beurteilt werden, ob der Sachverständige seine ihm obliegende Pflichten verletzt hat und hierfür auch haftbar gemacht werden kann.

1.3 (Sorgfalts-)Pflichten des Kunstsachverständigen im Besonderen

1.3.1. Vertragliche Vereinbarung als Ausgangspunkt

Um die Sorgfalts- sowie die weiteren Pflichten des Kunstsachverständigen bei der Ausarbeitung einer Kunstexpertise näher definieren zu können, ist zunächst die vertragliche Vereinbarung zwischen den beiden Parteien zu analysieren. Diese vertragliche Beschreibung der zu erbringenden gutachterlichen Leistung stellt das Kernstück des Vertrags dar und bedarf grundsätzlich einer exakten Formulierung.⁹³⁵ Durch den Gutachtervertrag verpflichtet sich der Kunstsachverständige alles zu unternehmen, was zur Realisierung des angestrebten Erfolgs erforderlich ist.

Grundsätzlich entzieht sich die Sorgfaltspflicht im Auftragsrecht einer allgemeinen Kodifikation, da sie sowohl initiatives als auch reagierendes Handeln in unvorhersehbaren Situationen in sich schliesst.⁹³⁶ Die Sorgfalt bezeichnet ein allgemeines Richtigverhalten, d.h. die Ausrichtung des gesamten Verhaltens des Kunstsachverständigen auf das vom Auftraggeber gesetzte Ziel.⁹³⁷ Sorgfalt setzt die Fähigkeit voraus, in wechselnden Situationen ziel- und sachgerecht zu handeln, auch wenn sie bei Vertragsabschluss noch nicht voraussehbar waren.⁹³⁸ Trotz dieses Umstandes soll nachfolgend versucht werden, die grundsätzlichen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht sowie die weiteren Pflichten eines Kunstsachverständigen darzulegen.

1.3.2. Sorgfaltspflicht in formeller Hinsicht

Aus der vertraglichen Vereinbarung lassen sich zunächst einmal die Anforderungen an die inhaltliche und formale Gestaltung der Kunstexpertise ableiten. So ist es primär an den Parteien, die Form des zu produzierenden Gutachtens sowie die Art und Weise der Darstellung des inhaltlichen Resultates zu vereinbaren.⁹³⁹ Mit anderen Worten die Fragen, ob die Kunstexpertise mündlich, in Papierform oder auf einem Datenträger (bspw. CD-ROM, Memory-Stick etc.) abzuliefern ist; ob die jeweiligen Untersuchungsergebnisse beizulegen oder zu kommentieren sind; und in welcher Darstellungsform und welchem Stil das Gutachten zu verfassen ist.⁹⁴⁰

⁹³⁴ Vgl. GUTZWILLER, S. 58.

⁹³⁵ JOLLES/ROESLE, S. 36; BGE 115 II 62 E. 3.

⁹³⁶ Gleiches gilt etwa für die ärztliche Sorgfaltspflicht, vgl. dazu BGE 120 Ib 413 E. 4.

⁹³⁷ SCHUMACHER, S. 139; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 29.

⁹³⁸ Vgl. THALMANN, S. 136 f.; SCHUMACHER, S. 139; FELLMANN, BeKom, Art. 397 N 54.

⁹³⁹ JOLLES/ROESLE, S. 38.

⁹⁴⁰ JOLLES/ROESLE, S. 38; sind diese Bedingungen nicht erfüllt, wäre unter Umständen zu prüfen, ob überhaupt eine Befriedigung des Realerfüllungsinteresses des Auftraggebers statt-

Es ist an dieser Stelle nicht leicht, allgemeingültige formale Gestaltungskonzepte zu erstellen, da die Praxis in den verschiedenen Gebieten und je nach Abklärungsinhalt unterschiedliche Anforderungen stellt.⁹⁴¹ Eine generelle und ausführliche Anforderungsliste für die formale und inhaltliche Gestaltung von Kunstexperten scheidet daher oftmals an der Vielgestaltigkeit der Aufgabenstellung.⁹⁴²

Auch ohne Vereinbarung hat freilich jede Kunstexpertise schlüssig und nachvollziehbar formuliert zu sein. Eine sachliche Sprachform ist unerlässlich. Die Expertise ist systematisch aufzubauen und übersichtlich zu gliedern.⁹⁴³ Dabei hat der Kunstsachverständige seine Sorgfalt auf die Verkehrskreise auszurichten, in welchen er mit einer Verwendung des Gutachtens rechnen muss. Er muss sich in seiner Darstellungsweise folglich an Kenntnis und Auffassungsgabe der Teilnehmer im Kunsthandel orientieren. Ein nicht mehr nachvollziehbares und unlogisches Gutachten entspricht nicht dem, was die Vertragsparteien bei Abschluss des Gutachtervertrags vorausgesetzt haben.⁹⁴⁴

An die Darstellung der fachlichen Würdigung in schriftlichen Kunstexperten bestehen jedoch – ohne weitergehende Vereinbarungen – grundsätzlich keine sehr hohen Anforderungen.⁹⁴⁵ Es ist hierbei üblich, dass lediglich die Ergebnisse mit einer pauschalen, die wesentlichen Kriterien der Urteilsfindung wiedergebenden Begründung aufgeführt werden.⁹⁴⁶ Fehlt es jedoch an einer nachprüfaren Begründung, so ist das Kunstgutachten mangelhaft.⁹⁴⁷

Von Bedeutung ist mithin die Angabe von Quellen, insbesondere wenn der Kunstsachverständige im Gutachten Tatsachenmaterial verwendet, welches er nicht oder nur teilweise selbst ermittelt oder nicht oder nur teilweise überprüft hat. Diese sind jedenfalls auch dann eindeutig zu vermerken, wenn der Sachverständige weiss oder wissen muss, dass das Gutachten auch als Entscheidungshilfe für andere als den Auftraggeber dienen soll. Da Kunstgutachten nicht selten zu Verkaufszwecken entstehen, liegt es nahe, dem Kunstsachverständigen ein solches Wissen regelmässig zu unterstellen.⁹⁴⁸

Gleiches gilt für Tatsachen, welche vom Sachverständigen selber ermittelt worden sind. Nur durch die diesbezüglichen exakten Angaben im Gutachten kann die Tatsachenfeststellung objektiv überprüft werden.⁹⁴⁹ Werden für das Gutachten etwa Rechnungen, frühere Gutachten oder anderes Material verwendet, so muss ebenfalls auf deren Herkunft

gefunden hat. Bei Nichterfüllung des Auftrags wäre sodann nach Art. 404 OR oder Art. 107 ff. OR vorzugehen, bei einer verspäteten Erfüllung nach Art. 102 ff. OR.

⁹⁴¹ WOLF, S. 108.

⁹⁴² WOLF, S. 109.

⁹⁴³ HÄRET, S. 211.

⁹⁴⁴ WOLF, S. 110.

⁹⁴⁵ SIMONS, S. 193.

⁹⁴⁶ SIMONS, S. 193.

⁹⁴⁷ WOLF, S. 110.

⁹⁴⁸ WOLF, S. 110.

⁹⁴⁹ HÄRET, S. 211.

hingewiesen werden.⁹⁵⁰ Die Kunstexpertise ist schliesslich zu datieren, unterschreiben und mit einer Eigenständigkeitserklärung zu versehen.⁹⁵¹

1.3.3. Pflichtgemässe Auswahl und Durchführung der Untersuchungsmethoden

Da der Kunstgutachtervertrag mit immer gleichem Inhalt nicht existiert, sondern dieser in zahlreichen Erscheinungsformen mit variablem Inhalt auftritt, besteht auch eine grosse Vielfalt an einzelnen Pflichten, die im konkreten Vertrag vereinbart werden können.⁹⁵² Aus der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien ergibt sich im Regelfall daher der Umfang der vom Gutachter erwarteten Tätigkeit. Der Kunstsachverständige hat im Hinblick auf seine Sorgfaltspflicht den Umfang des Auftrags abzuklären, da er selten seine Aufgaben vom Auftraggeber genau umschrieben erhält.⁹⁵³ Etwa innert welcher Zeit ein Resultat erwartet wird oder welche Abklärungen zu erfolgen haben.⁹⁵⁴ So haben die beiden Parteien möglicherweise vereinbart, ob eine einfache Untersuchung des Kunstobjektes, eine vertiefte historische Forschung oder sogar eine Laboranalyse vorgenommen werden soll.⁹⁵⁵ Es ist auch durchaus üblich, dass der Auftraggeber ein Echtheitsgutachten wünscht und dem Kunstgutachter den vollen Entscheidungsspielraum über die vorzunehmenden Analysen und Untersuchungen am Objekt belässt. Ausgangspunkt für den Umfang der gutachterlichen Tätigkeit ist folglich immer die vertragliche Vereinbarung.

Es gibt im Hinblick auf Kunstexpertisen keine für jede Prüfung eines Kunstwerks gültige, stets zu befolgende und verbindliche Vorgehensweise. Dies ergibt sich bereits aus den unterschiedlichen Anforderungen, die an eine Prüfung von Werken verschiedener Kunstepochen oder Künstlern gestellt werden. So ist etwa ein Gemälde aus der italienischen Frührenaissance des 15. Jahrhunderts unter anderen Gesichtspunkten zu betrachten als ein niederländisches Gemälde des 16. Jahrhunderts.⁹⁵⁶

Bemerkt der Sachverständige während seiner – bspw. stilkritischen – Begutachtung, dass eine naturwissenschaftliche Untersuchung für die sorgfältige Ausarbeitung der Kunstexpertise angezeigt wäre, jedoch diesbezüglich keine vertragliche Vereinbarung besteht, so hat er den Auftraggeber darüber zu informieren und mit diesem das weitere Vorgehen abzusprechen.⁹⁵⁷ Der Sachverständige hat dem Auftraggeber die Möglichkeiten der wei-

⁹⁵⁰ WOLF, S. 110.

⁹⁵¹ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 61.

⁹⁵² SCHUMACHER, S. 147.

⁹⁵³ SCHROEDER, S. 30; vgl. auch HOWALD/NABHOLZ, welche im Hinblick auf den Steuerberater darauf hinweisen, dass es sich beim Auftraggeber meist um einen fachlichen Laien handelt, welcher beim Fachmann eine Stellungnahme fordert (vgl. HOWALD/NABHOLZ, S. 480).

⁹⁵⁴ KKR-RENOUD, 2020, Kap. 8 N 127.

⁹⁵⁵ THÉVENOZ, S. 43.

⁹⁵⁶ SCHREMBBS, S. 163; WOLF, S. 74 und 163 f. Zum Experten für altniederländische Malerei *Walter Cohen* vgl. SITT, S. 10 ff.; vgl. ferner auch die interessante Ausführungen zum «Tulpenwahn» in HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 20 ff.

⁹⁵⁷ HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 61.

teren Untersuchungsmethoden aufzuzeigen und ihn über den Nutzen dieser Untersuchungen sowie den finanziellen und zeitlichen Mehraufwand aufzuklären. Der Einsatz von hochqualifizierten und kostenaufwendigen naturwissenschaftlichen Untersuchungsmethoden ist dabei keinesfalls Standard für die Erstellung von Expertisen, womit ihr Einsatz ohne ausdrückliche vertragliche Abrede oder Absprache nicht zwingend vorausgesetzt werden kann.⁹⁵⁸

Verzichtet der Sachverständige jedoch auf die Durchführung einer eigentlich angezeigten (naturwissenschaftlichen) Untersuchung, so verletzt er unter Umständen seine auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht, sollte sich das Gutachten im Nachgang als fehlerhaft erweisen. Auch wenn die Anordnung einer naturwissenschaftlichen Untersuchung nicht unbedingt den marktüblichen Gepflogenheiten entspricht, so ist der Sorgfaltsmassstab welcher an einen Experten gestellt wird, ein objektiver. Aufgrund des objektiven Sorgfaltsmassstabs kann eine naturwissenschaftliche Untersuchung ab einem gewissen (vermuteten) Marktwert des Gemäldes und im Falle einer vorbehaltlosen Zu- oder Abschreibung durchaus erforderlich sein. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Anordnung einer naturwissenschaftlichen Untersuchung durch den Sachverständigen in der Praxis nicht zwingend zu den Anforderungen an eine Expertise gehört und der Mehrzahl der bisherigen Kunstexpertisen keine naturwissenschaftliche Untersuchung des Gemäldes zugrunde lag.⁹⁵⁹ Ein Kunstsachverständiger ist bei einem tendenziell hohen Marktwert eines Gemäldes und bei Vorliegen gewisser Restzweifel bzw. Verdachtsmomente daher gehalten, dem Auftraggeber eine naturwissenschaftliche Untersuchung mindestens zu empfehlen. Sofern der Kunstexperte eine vorbehaltlose Zuschreibung eines Gemäldes an einen bedeutenden Künstler vornimmt, muss er eine naturwissenschaftliche Untersuchung veranlassen oder die Zuschreibung in seiner Expertise entsprechend einschränken.⁹⁶⁰

Einschränkungen betreffend die anzuwendenden Untersuchungsmethoden können sich primär aus der Vereinbarung mit dem Auftraggeber ergeben. Wenn etwa bestimmte Untersuchungen nicht gestattet sind, weil das Werk in seiner Integrität unberührt bleiben soll. Den Sachverständigen trifft grundsätzlich auch keine Pflicht, Untersuchungen vorzunehmen, die das Kunstwerk in seiner Integrität beeinträchtigen oder beschädigen können, bzw. den Wert mindern. Dies gilt etwa für die Pigment- oder Bindemittelanalyse, für welche dem Gemälde Materialproben entnommen werden müssen. Der Sachverständige hat diese Umstände jedoch anzuzeigen und entsprechende Vorbehalte in der Kunstexpertise zu formulieren.⁹⁶¹ Voraussetzung einer jeden naturwissenschaft-

⁹⁵⁸ GERLACH, S. 47; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 60; MICHOR, S. 79.

⁹⁵⁹ SCHREMBBS, S. 179. Für das deutsche Recht vgl. das Urteil des Landesgerichts Köln vom 28.09.2012, in: GRUR-RR 2012, 444 (448).

⁹⁶⁰ SCHREMBBS, S. 179.

⁹⁶¹ HÄRET, S. 71.

lichen Untersuchung, welche in die Substanz des Kunstwerkes eingreift, ist ohnehin das Einverständnis des Auftraggebers bzw. Eigentümers.⁹⁶²

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Kunstsachverständige auf die vertragliche Vereinbarung und den Einzelfall abzustellen und mit grösster Sorgfalt vorab oder schrittweise zu analysieren hat, welche (u.U. naturwissenschaftlichen) Untersuchungen geboten sind.⁹⁶³ Dabei hat der Sachverständige insbesondere den Verwendungszweck der Expertise sowie den möglichen Wert und die Qualität des Gemäldes zu berücksichtigen. Die Kosten für eine naturwissenschaftliche Untersuchung müssen schliesslich in einem angemessenen Verhältnis zum vermuteten Wert eines Gemäldes stehen.⁹⁶⁴ Als Richtwert kann festgelegt werden, dass eine naturwissenschaftliche Untersuchung des Gemäldes bereits im mittleren Preissegment⁹⁶⁵ des Kunsthandels zu den Sorgfaltsanforderungen an die Erstellung einer vorbehaltlos zuschreibenden Kunstexpertise gehört, wenn etwa die Echtheit eines Gemäldes nicht bereits durch eine stilkritische Analyse und Provenienzforschung zweifelsfrei geklärt werden kann.⁹⁶⁶ Kommen durch die stilkritische Untersuchung oder die Provenienzforschung Zweifel auf bzw. weitere Verdachtsmomente hinzu, so ist eine entsprechende weitergehende Untersuchung anzunehmen.

Ergibt sich für den Experten demgegenüber bereits eindeutig aus seiner stilkritischen Analyse, dass ein Gemälde unmöglich vom vermeintlichen Künstler stammen kann, so sind – vorbehaltlich anderer Vereinbarung – keine weiteren Untersuchungen angezeigt. Kommt der Experte zu keinem eindeutigen Ergebnis oder bestehen Zweifel, so hat er naturwissenschaftliche Untersuchungen zu veranlassen, soweit der potentielle Wert des Gemäldes diese rechtfertigen. Im Ergebnis sollte bei Werken besonderer Qualität und besonderen Wertes insbesondere auch bei Lücken in der Provenienz oder zweifelhaften stilkritischen Ergebnissen immer eine umfassende naturwissenschaftlich-technische Analyse erfolgen.⁹⁶⁷ Naturwissenschaftliche Untersuchungen sind bei nicht gesicherten Meinungen daher grundsätzlich erforderlich.⁹⁶⁸ Im unteren Preissegment des Kunsthandels ist die naturwissenschaftliche Untersuchung demgegenüber in

⁹⁶² SCHREMBS, S. 181; SCHMID, Kunstbetrug, S. 12.

⁹⁶³ SKK Eigentum-HÄRET, S. 104.

⁹⁶⁴ SCHREMBS, S. 180; SKK Eigentum-HÄRET, S. 104. Nach dem Landesgericht Köln fallen Kosten für eine naturwissenschaftliche Untersuchung im vierstelligen Bereich in Relation zu dem Mindestschätzpreis von EUR 800000.00 nicht ins Gewicht (Entscheidung des LG Köln vom 28.09.2012, in: GRUR-RR 2012, 444 (447)).

⁹⁶⁵ Beim mittleren Preissegment handelt es sich im Sinne einer Faustregel um Kunstobjekte mit einem Wert bis ca. EUR 100000.00 (vgl. dazu SCHREMBS, S. 180 und Fn 759 m.w.H., wonach das Auktionshaus Lempertz (Köln) jedes Kunstwerk ab einem Schätzwert von EUR 100000.00 mittels einem röntgenspektografischen Gerät untersuchen möchte).

⁹⁶⁶ SCHREMBS, S. 180.

⁹⁶⁷ GERLACH, S. 47.

⁹⁶⁸ HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 605.

der Regel eher selten und gehört nicht zwingend zu den Anforderungen an eine sorgfältig erstellte Kunstexpertise.⁹⁶⁹

1.3.4. Pflicht zur Berücksichtigung des Verwendungszwecks der Kunstexpertise

Je nach beabsichtigtem Verwendungszweck der Expertise sind möglicherweise unterschiedliche Vorgehensweisen angezeigt. So wird der Auftraggeber vom Sachverständigen eine Schätzung des Kunstwerks, eine Beurteilung der Echtheit oder Provenienz des Kunstwerks, einen Zustandsbericht oder womöglich sogar die Beantwortung relevanter Rechtsfragen erwarten.⁹⁷⁰ Diesen Verwendungszwecken ist gemeinsam, dass sie auf eine richtige Information über das Gemälde, dessen Echtheit, Herkunft und Erhaltungszustand sowie eventuell Wert gerichtet sind, und dem Auftraggeber in der Regel eine ideale wie materielle Wertschätzung und eine ökonomisch sinnvolle Entscheidung über das Schicksal des Gemäldes ermöglichen sollen.⁹⁷¹

Es gilt für den Sachverständigen daher den zukünftigen Verwendungszweck der Kunstexpertise bei deren Ausarbeitung zu berücksichtigen. Hierbei sind zahlreiche Möglichkeiten denkbar: Verkaufs, Steuer- oder Versicherungsfragen, Schenkungen, Gründung einer Stiftung, Eigentumsstreitigkeiten, Inventarisierungen, Basis für eine Verpfändung des Objekts etc.⁹⁷² Nur mit einer gewissenhaften Berücksichtigung des Verwendungszwecks kann den jeweiligen Besonderheiten Rechnung getragen werden. Etwa bei der Frage, ob der Wiederbeschaffungswert (z.B. für eine Versicherung) oder aber der tiefere Liquidationswert zu ermitteln ist.⁹⁷³ Der Zweck der Begutachtung begrenzt folglich den Umfang des Auftrags, umschreibt seinen Inhalt und den Gegenstand der Bewertung.⁹⁷⁴

1.3.5. Sorgfaltsmassstab im engeren Sinne

a) Sorgfaltsmassstab nach objektiven Faktoren

Im Auftragsrecht wird der Qualitätsmassstab nach objektiven Kriterien beurteilt: Dabei ist diejenige Sorgfalt aufzuwenden, welche ein gewissenhafter und ausreichend sachkundiger Sachverständiger (mit der vertraglich verlangten Qualifikation) aufzuwenden pflegt.⁹⁷⁵ Die Sorgfalt misst sich dabei am Leistungsziel, welchem sich der Gutachter verschrieben hat.⁹⁷⁶ Für den Kunstsachverständigen bedeutet dies, dass er bei der Gutachtertätigkeit im Hinblick auf das Leistungsziel grundsätzlich die Fachkunde eines

⁹⁶⁹ Vgl. SCHREMBBS, S. 180 und GERLACH, S. 47.

⁹⁷⁰ JOLLES/ROESLE, S. 36; wobei bei der Beantwortung von allfälligen Rechtsfragen grosse Zurückhaltung vom Kunstsachverständigen gefordert werden muss, da er hierfür wohl meist nicht das nötige Wissen vorweisen kann.

⁹⁷¹ SCHREMBBS, S. 151 f.

⁹⁷² Vgl. zur Schenkung von Kunstsachverständigen die Ausführungen in WÜRTHENBERGER, Nachlass, S. 132 ff.

⁹⁷³ HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 580 f.

⁹⁷⁴ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 59.

⁹⁷⁵ Vgl. BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 27; CHK-CORDEY/GIGER, Art. 398 N 9; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 605.

⁹⁷⁶ FELLMANN, Auftragsrecht, S. 96.

durchschnittlichen Sachverständigen in diesem Bereich anzuwenden hat.⁹⁷⁷ Es wird in der Rechtsprechung von der nach objektiven Kriterien definierten Sorgfalt eines gewissenhaften Beauftragten ausgegangen.⁹⁷⁸ Grundsätzlich orientiert sich der Sorgfaltsmassstab somit nicht an den individuellen Erfahrungen des jeweiligen Sachverständigen, sondern abstrakt an den in den typischen Berufs- und Verkehrskreisen anzutreffenden Fähigkeiten.⁹⁷⁹ Die berufstypischen Usancen und Verhaltensregeln werden folglich mitberücksichtigt.⁹⁸⁰

Die Anforderungen an die Sorgfalt beurteilt sich somit grundsätzlich danach, wie ein «ordentlicher» Kunstsachverständiger bei der Erstellung des Gutachtens walten würde.⁹⁸¹ Der Kunsthandel erwartet, dass der Experte seine Tätigkeit *lege artis*, also nach den Regeln der Kunst, das heisst seines Fachs, ausübt. Die jeweiligen anerkannten Regeln, nach welchen vorzugehen ist, richten sich danach, welche Abklärungen vorzunehmen sind, ob diese kunsthistorisch oder naturwissenschaftlich zu geschehen haben sowie nach dem zu untersuchenden Kunstwerk selbst. Zu den anerkannten Regeln gehört etwa, dass der Sachverständige nach dem neusten Stand der Kunstwissenschaften arbeitet und über die erforderliche kunstwissenschaftliche Kompetenz, insbesondere in Bezug auf den vermuteten Künstler des begutachteten Gemäldes, verfügt.⁹⁸² So kann es bei kunsthistorischen Untersuchungen notwendig sein, sämtliche einschlägige Literatur zu untersuchen. Im Hinblick auf die naturwissenschaftliche Untersuchung ergeben sich die anerkannten Regeln etwa aus der Art, wie ein Gemälde geröntgt wird. Ebenfalls zu den anerkannten Regeln der Kunst gehört, dass eine Beurteilung des Gemäldes nicht bloss aufgrund einer Beschreibung⁹⁸³ oder einer Fotografie vorgenommen wird, es sei denn, der Kunstexperte weist den Auftraggeber unmissverständlich auf die Ungenauigkeit der Untersuchung hin.⁹⁸⁴

Der Kunstsachverständige hat im Ergebnis dafür einzustehen, dass er die speziellen Kenntnisse und Qualifikationen besitzt, welche für die Expertisierung des vorgelegten Gemäldes erforderlich sind. Denn mit der Bereitschaft des Experten, das entsprechende Gemälde zu begutachten, gibt er zugleich zu verstehen, dass er auch die für diese Begutachtung notwendigen Fähigkeiten und Spezialkenntnisse besitzt.⁹⁸⁵

⁹⁷⁷ MICHOR, S. 176.

⁹⁷⁸ BGE 115 II 62 ff.; KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 59.

⁹⁷⁹ GOEPFERT, S. 92; WEBER, AJP, S. 183.

⁹⁸⁰ Vgl. TERCIER, N2974; KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 59; HUGUENIN, N3263; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, S. 96; WEBER, AJP, S. 183; GUTZWILLER, Rechtsfolgen, S. 94; BGE 115 II 62 E. 3.

⁹⁸¹ GOEPFERT, S. 92.

⁹⁸² SCHREMBS, S. 161; EBLING/SCHULZE, S. 284.

⁹⁸³ Vgl. hierzu den *Gallé-Lampen-Entscheid*, in welchem die Beschreibung des Kunstobjektes gegenüber dem Experten telefonische erfolgte (BGE 112 II 347); vgl. auch die Urteilsbesprechung dazu in WIEGAND/KOLLER-TUMBLER, S. 144.

⁹⁸⁴ SCHMIDT-GABAIN, S. 244; HERCHENRÖDER, S. 299.

⁹⁸⁵ GOEPFERT, S. 92; für ärztliche Gutachten ähnlich BÖGLI, S. 127.

b) Höhere Anforderungen an den Sorgfaltsmassstab bei einem Spezialisten

An den Spezialisten, oftmals eine aufgrund seiner Erfahrung und seines Renommées beauftragte Koryphäe in einem Teilbereich, dürfen höhere Anforderungen an den Sorgfaltsmassstab gestellt werden.⁹⁸⁶ Je höher die Erwartungen sind, die beim Auftraggeber durch den Auftritt des beauftragten Sachverständigen geweckt werden, desto höher auch die Anforderungen an die Sorgfalt.⁹⁸⁷ Angesichts der Vielzahl verschiedener Kunstgutachter ist folglich danach zu unterscheiden, ob es sich um einen Spezialisten oder um einen Generalisten handelt. Vom weltweit anerkannten Spezialisten für einen bestimmten Künstler kann ein anderes Wissen verlangt werden, als von einem weniger spezialisierten Gutachter.⁹⁸⁸ Handelt es sich also um einen aussergewöhnlichen Experten mit Spezialkenntnis über eine Epoche oder einen Künstler, so hat er dieses Fachwissen einzusetzen und kann sich nicht unter Berufung auf Anwendung der durchschnittlichen Kunstkenntnisse vom Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung freibeweisen.⁹⁸⁹

Der angesehene Experte muss bei seiner Gutachtertätigkeit seiner Qualifikation gerecht werden.⁹⁹⁰ Hat sich ein Kunstexperte einen guten Ruf und ein hohes Ansehen am Kunstmarkt erarbeitet, so ist er diesen auch verpflichtet.⁹⁹¹ Wird etwa durch einen Sachverständigen das Bild eines niederländischen Kleinmeisters des 17. Jahrhunderts begutachtet, dann richtet sich der Massstab der erforderlichen Sorgfalt an die Fähigkeiten eines Spezialisten für dieses besondere Fachgebiet.⁹⁹² Es ist in diesem Fall folglich von einem berufsmässigen auf dem (inter-)nationalen Kunstmarkt auftretenden, gegen Entgelt seine Kunstexpertise für Kunstwerke bedeutender Künstler erbringenden und angesehenen Kunstexperten auszugehen.⁹⁹³ So ist ein Gutachten des Spezialkenners des Künstler durch noch so viele andere nämlich auch nicht zu ersetzen.⁹⁹⁴ Schliesslich erachtet der Kunsthandel einen angesehenen Kunstsachverständigen nicht umsonst als fähig, manchmal sogar als einzige Instanz, die Authentizität, den Wert oder die Herkunft eines Kunstwerks zu beurteilen.⁹⁹⁵

c) Neutrale Anforderungen an den Sorgfaltsmassstab bei einem Generalisten

An einen Generalisten oder «Allrounder» können folglich nicht die gleich hohen Ansprüche an den Sorgfaltsmassstab gestellt werden wie an einen ausgewiesenen Spezialisten. Anschaulich für die Haftung eines Generalisten ist der *Augsburger-Teppich-*

⁹⁸⁶ Vgl. BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 27; CHK-CORDEY/GIGER, Art. 398 N 9; JOLLES/ROESLE, S. 37; HOWALD/NABHOLZ, S. 480; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 90; BGE 115 II 62 E. 3a.

⁹⁸⁷ So auch GUTZWILLER, SJZ, S. 358.

⁹⁸⁸ Hoeren/Holznagel/Ernstschneider-REMMERS, S. 200; vgl. auch GUTZWILLER, SJZ, S. 358.

⁹⁸⁹ MICHOR, S. 176.

⁹⁹⁰ KKR-RENOUD, 2020, Kap. 8 N 127.

⁹⁹¹ SCHREMBS, S. 161.

⁹⁹² GOEPFERT, S. 92.

⁹⁹³ SCHREMBS, S. 161.

⁹⁹⁴ RESSLER, S. 89.

⁹⁹⁵ SCHREMBS, S. 161.

fall.⁹⁹⁶ Eine ältere Dame übergab ihren gemischten Hausrat zur Versteigerung an einen Auktionator.⁹⁹⁷ Dieser schätzte einen im Hausrat befindlichen Teppich auf den Wert von EUR 900.00. Anlässlich der darauf folgenden Versteigerung konnte der Teppich für EUR 19700.00 verkauft werden. Wiederum drei Monate später wurde der Teppich vom neuen Eigentümer durch *Christie's* für EUR 7,2 Millionen versteigert.⁹⁹⁸ Die alte Dame verklagte in der Folge erfolglos den Auktionator, welcher den Teppich ursprünglich auf EUR 900.00 geschätzt und für EUR 19700.00 versteigert hatte. Das OLG München stellte keine Sorgfaltspflichtverletzung des Auktionars fest. Der anzulegende Sorgfaltsmassstab sei massgeblich geprägt durch das jeweilige Fachgebiet, in dem der Auktionar auftrete. Insoweit seien Differenzierungen auch aufgrund der Verkehrserwartung geboten. So sei der Massstab der Sorgfaltspflicht derjenige eines Varia-Auktionators und nicht derjenige eines Teppichexperten. Als Auktionator, der erklärtermassen nicht auf Teppiche spezialisiert sei, habe er den ausserordentlichen Wert des Persers nicht erkennen müssen. Er habe durchaus die nötige Sorgfalt walten lassen. So habe er einen Teppichhändler um Einschätzung gebeten, das Objekt «gut fotografiert und angeboten» und dafür gesorgt, «dass das Who is Who der deutschen Teppichsammler» von seiner Versteigerung erfuhren. Auch diese erkannten das exorbitante Potenzial des Objekts nicht. Insoweit wurde die Klage der alten Dame abgewiesen.

Auch wenn dem Entscheid des *Augsburger-Teppichfalls* freilich deutsches Recht zu Grunde lag, so unterscheiden sich die Erwägungen zum Sorgfaltsmassstab des OLG München nicht zu denjenigen der hiesigen Rechtsordnung. Nach hier vertretener Ansicht muss für den Auftraggeber aber ohne weiteres erkennbar sein, dass er eben gerade keinen Spezialisten im jeweiligen Sachgebiet beauftragen wird. Nur dann rechtfertigt sich eine neutrale Anwendung des Sorgfaltsmassstabs. Diese Erkennbarkeit für den Auftraggeber kann sich sowohl aus den konkreten Umständen wie auch aus den klaren diesbezüglichen Aussagen des Sachverständigen oder Auktionators ergeben. Mandatiert der Auftraggeber etwa ein unbekanntes Auktionshaus mit der Schätzung und dem Verkauf verschiedener Gegenstände, so ist es für den Auftraggeber erkennbar, dass der hausinterne Sachverständige oder der Auktionator selber nicht auf die einzelnen Gegenstände spezialisiert sein kann.⁹⁹⁹ Im gemachten Beispiel dürfte sich diese Erkennbarkeit bereits

⁹⁹⁶ Urteil des LG Augsburg vom 27.01.2012, Az. 022 O 3163/10, bestätigt durch das Urteil des OLG München vom 20.03.2014, Az. 14 U 764/12; vgl. auch SKK Eigentum-HÄRET, S. 109 f.; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 148 und S. 152.

⁹⁹⁷ Vgl. zum Auktions-Verkauf von Teppichen auch HERCHENRÖDER, Wandel, S. 32 f. und HERCHENRÖDER, Analyse, S. 283.

⁹⁹⁸ Für den Ablauf der Begutachtung eines solchen Teppichs bei *Christie's* vgl. die Erläuterungen von *Dirk Boll* (Managing Director Continental Europe Christie's) in KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 160 ff.

⁹⁹⁹ Anders ist die rechtliche Lage freilich zu beurteilen, wenn das Auktionshaus wiederum einen externen Experten beizieht (vgl. hierzu SKK Kunsthandel-JAYME, S. 39 ff.; KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 168 f.; sowie den Sachverhalt beim Urteil des LG Köln, 18.03.2009, 91 O 10/08).

aus den Umständen ergeben. Ist es also für den Auftraggeber erkennbar, dass er sich mit seinem Anliegen an einen Generalisten und nicht an einen Spezialisten wendet, so ist dies beim Sorgfaltsmassstab insofern zu berücksichtigen, als dass keine erhöhten Anforderungen an diesen zu stellen sind. Die Sorgfaltspflicht beurteilt sich im Ergebnis danach, wie ein ordentlicher und gewissenhafter Generalist aus objektiver Sicht in einer vergleichbaren Situation walten würde. Dies entbindet den Sachverständigen freilich nicht davon, sein gesamtes – wenn auch nur durchschnittliches – Wissen und Können einzusetzen und gegebenenfalls einen Spezialisten beizuziehen. Die Anforderungen an den Sorgfaltsmassstab werden nämlich nicht herabgesetzt, sie werden – im Gegensatz zu einem ausgewiesenen Spezialisten – schlichtweg nicht erhöht. Steht für den Generalisten aber fest oder ergibt sich aus einer objektiven Beurteilung, dass er dem Gutachterauftrag in fachlicher Hinsicht nicht gewachsen ist, so hat er diesen abzulehnen oder einen Spezialisten beizuziehen, andernfalls hinzukommend noch ein Übernahmeverschulden zu prüfen wäre.

Preist sich der Kunstgutachter demgegenüber zu Unrecht und vorsätzlich als erfahrener Spezialist in einem bestimmten Kunstgebiet an und kann der Auftraggeber nicht erkennen, dass es sich bei ihm lediglich um einen Generalisten handelt, so ist nach hier vertretener Ansicht der Sorgfaltsmassstab ebenfalls entsprechend anzupassen.¹⁰⁰⁰ Der Gutachter unterliegt in derartigen Fällen dem gleichen Sorgfaltsmassstab wie ein entsprechender Spezialist im betreffenden Gebiet. Dies ist insofern gerechtfertigt, als dass der Gutachter mit unlauteren Mitteln versucht, Aufträge zu generieren und den – oftmals unerfahrenen – Auftraggeber in seinen Fähigkeiten und in seinem Vertrauen absichtlich täuscht. Der Auftraggeber geht fälschlicherweise davon aus, einen Spezialisten im fraglichen Gebiet beauftragt zu haben. Es gilt weiter zu bedenken, dass der Auftraggeber den Begutachtungsauftrag oftmals nur wegen der angeblichen Spezialisierung an den entsprechenden Sachverständigen vergeben wird und auch nur in diesem Fall gewillt ist, das – zu meist hohe – Honorar zu bezahlen. Gerade in einem Bereich wie dem Kunstexpertenwesen, in welchem weder Lehrgänge noch Diplome bestehen, ist der Auftraggeber dem Auftritt und den Aussagen des Kunstexperten praktisch ausgeliefert. Für den Auftraggeber ist es kaum erkennbar, ob es sich beim jeweiligen Kunstgutachter tatsächlich um einen Experten in dem fraglichen Gebiet handelt oder nicht. Dies etwa im Gegensatz zum Anwalts- oder Ärzteberuf, in welchen Facharztstitel oder (Fach-)Anwaltspatente ausgestellt werden.

Vertraut nun der Auftraggeber gerechtfertigterweise in den Auftritt oder die Aussagen des Kunstgutachters, nach welchen sich dieser etwa als Barock-Experte ausgibt, so ist

¹⁰⁰⁰ Ähnlich auch das OLG Hamm im «Carl Schuch»-Entscheid: wer vorgibt, ein authentisches Werk eines bekannten Künstlers zu verkaufen, den Verkauf bundesweit bewirbt und dafür einen fünfstelligen Betrag ausruft, muss dieser Entscheidung zufolge auch geprüft haben, ob es sich um ein Werk dieses Künstlers handelt. Dies auch wenn es sich – wie in casu – um ein sehr kleines Provinzauktionshaus handelt (vgl. dazu KR-Von Brühl, 2012, S. 153; Urteil des OLG Hamm, 28.09.1993, 29 U 18/92).

der Auftraggeber in seinem Vertrauen insoweit zu schützen, als der Sorgfaltsmassstab des jeweiligen Gutachters entsprechend erhöht wird. Es wäre im gemachten Beispiel folglich der Sorgfaltsmassstab eines Barock-Experten anzulegen.

Die soeben dargestellte und hier vertretene Meinung rechtfertigt sich auch im Hinblick auf das Vorliegen des Übernahmeverschuldens. Im gemachten Beispiel des (vermeintlichen) Barock-Experten wird das Vorliegen eines Übernahmeverschuldens bei der Ausarbeitung einer fehlerhaften Kunstexpertise grundsätzlich zu bejahen sein. Der (vermeintliche) Barock-Experte hat einen Auftrag angenommen, welchem er augenscheinlich nicht gewachsen ist. Wenn nun aber der Sorgfaltsmassstab nicht entsprechend erhöht würde und eine Sorgfaltspflichtverletzung daher verneint werden müsste, da lediglich der Sorgfaltsmassstab eines durchschnittlichen Generalisten massgeblich ist, so wäre das Übernahmeverschulden für eine allfällige Haftungsfrage gar nicht mehr zu prüfen. Denn eine vertragliche Haftung des Sachverständigen würde bereits mangels Sorgfaltspflichtverletzung entfallen und eine weitergehende Prüfung der Haftungsvoraussetzungen, mithin des Übernahmeverschuldens, wäre obsolet. Es wäre somit zwar evident, dass ein Übernahmeverschulden vorliegt, dieser Umstand würde jedoch – mangels Vertragsverletzung – keinerlei rechtliche Konsequenzen für den angeblichen Barock-Experten zeitigen. Gerade auch im Hinblick auf das besondere Vertrauensverhältnis im Rahmen eines Auftrags ist dieses Ergebnis augenscheinlich nicht sachgerecht und sogar stossend.¹⁰⁰¹ Im Ergebnis ist es daher nach hier vertretener Ansicht angezeigt, den Sorgfaltsmassstab entsprechend dem unlauteren Verhalten und Auftreten des Sachverständigen anzupassen bzw. dementsprechend zu erhöhen.

d) Weitere zu berücksichtigende Faktoren im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht

Schliesslich ist im Rahmen der Sorgfaltspflicht angemessen zu berücksichtigen, wie viel Zeit dem Experten für die Begutachtung des Kunstobjektes und die Erstellung der Expertise zur Verfügung steht, welche Nachforschungen getätigt werden sollen und wofür das Gutachten gebraucht wird.¹⁰⁰² Die Beurteilung des Standards der Gutachtertätigkeit erfolgt also im Ergebnis objektiv, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände wie etwa der Schwierigkeit, dem Zeitdruck, der Zugänglichkeit von Quellen usw.¹⁰⁰³ Der Kunstsachverständige ist dabei grundsätzlich frei in der Art und Weise, wie er bei der Erstellung einer Expertise vorgehen will.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰¹ Vgl. zum Vertrauensverhältnis im Auftragsrecht FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 124 ff.; TERCIER, N 2889 und 2958; HAFNER, S. 200 ff.; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 57; ZIMMERMANN, S. 48.

¹⁰⁰² JOLLES/ROESLE, S. 37.

¹⁰⁰³ KKR-RENOLD, 2020, Kap. 8 N 127.

¹⁰⁰⁴ WOLF, S. 163.

1.3.6. Pflicht zur persönlichen Auftragsausführung

Der Kunstsachverständige ist nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet, die Kunstexpertise persönlich zu erstellen.¹⁰⁰⁵ Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 398 Abs. 3 OR, welcher hierzu festhält, dass der Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen hat. Diese Normierung lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, das Auftragsverhältnis begründe ein besonderes Vertrauensverhältnis. Der Vertrauensträger, also der beauftragte Kunstsachverständige, ist nämlich nicht beliebig austauschbar.¹⁰⁰⁶ Die persönliche Auftragsausführung durch den Kunstsachverständigen wird erwartet. Ferner verfügt in der Regel auch nur der Sachverständige selber über die – vom Auftraggeber erwartete – besondere Sachkunde, Erfahrung und die persönlichen Voraussetzungen.¹⁰⁰⁷ Ausnahmen ergeben sich gemäss Art. 398 Abs. 3 OR, wenn der Beauftragte zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände¹⁰⁰⁸ genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird.

Die Pflicht zur persönlichen Auftragsausführung entspricht dem Bedürfnis des Auftraggebers, da dieser die Erstellung eines Gutachtens meist bei einem bestimmten, von ihm bewusst ausgewählten und häufig als Koryphäe erachteten Experten in Auftrag gibt.¹⁰⁰⁹ Der ausgewählte Kunstsachverständige ist regelmässig die besonders sachkundige Partei des Gutachtervertrags, von welcher besondere Fähigkeiten und Eigenschaften erwartet werden.¹⁰¹⁰ Ohne anderslautende schriftliche Vereinbarung ist es daher im Rahmen der Erstellung einer Kunstexpertise zwingend zu fordern, dass der beauftragte Kunstsachverständige die Expertise persönlich erstellt, andernfalls er eine vertragliche Pflicht verletzt.

Die persönliche Arbeitsleistung umfasst hierbei den gesamten Gutachtervorgang, von der ersten Begutachtung des Gemäldes an bis zur Fertigstellung der Expertise. Als zulässig erachtet werden muss der Beizug von gewöhnlichen, unter Anleitung und Aufsicht des Beauftragten arbeitenden Hilfspersonen.¹⁰¹¹ Dies jedoch nur insoweit, als die Hilfsperson keinen direkten Einfluss auf die Erstellung der Kunstexpertise nimmt. So dürfen etwa Vorbereitungsarbeiten oder administrative Tätigkeiten durch Hilfspersonen ausgeführt werden.¹⁰¹² Der Kunstsachverständige darf folglich untergeordnete Aufgaben an

¹⁰⁰⁵ Vgl. KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 59; EHINGER, S. 137; DERENDINGER, N 104 ff.; TERCIER, N 2958; HOFSTETTER, Auftrag II, S. 72 ff.

¹⁰⁰⁶ FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 124; LEUENBERGER, S. 22 f.

¹⁰⁰⁷ HÄRET, S. 235.

¹⁰⁰⁸ Derartige «Umstände» werden im Zusammenhang mit der Erstellung einer Kunstexpertise kaum je gegeben sein. Wenn der Kunstsachverständige nicht über das *Know-how* verfügt, eine (naturwissenschaftliche) Untersuchung am Kunstobjekt durchzuführen und diese Aufgabe daher einem Dritten überträgt, hat er dies vorab mit dem Auftraggeber abzusprechen.

¹⁰⁰⁹ Es empfiehlt sich hier trotz allem, die persönliche Leistungspflicht des Kunstexperten im Gutachtervertrag schriftlich festzuhalten (vgl. dazu JOLLES/ROESLE, S. 35).

¹⁰¹⁰ So auch SCHUMACHER für die Person des Architekten (vgl. SCHUMACHER, S. 139).

¹⁰¹¹ Vgl. BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 3; DERENDINGER, N 107 f.; HOFSTETTER, Auftrag II, S. 73 f.; TERCIER, N 2958; WEBER, S. 77; HÄRET, S. 235.

¹⁰¹² HÜRLIMANN, Architekt, N 1465.

einen Erfüllungsgehilfen übertragen, solange das materielle Hauptgewicht auf seiner Leistung liegt und die Zuziehung des Erfüllungsgehilfen bloss der Unterstützung des eigenen Leistungshandelns dient.¹⁰¹³ Wichtige Aufgaben wie etwa die Begutachtung oder die stilkritische Einordnung eines Gemäldes dürfen dahingegen keinesfalls an Hilfspersonen delegiert werden.

Gleich zu beurteilen ist die Konstellation, in welcher das Gemälde zwecks naturwissenschaftlicher Untersuchungen in ein Labor verbracht werden muss und folglich Dritte die entsprechenden naturwissenschaftlichen Analysen vornehmen. Für solche Fälle bedarf es ebenfalls einer ausdrücklichen Regelung im Vertrag oder einer Zustimmung durch den Auftraggeber. Der Sachverständige ist hierbei jedoch – ohne dass dazu eine Aufforderung seitens des Auftraggebers nötig wäre – ohnehin zur Aufklärung über allfällige anfallende Mehrkosten im Zusammenhang mit der naturwissenschaftlichen Untersuchung verpflichtet.¹⁰¹⁴ Im Interessen beider Parteien empfiehlt es sich im Ergebnis, schriftlich festzuhalten, ob der Experte ermächtigt ist, einzelne Abklärungen oder den ganzen Auftrag an Dritte zu übertragen und falls ja, ob dies der expliziten Zustimmung des Auftraggebers bedarf.¹⁰¹⁵ Eine derartige schriftliche Regelung kann zweifellos auch dem Sachverständigen zu Gute kommen, wenn sich der Auftraggeber urplötzlich auf den Standpunkt stellen sollte, nie eine Einwilligung für eine naturwissenschaftliche Untersuchung durch Dritte erteilt zu haben.

Findet sich im Gutachtervertrag keine entsprechende Regelung, so ist die gesamte Analyse des Kunstobjektes sowie die Ausfertigung der Kunstexpertise persönlich durch den beauftragten Gutachter vorzunehmen. Überträgt der Kunstsachverständige den Auftrag oder Teile davon an einen Dritten, obwohl er dazu weder ermächtigt noch durch die Umstände genötigt war und eine Vertretung übungsgemäss nicht als zulässig betrachtet werden kann, erfolgt die Substitution unbefugt.¹⁰¹⁶ Die Übertragung der Auftragsausführung an den Dritten stellt deshalb eine Vertragsverletzung dar.¹⁰¹⁷ Wenn in der Folge die Vertragserfüllung scheitert oder der Auftraggeber einen Schaden erleidet, haftet der Kunstsachverständige für die Handlungen des Dritten, wie wenn es seine eigenen wären.¹⁰¹⁸

¹⁰¹³ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 529 m.w.V.; DERENDINGER, N 107 f.; TERCIER, N 2958; WEBER, S. 77.

¹⁰¹⁴ CHK-CORDEY/GIGER, Art. 398 N 6.

¹⁰¹⁵ JOLLES/ROESLE, S. 37.

¹⁰¹⁶ Wenn der Substitut die übertragenen Geschäfte erfolgreich besorgt und seine Ausführungen sachlich dem Auftrag und den Interessen des Auftraggebers entsprechen, verstösst der Einwand, der Beauftragte habe nicht persönlich und damit nicht bzw. schlecht erfüllt, unter Umständen gegen Treu und Glauben (vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 629 m.w.H.; DERENDINGER, N 78).

¹⁰¹⁷ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 627 und Art. 399 N 10 ff.; DERENDINGER, N 183; HOFSTETTER, Auftrag II, S. 73; CERRUTI, N 465.

¹⁰¹⁸ Die h.L. vertritt die Auffassung, bei unerlaubter Substitution hafte der Beauftragte für jeglichen, auch schuldlos vom Substituten angerichteten Schaden, weil die Substitution selbst eine Pflichtverletzung bedeute, für deren direkte oder indirekte Folgen der Beauftragte nach Art. 97 OR einzustehen habe (vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 10 ff. m.w.H., DEREN-

1.3.7. Pflicht zur unabhängigen Auftragsausführung

Die Unabhängigkeit wird für den gerichtlich bestellten Sachverständigen in Art. 183 Abs. 2 ZPO normiert und ist entsprechend streng.¹⁰¹⁹ Für den Privatgutachter finden sich – abgesehen von der allgemeinen auftragsrechtlichen Norm von Art. 398 Abs. 3 OR – keine ausdrücklichen Regelungen.¹⁰²⁰ Als Folge davon wird sodann das Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen im gerichtlichen Prozess prinzipiell auch als Tatsachenfeststellung gewertet, wohingegen es sich bei einem Privatgutachten lediglich um eine Parteibeauptung, also um eine Tatsachenbehauptung, handelt.¹⁰²¹

Freilich hat auch der private Kunstgutachter die Erstellung einer Kunstexpertise – wie der gerichtlich bestellte Sachverständige – frei von äusserlichen Einflüssen vorzunehmen.¹⁰²² Sachverständiger Rat zeichnet sich dabei durch Unbefangenheit und Neutralität aus.¹⁰²³ Der Kunstsachverständige hat gegenüber dem Personenkreis und der Sache des Gutachtens unabhängig und unbefangen zu sein.¹⁰²⁴ Diese Unabhängigkeit wird sodann in zahlreichen Verhaltenskodizes für Sachverständige als ethischer Massstab festgesetzt.¹⁰²⁵ Nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass sich die Kunstexpertise einzig auf die unbeeinflussten Kenntnisse des Kunstsachverständigen sowie auf die gegebenen Fakten stützt und folglich auch für den Verkehr im Kunsthandel geeignet ist. Ist etwa ein Gutachter im Kunstmarkt bekannt für die Erstellung von reinen Gefälligkeitsgutachten, so sind seine Expertisen praktisch wertlos. Da der Sachverständige zur Objektivität verpflichtet ist, dürfen freilich auch die Wünsche und Vorstellungen des Auftraggebers keinerlei Einfluss auf die Expertise haben.¹⁰²⁶

Das Gebot der Unabhängigkeit dient ferner auch der Trennung zwischen dem Kunsthandel und der Berater- bzw. Gutachtertätigkeit.¹⁰²⁷ In diesem Zusammenhang erweist es sich etwa als problematisch, wenn ein Kunstexperte in einem sog. *Akquisitions-Comité*¹⁰²⁸ sitzt, für das zu erwerbende Gemälde die Expertise erstellt hat und womöglich nach Abschluss des Geschäfts sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer sogar noch

DINGER, N 299; WEBER, Auftrag II, S. 80.; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 399 N 5; VON THUR/ESCHER/PETER, S. 124).

¹⁰¹⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 26 ff.

¹⁰²⁰ Vgl. dazu auch FISCHER, S. 46.

¹⁰²¹ SENN, S. 172.

¹⁰²² Vgl. KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 59; EBLING/SCHULZE, S. 286; VON BRÜHL, S. 138; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 188; PARTSCH, S. 43.

¹⁰²³ EBLING/SCHULZE, S. 286.

¹⁰²⁴ HÜRLIMANN, Architekt, N 1472.

¹⁰²⁵ So etwa *Code of Practice von EuroExpert*, Art. 1 Nr. 1; *Code of Ethics der International Society of Appraisers*, Sect. II, III, IV.

¹⁰²⁶ MICHOR, S. 56.

¹⁰²⁷ STROBL, S. 43.

¹⁰²⁸ *Akquisitions-Comité* bestehen in den unterschiedlichsten Kunst-Bereichen. So liegt etwa die Entscheidung darüber, welche Galerien auf einer Kunstmesse wie der *Art Basel* ihre Kunstwerke ausstellen in der Hand eines solchen Komitees (vgl. POSTHOFEN, S. 42). Die *Museumskommission* der Museen des Kantons Basel-Stadt entscheidet über Ankäufe von Kunst-

eine Provision erhält.¹⁰²⁹ Denn die Pflicht des Kunstsachverständigen, die fremden Interessen des Auftraggebers getreu zu wahren, verbietet ihm, von Dritten persönliche Vergünstigungen (Provisionen, Schmiergelder etc.) entgegenzunehmen.¹⁰³⁰

Durch die hohen Anforderungen an die Unabhängigkeit soll im Ergebnis auch sichergestellt werden, dass der Kunstsachverständige keine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgt.¹⁰³¹ So soll der Gutachter grundsätzlich auch nur vom Auftraggeber honoriert werden.¹⁰³² Bemerkt der Kunstsachverständige, dass er einen Auftrag nicht frei von äusseren Einflüssen ausführen kann, so hat er dies dem Auftraggeber offenzulegen und den Auftrag entsprechend abzulehnen, andernfalls er seine vertragliche Pflicht verletzen könnte.

1.3.8. Pflicht zur persönlichen Begutachtung des Kunstobjekts

Der Kunstsachverständige hat grundsätzlich eine persönliche Begutachtung am fraglichen Kunstobjekt vorzunehmen.¹⁰³³ Zu empfehlen ist dem Kunstsachverständigen hierbei, das entsprechende Kunstobjekte durch eine detaillierte, schriftliche Beschreibung in der Expertise zu erfassen. Damit zeigt der Sachverständige zum einen, dass er sich mit dem Kunstwerk inhaltlich und persönlich beschäftigt hat und zum anderen stellt er dadurch die Identifizierbarkeit des Kunstwerks sicher und beugt der Gefahr einer späteren Verwechslung mit anderen Werken vor.¹⁰³⁴ Die entsprechende Beschreibung ist nach einer persönlichen und eigenen Begutachtung des Gemäldes zu verfassen. Weder genügt der Sachverständige nämlich im Regelfall seiner Sorgfaltspflicht, wenn er sich lediglich auf eine Fotografie des Kunstobjektes stützt, noch wenn er sich nur auf Vorarbeiten oder Einschätzungen Dritter verlässt.¹⁰³⁵ Liegen etwa Gutachten Dritter über das entsprechende Gemälde vor, so darf sich der Experte nicht von diesen leiten lassen, sondern muss sich kritisch mit diesen auseinandersetzen. Wenn durch einen anderen Sachverständigen die Echtheit eines Gemäldes bereits bestätigt worden ist, so darf er dessen Begründung und Resultat nicht unbesehen übernehmen, sondern hat die einzelnen Punkte selbstständig und kritisch nachzuprüfen.

objekten, soweit diese Aufgabe nicht an die jeweilige Direktion übertragen worden ist (vgl. § 4 Abs. 3 lit. a Museumsverordnung des Kantons Basel-Stadt).

¹⁰²⁹ FISCHER, S. 46; WEIHE, S. 116. Es soll sogar vorgekommen sein, dass ein Experte eine Provision erhalten hatte für den Fall, dass er ein Gemälde einem gewissen Künstler zuschrieb (vgl. dazu SKK Kunsthandel-JAYME, S. 40).

¹⁰³⁰ SCHUMACHER, S. 146; GAUCH, N 851.

¹⁰³¹ Vgl. zur gleichen Problematik im Bereich der Vermögensverwaltung die Ausführungen in GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 58 ff.

¹⁰³² HÜRLIMAN, Architekt, N 1472.

¹⁰³³ SCHMIDT-GABAIN, S. 244; vgl. für den gerichtlichen Sachverständigen WASSERTHAL, S. 10.

¹⁰³⁴ SCHREMBBS, S. 164.

¹⁰³⁵ Vgl. SCHMIDT-GABAIN, S. 244; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 187; GERLACH, S. 34; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 605; SKK Kunsthandel-JAYME, S. 43 f.; NISSEL, S. XXIX; HERCHENRÖDER, S. 299; EBLING/SCHULZE, S. 284; vgl. hierzu auch die Erwägungen in BGE 112 II 347.

Die einer sorgfältig erstellten Kunstexpertise zugrunde liegende Prüfung muss daher grundsätzlich am Originalwerk erfolgen. Nur die persönliche Inaugenscheinnahme kann dem Kunstexperten die Besonderheiten des Kunstwerks (Form, Farbe, Material, etc.) vermitteln.¹⁰³⁶ Ist etwa eine starke Übermalung eines Gemäldes mangels persönlicher Begutachtung nicht erkannt worden, verletzt der Kunstsachverständige – vorbehaltlich anderer Absprachen – seine Sorgfaltspflicht. Entsprechendes gilt freilich für eine Kunstexpertise, welche auf der Grundlage einer blossen mündlichen Beschreibung des Objekts durch eine Drittperson erstellt worden ist.¹⁰³⁷ Da in Kunstexpertisen die Eigenschaften eines Werkes und häufig auf dieser Grundlage der wirtschaftliche Wert ermittelt werden soll, ist eine eigene Untersuchung des Kunstsachverständigen grundsätzlich unerlässlich.¹⁰³⁸

Liegt gleichwohl nur eine Fotografie vor und ist eine persönliche Begutachtung nicht möglich, so hat der Kunstsachverständige diese Tatsache in seinem Gutachten zu vermerken, andernfalls ihn die gleiche Sorgfalt trifft wie einen Experten, dem das Werk tatsächlich vorgelegen hat.¹⁰³⁹ In diesem Fall kann ihm etwa vorgeworfen werden, dass er eine durch einen kurzen Blick auf das Objekt erkennbare Übermalung bei seiner Begutachtung nicht berücksichtigt hat.¹⁰⁴⁰ Eine Begutachtung einzig aufgrund einer Fotografie erschwert insbesondere die differenzierte materielle Befundsicherung und macht sie hinsichtlich einiger Kriterien, etwa der Materialien und Übertragung, fast unmöglich.¹⁰⁴¹ Die Foto-Expertise birgt ein zu grosses Fehlerrisiko.¹⁰⁴² Insofern stellt die nur anhand einer Fotografie oder mündlichen Auskunft erstellte Expertise immer einen Sorgfaltspflichtverstoß des Kunstexperten dar, sofern nicht ausdrücklich in der Expertise darauf hingewiesen und dies im Übrigen auch mit dem Auftraggeber der Expertise so vereinbart worden ist.¹⁰⁴³

Selbstredend kann sich aber ein Kunstsachverständiger auch lediglich zu einem Gutachten basierend auf einer Fotografie vertraglich verpflichten, womit die diesbezügliche Sorgfaltspflicht entsprechend herabgesetzt werden muss.¹⁰⁴⁴ Fraglich ist hierbei einzig, ob der Kunstsachverständige seine Sorgfaltspflicht nicht bereits durch seine Bereitschaft verletzt, eine Kunstexpertise lediglich aufgrund einer Fotografie des Objektes zu erstellen.

¹⁰³⁶ SCHREMBS, S. 164; Hoeren/Holzner/Ernstschneider-REMMERS, S. 200.

¹⁰³⁷ Vgl. hierzu den *Gallé-Lampen-Entscheid*, in welchem die Beschreibung des Kunstobjektes gegenüber dem Kunstsachverständigen telefonisch erfolgt ist (BGE 112 II 347); vgl. auch die Urteilsbesprechung dazu in WIEGAND/KOLLER-TUMBLER, S. 144.

¹⁰³⁸ SIMONS, S. 191.

¹⁰³⁹ SIMONS, S. 191; HUTTENLAUCH, S. 123; HÄRET, S. 227. Vgl. zu den in Expertisen enthaltenen Floskeln im Hinblick auf Foto-Gutachten die Darstellung in HERCHENRÖDER, S. 299.

¹⁰⁴⁰ SIMONS, S. 191.

¹⁰⁴¹ WOLF, S. 80.

¹⁰⁴² VON BRÜHL, S. 137.

¹⁰⁴³ Vgl. SCHREMBS, S. 164; EHINGER, Dritthaftung, S. 224; ALMEROTH, S. 108; SCHACK, S. 75; VON BRÜHL, S. 137.

¹⁰⁴⁴ WOLF, S. 164.

len. Nach hier vertretener Ansicht ist dies zu verneinen. Es kann für eine erste Einschätzung oder auch in eindeutigen Fällen durchaus sinnvoll sein, dem Kunstsachverständigen zunächst eine Fotografie des Gemäldes vorzulegen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund der oftmals hohen Kosten für den Transport des Kunstobjektes und das damit verbundene Schadensrisiko sowie die zeit- und kostenintensive Anreise des Sachverständigen.¹⁰⁴⁵ So ist aufgrund der Fotografie möglicherweise erkennbar, ob eine persönliche Begutachtung, eine naturwissenschaftliche Untersuchung oder der Beizug eines weiteren Spezialisten erforderlich ist.¹⁰⁴⁶ Unter Umständen lehnt der Experte den Gutachterauftrag in der Folge bereits aufgrund der Fotografie ab, da er für die fragliche Kunstepoche über zu wenig Sachverstand verfügt.

1.3.9. Pflicht zur Erfüllung der fachlichen Anforderungen

Der Kunstsachverständige muss über die erforderlichen Qualifikationen, Sachkenntnisse und überdurchschnittliches Fachwissen verfügen und nach dem neusten Stand der Wissenschaft arbeiten.¹⁰⁴⁷ Das Fachwissen wird in der Regel durch ein für das jeweilige Fachgebiet geeignetes Studium oder Lehrgang samt Abschluss und mehrjähriger Berufserfahrung oder vergleichbarer Berufsausbildung mit Berufserfahrung nachgewiesen. Das hohe Fachwissen kann folglich auf wissenschaftlicher Forschungsleistung und/oder langjähriger praktischer Forschung beruhen.¹⁰⁴⁸

Der neuste Stand der Wissenschaft wiederum spiegelt sich in den anerkannten Regeln der Technik.¹⁰⁴⁹ Also Regeln, welche nach wissenschaftlicher Erkenntnis für theoretisch richtig gehalten werden und in der Praxis als bewährt angesehen werden.¹⁰⁵⁰ So ergeben sich bei einer naturwissenschaftlichen Untersuchung die anerkannten Regeln etwa aus der Art, wie ein Bild richtig geröntgt oder eine Probeentnahme richtig analysiert wird. Bei einer kunsthistorischen Untersuchung ist es unter Umständen notwendig, sämtliche einschlägige Literatur oder etwa das entsprechende Werkverzeichnis zu studieren.¹⁰⁵¹ Gerade das Werkverzeichnis hat dabei eine grosse Bedeutung auf dem Kunstmarkt, da es den wissenschaftlichen Anspruch erhebt, nur authentische Werke eines Künstler aufzuführen.¹⁰⁵² Die Feststellungen und Schlussfolgerungen des Kunstsachverständigen

¹⁰⁴⁵ Nur in ganz wenigen Fällen kommt das Objekt zum Experten (vgl. KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 161). Vgl. zu den Transportrisiken die Ausführungen in SKK Kunsthandel-MÜLLER-CHEN, S. 29 ff.

¹⁰⁴⁶ So hat etwa der Bundesgerichtshof in seinem «Jawlensky-Urteil» das Vorliegen der Expertise eines bekannten Experten als Argument gegen die Fahrlässigkeit des Auktionshauses gewertet (vgl. BGH, Urteil vom 15.01.1975, VIII ZR 80/73; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 155; HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 50).

¹⁰⁴⁷ EHINGER, S. 137; EBLING/SCHULZE, S. 284.

¹⁰⁴⁸ Vgl. VON BRÜHL, S. 25; GERLACH, S. 33; SIMONS, S. 3; KR-MÜLLER-CHEN, S. 56; HOYNINGEN-HUENE, S. 1461; WÜRTEMBERGER, Nachlass, S. 70 ff.

¹⁰⁴⁹ WOLF, S. 160; SCHUMACHER, S. 158.

¹⁰⁵⁰ WOLF, S. 160; SCHUMACHER, S. 158; HOWALD/NABHOLZ, S. 480.

¹⁰⁵¹ SCHMIDT-GABAIN, S. 244; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 153; GERLACH, S. 33.

¹⁰⁵² EHINGER, Dritthaftung, S. 41 und 44; SCHREMBBS, S. 162.

müssen im Ergebnis dem neusten Stand der Technik und Wissenschaft, der Lehre und den Erfahrungen der Praxis entsprechen.¹⁰⁵³

Das Mass an die fachliche Anforderung des jeweiligen Kunstsachverständigen ergibt sich dabei durch die Anweisungen des Auftraggebers im Einzelfall und aus dem Sachgebiet, in welchem der Experte als Gutachter auftritt.¹⁰⁵⁴ So muss sich der Kunstexperte bspw. in der jeweiligen Kunstepoche auskennen, welcher das zu untersuchende Kunstobjekt zuzuordnen ist. Der Gutachter soll auch in der Lage sein, die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte seiner Aufgabe zu erfassen.¹⁰⁵⁵ Es ist weiter zu fordern, dass sich der Kunstexperte in seinem Bereich laufend fortbildet. Etwa durch den Besuch von entsprechenden Seminaren, den Austausch mit anderen Experten oder durch das Studium der neusten Fachliteratur. Nur durch die regelmässige Weiterbildung kommt der Experte seiner Pflicht nach, sich auf dem aktuellen Stand zu halten.¹⁰⁵⁶

Ferner bedarf es nicht zu Letzt einer kritischen Selbsteinschätzung des Kunstsachverständigen. Der Sachverständige muss dabei erkennen, wenn ihn die Begutachtung eines Gemäldes überfordert, weil er etwa in Bezug auf den Künstler oder die Epoche nicht oder zu wenig sachkundig ist. Für den Auftraggeber ist kaum erkennbar, ob der Sachverständige dem Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens über ein bestimmtes Gemälde gewachsen ist. Ist dies nicht der Fall, so hat der Sachverständige diesen Umstand offenzulegen und den Auftrag abzulehnen.¹⁰⁵⁷ Führt er den Auftrag trotzdem aus, so wäre im Fall eines fehlerhaften Gutachtens neben einer Sorgfaltspflichtverletzung wohl auch ein Übernahmeverschulden zu bejahen.

1.3.10. Treuepflichten

Mindestens gleich stark wie die gesteigerten Sorgfaltsanforderungen fallen in der Praxis die weitgehenden Schutz- und Treuepflichten zulasten des Beauftragten in Betracht.¹⁰⁵⁸ Die Treuepflichten im Rahmen eines Auftragsverhältnisses bedeuten für den Kunstsachverständigen, sein Verhalten angesichts der Fremdnützigkeit des Auftrages im Interesse des Auftraggebers unterzuordnen. Der Sachverständige darf daher nicht das eigene Verdiensteresse voranstellen. Der Kunstsachverständige ist verpflichtet, allgemein und aktiv die Interessen des Auftraggebers zu wahren. Er muss mitdenken, die Bedürfnisse des

¹⁰⁵³ GERLACH, S. 33.

¹⁰⁵⁴ SIMONS, S. 192. Nach HEBBORN lautet die allererste Regel im Umgang mit Kunstexperten: «den Mund halten und die Begutachtung des vorgelegten Werks ganz der Kompetenz des geschulten Experten überlassen» (vgl. HEBBORN, S. 169).

¹⁰⁵⁵ HÜRLIMANN, Architekt, N 1476; das Untersuchungsergebnis darf jedoch nicht abhängig durch die Wünsche des Auftraggebers beeinflusst werden (vgl. dazu GERLACH, S. 33).

¹⁰⁵⁶ So hat das Bundesgericht etwa im Hinblick auf den Arztberuf festgehalten, dass der Arzt sein Fachwissen auf der Höhe zu halten hat. Dabei sei es erforderlich, sich anhand der wichtigeren Fachliteratur fortzubilden (BGE 64 II 326; vgl. auch OTT, S. 46). Dies hat freilich auch für den Kunstsachverständigen zu gelten.

¹⁰⁵⁷ Vgl. auch FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 358.

¹⁰⁵⁸ WEBER, AJP, S. 184; zur Definition und Problematik von Nebenpflichten vgl. WIEGAND, recht, S. 136 ff.

Auftraggebers analysieren und sodann sämtliche zweckmässigen Massnahmen zur Erreichung des Ziels des Auftraggebers ergreifen.¹⁰⁵⁹ Die Treuepflicht setzt voraus, alles zu tun, was zur Erreichung des Auftragserfolgs erforderlich sein kann, und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügt.¹⁰⁶⁰

a) Obhut- und Schutzpflichten

Ausfluss der Treuepflicht sind etwa die Obhut- und Schutzpflichten, die den Kunstexperten veranlassen müssen, die Integritätsinteressen und die Rechtsgüter des Auftraggebers nicht zu beeinträchtigen.¹⁰⁶¹ Gerade im Hinblick auf die Kunstgegenstände sind diese Schutzpflichten in der Praxis von grosser Bedeutung. In Anbetracht des häufig hohen monetären und emotionalen Werts des zu begutachtenden Objekts sind diese mit höchster Sorgfalt zu behandeln. Dazu gehört etwa die Art und Weise der Lagerung des Gemäldes während der Erstellung des Gutachtens. Weiter sind etwa konservatorische Vorgaben zu Licht- und Temperatureinwirkungen zu berücksichtigen.¹⁰⁶² Bereits geringe Abweichungen von den diesbezüglichen Vorgaben können zu Schädigungen am Kunstgegenstand und folglich zu einer Ersatzpflicht des Gutachters führen. Der Gutachter hat irreversible Schäden zu verhindern, indem er bspw. eine gleichbleibende Temperatur und Luftfeuchtigkeit sicherstellt und eine übermässige Lichteinwirkung vermeidet. Ebenso hat er das Gemälde durch geeignete Massnahmen vor Diebstählen zu sichern.¹⁰⁶³

Als weiterer Inhalt der Schutzpflicht kann nach hier vertretener Ansicht auch die Verpflichtung des Sachverständigen gesehen werden, sicherzustellen, dass ein entsprechender Versicherungsschutz für das zu begutachtende Gemälde besteht.¹⁰⁶⁴ Die Grundzüge der Versicherungen im Kunstwesen müssen dem Kunstsachverständigen schon deshalb bekannt sein, weil er in der Regel bereits Expertisen für Versicherungen erstellt hat oder für eine solche beratend tätig gewesen ist. In der Praxis ist zwar der Auftraggeber für den Abschluss einer Sachversicherung, die auch temporäre Risiken wie den Verbleib beim Sachverständigen und den Transport deckt, verantwortlich.¹⁰⁶⁵ Der Gutachter ist jedoch aufgrund seiner Schutzpflichten m.E. dazu angehalten, den bestehenden Versicherungsschutz abzuklären und gegebenenfalls vom Auftraggeber eine Kopie des Versicherungs-

¹⁰⁵⁹ SCHUMACHER, S. 140; FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 124.

¹⁰⁶⁰ Vgl. BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 8; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 132 f.; SCHUMACHER, S. 140.

¹⁰⁶¹ Vgl. WEBER, FS Giger, S. 742 ff.; TERCIER, N 2988; BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 9.

¹⁰⁶² Vgl. JOLLES/ROESLE, S. 37; MÜLLER, Leitfaden, S. 177; SKK Kunsthandel-MÜLLER-CHEN, S. 31.

¹⁰⁶³ MÜLLER, Leitfaden, S. 177.

¹⁰⁶⁴ So hat das Bundesgericht einen Architekten unter dem Titel «Beratungspflicht» haften lassen, weil er dem Bauherrn nicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung geraten hat (vgl. BGE 111 II 72 ff.); dazu kritisch aber WIEGAND, recht, S. 139.

¹⁰⁶⁵ Die Transportversicherung als Teil der Sachversicherung ist für kurzfristige sowie für ambulante Risiken von Bedeutung, z.B. Transporte in andere Museen als Leihgabe oder aber auch Transporte in ein Labor (vgl. HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 514).

zertifikats zu verlangen.¹⁰⁶⁶ Dies umso mehr, wenn es sich beim Auftraggeber um eine unerfahrene Person handelt. Bei einem wertvollen Gemälde ist der Auftraggeber zudem darauf aufmerksam zu machen, dass der Abschluss einer sog. *all risks*-Versicherung angezeigt wäre.¹⁰⁶⁷ Dadurch sind nicht nur die Risiken Einbruchdiebstahl, Feuer und Wasser, sondern auch weitere Zerstörungen und Beschädigungen, einschliesslich Beschädigungen durch nicht am Vertragsverhältnis beteiligte Personen, wie z.B. Vandalismus, abgedeckt.¹⁰⁶⁸ Schliesslich ist es ratsam, dem Auftraggeber eine *nail-to-nail*-Versicherung zu empfehlen.¹⁰⁶⁹ Die Vertragsdauer erstreckt sich damit vom Entfernen des Werks beim Auftraggeber bis zur Rückkehr dahin.¹⁰⁷⁰

b) Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten

Ein weiterer Ausfluss der allgemeinen Treuepflicht stellt die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht des Kunstsachverständigen dar. Zu unterscheiden ist die Auskunftspflicht als Teil der Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR von der Rechenschaftsablegung i.S.v. Art. 400 Abs. 1 OR. Im Gegensatz zur Rechenschaftsablegungspflicht ist die aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht von Art. 398 OR fließende Informationspflicht unaufgefordert zu erfüllen.¹⁰⁷¹

Dabei bestimmt sich das Mass der geforderten Aufklärung allgemein nach den Umständen, insbesondere nach der Natur des Vertrages.¹⁰⁷² Im Hinblick auf die Erstellung einer Kunstexpertise treffen den Gutachter diverse Aufklärungspflichten. In der vorvertraglichen Phase hat er den Auftraggeber zunächst über sein eigenes Honorar aufzuklären. Weiter hat er den Auftraggeber zu informieren, welche Analysen nach seiner ersten Einschätzung vorzunehmen sind und wie hoch die entsprechenden Kosten ausfallen werden. Der Kunstexperte hat dem Auftraggeber auch unaufgefordert über die Zweckmässigkeit

¹⁰⁶⁶ JOLLES/ROESLE, S. 38; GLAUS/STUDER, S. 140 f.

¹⁰⁶⁷ Die versicherte Gefahr, die auch als Möglichkeit des Eintritts eines Schadens oder eines sonstigen Nachteils zu verstehen ist, sollte im Versicherungsvertrag detailliert umschrieben werden (vgl. HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 515).

¹⁰⁶⁸ Vgl. JOLLES/ROESLE, S. 38; PICKER, S. 183; SCHACK, S. 308; MÜLLER, Leitfaden, S. 177; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 413 ff. und 520 f.; KKR-VOSS/GROLIMUND, 2020, Kap. 8 N 152.

¹⁰⁶⁹ So sind etwa Transporte nach der *lege artis* durchzuführen und eine entsprechende Spezialversicherung soll das Restrisiko tragen (vgl. KR-SCHEIFELE, 2013, S. 102; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 514; SKK Kunsthandel-MÜLLER-CHEN, S. 29 ff.; KKR-VOSS/GROLIMUND, 2020, Kap. 8 N 152).

¹⁰⁷⁰ Vgl. JOLLES/ROESLE, S. 39; PICKER, S. 183; MÜLLER, Leitfaden, S. 177. Die *nail-to-nail-Versicherung* kommt insbesondere auch beim Leihverkehr mit Museen zu tragen (vgl. hierzu den Rahmenvertrag Verband der Museen Schweiz, Leihverkehr, Ziff. 2.5, abrufbar unter: <https://www.museums.ch/assets/files/dossiers_d/Standards/VMS_Standards_Leihverkehr_D_web.pdf> [zuletzt eingesehen am 21.06.2022]; vgl. dazu auch EBLING/SCHULZE, S. 322).

¹⁰⁷¹ Vgl. BGE 110 II 372; BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 400 N 2; HONSELL, S. 341; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 83; BOOG/ESCHMENT, S. 249; a.A. FELLMANN, BeKom, Art. 400 N 66.

¹⁰⁷² FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 145 und 146.

des Auftrags und der Weisung, sowie über die Kosten und Gefahren Auskunft zu geben.¹⁰⁷³

Der Kunstexperte ist folglich gefordert, seinen Auftraggeber vollständig über die geeigneten und insbesondere auch notwendigen Massnahmen sowie die damit verbundenen Kosten aufzuklären.¹⁰⁷⁴ Mit regelmässiger Beratung hat der Gutachter dem Auftraggeber bei der Wahl der geeigneten Massnahmen behilflich zu sein. Die laufenden Informationen sollen es dem Auftraggeber ermöglichen, etwaige Entscheide in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen.¹⁰⁷⁵ Gegenstand der Aufklärungspflicht bildet dabei alles, was für den Auftraggeber objektiv oder subjektiv von Bedeutung ist.¹⁰⁷⁶

In der Praxis wird es nicht der Auftraggeber sein, welcher dem Experten vorgibt, wie dieser das entsprechende Kunstobjekt zu untersuchen hat. Hierzu fehlt ihm schlichtweg das Wissen von der Arbeitsweise des Kunstexperten.¹⁰⁷⁷ Verlangt der Auftraggeber etwa ein Echtheitsgutachten, so hat der Sachverständige abzuklären, welche Untersuchungsmethoden notwendig sind, um im Hinblick auf seine Sorgfaltspflicht ein gewissenhaftes Echtheitsgutachten erstellen zu können. So hat er dem Auftraggeber etwa mitzuteilen, wenn zur Erstellung des Echtheitsgutachtens eine Laboruntersuchung angezeigt ist. Für Informationen, Aufklärung, Vorschläge usw. hat der Kunstsachverständige frühzeitig zu sorgen, so dass der Auftraggeber seine Entscheide noch rechtzeitig fällen kann.¹⁰⁷⁸

Kommt das Auftragsverhältnis zustande, so ist der Auftraggeber folglich gehalten, den Auftraggeber laufend über die zur Sicherung des Auftragszweckes notwendigen Massnahmen zu informieren.¹⁰⁷⁹ Der Gutachter hat dem Auftraggeber die jeweils erforderlichen Einzelinformationen unaufgefordert zukommen zu lassen.¹⁰⁸⁰ Erteilt der Auftraggeber Anweisungen, so hat sich der Gutachter kritisch mit diesen Anordnungen auseinanderzusetzen und namentlich zu unzumutbaren Weisungen Stellung zu nehmen.¹⁰⁸¹ Wird dem Kunstsachverständigen eine Anweisung erteilt, welche den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufen, so hat er davon abzuraten und gegebenenfalls auf den Erfolg ausgerichtete Gegenvorschläge zu unterbreiten.¹⁰⁸² Dies ergibt sich aus der allgemei-

¹⁰⁷³ TERCIER, N 2990; BGE 115 II 62 E. 3.

¹⁰⁷⁴ THÉVENOZ, S. 43; WIEGAND, recht, S. 135.

¹⁰⁷⁵ SCHUMACHER, S. 141.

¹⁰⁷⁶ SCHUMACHER, S. 141; vgl. auch etwa BGE 115 II 62 E. 3.

¹⁰⁷⁷ SCHREMBBS, S. 133.

¹⁰⁷⁸ SCHUMACHER, S. 147.

¹⁰⁷⁹ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 171; WEBER, AJP, S. 184; WIEGAND, recht, S. 135.

¹⁰⁸⁰ Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 9; WIEGAND, recht, S. 135; TERCIER, N 2990.

¹⁰⁸¹ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 162; BOOG/ESCHMENT, S. 250; WOLFFERS, S. 53; KÖNG, S. 14; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 217 f.; vgl. zum Weisungsrecht im Rahmen des Auftragsverhältnisses HAFNER, S. 171 ff.

¹⁰⁸² Vgl. TERCIER, N 2991; WEBER, AJP, S. 184; WIEGAND, recht, S. 135; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 49; BOOG/ESCHMENT, S. 250; SCHUMACHER, S. 151; WOLFFERS, S. 53; BGE 108 II 199; BGE 62 II 276.

nen Sorgfalts- und Treuepflicht und ist umso stärker zu beachten, wenn der Auftraggeber nicht sachkundig ist.¹⁰⁸³

c) Diskretions- und Geheimhaltungspflichten

Ein Auftragsverhältnis kennzeichnet sich unter anderem durch sein Vertrauensverhältnis.¹⁰⁸⁴ Dies erfordert vom Sachverständigen Diskretion und auch Geheimhaltung, welche auch auf den Persönlichkeitsrechten bzw. dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB) des Auftraggebers basieren.¹⁰⁸⁵ Geheimhaltungswürdig ist dabei alles, was der Kunstsachverständige bei der Auftrags Erfüllung in persönlicher und sachlicher Hinsicht erfährt.¹⁰⁸⁶ Nicht nur das Preisgeben von nachteiligen Umständen stellt dabei eine Vertragsverletzung dar, sondern jede Missachtung der Geheimhaltungspflicht.¹⁰⁸⁷ Diskretions- und Geheimhaltungspflichten gelten auch nach Beendigung des Auftragsverhältnisses weiter.¹⁰⁸⁸ Der Kunstsachverständige untersteht aber grundsätzlich nicht dem Berufsgeheimnis i.S.v. Art. 321 StGB.¹⁰⁸⁹

In der Praxis stellt sich bspw. die Frage, in welchem Umfang ein Kunstsachverständiger berechtigt ist, die Geschäftsbeziehung mit dem Auftraggeber gegenüber unbeteiligten Dritten offenzulegen oder persönliche Daten desselben zu verwenden. Von Bedeutung kann diese Frage dann sein, wenn der Gutachter in eine Organisation eingebunden ist, die neben der Gutachtertätigkeit weitere Dienstleistungen anbietet, sodass zwecks Erweiterung der Kundendatenbank ein Interesse der internen Weitergabe oder Archivierung von Daten besteht.¹⁰⁹⁰ Ferner wäre es auch denkbar, dass der Kunstgutachter seine Kunden bzw. die von ihm begutachteten Gemälde als Referenz für seine qualitative Tätigkeit bekannt geben möchte. So schmücken sich renommierte Kunstsachverständige nicht selten mit den von ihnen begutachteten Werken, insbesondere wenn es sich dabei um hochpreisige Gemälde berühmter Künstler handelt.

Im Bereich der Kunstexpertise ist die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht von grosser Bedeutung. Die Eigentümer bekannter Kunstwerke möchten oftmals nicht, dass publik wird, welche Objekte sich in ihren Händen befinden. Sei dies nun aus Schutz vor kriminellen Machenschaften oder etwa zur Geheimhaltung ihres Vermögens. Im Rahmen seiner Treuepflicht ist der Kunstsachverständige daher gehalten, die von ihm erlang-

¹⁰⁸³ SCHUMACHER, S. 144 und 151; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 49.

¹⁰⁸⁴ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 124; TERCIER, N 2889 und 2958; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 57; GUTZWILLER, SJZ, S. 358.

¹⁰⁸⁵ Vgl. BSK ORI-OSEER/WEBER, Art. 398 N 11; RIEMER, S. 150; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 73.

¹⁰⁸⁶ Vgl. BUCHER, OR BT, S. 230; HÜRLIMANN, Architekt, N 1475; RIEMER, S. 150; SCHUMACHER, S. 145.

¹⁰⁸⁷ FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 60.

¹⁰⁸⁸ BSK ORI-OSEER/WEBER, Art. 398 N 11; SCHUMACHER, S. 145; vgl. auch BGE 106 II 225.

¹⁰⁸⁹ RIEMER, S. 150.

¹⁰⁹⁰ JOLLES/ROESLE, S. 37.

ten Kenntnisse mit grösster Diskretion zu behandeln. Insofern dürfen nach hier vertretener Auffassung keinerlei Informationen preisgegeben werden, welche in persönlicher und sachlicher Hinsicht Rückschlüsse auf die Identität des Auftraggebers zulassen. Im Ergebnis bezieht sich die Geheimhaltungs- und Diskretionspflicht folglich auf das Bestehen eines Auftragsverhältnisses, den Namen des Auftraggebers wie auch auf den Inhalt des Auftrags und dessen Resultat.¹⁰⁹¹

Im Interesse des Auftraggebers ist es gleichwohl sinnvoll vertraglich zu definieren, welche nicht öffentlich zugänglichen Informationen über ihn, seine Geschäftsbeziehung zum Gutachter und den Gegenstand und Zweck der Erstellung des Gutachtens vertraulich zu behandeln sind.¹⁰⁹² Unbesehen der vertraglichen Vereinbarung ist es dem Kunstsachverständigen jedenfalls nicht erlaubt, Informationen aus dem Auftragsverhältnis ohne Einverständnis des Auftraggebers gegenüber Dritten publik zu machen. Dies betrifft ausnahmslos sämtliche Informationen, welche im Zusammenhang mit der Erstellung der Kunstexpertise erlangt worden sind.¹⁰⁹³ Selbst wenn das Gutachten im Hinblick auf einen Verkauf im Rahmen einer Auktion erstellt wird und die Informationen daher ohnehin an die Öffentlichkeit gelangen, ist es dem Gutachter untersagt, Informationen preiszugeben. Es liegt alleine im Machtbereich des Auftraggebers zu bestimmen, welche Informationen zu welchem Zeitpunkt gegenüber Dritten bekannt gemacht werden. Bei einem Verstoß gegen die Geheimhaltungs- und Diskretionspflicht liegt eine Vertragsverletzung vor, welche den Kunstsachverständigen bei gegebenen Voraussetzungen schadenersatzpflichtig machen kann.

1.3.11. Verhaltenskodizes

a) Geltung der Verhaltenskodizes

Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usanzen, so können diese für die Bestimmung des Sorgfaltsmasses und weiterer berufsspezifischer Pflichten herangezogen werden.¹⁰⁹⁴ Zur näheren Bestimmung und Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes eines Kunstsachverständigen besteht somit die Möglichkeit, auf etwaige Verhaltenskodizes zurückzugreifen. Nebst allgemeinen Verhaltenskodizes für Sachverständige bestehen auch solche explizit für Kunstsachverständige.¹⁰⁹⁵ Es handelt sich dabei um rechtlich unverbindliche Erklärungen von Institutionen oder Personen bestimmter Berufsgruppen, die der Setzung berufsspezifischer Standards dienen.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹¹ RIEMER, S. 150.

¹⁰⁹² JOLLES/ROESLE, S. 37.

¹⁰⁹³ GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 73.

¹⁰⁹⁴ TERCIER, N 2974; Kurzkomentar OR-SCHALLER, Art. 398 N 2; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 48; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 91; BGE 115 II 62, 64; BGE 108 II 318.

¹⁰⁹⁵ Es gilt hier zu konstatieren, dass sich die Kodizes für Sachverständige und diejenige für Kunst-sachverständige nicht wesentlich voneinander unterscheiden (vgl. dazu auch STROBL, S. 45).

¹⁰⁹⁶ ODENDAHL, S. 493.

Als Instrumente der Selbstregulierung setzten sich private Akteure folglich abstrakt-generelle Regelungen für ihre Tätigkeit und unterwerfen sich diesen freiwillig.¹⁰⁹⁷ Die Regelungen sensibilisieren Sachverständige für spezifische Probleme und dienen als Orientierungshilfe, wobei sie fehlende oder ungenügende gesetzliche Normen ersetzen bzw. ergänzen können.¹⁰⁹⁸ Sie sollen zudem das Vertrauen in die Branche, namentlich in deren Professionalität und moralische Integrität, fördern, mithin die Reputation stärken.¹⁰⁹⁹

Idealerweise wird bereits im Gutachtervertrag explizit vereinbart, welche Verhaltenskodizes für das Auftragsverhältnis zwischen den Parteien Geltung erlangen sollen. Eine Vereinbarung erübrigt sich, wenn sich der Kunstsachverständige ohnehin dem Regelwerk unterstellt hat oder einem Verband angehört, für dessen Mitglieder das Regelwerk aufgrund der Mitgliedschaft zur Anwendung gelangt. Auf diese Weise sollte grundsätzlich sichergestellt sein, dass die entsprechenden Regelwerke eingehalten werden.

Auch wenn mangels Mitgliedschaft im entsprechenden Verband die Verbindlichkeit der Regelwerke nicht gegeben sein sollte und deren Geltung im Gutachtervertrag nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, so sollten die Verhaltenskodizes zur Konkretisierung des Sorgfaltsmassstabes und der berufsspezifischen Pflichten eines Kunstsachverständigen m.E. herangezogen werden.¹¹⁰⁰ Denn die Bewertung der Sorgfaltspflicht im Auftragsverhältnis erfolgt nach objektiven Kriterien, die sich nach den Besonderheiten der Branche richten. Sie ist nach dem Verhalten eines kompetenten Fachmannes in der gleichen Situation zu beurteilen.¹¹⁰¹ Die jeweiligen Verhaltenskodizes können mindestens teilweise Auskunft darüber geben, wie sich ein Sachverständiger in der jeweiligen Situation pflichtgetreu zu verhalten hat, womit sie folglich als Orientierungshilfe herangezogen werden können.

In Deutschland besteht etwa das *Leitbild des Bundesverbandes öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger*¹¹⁰². Auf europäischer Ebene wurde durch die *EuroExpert*, eine Dachorganisation der nationalen Sachverständigenverbände, der *Code of Practice* entwickelt. Auf internationaler Ebene der *Code of Ethics* der *International Society of Appraisers*¹¹⁰³. Nebst diesen allgemeinen Berufsstandards für Sachverständige bestehen ferner eine Mehrzahl von Verhaltenskodizes für Kunstsachverständige. Zu nennen sind etwa die *Positionsbestimmung des Verbands unabhängiger Kunstsachverständiger*¹¹⁰⁴, der *Code of Ethics* der *Appraiser Association of Ameri-*

¹⁰⁹⁷ STROBL, S. 41; vgl. zum «Berufsbild» der Restauratoren die Ausführungen in STUDER, S. 70 ff.

¹⁰⁹⁸ STROBL, S. 41.

¹⁰⁹⁹ STROBL, S. 41.

¹¹⁰⁰ So auch STROBL, S. 45.

¹¹⁰¹ THÉVENOZ, S. 43.

¹¹⁰² Abrufbar unter: <www.bvs-ev.de>; in der Schweiz finden sich lediglich sehr spezifische Sachverständigen-Richtlinien wie etwa für Seilbahnen oder den Holzbau.

¹¹⁰³ Abrufbar unter: <www.euroexpert.org> (zuletzt eingesehen am 10.05.2022).

¹¹⁰⁴ Abrufbar unter: <www.vuks.de> (zuletzt eingesehen am 10.05.2022).

ca¹¹⁰⁵, das *Reglamento deontologico der Unione Europea esperti d'Arte*¹¹⁰⁶ oder der *Code de Déontologie der Chambre Européenne des Experts Conseil en Oeuvres d'Arts*¹¹⁰⁷.

Bei einem Vergleich der allgemeinen und der berufsspezifischen Regelwerke fällt jedoch auf, dass sich die Kodizes für Sachverständige und diejenige für Kunstsachverständige nicht wesentlich voneinander unterscheiden.¹¹⁰⁸ Es gilt nun nachfolgenden den wesentlichen Inhalt der Kodizes kursorisch darzulegen.

b) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

Praktisch sämtliche Kodizes setzen zunächst die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Sachverständigen voraus. Dabei wird teilweise zwischen der *äusseren* und der *inneren* Unabhängigkeit unterschieden. Die *äussere* Unabhängigkeit ist dabei gewährleistet, wenn der Sachverständige frei von Weisungen Dritter arbeitet. Die *innere* Unabhängigkeit setzt indessen voraus, dass der Kunstsachverständige über seinen Auftrag hinaus keine geschäftlichen Interessen verfolgt. Zur besseren Gewährleistung der geforderten Unabhängigkeit verpflichtet etwa das *Regolamento deontologico* den Sachverständigen, pro Gutachten einen Mindestpreis gemäss Vorgabe des Verbandes zu verlangen und verbietet die Annahme anderer Vorteile. Die Annahme eines Auftrags, mit dem bereits ein Kollege betraut war, ist untersagt. Wenn der Sachverständige ein Objekt bereits für ein Auktionshaus begutachtet hat, darf er dieses nicht nochmals für einen privaten Auftraggeber oder eine staatliche Behörde untersuchen.

Nach dem *Code of Ethics* soll die Vergütung ferner unabhängig vom Wert des begutachtenden Werkes erfolgen. Es ist folglich untersagt, ergebnisabhängige Vergütungen zu vereinbaren. Der *Code de Déontologie* statuiert mithin ein ausdrückliches Verbot für Gefälligkeitsgutachten.

Durch diese Regelungen in den Kodizes soll ein möglicher Interessenskonflikt verhindert werden. Sie zeigen auf, dass die Unabhängigkeit im Sachverständigenberuf von grosser Bedeutung ist und gehen entsprechend auch weiter als die gesetzlichen Vorgaben. Dem Auftragsverhältnis ist zwar inhärent, dass es frei von Weisungen Dritter zu erfolgen hat, die Unabhängigkeit wird jedoch nicht explizit normiert. Diese Konkretisierung sowie der strengere Massstab an die Unabhängigkeit in den Kodizes ist begrüssenswert und auch für diejenige Praxisfälle als Massstab zu berücksichtigen, in welchen die Kodizes eigentlich keine Geltung erlangen.

c) Arbeitsweise eines Kunstsachverständigen

Vorgaben zur eigentlichen Arbeitsweise des Kunstsachverständigen oder konkrete Anforderungen an die Erarbeitung einer Kunstexpertise statuieren die Kodizes indessen bedauerlicherweise praktisch nicht. Der *Code of Ethics* führt hierzu lediglich aus, dass die

¹¹⁰⁵ Abrufbar unter: <www.appraiserassoc.org> (zuletzt eingesehen am 10.05.2022).

¹¹⁰⁶ Abrufbar unter: <www.espertiarte.it/servizi.php> (zuletzt eingesehen am 10.05.2022).

¹¹⁰⁷ Abrufbar unter: <www.cecoa.com> (zuletzt eingesehen am 10.05.2022).

¹¹⁰⁸ STROBL, S. 45.

Experten nur in ihrem jeweiligen Fachgebiet tätig werden sollen und dabei nur höchste wissenschaftliche Standards anzuwenden sind. Immerhin kann gesagt werden, dass Generalisten, welche ihre Dienste etwa in mehreren verschiedenen Kunstepochen anbieten, grundsätzlich nicht zu tolerieren sind.

Der *Code de Déontologie* setzt die Gewissenhaftigkeit voraus und verpflichtet seine Mitglieder zur Weiterbildung. Die Verpflichtung zur Weiterbildung stellt eine konkrete Anforderung an den Sachverständigen dar, welche zur Gewährleistung eines hohen Standards in dieser Branche zwingend zu erfüllen ist. Hat der Kunstsachverständige notwendige und zumutbare Weiterbildungen nicht besucht, so kann ihm dieser Umstand im Falle einer fehlerhaften Kunstexpertise unter Umständen als Sorgfaltpflichtverletzung angelastet werden.

d) Analyse der Regelwerke

Eine Analyse der Regelwerke zeigt, dass sie eher abstrakte Begriffe aufweisen, aus welchen sich nur bedingt konkrete (Sorgfalts-)Pflichten für die Arbeit eines Kunstsachverständigen begründen lassen. Im Vordergrund stehen bei der Mehrzahl der Instrumente die Verpflichtungen zur unabhängigen, unparteilichen, gewissenhaften und objektiven Leistungserbringung sowie die Fortbildungspflicht.

Die Verpflichtungen zur «Gewissenhaftigkeit» und «Verwendung höchster wissenschaftlicher Standards» ist freilich begrüssenswert, sie werden jedoch bereits durch die im Auftragsrecht geltende Sorgfaltpflicht, bzw. durch die dazu entwickelte Lehre und Rechtsprechung, vorausgesetzt. Aufgrund der offenen Formulierungen führen sie indessen auch nicht zu einer Konkretisierung der jeweiligen auftragsrechtlichen Pflichten.

Auch die von den Kodizes geforderte Unabhängigkeit des Kunstsachverständigen wird bereits durch das Gebot der Weisungsunabhängigkeit im Auftragsrecht vorausgesetzt. Die Kodizes führen die Anforderungen an die Unabhängigkeit des Experten jedoch präziser aus. So ist die Vorgabe, einen Mindestpreis für ein Gutachten zu vereinbaren und ferner keine wertabhängigen Gutachten zu erstellen, von grosser Bedeutung für die Sicherstellung der Unabhängigkeit eines Gutachters. Diese Unabhängigkeit wiederum fördert die Glaubwürdigkeit und folglich die Verwertbarkeit einer Kunstexpertise im Kunstgeschäft beträchtlich.

Im Rahmen von Haftungsprozessen können die Verhaltenskodizes insofern von Bedeutung sein, als sie zur Konkretisierung der Sorgfaltpflicht herangezogen werden. So kann sich der Auftraggeber unter Umständen auf die in einem Kodex statuierten Pflichten berufen. Die rechtliche Bedeutung eines Kodex ist umso grösser, je verbindlicher er ausgestaltet ist. Wobei als Kriterien für die Verbindlichkeit – neben der inhaltlichen Ausgestaltung – die Kontroll- und Sanktionsmechanismen, die Aktualität, aber bspw. auch der Einfluss des dahinter stehenden Verbandes aufzuzählen sind.¹¹⁰⁹ Sind die Kodizes in

¹¹⁰⁹ STROBL, S. 45.

der Branche allgemein anerkannt und werden sie berufsethisch befolgt, so gelten sie als Verkehrssitten und können bei der rechtlichen Auslegung beigezogen werden.¹¹¹⁰

Es ist jedenfalls wünschenswert und zu fordern, dass die Kodizes – auch unabhängig von deren Verbindlichkeit für die Parteien – zur Beurteilung der Sorgfaltspflicht eines Kunstsachverständigen herangezogen werden. Auch wenn sie nur teilweise weitreichender sind als die auftragsrechtlichen (Sorgfalts-)Pflichten, so können sie einen wesentlichen Beitrag zur Konkretisierung der Pflichten eines Kunstsachverständigen leisten. Es gilt dabei schliesslich zu bedenken, dass die Regelungen in den Kodizes weniger starr sind als die gesetzlichen Normen und daher einfacher und flexibler an die wandelnden Bedürfnisse und die technischen Fortschritte in der Kunstwelt angepasst werden können.

1.3.12. Massgeblicher Zeitpunkt der Pflichtverletzung

Wenn im Rahmen eines Gutachtenauftrags zu beurteilen ist, ob eine (Sorgfalts-)Pflichtverletzung durch den Sachverständigen vorliegt, ist fraglich, auf welchen Zeitpunkt hierfür abzustellen ist. Ein Kunstwerk unterliegt nämlich einem Wandel der Bewertung. Scheinbar vorhandene Ausgangspunkte können sich unter neuer Sichtweise als unzutreffend und die daraus gezogenen Rückschlüsse als falsch erweisen.¹¹¹¹ Mit den voranschreitenden technischen Entwicklungen und kunsthistorischen Forschungen können neue Untersuchungsverfahren und neue kunsthistorische Erkenntnisse zu einem anderen Ergebnis führen, als dies bei einer früheren Begutachtung der Fall war. So verhält sich die Fehlerhaftigkeit einer Kunstexpertise immer relativ zum jeweiligen Stand der Wissenschaft und Technik. Freilich kann nur das, was zum Zeitpunkt der Übergabe der Expertise methodisch möglich ist, als Massstab der (Sorgfalts-)Pflicht eines Kunstsachverständigen gelten.¹¹¹²

Erst nach der Übergabe einer Kunstexpertise zur Verfügung stehende, neue Untersuchungsmethoden und kunsthistorische Erkenntnisse haben nicht zur Folge, dass der Kunstsachverständige seine Sorgfaltspflicht im entsprechenden Fall verletzt hat, sollten die neuen Methoden oder Erkenntnisse nachträglich ein anderes bzw. richtiges Resultat hervorbringen. Wie bereits ausgeführt, hat der Sachverständige jeweils den aktuellen Stand der Technik einzuhalten sowie die aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen der Praxis zu berücksichtigen.¹¹¹³ So kann ein Gemälde, welches einem bestimmten Künstler zugeschrieben wurde, bereits wenig später aufgrund neuer Erkenntnisse in Forschung und Wissenschaft selbigem Künstler wieder abgeschrieben werden. Die Kunstexpertise gründet folglich stets nur auf die zu dem Zeitpunkt der Erstellung verfügbaren Informationen und Methoden.¹¹¹⁴

¹¹¹⁰ Vgl. STUDER, S. 71; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 48; GUTZWILLER, SJZ, S. 357.

¹¹¹¹ Vgl. WEIHE, S. 124.

¹¹¹² HUTTENLAUCH, S. 123.

¹¹¹³ So auch HÄRET, S. 220 und EBLING/SCHULZE, S. 285.

¹¹¹⁴ Vgl. SCHREMBS, S. 137 f.; GERLACH, S. 48; THOMSEN, S. 34.

Weiterentwicklungen der Untersuchungsmethoden bzw. der anerkannten Regeln der Kunst während der Ausarbeitung der Expertise sind demgegenüber zu beachten. Der Kunstsachverständige muss sich fortbilden und sich über die Entwicklungen der Kunst-historik und der technischen Möglichkeiten auf dem Laufenden halten.¹¹¹⁵ Für die Beurteilung, ob der der Kunstsachverständige im Einzelfall seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen ist, gilt im Ergebnis folglich der Stand der Wissenschaft, Technik, Forschung und Erfahrung zum Zeitpunkt der Übergabe bzw. Fertigstellung der Expertise.¹¹¹⁶ Insofern wirken sich ein späterer wissenschaftlicher Fortschritt und neue Erkenntnisse freilich nicht zulasten des Sachverständigen aus.¹¹¹⁷

1.4 Zusammenfassende Würdigung der Pflichten eines Kunstsachverständigen

Ausgangspunkt der Sorgfaltspflicht des Kunstsachverständigen ist dessen gesunde Selbsteinschätzung. So hat er lediglich diejenigen Begutachtungen vorzunehmen, welchen er aufgrund seiner Ausbildung, Erfahrung und Spezialisierung gewachsen ist. Der Kunstsachverständige muss im Hinblick auf die konkrete Begutachtung die anerkannten Untersuchungs- und Bewertungsmethoden kennen und anwenden können. Ebenso muss er sich im gefragten Gebiet weiterbilden, sei dies nun mit dem Studium der entsprechenden Literatur, dem Besuch von Seminaren oder seiner Tätigkeit in der Kunstpraxis.¹¹¹⁸

Vor der Annahme eines Auftrags hat der Sachverständige somit etwa abzuklären, welcher Epoche das zu begutachtende Gemälde angehört und welchem Künstler es (wahrscheinlich) zugeschrieben wird. Stellt sich in der Folge heraus, dass der Sachverständige auf diesem Gebiet nicht ausreichende Erfahrung vorweisen kann, so ist der Auftrag – insbesondere auch im Hinblick auf das Übernahmeverschulden – umgehend abzulehnen. Ebenso darf der Experte den Auftrag nur dann bearbeiten, wenn er über die zeitlichen Ressourcen und über die notwendigen Hilfsmittel verfügt.¹¹¹⁹ So muss der Sachverständige auf Grund seines Fachwissens selbstständig in der Lage sein zu ermitteln, wie viel Zeit er für die Begutachtung benötigt. Gleichzeitig hat sich der Kunstsachverständige zu vergewissern, dass er den Auftrag im Hinblick auf die von ihm geforderte Unabhängigkeit annehmen und die Expertise folglich objektiv erstellen kann.¹¹²⁰

In einem nächsten Schritt hat der Kunstsachverständige zu eruieren, welche Untersuchungen im konkreten Fall vorzunehmen sind, um das vom Auftraggeber gewünschte Ergebnis erzielen zu können. Womöglich wird die Anordnung der Untersuchungsmethoden hierbei bereits durch den Gutachtervertrag eingegrenzt, wenn dem Gemälde etwa

¹¹¹⁵ SCHUMACHER, S. 156; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 360.

¹¹¹⁶ HÄRET, S. 231; HOWALD/NABHOLZ, S. 480.

¹¹¹⁷ SIMONS, S. 129; auch dann nicht, wenn sich der Auftraggeber im Annahmeverzug befindet und der Kunstsachverständige die Expertise aus diesem Grund noch nicht an diesen übergeben konnte.

¹¹¹⁸ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 59; KR-VON BRÜHL, 2012, S. 154.

¹¹¹⁹ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 59; für das ärztliche Gutachten vgl. B. ÖGLI, S. 125.

¹¹²⁰ HÜRLIMANN, Architekt, N 1474; PARTSCH, S. 43.

keine Materialproben entnommen werden dürfen. Ferner unterscheiden sich die möglichen Untersuchungsmethoden je nach Auftragsinhalt, Kunstobjekt und Verwendungszweck des Auftraggebers für die Expertise.

Zu den besonderen Anforderungen, welche bspw. an eine sorgfältige Authentizitätsprüfung von Gemälden gestellt werden können, gehören die Objektuntersuchung und deren schriftliche Dokumentation, die Stilkritik, die Erforschung der Herkunft des Gemäldes und gegebenenfalls eine naturwissenschaftliche Überprüfung.¹¹²¹ Bei der stilkritischen Untersuchung muss der Gutachter die Stilmerkmale, die Handschrift, Farben, Formen und sonstige Charakteristika des Gemäldes mit den korrespondierenden Stilelementen anderer Werke des fraglichen Künstlers oder der jeweiligen Epoche vergleichen.¹¹²²

Erwartet wird vom Sachverständigen auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung neben der Stilkritik die mit wenig Aufwand mögliche Streifbildbetrachtung, sofern sie zum Gutachtenerfolg beiträgt.¹¹²³ Bei Werken besonderer Qualität und besonderen Wertes ist etwa bei zweifelhaften stilkritischen Ergebnissen oder Lücken in der Provenienz eine umfassende naturwissenschaftlich-technische Analyse zu veranlassen.¹¹²⁴ Im Falle der Anordnung von naturwissenschaftlich-technischen Methoden hat der Gutachter stets die Mehrkosten zu berücksichtigen und den Auftraggeber hierüber sorgfältig aufzuklären.¹¹²⁵ Es muss vom Gutachter ferner gefordert werden, dass er das jeweilige Objekt persönlich begutachtet und sich bei seiner Tätigkeit nicht lediglich auf eine Fotografie oder eine mündliche Auskunft stützt.¹¹²⁶ Andernfalls dieser Umstand in der Expertise zu vermerken bzw. mit dem Auftraggeber zu vereinbaren wäre.

Die sorgfältige Erstellung einer Kunstexpertise erfordert im Ergebnis eine eingehende Beschäftigung und umfassende Auseinandersetzung mit dem Gemälde unter Nutzung aller verfügbaren Erkenntnisquellen auf dem neusten Stand von Wissenschaft und Forschung. Die Erkenntnisquellen beinhalten eine materielle Objekteuntersuchung und deren schriftliche Dokumentation, eine Stilkritik, die Klärung der Herkunft des Kunstwerks, und bei Restzweifel an den bisherigen Erkenntnisquellen, ab dem mittleren Preissegment des Gemäldes eine naturwissenschaftliche Untersuchung.¹¹²⁷ Die Erkenntnisquellen können sich hierbei je nach Abklärungsziel (Wert-, Echtheits-, Zustands- oder Provenienzgutachten) unterscheiden.

¹¹²¹ SCHREMBBS, S. 165.

¹¹²² VON BRÜHL, S. 138; WOLF, S. 40; GERLACH, S. 34 ff.; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 187 f.

¹¹²³ GERLACH, S. 47.

¹¹²⁴ GERLACH, S. 47; FAUDE-NAGEL, S. 25.

¹¹²⁵ SKK Eigentum-HÄRET, S. 104.

¹¹²⁶ Vgl. SCHMIDT-GABAIN, S. 244; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 187; GERLACH, S. 34; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 605; SKK Kunsthandel-JAYME, S. 43 f.; NISSEL, S. XXIX; KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 161; vgl. hierzu auch die Erwägungen in BGE 112 II 347.

¹¹²⁷ Vgl. SCHREMBBS, S. 181; FAUDE-NAGEL, S. 27.

Schliesslich hat der Sachverständige das Ergebnis in einer – meist schriftlichen – Kunstexpertise festzuhalten. Er hat eine schriftliche Begründung seiner Untersuchungsergebnisse zu liefern, in der er alle methodischen Schritte seiner Begutachtung festhält.¹¹²⁸ Die Kunstexpertise hat hierbei schlüssig, nachvollziehbar und vollständig zu sein, so wie die entsprechenden Quellen zu nennen. Denn die Schlussfolgerungen des Experten sollen stets überprüfbar sein.¹¹²⁹ Offengebliebene Fragen, Zweifel und Vorbehalte, welche etwa eine Zuschreibung erschweren oder verunmöglichen, sind offenzulegen.¹¹³⁰ Hierzu gehören auch verbleibende Provenienzzunklarheiten.¹¹³¹ Zu guter Letzt hat der Sachverständige die Expertise fristgerecht abzuliefern.¹¹³²

Im Hinblick auf die stetige Entwicklung der Untersuchungsmethoden in den letzten Jahrzehnten ist bei jeder Expertise schliesslich ihre Vorläufigkeit zu beachten, wobei sie nie ein Dauererzeugnis sein kann. Diese Momenthaftigkeit resultiert daraus, dass sich die im Bereich der Kunstwissenschaft anerkannten stilkritischen, kunsthistorischen und naturwissenschaftlichen Methoden fortlaufend verbessern.¹¹³³ Selbst das sorgfältige Urteil eines erfahrenen Kunstsachverständigen kann sich schon bald durch neue Erkenntnisse als Fehldiagnose herausstellen.¹¹³⁴ Auf diesen Umstand ist der Auftraggeber schliesslich hinzuweisen.

1.5 Checkliste für die sorgfältige Erstellung einer Kunstexpertise

Zusammenfassend lassen sich die Sorgfalts-, Treue- sowie allgemeinen Pflichten eines Kunstsachverständigen bei der Erstellung einer Kunstexpertise im Sinne einer Checkliste wie folgt definieren:

- Eigenständige und selbstkritische Beurteilung des Kunstsachverständigen, ob das Auftragsverhältnis mit der entsprechenden Aufgabenstellung aufgrund seiner Fachkenntnisse, seiner Unabhängigkeit und seiner zeitlichen Ressourcen eingegangen werden kann.
- Vollständige Aufklärung des Auftraggebers über den Ablauf und Inhalt der Begutachtung des Kunstobjekts, über anfallende Kosten der Begutachtung sowie über den allfälligen Einbezug eines Dritten. Grundsätzlich besteht die Pflicht zur persönlichen und unabhängigen Auftragsausführung durch den Kunstsachverständigen. Der Beizug von Hilfspersonen für untergeordnete Arbeiten ist zulässig.

¹¹²⁸ VON BRÜHL, S. 139.

¹¹²⁹ HÜRLIMANN, Architekt, N 1474.

¹¹³⁰ So werden Expertisen dann bedenklich, wenn das Papier des Gutachters mit gelehrsamem Aufwand Fakten und begründete Zweifel verdeckt (vgl. dazu HERCHENRÖDER, S. 288).

¹¹³¹ Vgl. VON BRÜHL, S. 138; GERLACH, S. 48; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 188. Zur Thematik der sog. *anonymen Unikate* vgl. WREDE, S. 38 f.

¹¹³² HÜRLIMANN, Architekt, N 1473.

¹¹³³ SCHREMBBS, S. 137.

¹¹³⁴ Vgl. HERCHENRÖDER, S. 300; GERLACH, S. 48; THOMSEN, S. 34.

- Visuelle und persönliche Begutachtung des entsprechenden Kunstobjekts im Original nach Material, Technik, Zustand sowie stilistischen Eigenschaften. Eine Beurteilung, welche lediglich auf einer mündlichen Beschreibung oder auf einer Fotografie des Kunstobjektes basiert, ist grundsätzlich nicht ausreichend.
- Sorgfältige und pflichtgemäße Beurteilung, welche Untersuchungsmethoden im konkreten Fall und im Hinblick auf die Aufgabenstellung angezeigt sind. Unabdingbar sind grundsätzlich eine Zustandsbeurteilung, eine stilkritische Untersuchung sowie die Abklärung der Provenienz des Kunstobjektes. Bei Zweifeln, bspw. an der Echtheit eines Gemäldes oder deren Herkunft, hat der Kunstsachverständige weitere (insb. naturwissenschaftliche) Untersuchungen anzuordnen. Hierbei ist ein besonderes Augenmerk auf den späteren Verwendungszweck der Expertise und die Relation zwischen den Untersuchungskosten und dem möglichen Wert des Kunstobjektes zu legen. Je nach vertraglicher Vereinbarung mit dem Auftraggeber ist bei diesem für weitere (naturwissenschaftliche) Untersuchungen oder beim Einbezug Dritter die Zustimmung einzuholen.
- Sämtliche Untersuchungen und Beurteilungen des Kunstobjektes hat der Kunstsachverständige unter Nutzung aller verfügbaren Erkenntnisquellen und auf dem neusten Stand von Wissenschaft und Forschung (*lege artis*) vorzunehmen.
- Das zu begutachtende Kunstobjekt ist mit höchster Sorgfalt zu behandeln, so dass es keinerlei Schaden nimmt. In diesem Zusammenhang hat der Kunstsachverständige unter Umständen sicherzustellen, dass der Auftraggeber oder er selber über eine entsprechende Versicherung mit Deckung verfügt.
- Der Kunstsachverständige hat die Diskretions- und Geheimhaltungspflichten über den Inhalt des Auftrags und den Auftraggeber einzuhalten.
- Exakte Beschreibung des untersuchten Kunstobjektes in der Expertise (bspw. Künstlername, Lebensdaten, Maltechnik, Rahmung etc.), Nennung Name und Titel des Kunstsachverständigen und des Auftraggebers, eine sachliche Beschreibung der Darstellung und Farbgebung des Kunstobjekts.
- Exakte Beschreibung der vorgenommenen Untersuchungen, der Arbeitsmethode, der verwendeten Quellen und des Resultats. In der Expertise ist schlüssig und verständlich aufzuzeigen, aufgrund welcher Faktoren und Bewertungen der Kunstsachverständige zum jeweiligen Resultat gelangt ist. Zweifel jeglicher Art, sei dies bspw. an der Echtheit eines Kunstobjekts oder deren Herkunft, sind im Gutachten anzumerken.
- Die Expertise ist in der vereinbarten Form und Sprache sowie innert des vereinbarten Zeitraums dem Auftraggeber auszuhändigen.

2. Voraussetzungen für eine vertragliche Haftung des Kunstsachverständigen

2.1 Ausgangslage

In einem ersten Schritt ist in der vorliegenden Arbeit auf die Fallkonstellation eines klassischen vertraglichen Zweiparteienverhältnisses einzugehen. Die Haftung des Kunstexperten als Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber, bspw. als Besitzer oder Eigentümer eines Gemäldes. Der Kunstgutachter erarbeitet eine fehlerhafte Kunstexpertise und schädigt dadurch den Auftraggeber. Hierfür sind zahlreiche Sachverhalte denkbar. So kann die Fehlerhaftigkeit etwa in einer objektiv falschen Zuschreibung oder in einer unzutreffenden Datierung liegen.¹¹³⁵ Ferner wenn es der Gutachter unterlässt, notwendige naturwissenschaftliche Untersuchungen anzuordnen und er aufgrund dessen nicht erkennen konnte, dass es sich bei dem fraglichen Gemälde um eine Fälschung handelt. Die Kunstexpertise ist folglich auch objektiv fehlerhaft, wenn ihr falsche oder gar keine Untersuchungs- und Analysemethoden zugrunde gelegt werden.

Als dann wenn der Kunstgutachter die grosse Nachfrage nach einem Künstler nicht erkennt und er daher das Gemälde wertmässig zu tief einschätzt. So kann ein Gutachten auch fehlerhaft sein, wenn bestehende Tatsachen durch den Kunstsachverständigen nicht berücksichtigt oder aus diesen und weiter zu ermittelnden Tatsachen falsche Rückschlüsse gezogen wurden.¹¹³⁶ Schliesslich wenn die Expertise fälschlicherweise von einem weniger bedeutenden Künstler ausgeht bzw. das Werk einem bedeutenden Künstler fälschlicherweise nicht zuschreibt.¹¹³⁷

Bevor nun aber allfällige Haftungsansprüche (und deren Voraussetzungen) des Auftraggebers gegenüber dem Kunstsachverständigen geprüft werden können, gilt es in einem nächsten Schritt das anwendbare Recht zu eruieren. Der Erarbeitung einer Kunstexpertise liegt nämlich nicht selten ein internationaler Sachverhalt zu Grunde.

2.2 Anwendbares Recht

Damit die Prüfung des anwendbaren Rechts überhaupt notwendig wird, ist ein privatrechtliches Verhältnis mit internationalem Bezug vorausgesetzt. Dies setzt eine über den schweizerischen Rechtsraum hinausreichende Beziehung voraus. Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des massgeblichen Rechtsverhältnisses zu prüfen, ob ein genügender Auslandsbezug vorliegt.¹¹³⁸ Ein sog. internationaler Sachverhalt liegt

¹¹³⁵ HÄRET, S. 219; SCHREMBS, S. 131 ff.

¹¹³⁶ HÄRET, S. 219; SCHREMBS, S. 131 ff.

¹¹³⁷ SCHREMBS, S. 155.

¹¹³⁸ KOSTKIEWICZ, Art. 1 N 1.

etwa dann vor, wenn der Gutachter und der Auftraggeber nicht im selben Land wohnhaft sind bzw. ihren Sitz haben.¹¹³⁹

Grundsätzlich untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 Abs. 2 IPRG). Dabei muss die Rechtswahl ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder den Umständen ergeben (Abs. 2). Die Rechtswahl hat dabei zur Folge, dass sowohl die dispositiven als auch die zwingenden Normen der gewählten Rechtsordnung zur Anwendung gelangen.¹¹⁴⁰ Gerade in vorformulierten bzw. standardisierten Gutachterverträgen findet sich häufig eine Rechtswahlklausel, welche das Recht des Landes des Gutachters bzw. der entsprechenden Institution für das anwendbare Recht erklärt.

Würde keine Rechtswahl vereinbart, gilt für den Gutachtervertrag als Dienstleistungsvertrag das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen muss. Beim einfachen Auftrag, sei dieser entgeltlich oder unentgeltlich, erbringt der Beauftragte die charakteristische Leistung.¹¹⁴¹ Im konkreten Fall handelt es sich folglich um das Recht des Staates, in welchem der Gutachter seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. seine Geschäftsniederlassung hat (vgl. Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG).¹¹⁴²

Für den Fall, dass durch eine unerlaubte Handlung das Vertragsverhältnis zwischen dem Gutachter und seinem Auftraggeber verletzt wird, sieht das Gesetz vor, dass die unerlaubte Handlung dem Recht untersteht, welches für den Vertrag gilt (Art. 133 Abs. 3 IPRG).¹¹⁴³

2.3 Haftungsvoraussetzungen nach schweizerischem Recht

2.3.1. Vertragsverletzung

Für die Frage einer allfälligen Haftung des Kunstsachverständigen gilt es in einem ersten Schritt zu prüfen, ob dieser im Rahmen seiner Auftragserfüllung eine Vertragsverletzung begangen hat. Bei einer Vertragsverletzung erbringt der Kunstsachverständige die vertragliche Leistung nicht, zu spät oder sonst in ungenügender Masse. Mit anderen Wor-

¹¹³⁹ Vgl. BGE 137 III 481 E. 1; BGE 135 III 185 E. 3.1; BGE 134 III 475 E. 4; für die Definition eines privatrechtlichen Verhältnisses mit internationalem Bezug vgl. insb. KOSTKIEWICZ, Art. 1 N 1 ff. und KOSTKIEWICZ, IPRG, S. 135 ff. m.w.H.

¹¹⁴⁰ KOSTKIEWICZ, Art. 116 N 5.

¹¹⁴¹ Vgl. KOSTKIEWICZ, Art. 117 N 17; BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG/GOHARI, Art. 117 N 34; BGer 5A_947/2013 vom 02.04.2014 E. 3.4; BGer 4A_336/2011 vom 30.11.2011 E. 2.1.

¹¹⁴² KKR-RENOUD, 2020, Kap. 8 N 117. Würde man den Gutachtervertrag als Werkvertrag qualifizieren, würde dies am anwendbaren Recht nichts ändern (vgl. KOSTKIEWICZ, Art. 117 N 21 und BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG/GOHARI, Art. 117 N 33).

¹¹⁴³ Vgl. für Ansprüche aus unerlaubter Handlung innerhalb der EU die kollisionsrechtliche Regelung in der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.07.2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Exkurs dazu in KOSTKIEWICZ, Art. 133 N 10).

ten liegt eine Leistungsstörung vor. Bleibt der Kunstsachverständige untätig, hat der Auftraggeber das Recht, auf Erfüllung sowie Schadenersatz zu klagen, den Auftrag i.S.v. Art. 404 OR zu widerrufen oder vom Auftragsverhältnis gemäss Art. 107–109 OR zurückzutreten.¹¹⁴⁴ Im Falle einer verspäteten Erfüllung durch den Kunstsachverständigen sind die Verzugsregeln des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts anwendbar (Art. 102 ff. OR).¹¹⁴⁵ Auf die Leistungsstörungen der *Nichterfüllung* und des *Verzugs* wird in der vorliegenden Arbeit nicht weiter eingegangen. Vielmehr interessieren die Rechtsfolgen einer mangelhaften Erfüllung des Gutachterauftrags durch den Kunstsachverständigen.

Wird der Vertrag erfüllt, jedoch nicht in der entsprechenden Qualität, spricht man von einer Schlechterfüllung, welche in der Praxis zumeist – aber nicht notwendigerweise – in einer fehlerhaften Kunstexpertise resultiert. Dabei ist unter anderem zu prüfen, ob die fehlerhafte Kunstexpertise auf eine mangelnde Sorgfalt des Kunstsachverständigen zurückzuführen ist. Zu den Fällen der Schlechterfüllung sind freilich nicht nur die unsorgfältige Tätigkeit des Kunstsachverständigen zu zählen.¹¹⁴⁶ Daneben kommen insbesondere das ungerechtfertigte Abweichen von Weisungen bzw. Unterlassen einer gebotenen Abmahnung, die Verletzung der Pflicht zur persönlichen Ausführung sowie jede sonstige Schädigung des Auftraggebers im Zuge der Auftragsausführung (sog. Begleitschaden¹¹⁴⁷) in Betracht.¹¹⁴⁸ Es handelt sich hierbei um Pflichtverletzungen, welche letztlich als nichtgehörige Erfüllung zu qualifizieren sind.¹¹⁴⁹

Im Rahmen des Kunstgutachtervertrags steht zweifellos die nichtgehörige Erfüllung zufolge einer Sorgfaltspflichtverletzung im Vordergrund. Die fehlerhafte Expertise gründet zumeist in einer Verletzung dieser vertraglichen Hauptpflicht. Der Kunstsachverständige schuldet dem Auftraggeber die getreue und sorgfältige Erledigung des übertragenen Geschäfts. Verletzt der Kunstsachverständige seine Sorgfaltspflicht, hat er dem Auftraggeber in der Folge unter Umständen Ersatz für den aufgrund der Verletzung erlittenen Schaden im Sinne von Art. 398 OR zu leisten. Eine unsorgfältige oder treuwidrige Erfüllung, die den Auftraggeber schädigt, kann den Beauftragten folglich zum Schadenersatz verpflichten.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁴ Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 19; DERENDINGER, S. 70 f.; WERRO, mandat, N 623.

¹¹⁴⁵ Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 20; DERENDINGER, S. 75 f.

¹¹⁴⁶ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 21.

¹¹⁴⁷ Bei einem *Begleitschaden* handelt es sich um einen Schaden, welcher sich weder als Nichterfüllungsschaden noch als Verzögerungsschaden qualifiziert, das schädigende Verhalten ist erfolgsneutral (vgl. dazu DERENDINGER, S. 81).

¹¹⁴⁸ BOOG/ESCHMET, S. 252.

¹¹⁴⁹ FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 331.

¹¹⁵⁰ Vgl. WIEGAND, recht, S. 138 und S. 140; SCHUMACHER, S. 136; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 45.

Die einzelnen (Sorgfalts-)Pflichtelemente eines Kunstsachverständigen bei der Erarbeitung einer Kunstexpertise wurden auf den S. 122 ff. ausführlich dargelegt, weshalb grundsätzlich dorthin verwiesen werden kann. Es ist dabei primär auf den Einzelfall und insbesondere auf die vertragliche Vereinbarung abzustellen und schrittweise zu prüfen, ob der Kunstsachverständige seinen vertraglichen (Sorgfalts-)Pflichten nachgekommen ist. Denn jede Vertragsverletzung des Kunstsachverständigen beurteilt sich nach Art und Umfang der für das konkrete Vertragsverhältnis geltenden Pflichten. Im Streitfall ist folglich vorerst der Inhalt des betreffenden Auftrags zu ermitteln.¹¹⁵¹ Darauffolgend sind die auf den S. 153 ff. aufgestellten Pflichtelemente in Form einer «Checkliste» abzuarbeiten um anschliessend beurteilen zu können, ob der Kunstsachverständige seine vertraglichen Pflichten verletzt hat.

Der Massstab der Sorgfalt wird dabei in Stufen festgelegt. Beginnend mit der nach objektiven Kriterien zu bestimmenden Sorgfalt eines gewissenhaften Beauftragten, gesteigert durch die höheren Anforderungen an einen entgeltlich, berufsmässig und spezialisierten Gutachter, wird der Sorgfaltsmassstab im Hinblick auf die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die Art des Auftrags verfeinert und schliesslich durch berufstypische Verhaltensregeln und Usancen ergänzt.¹¹⁵² Den berufsethischen Normen kommt im Kunsthandel, im Galerie-, Restaurations- und Auktionswesen folglich bedeutende Wirkung zu. Die Verhaltensanordnungen können dabei als Massstab für die Festlegung des zu erwartenden Standards bezüglich der geforderten Sorgfalt herangezogen werden.¹¹⁵³

Der Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung darf jedoch nicht so verstanden werden, dass darunter jede Handlung und Unterlassung zu subsumieren ist, die aus nachträglicher Sicht den Schaden bewirkt hat oder vermieden hätte. Dem Kunstsachverständigen bleibt bei seiner Tätigkeit grundsätzlich ein Entscheidungsspielraum offen, der eine Auswahl unter den in Betracht fallenden Möglichkeiten zulässt. So haftet er unter Umständen dann nicht, wenn er bei seiner Beurteilung *ex post* nicht die optimale, aber eine nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand, also den Regeln der Kunst, vertretbare Lösung gewählt hat.¹¹⁵⁴

Für die (behauptete) Pflichtverletzung ist der Auftraggeber i.S.v. Art. 8 ZGB beweispflichtig.¹¹⁵⁵ Dabei obliegt dem Auftraggeber eine doppelte Beweislast. Zunächst hat der Auftraggeber die Existenz der (angeblich verletzten) vertraglichen Pflicht zu beweisen. Also den Beweis der Entstehung der entsprechenden Pflicht durch Vertragsschluss. In zweiter Linie obliegt es dem Auftraggeber, die Verletzung der (nachgewiesenen, d.h. vertraglich begründeten) Pflicht zu belegen.¹¹⁵⁶ Dies hat zumeist durch den direkten Be-

¹¹⁵¹ SCHUMACHER, S. 136.

¹¹⁵² Vgl. BGE 115 II 62; BGE 115 II 262.

¹¹⁵³ Vgl. hierzu S. 141 ff; MICHOR, S. 179; KR-FISCHER, 2013, S. 98.

¹¹⁵⁴ Für die Sorgfaltspflicht des Architekten vgl. SCHUMACHER, S. 158; für die ärztliche Sorgfaltspflicht vgl. BGE 120 Ib 413 E. 4a.

¹¹⁵⁵ Vgl. WIEGAND, recht, S. 140; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 22 und 444; SCHUMACHER, S. 136.

weis zu geschehen, etwa durch den Nachweis der Verletzung einer Regel der Kunst, mit- hin also der Verletzung der Sorgfaltspflicht.¹¹⁵⁷

Gelingt es dem Auftraggeber die Existenz der (Sorgfalts-)Pflicht wie auch deren Verlet- zung nachzuweisen, gilt es in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob dem Auftraggeber ein Schaden im rechtlichen Sinne entstanden ist.¹¹⁵⁸

2.3.2. Schaden

a) Begriffsdefinition

Damit eine Schadenersatzforderung rechtlich Bestand haben kann, ist das Vorliegen eines rechtlich relevanten Schadens vorausgesetzt.¹¹⁵⁹ Der Schaden definiert sich als un- freiwillige Vermögensverminderung, die in der *Verminderung der Aktiven*, *Vermehrung der Passiven* oder im *entgangenen Gewinn* bestehen kann. Die Vermögensminderung entspricht dabei der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.¹¹⁶⁰

Was unter einer *Verminderung der Aktiven* und einer *Vermehrung der Passiven* zu verste- hen ist, ergibt sich hierbei bereits aus dem Wortlaut. Es ist dabei zu untersuchen, welche Aktiven weggefallen oder sich vermindert haben und/oder welche Passiven entstanden oder angewachsen sind.¹¹⁶¹ Der *entgangene Gewinn* ist die Gesamtsumme, um welche sich das Vermögen des Auftraggebers infolge der Vertragsverletzung nicht vermehrt hat. Er umfasst somit die geldwerten Vorteile, die der Auftraggeber aus der rechtzeitigen und vollständig erbrachten Leistung hätte ziehen können und gezogen hätte.¹¹⁶²

Entstandene Schäden können nach diversen Kriterien in unterschiedliche Kategorien ein- geteilt werden.¹¹⁶³ Im Zusammenhang mit der Ausarbeitung einer Kunstexpertise interes- sieren primär zwei Schadensarten, namentlich der *Sachschaden* sowie der *reine Ver- mögensschaden*. Der *Sachschaden* definiert sich dabei als Beschädigung, Zerstörung oder Verlust einer Sache.¹¹⁶⁴ Von einem *reinen Vermögensschaden* ist im Sinne einer ne-

¹¹⁵⁶ SCHUMACHER, S. 137.

¹¹⁵⁷ Unter gegebenen Umständen soll teilweise auch der Anscheinsbeweis genügen, um eine Pflichtverletzung zu beweisen, vgl. hierzu FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 449 ff.; SCHU- MACHER, S. 137; SCHUMACHER, Beweisproblematik, S. 157 ff.; vgl. bspw. auch BGE 120 II 248.

¹¹⁵⁸ WEBER, AJP, S. 185.

¹¹⁵⁹ FACINCANI/SUTTER, S. 213.

¹¹⁶⁰ BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38.

¹¹⁶¹ HANDSCHIN, S. 689 m.w.H.

¹¹⁶² LÜCHINGER, S. 54 ff.

¹¹⁶³ SCHÖNENBERGER, S. 4; wobei die Einteilung in verschiedene Schadenskategorien in der Vertragshaftung eine untergeordnete Rolle spielt, da grundsätzlich für jede Art von Schaden gehaftet wird (vgl. dazu SCHUMACHER, S. 171).

¹¹⁶⁴ Die Wertminderung ohne Substanzbeeinträchtigung, bspw. die Entwertung eines Objektes durch die Inverkehrbringung von Duplikaten, hat das Bundesgericht als reinen Vermögens- schaden qualifiziert (BGE 118 II 342; a.M. FUHRER, S. 85 f.).

gativen Definition dann auszugehen, wenn weder ein Sachschaden noch ein Personenschaden (Tötung oder Körperverletzung eines Menschen) vorliegen.¹¹⁶⁵

b) Sachschaden

Etwa im Rahmen einer materiellen Befundsicherung ist der Experte darauf angewiesen, das fragliche Gemälde zu bewegen um es aus verschiedenen Blickwinkeln (Vorder- und Rückseite) begutachten zu können.¹¹⁶⁶ Durch diesen Umgang mit Kunstwerken besteht die Gefahr einer Beschädigung oder gar Zerstörung des Objekts.¹¹⁶⁷ Gleiches gilt, wenn das Gemälde zum Kunstsachverständigen verbracht wird und bei diesem die konservatorischen Vorgaben betreffend Licht oder Temperatur nicht eingehalten werden und das Gemälde dadurch geschädigt wird.¹¹⁶⁸ Schliesslich können auch Beschädigungen am Gemälde durch Feuer, Wasser oder Ungezieferbefall eintreten.¹¹⁶⁹ Freilich sollte sich ein Kunstsachverständiger derartiger Schädigungsmöglichkeiten bewusst sein. Trotzdem lassen sich auch bei einem Fachmann Beschädigungen am Gemälde nicht in jedem Fall verhindern.

Im Rahmen der Treuepflicht des Kunstsachverständigen bestehen Obhut- und Schutzpflichten, welche ihn dazu verpflichten, die Integritätsinteressen und die Rechtsgüter des Auftraggebers nicht zu beeinträchtigen.¹¹⁷⁰ Die Rechtsgüter des Auftraggebers sind mit höchster Sorgfalt zu behandeln.¹¹⁷¹ Beschädigt oder zerstört nun der Kunstgutachter das Gemälde des Auftraggebers, so begeht er eine Vertragsverletzung und wird für den entstandenen Sachschaden entsprechend ersatzpflichtig.¹¹⁷²

Der rechtliche Schaden des Auftraggebers bei einer Beschädigung des Gemäldes besteht dabei gewöhnlich in dessen Wertminderung und/oder den anfallenden Restaurationskosten.¹¹⁷³ Bei Beschädigung oder Zerstörung des Kunstobjektes ist hinsichtlich der Scha-

¹¹⁶⁵ SCHÖNENBERGER, S. 4.

¹¹⁶⁶ Der Transport eines Gemäldes zum Kunstsachverständigen wird meist durch eine spezialisierte Spedition durchgeführt, welche für allfällige Transportschäden aufzukommen hat bzw. über eine entsprechende Transportversicherung verfügt (vgl. KR-SCHEIFELE, 2013, S. 104 und MÜLLER, Leitfaden, S. 177; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 514).

¹¹⁶⁷ HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 515.

¹¹⁶⁸ KR-SCHEIFELE, 2013, S. 104; MÜLLER, Leitfaden, S. 177.

¹¹⁶⁹ Vgl. HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 514.

¹¹⁷⁰ WEBER, FS Giger, S. 742 ff.; BSK ORI-OSEER/WEBER, Art. 398 N9.

¹¹⁷¹ Hier würde neben der vertraglichen Haftung grundsätzlich auch eine ausservertragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR greifen, da mit der Eigentumsverletzung gleichzeitig die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit zu bejahen wäre. Die vertragliche Haftung ist jedoch für den Auftraggeber als Eigentümer vorteilhafter, da das Verschulden in diesem Fall vermutet wird und auch die Verjährungsfrist länger ist.

¹¹⁷² Freilich müssen die weiteren Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Kausalität, Verschulden) vorliegen.

¹¹⁷³ Anstelle vieler vgl. BGE 84 II 158. Wenn der Auftraggeber kurz vor dem Verkauf des beschädigten Gemäldes stand und der Käufer aufgrund der Beschädigung am Gemälde vom Kauf abieht, wäre u.U. noch zu prüfen, ob ein entgangener Gewinn als Schaden geltend gemacht werden könnte (vgl. hierzu LÜCHINGER, S. 54 ff).

denshöhe vom objektiven Wert, folglich vom Verkehrswert auszugehen.¹¹⁷⁴ Zur Feststellung der Wertminderung bzw. des objektiven Wertes wird es in der Regel notwendig sein, einen weiteren Sachverständigen mit dieser Aufgabe zu betrauen. Diese Beurteilung kann mangels Objektivität freilich nicht vom schadensverursachenden Sachverständigen selber vorgenommen werden.¹¹⁷⁵

Verfügen der Auftraggeber und/oder der Sachverständige über eine entsprechende Versicherung und ist diese verpflichtet für den Schaden aufzukommen, so wird möglicherweise eine Selbstbeteiligung fällig, welche sodann vom Kunstsachverständigen im Rahmen des Schadensausgleichs zu übernehmen wäre.¹¹⁷⁶ Lehnt die Versicherung die Schadensübernahme berechtigterweise ab, so ist es wiederum am Sachverständigen, für den von ihm verursachten Sachschaden aufzukommen.¹¹⁷⁷

c) Reiner Vermögensschaden

Die Fehlerhaftigkeit einer Kunstexpertise bzw. die Vertragsverletzung des Kunstsachverständigen bewirkt für sich alleine nicht bereits eine vermögensrechtliche Schädigung. In der Praxis kann die fehlerhafte Expertise aber auf unterschiedliche Weise zu Vermögensschäden beim Auftraggeber führen. Wenn sich etwa nach einem Verkauf herausstellen sollte, dass es sich beim veräußerten Gemälde – entgegen der Expertenmeinung – doch um ein Original gehandelt hat und das Werk entsprechend deutlich unter seinem Wert verkauft worden ist.¹¹⁷⁸ Hält der Gutachter demgegenüber ein echtes Bild für eine Fälschung, so entsteht ein vermögensrechtlicher Schaden, weil das Bild zumeist nicht mehr verkauft oder versteigert werden kann.¹¹⁷⁹ Ferner wenn ein vermeintlich echtes Gemälde zu einem Preis angekauft wurde, der für eine Fälschung nicht bezahlt worden wäre.¹¹⁸⁰ Schliesslich liegt etwa dann eine Vermögensschädigung vor, wenn in der Erbteilung ein

¹¹⁷⁴ Anstelle vieler BGE 127 II 73; BSK ORI-KESSLER, Art. 41 N 12; zum Affektionswert vgl. BGE 87 II 290.

¹¹⁷⁵ War das Gemälde entsprechend versichert, so kümmert sich unter Umständen die Versicherung um die Feststellung des Verkehrswerts, indem sie einen Kunstsachverständigen mit dieser Aufgabe betraut.

¹¹⁷⁶ PFEFFER/ELLERDORFER weisen darauf hin, dass wenn sich ein Kunstwerk längere Zeit an einem bestimmten Ort befinde, sei es für eine Ausstellung oder Restauration, dann sollte für die Dauer des Aufenthalts eine Sachversicherung speziell für das Kunstwerk abgeschlossen werden (vgl. dazu HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERDORF, S. 514).

¹¹⁷⁷ Grundsätzlich ist jeder Schaden vom Versicherer zu ersetzen, der durch die Verwirklichung der Gefahr in Bezug auf die versicherte Beziehung entstanden ist. Die Schäden können dabei entweder in Substanzschäden, bei der die Sache beschädigt oder zerstört wird oder in Entziehungsschäden, wobei die Sache unversehrt bleibt, aber die Beziehung des Versicherungsnehmers zur Sache gestört wird, eingeteilt werden (vgl. HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERDORFER, S. 516 und KKR-RENOLD, 2009, Kap. 8 N 100 ff.).

¹¹⁷⁸ Freilich vorausgesetzt ist hierbei, dass die falsche Auskunft auf einer Sorgfaltspflichtverletzung des Experten beruht. Wenn er etwa das Gemälde nicht persönlich begutachtet oder es unterlassen hat, in casu wichtige Untersuchungen anzuordnen.

¹¹⁷⁹ HONSELL, S. 340.

¹¹⁸⁰ GERLACH, S. 55.

Erbe aufgrund der unsachgemässen Schätzung eines Gemäldes bei der Verteilung des Nachlassvermögens benachteiligt wird.¹¹⁸¹

In den genannten Fällen erleidet der Auftraggeber einen Vermögensschaden in Form eines entgangenen Gewinns, einer Verminderung der Aktiven oder einer Vermehrung der Passiven. Sämtliche gemachten Beispiele haben gemein, dass sie ausschliesslich reine Vermögensschaden verursachen. Also Schäden, die dadurch entstehen, dass eine Person auf die (fehlerhafte) Expertise des Kunstsachverständigen vertraut, dadurch eine Vermögensdisposition tätigt oder unterlässt und in der Folge einen Vermögensnachteil erleidet.¹¹⁸²

Für eine Vermögensschädigung des Auftraggebers, oftmals als Eigentümer des Gemäldes, bedarf es freilich nicht zwingend einer bewussten Vermögensdisposition durch diesen. Ein Gemälde, welches durch eine Expertise als authentisch befunden wird, erhöht unmittelbar das Vermögen seines Eigentümers.¹¹⁸³ Dieser Umstand kommt insbesondere bei den Versicherungsprämien oder der Steuerbelastung zu tragen.¹¹⁸⁴ Aufgrund der – fälschlicherweise – zu hohen Bewertung des Gemäldes hat der Auftraggeber als Eigentümer unter Umständen jahrelang zu hohe Versicherungsbeiträge und/oder Steuern bezahlt.¹¹⁸⁵ Wurde das Gemälde wertmässig versehentlich zu tief eingeschätzt, so ist nachgängig womöglich eine zu verzinsende Nachsteuer oder gar eine Strafsteuer fällig. Es handelt sich im Ergebnis um Kosten, welche ohne Vorliegen der fehlerhaften Kunstexpertise nicht in gleicher Höhe angefallen wären. Mit der Eingangs dargestellten Differenz-Formel wird in einem ersten Schritt folglich festgestellt, ob überhaupt ein Schaden im rechtlichen Sinne eingetreten ist.

Es obliegt hierbei gemäss Art. 8 ZGB dem Geschädigten den erlittenen Schaden in substantiiertes Weise geltend zu machen. Die Beweispflicht umfasst sowohl die Existenz wie auch die ziffernmässige Höhe des Schadens.¹¹⁸⁶ Von einer konkreten Schadensberechnung kann nur dann gesprochen werden, wenn bestimmte Schadensereignisse oder ge-

¹¹⁸¹ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 61; vgl. auch MÜLLER, Leitfaden, S. 177 ff. und ARTER/PLUTSCHOW, S. 87 ff.

¹¹⁸² MICHOR, S. 181; FELLMANN/KOTTMANN, N 267 ff.

¹¹⁸³ SCHREMBIS, S. 119.

¹¹⁸⁴ So ist bei den Steuern im Kanton Basel-Stadt der Versicherungswert oder ein durch Schätzung/Gutachten ermittelter Wert massgebend für die Bewertung von Kunst (vgl. Ziff. 835 der Wegleitung zur Steuererklärung 2022, Kanton Basel-Stadt).

¹¹⁸⁵ So wird ein Gemälde nach seinem Verkehrswert besteuert, wobei sein Ertragswert angemessen berücksichtigt werden kann (Art. 14 Abs. 1 StHG; vgl. zur Ermittlung des Verkehrswerts eines Kunstobjektes und zur Abgrenzung vom steuerfreien Hausrat SCHMIDT-GABAIN, Vermögenssteuerrecht, S. 96 ff.; METZ, S. 658; KR-JUNG, 2012, S. 16 ff.). Im Kanton Basel-Stadt zählen Kunstwerke nicht zum steuerfreien Hausrat oder zu den persönlichen Gebrauchsgegenständen, wenn deren Wert das gemeinhin übliche deutlich übersteigt (vgl. § 57 Abs. 3 StV BS; zur Bewertung von Kunst im Kanton Basel-Stadt vgl. Fn 1194 hiernach).

¹¹⁸⁶ BSK ORI-WIEGAND, Art. 97 N 60.

wisse gewinnbringende Ereignisse, die durch das schädigende Verhalten verunmöglicht werden, nachgewiesen sind.¹¹⁸⁷

Veräussert der Auftraggeber sein Gemälde zu einem deutlich tieferen Preis, da er aufgrund einer Kunstexpertise davon ausgehen musste, es handle sich um kein Original, entgeht ihm ein Gewinn, welcher ansonsten hätte erzielt werden können. Hierbei hat der geschädigte Auftraggeber präzise darzulegen und nachzuweisen, welchen Nettogewinn er aus den fraglichen Geschäften erzielt hätte.¹¹⁸⁸ Also welchen Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.¹¹⁸⁹ Bei bekannten Künstlern fällt die Erbringung dieses Beweises freilich einfacher als bei eher unbekanntem Künstlern. Für erstere besteht nicht selten ein ungefährer Marktpreis, welcher auch durch einen Vergleich mit anderen verkauften Bildern des identischen Künstlers eruiert werden kann.

Wäre das Gemälde an einer Auktion verkauft worden, so wäre für die Berechnung des Schadens entscheidend, welcher Preis an dieser Auktion hätte erzielt werden können.¹¹⁹⁰ In einem gerichtlichen Prozess wird es in derartigen Fällen, insbesondere bei unbekanntem Künstlern, in der Regel unumgänglich sein, ein neuerliches Gutachten in Auftrag zu geben. Der Auftraggeber ist hierbei im Falle eines Prozesses gut beraten, bereits zu Beginn ein gerichtliches Gutachten zu beantragen und nicht etwa selbstständig ein neues Parteigutachten zu veranlassen.¹¹⁹¹ Es gilt hierbei zu bedenken, dass dem gerichtlichen Gutachten im Zivilprozess in der Regel ein deutlich höherer Beweiswert zukommt und sich die Kosten für ein gerichtliches und privates Gutachten in etwa die Waage halten.¹¹⁹² Im Falle des Obsiegens des Auftraggebers, wären die Kosten für die gerichtliche Beweiserhebung zudem durch den schadensverursachenden Sachverständigen, also den Auftragnehmer, im Rahmen der Prozesskosten zu tragen.¹¹⁹³

Wird ein Gemälde durch ein Gutachten wertmässig zu hoch eingeschätzt, so besteht der Schaden des Auftraggebers als Eigentümer bspw. in den zu hohen Versicherungsprä-

¹¹⁸⁷ BGE 89 II 214; BGer 4A_144/2009 vom 06.10.2009 E. 3.

¹¹⁸⁸ BSK ORI-KESSLER, Art. 42 N 3.

¹¹⁸⁹ LÜCHINGER, S. 55.

¹¹⁹⁰ BGE 112 II 347 E. 3.

¹¹⁹¹ Vgl. zur Prozessführung im Hinblick auf Expertisen in kunstrechtlichen Verfahren die Ausführungen in SKK Kultur-MOSIMANN, S. 24 ff.

¹¹⁹² Es gilt weiter zu beachten, dass für Kunstwerke nur eine beschränkte Anzahl von Sachverständigen vorhanden sind. Der Sachverständige, welcher für eine Partei bereits ein Privatgutachten erstellt hat, kann in einem Gerichtsverfahren nicht mehr zur Verfügung stehen (vgl. KÜNZLE, S. 65 und EBLING/SCHULZE, S. 287).

¹¹⁹³ Für die Geltendmachung der Kosten eines Privatgutachtens im Rahmen der Parteientschädigung vgl. die Ausführungen auf S. 81 f. sowie BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 17; SUTTER, S. 398 ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 33 m.w.H.; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, S. 983; B/McK ZPO-KUSTER, Art. 95 N 10; BeKom ZPO-STERCHI, Art. 95 N 11.

mien, Steuern oder den Kosten für Sicherungsmassnahmen.¹¹⁹⁴ Gleiches gilt für die falsche Echtheitsbestätigung, da diese in der Regel indirekt wiederum zu einem höheren Wert des fraglichen Gemäldes führt. Der Nachweis dieser Schadenspositionen dürfte relativ leicht fallen, da die entsprechenden Differenzen der Steuern und Versicherungsprämien einfach berechnet und belegt werden können.

Im Ergebnis richtet sich der Anspruch des Auftraggebers jedenfalls auf die Herbeiführung des Vermögensstandes, welcher bestünde, wenn die Vertragsverletzung nicht erfolgt, der Auftrag mithin gehörig erfüllt worden wäre.¹¹⁹⁵

d) Fehlender Schaden im rechtlichen Sinne

Denkbar sind schliesslich auch Fälle, in welchen der Auftraggeber keinen rechtlich relevanten Schaden erleidet, die Kunstexpertise jedoch trotzdem fehlerhaft ist bzw. eine Schlechterfüllung des Auftrags vorliegt. Wenn es sich etwa um eine Expertise mit einer Zustandsbeurteilung eines Gemäldes handelt, welche in der Folge keinerlei Einfluss auf den Wert des Gemäldes und somit das Vermögen des Auftraggebers zeitigt. Da der Auftraggeber hierbei keinen rechtlich relevanten Schaden erleidet, kann er gegenüber dem Gutachter einen solchen freilich auch nicht geltend machen. Gegebenenfalls kann der Auftraggeber gegenüber dem Kunstsachverständigen im gemachten Beispiel immerhin das Honorar mindern oder gesamthaft zurückfordern.

e) Minderung oder Wegfall des Honoraranspruchs

Bekanntlich besteht beim Auftragsverhältnis grundsätzlich keine Erfolgsgarantie.¹¹⁹⁶ Nebst oder anstelle der Geltendmachung des Schadenersatzes besteht unter Umständen für den Auftraggeber gleichwohl die Möglichkeit, das mit dem Kunstsachverständigen vereinbarte Honorar zu mindern.¹¹⁹⁷ So geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein Honorar nur bei korrekter und sorgfaltsgemässer Auftragsausführung geschuldet ist.¹¹⁹⁸ Mithin führt eine relevante Unsorgfalt zum Wegfall des Honoraranspruchs oder berechtigt zur Honorarreduktion, nicht nur zur Geltendmachung von Schadenersatz.¹¹⁹⁹

Im Falle der Schlechterfüllung eines Auftrags besteht somit nur für diejenige Tätigkeit einen Honoraranspruch, welche vertragskonform ausgeführt worden ist.¹²⁰⁰ Wird der

¹¹⁹⁴ Im Kanton Basel-Stadt ist für die Bewertung von Kunst der Versicherungswert massgebend oder derjenige Wert, welcher durch eine Schätzung oder durch ein Gutachten festgestellt worden ist (vgl. Ziff. 835 der Wegleitung zur Steuererklärung 2022, Kanton Basel-Stadt).

¹¹⁹⁵ DERENDINGER, S. 99.

¹¹⁹⁶ GRIEDER, S. 1511; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 527.

¹¹⁹⁷ Vgl. zur Kumulation von Schadenersatz und Honorarminderung die Ausführungen in GLOOR, S. 171 ff.; GRIEDER, S. 1509 ff. und SCHUMACHER, S. 197 ff.

¹¹⁹⁸ Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 394 N 43; HONSELL, S. 360; BGer 4A_322/2014 vom 28.11.2014 E. 3.2; BGE 108 II 198; BGE 110 II 379 ff.; BGE 124 III 423 ff.; für eine Aufzählung weitere Entscheide vgl. DERENDINGER, N 377 ff.

¹¹⁹⁹ BGer 4A_364/2013 vom 05.03.2014 E. 14.1; OFK-OR-BÜHLER, Art. 394 N 20; KAISER, S. 56; SCHUMACHER, S. 197 ff.; zur Abgrenzung von Schadenersatz und Honorarminderung vgl. ferner GRIEDER, S. 1509 ff.

Auftraggeber bereits durch eine Schadenersatzzahlung wertmässig und tatsächlich so gestellt, wie wenn der Auftrag richtig erfüllt worden wäre, so ist aber dennoch eine angemessene Vergütung geschuldet.¹²⁰¹ Denn in diesem Fall ist das Äquivalenzverhältnis durch Bezahlung des Schadenersatzes wieder hergestellt.¹²⁰² Die primäre Rechtsfolge bei einer Nicht- oder nicht richtigen Erfüllung des Auftragsverhältnisses bleibt somit die Schadenersatzpflicht. Einzig wenn der Ersatz des Schadens nicht wieder die Gleichwertigkeit der Austauschleistung herstellt oder kein vermögensrechtlicher Schaden vorliegt, kommt eine (zusätzliche) Minderung des Honorars in Frage.¹²⁰³ Ist die Gleichwertigkeit mit dem Schadensausgleich wieder hergestellt, besteht kein Grund, dem Sachverständigen das Honorar nachträglich zu kürzen.¹²⁰⁴

Bei Vorliegen einer fehlerhaften Kunstexpertise ist folglich zu prüfen, ob eine Sorgfaltpflichtverletzung vorliegt und ob diese eine gewisse Relevanz aufweist. Dabei ist nach hier vertretener Ansicht primär auf die «Brauchbarkeit» der Kunstexpertise abzustellen.¹²⁰⁵ So kann eine fehlerhafte Kunstexpertise für den Auftraggeber trotz einer Sorgfaltpflichtverletzung brauchbar sein. Etwa dann, wenn das Gutachten – richtigerweise – die Echtheit eines Gemäldes bejaht, in der Folge aber den Verkehrswert aus einem (unabhängigen) Grund unzutreffend feststellt. In diesem Fallbeispiel ist das Gutachten für den Auftraggeber insofern brauchbar, als darin die Echtheit seines Gemäldes durch einen Kunstsachverständigen richtigerweise belegt worden ist. Er kann das Gutachten im Verkehr einsetzen und potentiellen Käufern die Echtheit des Gemäldes nachweisen. Die Vergütung wäre aber zufolge der unzutreffenden Wertschätzung letztlich nach dem Äquivalenzprinzip zu kürzen, es sei denn, eine in diesem Zusammenhang möglicherweise erfolgte Schadenersatzzahlung hätte das Äquivalenzprinzip bereits wiederhergestellt. Die Vergütung muss im Ergebnis somit den geleisteten und brauchbaren Diensten entsprechen.¹²⁰⁶

2.3.3. Kausalität

a) Kausalität im Allgemeinen

Als weitere Voraussetzung für eine allfällige Haftung des Kunstsachverständigen bedarf es zwischen seiner Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden einen natürlichen und einen adäquaten Kausalzusammenhang. Die Voraussetzung der Kausalität soll die

¹²⁰⁰ Vgl. BGE 124 III 423 E. 4; BGE 124 III 425; OFK-OR-BÜHLER, Art. 394 N 20; BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 394 N 43; vgl. auch GRIEDER, S. 1511 ff.

¹²⁰¹ Vgl. DERENDINGER, N 436 ff.; GMÜR, N 454 ff.; WEBER, S. 71; BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 394 N 43.

¹²⁰² FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 504.

¹²⁰³ GLOOR, S. 170.

¹²⁰⁴ Vgl. DERENDINGER, N 445; FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 533; GLOOR, S. 170; SCHUMACHER, S. 198.

¹²⁰⁵ GLM. DERENDINGER, N 437 ff.; a.M. GRIEDER, S. 1512 ff., welcher aus dem Mass der Sorgfaltpflichtverletzung ableitet, inwiefern das Honorar zu reduzieren ist.

¹²⁰⁶ WEBER, S. 71; FELLMANN, BeKom, Art. 394 N 501.

Haftung sinnvoll beschränken.¹²⁰⁷ Von der natürlichen Kausalität spricht man hierbei, wenn das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfällt.¹²⁰⁸

Hinzukommend muss die Vertragsverletzung adäquat kausal sein, also nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den entstandenen Schaden herbeizuführen.¹²⁰⁹ Das Gericht geht die Frage folglich rückwärts an, vom eingetretenen Schaden ausgehend bis zur als Ursache eingeklagten Handlung, und beantwortet die Frage, ob eine solche Folge noch zu jenen zu zählen sei, die vernünftig und objektiv vorauszusehen waren.¹²¹⁰

Eine Unterbrechung der Kausalität kann etwa auf höherer Gewalt¹²¹¹, einem groben Verschulden des Geschädigten, also des Auftraggebers, oder einem groben Verschulden eines Dritten beruhen.¹²¹² Kann der Kunstsachverständige nachweisen, dass ein Dritter die Leistungsunmöglichkeit oder die nichtgehörige Erfüllung bewirkt hat, weist er dadurch nach, dass das Verhalten des Dritten kausal gewesen ist für den Eintritt eines allfälligen Schadens. Da es damit an einem Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln des Gutachters und dem eingetretenen Schaden fehlt, fehlt eine Haftungsvoraussetzung.¹²¹³

Gesagtes gilt für den Nachweis der höheren Gewalt und des groben Verschuldens des Geschädigten.¹²¹⁴ An die Schwere des Verschuldens des Geschädigten (als Auftraggeber) werden in der Rechtsprechung jedoch hohe Anforderungen gestellt.¹²¹⁵ Ein gewöhnliches Selbstverschulden des Geschädigten (als Auftraggeber), das ebenfalls adäquat Ursache des Schadens bildet, ist immerhin als Grund zur Ermässigung des Schadenersatzes nach Art. 99 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 44 Abs. 1 OR zu

¹²⁰⁷ SCHWENZER, N 19.03; REY/WILDHABER, S. 110; BGE 138 III 276 E. 4 (Begrenzung der Haftung für Schockschäden mit Hilfe der Adäquantheorie).

¹²⁰⁸ Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41; REY/WIEGAND, S. 109; BGE 96 II 392.

¹²⁰⁹ Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41; REY/WIEGAND, S. 112; BGE 123 III 112.

¹²¹⁰ FACINCANI/SUTTER, S. 213; BGE 119 Ib 334 E. 5b; BGE 112 II 439 E. 1d.

¹²¹¹ *Höhere Gewalt* liegt vor bei einem unvorhersehbaren, aussergewöhnlichen Ereignis, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht (vgl. dazu REY/WILDHABER, N 690 ff.; WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 424; KÄLIN, S. 1342; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 20.02; BGE 102 Ib 257, 626; BGE 111 II 433).

¹²¹² Vgl. KÄLIN, S. 1341 (mit weiteren Ausführungen zu den jeweiligen Elementen); WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 430; Kurzkomm. OR-THIER, Art. 97 N 19; GÜHLKOLLER, S. 70 N 30; REY/WILDHABER, N 668 ff.; SCHROEDER, S. 69; zur Kritik an der Lehre der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 20.03 und HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 37. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 359; WIEGAND, recht, S. 141.

¹²¹³ Ein allfälliges *Drittverschulden* kommt als Entlastungsgrund aber nur dann infrage, wenn es eine derart erhebliche Intensität aufweist, dass der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Gutachters und dem Schaden bei wertender Betrachtung rechtlich nicht mehr adäquat erscheint (vgl. REY/WILDHABER, N 684 m.w.H.).

¹²¹⁴ KÄLIN, S. 1342.

¹²¹⁵ Vgl. etwa die Entscheide BGE 116 II 519; BGE 102 II 366 f.; BGE 84 II 388; BGE 74 II 60.

berücksichtigen.¹²¹⁶ Jedenfalls kann der Gutachter mit diesen Unterbrechungsgründen einen Entlastungsbeweis erbringen, welcher am Kausalzusammenhang anknüpft und nicht etwa am Verschulden.¹²¹⁷ Kann die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs nachgewiesen werden, entfällt auch eine allfällige Haftung des Kunstsachverständigen. Im Zusammenhang mit der Erstellung einer Kunstexpertise dürften die Unterbrechungsgründe in der Praxis von geringer Bedeutung sein.

b) Hypothetischer Kausalzusammenhang

Ein Schaden beim Auftraggeber kann auch dann eintreten, wenn der Kunstsachverständige eine gebotene Handlung unterlässt. Wenn etwa notwendige Untersuchungen am Gemälde nicht vorgenommen worden sind. In solchen Fällen ist der hypothetische Kausalzusammenhang massgeblich. Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob der Schaden auch bei pflichtgemäsem Handeln eingetreten wäre.¹²¹⁸ Gemäss der Rechtsprechung «ist der Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden dann zu bejahen, wenn die unterlassene Rechtshandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Erfolg geführt hätte».¹²¹⁹

c) Kausalität im Zusammenhang mit der Erstellung einer Kunstexpertise

Im Bereich der vertraglichen Haftung für Gutachtenverträge erfolgt die Schadensverursachung in der Regel nicht unmittelbar durch die Kunstexpertise bzw. die Pflichtverletzung des Sachverständigen selber, sondern erst durch die darauffolgende (Vermögens-) Disposition des Auftraggebers.¹²²⁰ Wenn etwa der Auftraggeber aufgrund eines fehlerhaften Wertgutachtens ein Gemälde zu einem deutlich überhöhten Preis erwirbt oder einem zu tiefen Preis veräussert, ist primär – aber nicht ausschliesslich – diese Vermögensdisposition des Auftraggebers kausal für den Eintritt des Schadens. Die Vermögenseinbusse beruht folglich nicht unmittelbar auf der fehlerhaften Expertise bzw. der Vertragsverletzung des Sachverständigen als solcher, sondern wird erst durch eine eigenverantwortliche Kauf- oder Verkaufsentscheidung des Auftraggebers als Eigentümer hervorgerufen.¹²²¹ Gleiches gilt, wenn der Auftraggeber als Eigentümer sein Gemälde zufolge eines fehlerhaften Wertgutachtens zu hoch versichert oder versteuert hat. Gemein ist diesen Beispielen, dass den getätigten Dispositionen ein fehlerhaftes Wert- und/oder Echtheitsgutachten zugrunde liegt. Das entsprechende Gutachten bzw. die Vertragsverlet-

¹²¹⁶ REY/WILDHABER, N 677; WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 432.

¹²¹⁷ KÄLIN, S. 1345; WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 418 ff.

¹²¹⁸ Kurzkomentar OR-SCHALLER, Art. 398 N 11; BGE 124 III 155, 165.

¹²¹⁹ BGer 4A_49/2016 vom 09.06.2016 E. 4.1; BGer 4A_420/2013 vom 22.01.2014 E. 5.3.2; BGer 4A_336/2014 vom 18.12.2014 E. 7.3; BGE 130 III 324.

¹²²⁰ Von einem *Selbstverschulden* des Auftraggebers, welches zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs oder zu einer Reduktion des Schadenersatzes führt, kann in diesem Zusammenhang nicht ausgegangen werden. Der Auftraggeber verlässt sich in gutem Glauben auf die Richtigkeit einer Kunstexpertise. Ein (schweres) Verschulden kann ihm hierfür nicht zugeschrieben werden.

¹²²¹ GERLACH, S. 62.

zung des Kunstsachverständigen ist somit mindestens mitursächlich für die Disposition und folglich für den Eintritt des Schadens beim Auftraggeber.

Diese Mitursächlichkeit genügt nach hier vertretener Ansicht für die Bejahung der adäquaten Kausalität.¹²²² Hierfür spricht gerade der Zweck der Expertise, von der etwa eine Kauf- oder Verkaufsentscheidung abhängig gemacht werden soll. In der Regel wird sich der Auftraggeber¹²²³ auf das Gutachten des Kunstsachverständigen verlassen und sich aufgrund dessen dazu entscheiden, ein Kunstwerk anzukaufen oder zu verkaufen. Freilich erschöpft sich die Funktion einer Expertise nicht in der Beurteilung von Veräusserungsgeschäften, vielmehr kann sie etwa auch als Wertbestimmung für den Versicherungs- oder Steuerwert dienen.¹²²⁴ Auch in Fällen, in welchen aufgrund des fehlerhaften Gutachtens zu hohe Abgaben und Versicherungsprämien bezahlt worden sind, ist das entsprechende Gutachten bzw. die Vertragsverletzung nach hier vertretener Ansicht mindestens mitursächlich für diese Disposition, womit die adäquate Kausalität auch in solchen Fällen zu bejahen wäre.

Die Handlungen des Kunstsachverständigen müssen im allgemeinen und nicht nur unter besonderen eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ausser Betracht zu lassenden Umständen geeignet sein, den fraglichen Schaden herbeizuführen.¹²²⁵ Ist die Vertragsverletzung des Sachverständigen bzw. die Kunstexpertise als mögliche Ursache vom eingetretenen Schaden jedoch derart entfernt, dass die Disposition des Auftraggebers als alleinige Ursache für den Schadenseintritt zu betrachten ist, dann liegt Inadäquanz vor.¹²²⁶ Eine Beurteilung ist nicht ganz einfach, da sich diese Vorgänge oftmals in der Gedankenwelt des Auftraggebers abspielen. Immerhin können aber gewisse äussere Gegebenheiten als Indizien herangezogen werden.¹²²⁷ So ist bspw. die Zeitspanne zwischen Kenntnis des Gutachtens und Disposition zu prüfen. Für das Vorliegen der Kausalität spricht hierbei, wenn der Auftraggeber der Expertise sogleich nach Empfang der Auskunft, folglich nach Kenntnis des Gutachtens, disponiert.¹²²⁸ Weiter sind das gesamte Verhalten des Auftraggebers, die Art und Weise der Abgabe des Gutachtens oder die eigenen Kenntnisse des Auftraggebers zu prüfen. Aufgrund einer Gesamtwürdigung dieser Faktoren kann im Einzelfall abgewogen werden, ob die Kunstexpertise mitursächlich für die Vermögensdisposition des Auftraggebers gewesen ist und die Kausalität im Ergebnis vorliegt. Ist dem nicht so, entfällt entsprechend

¹²²² So auch KAISER, S. 62 und KOENIGSBERGER, S. 85.

¹²²³ Im vorliegenden Teil interessiert primär die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Auftraggeber. Für die Haftung gegenüber einer Drittperson wird folglich auf die Ausführungen im letzten Teil der Arbeit verwiesen.

¹²²⁴ Vgl. GERLACH, S. 62; KR-SCHEIFELE, 2013, S. 111; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERS-DORFER, S. 579; KKR-VOSS/GROLIMUND, 2020, Kap. 8 N 131 ff.; GABUS, S. 76 ff.

¹²²⁵ OTT, S. 106.

¹²²⁶ KAISER, S. 63; so etwa fehlender Kausalzusammenhang, unterbrochener Kausalzusammenhang oder überholende Kausalität (vgl. hierzu OTT, S. 109 ff.).

¹²²⁷ KAISER, S. 63.

¹²²⁸ Vgl. BGE 41 II 87 und auch KAISER, Fn 161.

auch die Haftung des Kunstsachverständigen mangels Kausalität. Es obliegt im Ergebnis dem Auftraggeber, das Vorliegen der Kausalität nachzuweisen.

Kann die (natürliche und adäquate) Kausalität zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden bejaht und durch den Auftraggeber auch nachgewiesen werden, so ist in einem letzten Schritt ein allfälliges Verschulden des Sachverständigen zu prüfen.

2.3.4. Verantwortlichkeit des Kunstsachverständigen

a) Verschulden

(1) Exkulpationsmöglichkeit

Der Schuldner (folglich der Kunstsachverständige) haftet grundsätzlich nur für *verschuldete* Vertragsverletzung.¹²²⁹ Für eine vertragliche Haftung des Kunstsachverständigen ist vorausgesetzt, dass sich der Schuldner von einem allfälligen Verschulden nicht exkulpieren kann. Das Gesetz stipuliert in Art. 97 Abs. 1 OR nämlich eine Verschuldensvermutung zulasten des Schuldners, also des Kunstsachverständigen.¹²³⁰ Verschulden bedeutet nichts anderes als die Vorwerfbarkeit des pflichtwidrigen Verhaltens gegenüber dem Sachverständigen.¹²³¹ Nach Lehre und Rechtsprechung gliedert sich das Verschulden in eine subjektive Komponente (Urteilsfähigkeit) und eine objektive Komponente (Sorgfaltswidrigkeit).¹²³² Ein Verschuldensvorwurf kann einer Person nur dann gemacht werden, wenn sie urteilsfähig und somit in der Lage ist, das Unrecht ihres Verhaltens zu erkennen und entsprechend dieser Einsicht zu handeln.¹²³³

Der Gutachter haftet bei Fehlerhaftigkeit ferner nur dann, wenn er die Standards eines sorgfältigen Gutachters nicht beachtet hat.¹²³⁴ Während sich die Urteilsfähigkeit des Schuldners anhand subjektiver Gesichtspunkte beurteilt, wird an die Sorgfaltswidrigkeit ein objektiver Massstab angelegt.¹²³⁵

Für unverschuldete Fehler haftet ein Kunstsachverständiger einzig, wenn die Haftung ausdrücklich übernommen worden ist. Aufgrund der Vertragsfreiheit steht es dem Kunstsachverständigen frei zu versprechen, auch ohne Verschulden haften zu wollen.¹²³⁶ Eine derartige Garantie kann aber in der Regel nicht angenommen werden, es sei denn, sie wurde ausdrücklich im Vertrag statuiert.¹²³⁷ Lautete bspw. eine Expertise dahingegen,

¹²²⁹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 22.01; WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 433.

¹²³⁰ WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 433.

¹²³¹ Kurzkomentar OR-SCHALLER, Art. 398 N 13.

¹²³² WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 434.

¹²³³ Fehlt die Urteilsfähigkeit, wäre unter Umständen eine Billigkeitshaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR zu prüfen, welche auch im Rahmen der Vertragshaftung entsprechend anzuwenden ist (vgl. BGE 102 II 226; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 22.04 und N 22.10).

¹²³⁴ HONSELL, S. 340.

¹²³⁵ WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 434.

¹²³⁶ Vgl. auch etwa den Garantievertrag in Art. 111 OR (vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 22.34).

¹²³⁷ HONSELL, S. 340; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 3.

dass es sich um ein Gemälde von *Picasso* handelt, so ist darin keine Garantie im Sinne einer unbedingten Haftungsübernahme zu sehen.¹²³⁸ Für eine Garantieübernahme ist folglich eine unmissverständliche und deutlich formulierte vertragliche Bestimmung zu fordern.

(2) Verschuldensformen

Es bestehen die Verschuldensformen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, wobei im Allgemeinen für jedes Verschulden gehaftet wird.¹²³⁹ Von Vorsatz ist auszugehen, wenn die Vertragsverletzung und die dadurch verursachte Schädigung beabsichtigt war oder wenn die Schädigung zufolge Pflichtverletzung zwar nicht gewollt, aber als mögliche Folge bewusst in Kauf genommen wird (*sog. Eventualvorsatz*). Dem fahrlässig Handelnden wird demgegenüber vorgeworfen, dass eine Schädigung bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit für ihn als sicher, wahrscheinlich oder möglich voraussehbar war und der Schaden deshalb vermeidbar gewesen wäre.¹²⁴⁰

Wohl nur in seltenen Ausnahmefällen wird eine Kunstexpertise vorsätzlich, also wissentlich und willentlich, fehlerhaft erstattet werden. Denkbar für eine derartige Motivation wäre etwa die Verschaffung eines wirtschaftlichen Vorteils zu Gunsten des Auftraggebers und/oder des Kunstsachverständigen. In prozessualer Hinsicht dürfte es jeweils schwierig sein, diese Vorsätzlichkeit nachzuweisen.¹²⁴¹ Wenn der Kunstexperte das Risiko einer fehlerhaften Kunstexpertise dem Auftraggeber überträgt, indem er etwa relevante Informationen über das Gemälde, die ihm bekannt sind und die gegen eine Zu- oder Abschreibung sprechen, nicht in die Expertise mitaufnimmt, und es ihm dabei gleichgültig ist, wenn der Auftraggeber dadurch fehlinformiert wird und einen Schaden erleidet, dann ist m.E. von Eventualvorsatz auszugehen.¹²⁴²

Grobe Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders grossem Masse verletzt ist, also einfachste und naheliegende Überlegungen bei der Erarbeitung der Expertise nicht angestellt werden. Wenn sich etwa ein Kunstsachverständiger nur auf die Signatur und das typische Thema eines Gemäldes verlässt, aber mit einiger Sorgfalt bei der Untersuchung hätte erkennen können, dass es sich aufgrund der zur Anwendung gebrachten Maltechnik und einem gewissen Dilettantismus des Gemäldes lediglich um eine qualitätslose Kopie handelt.¹²⁴³

¹²³⁸ HONSELL, Gutachterhaftung, S. 3.

¹²³⁹ SCHUMACHER, S. 189.

¹²⁴⁰ SCHUMACHER, S. 185.

¹²⁴¹ HÄRET, S. 224.

¹²⁴² So auch SCHREMBBS, S. 158.

¹²⁴³ So wurden Fälschungen erstellt, bei welchen die Signaturen sogar an der falschen Stelle angebracht waren, dies jedoch von den Experten nicht bemerkt worden ist (vgl. HERCHENRÖDER, Analyse, S. 291; teilweise fehlt eine Signatur sogar gänzlich, vgl. KR-BRINKMANN, 2012, S. 108).

In den meisten Fällen in der Praxis dürfte die Haftung des Sachverständigen aber auf einer leichten Fahrlässigkeit gründen.¹²⁴⁴ Also etwa eine geringfügige Unvorsichtigkeit, eine augenblickliche Unachtsamkeit oder eine kleinere Fehlüberlegung.¹²⁴⁵ In der Praxis kann der Unterscheidung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit erhebliche Bedeutung zukommen, wenn bspw. die Haftung des Kunstsachverständigen im Gutachtervertrag oder in AGB's wegbedungen worden ist.¹²⁴⁶

(3) Objektivierter Verschuldensmassstab

Im schweizerischen Recht besteht ein objektivierter Verschuldensmassstab.¹²⁴⁷ Dieser besagt, dass bei der Überprüfung der Vorwerfbarkeit des Verhaltens nicht auf die individuellen Eigenschaften des konkreten Experten, sondern auf den durchschnittlichen Experten in dieser Situation abzustellen sei.¹²⁴⁸ Entscheidend sind daher nicht die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse des Gutachters. Die herangezogene Massfigur entstammt hierbei dem jeweiligen Verkehrskreis des Gutachters und muss alle bestehenden Verhaltensanforderungen soweit erforderlich und zumutbar berücksichtigen.¹²⁴⁹ Das Verschulden wird vermutet und es obliegt folglich dem Kunstsachverständigen nachzuweisen, dass seine Vertragsverletzung entschuldbar ist.¹²⁵⁰

KAISER erachtet es als wichtig, die Anforderungen an die aufzuwendende Sorgfalt mit Blick auf die betreffende Berufsart festzulegen. Auf Seiten des Gutachters sollen folglich Kriterien wie Berufsmässigkeit, akademischer Titel, Ausbildungsstand und Spezialisierungsgrad ins Gewicht fallen.¹²⁵¹ Auch WEBER schlägt für die problematische Annäherung von Sorgfaltswidrigkeit und objektiviertem Verschulden vor, dass der Verhaltensaspekt wieder vermehrt nach subjektiven Kriterien beurteilt wird.¹²⁵² Dem ist freilich zuzustimmen, wobei es aber zu bedenken gilt, dass sich der Kunstexperte unbesehen seiner Qualifikationen bei der Übernahme jedes Auftrags die Frage zu stellen hat, ob er der Aufgabe gewachsen ist. Weist er zwar hohe Qualifikationen und Spezialisierungen auf, kann er den Auftrag aber nicht sorgfältig ausführen, so hat er diesen gleichwohl abzulehnen.

Für den Kunstsachverständigen verbleibt – gerade unter der Geltung des objektivierten Verschuldensmassstabs – in der Praxis für eine Exkulpation nach hier vertretener Ansicht

¹²⁴⁴ HÄRET, S. 224 m.w.H.

¹²⁴⁵ WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 100 N 96.

¹²⁴⁶ Vgl. KAISER, S. 68 und die Ausführungen auf S. 188 ff.

¹²⁴⁷ Anstelle vieler WEBER, ZSR, S. 45; WIEGAND, recht, S. 141 f. m.w.N.; die subjektive Komponente des Verschuldens (Urteilsfähigkeit) beurteilt sich demgegenüber anhand von subjektiven Gesichtspunkten (vgl. WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 97 N 434).

¹²⁴⁸ WIEGAND, recht, S. 142.

¹²⁴⁹ MICHOR, S. 148; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 47.

¹²⁵⁰ KÄLIN, S. 1341; SCHUMACHER, S. 189.

¹²⁵¹ KAISER, S. 65 ff.; vgl. hierzu auch FELLMANN, ZSR, S. 339 ff.

¹²⁵² WEBER, AJP, S. 185; vgl. hierzu auch FELLMANN, ZSR, S. 339 ff.

nur wenig Raum.¹²⁵³ Denn mit dem Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung ist oftmals zugleich bewiesen, dass die von einem durchschnittlichen Sachverständigen in dieser Situation erwartete Sorgfalt nicht aufgewendet worden ist.¹²⁵⁴ Die Verobjektivierung des Fahrlässigkeitsmassstabs hat dazu geführt, dass der vom Gläubiger bzw. Auftraggeber erfolgreich geführte Beweis eines Verstosses gegen (objektive) Sorgfaltspflichten bei Dienstleistungsverträgen regelmässig den Exkulpationsbeweis scheitern lässt.¹²⁵⁵ Da das Verschulden nicht subjektiviert ist, verbleibt für den Kunstsachverständigen in der Regel nur ein sehr geringer Exkulpationsbereich, da individuelle Befreiungsgründe nicht angeführt werden können.¹²⁵⁶ Mit anderen Worten sind die Massstäbe für die Sorgfaltspflichtverletzung und der objektive Fahrlässigkeitsbegriff praktisch identisch.¹²⁵⁷ Freilich kann jedoch ein geringes Verschulden zu Gunsten des Sachverständigen berücksichtigt werden. Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Verschuldensstufen ist insofern beachtlich, als der Richter bei der Bemessung des Schadenersatzes gemäss Art. 43 Abs. 1 OR die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat.¹²⁵⁸

Bei der Haftungsvoraussetzung des Verschuldens gilt es trotz dem Gesagten m.E. darauf zu achten, dass zwischen Vertragsverletzung und Verschulden hinreichend unterschieden wird.¹²⁵⁹ Vom Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung getrennt zu betrachten ist nämlich die Frage, ob der Sachverständige für die Pflichtverletzung auch verantwortlich ist.¹²⁶⁰ Andernfalls verlagert sich die Frage nach dem Verschulden faktisch auf die Ebene der vom Gläubiger zu beweisenden Pflichtwidrigkeit, was es grundsätzlich zu vermeiden gilt.¹²⁶¹ Denn die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht tritt in zwei Sinnbezügen auf. Als Vertragsgegenstand im Sinne des sorgfältigen Tätigwerdens (Vertragsverletzung) und als Verhaltensmaxime bei der Pflichtausübung (Verschuldensbereich). Im Hinblick auf diese Doppelnatur der Sorgfaltspflicht kann also die Abweichung vom vertraglichen Verhalten in einem Verstoß gegen das geforderte Ergebnis und auch – aber nicht notwendi-

¹²⁵³ Vgl. KÄLIN, S. 1343; WIEGAND, recht, S. 142; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 43; zur Tendenz den Entlastungsbeweis zu erleichtern und den Verschuldensmassstab wieder stärker nach subjektiven Kriterien zu bestimmen vgl. FELLMANN, ZSR, S. 339 ff.

¹²⁵⁴ BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 43; SCHUMACHER, S. 189. Nach WEBER ist die Exkulpation des Dienstleistungsschuldners selbst bei Vorliegen einer widerrechtlichen Sorgfaltspflichtverletzung möglich (vgl. WEBER, ZSR, S. 55).

¹²⁵⁵ Kurzkomentar OR-THIER, Art. 97 N 20.

¹²⁵⁶ WEBER, AJP, S. 186; vgl. auch KÄLIN, S. 1345 ff. und GRIEDER, Vertragswidrigkeit, S. 103 ff.

¹²⁵⁷ Vgl. dazu BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 43; WIEGAND, recht, S. 140 ff.; GRIEDER, Vertragswidrigkeit, S. 103 ff.; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 47; WEBER, ZSR, S. 52 ff.

¹²⁵⁸ Vgl. SCHUMACHER, S. 189.

¹²⁵⁹ Vgl. WEBER, ZSR, S. 46 und WEBER, AJP, S. 183 mit Hinweis auf die diesbezüglich problematischen bundesgerichtlichen Entscheide BGE 108 II 61 und BGE 105 II 285 ff.; vgl. auch SCHUMACHER, Fn 380 und GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 46.

¹²⁶⁰ Vgl. WIEGAND, recht, S. 141. DERENDINGER schlägt vor, die Sorgfalt aus der Pflichtwidrigkeit herauszuschälen und dem Verschulden zuzuordnen (vgl. DERENDINGER, N 340 ff.).

¹²⁶¹ Kurzkomentar OR-THIER, Art. 79 N 20.

gerweise – in einem vorwerfbaren Verschulden bestehen.¹²⁶² Veranlasst ein Kunstsachverständiger beispielsweise nicht alle gebotenen Untersuchungsmethoden und verletzt dadurch seine Sorgfaltspflicht, darf ihm dies nicht unbesehen als Verschulden angelastet werden. Auf diese Weise werden nämlich Vertragsverletzung und Verschuldensaspekt vermengt.¹²⁶³ FEHLMANN führt hierzu zutreffend aus, dass die Vertragsverletzung als Verletzung von durch ein Höchstmass an Sorgfalt bestimmten Verhaltenspflichten zu definieren sei. Sie stehe somit auf der «gänzlich objektiven Stufe einer menschenmöglichen Sorgfalt». Auf der Stufe des Verschuldens sei alsdann das Können des Täters auf ein Standardmass herabgesetzt.¹²⁶⁴

Wie auf den S. 131 ff. hiervor aufgezeigt, können bei einem ausgewiesenen Spezialisten erhöhte Sorgfaltsanforderungen an dessen Tätigkeit gestellt werden. Wird nun im Rahmen eines Gutachtauftrags die Verletzung dieser erhöhten Sorgfaltspflicht bejaht, ist es mithin denkbar, dass sich der entsprechende Spezialist in der Folge gleichwohl vom Verschulden exkulpieren kann. Denn im genannten Fall besteht ein erhöhter Sorgfaltsmassstab, wohingegen beim Verschuldensmassstab nach wie vor in objektivierter Weise auf das Durchschnittsverhalten eines Gutachters abgestellt wird. Die Anforderungen an seine Sorgfaltspflicht sind im Ergebnis folglich höher als diejenigen an seinen (objektivierten) Verschuldensmassstab, womit die Möglichkeit einer erfolgreichen Exkulpation nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich eine erfolgreiche Exkulpation durch den Kunstsachverständigen in der Praxis schwierig gestalten dürfte. Gleichwohl ist der Sachverständige nach hier vertretener Ansicht uneingeschränkt zum Exkulpationsbeweis zuzulassen. Andernfalls wäre die Möglichkeit einer Exkulpation im Rahmen eines Auftragsverhältnisses seines Sinnes entleert. Dies widerspricht im Weiteren dem Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 OR, der vom Grundtatbestand der Haftung für Verschulden ausgeht und würde die vertragliche Verschuldenshaftung andernfalls in eine reine Unrechtshaftung und damit in eine Kausalhaftung verwandeln.¹²⁶⁵

Die hier vertretene Meinung rechtfertigt sich im Übrigen auch auf eine mögliche Exkulpation im Hinblick auf die subjektive Komponente (Urteilsfähigkeit) des Verschuldens sowie auf den Beweis von Drittursachen (höhere Gewalt, Selbstverschulden, Drittverschulden), zu welcher der Kunstsachverständige immerhin zuzulassen ist.¹²⁶⁶ Diese Exkulpationsmöglichkeit würde ihm jedoch verwehrt, wenn aufgrund einer nachgewiese-

¹²⁶² WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 100 N 44; vgl. auch DERENDINGER, N 340 ff.; WEBER, AJP, S. 183; WEBER, ZSR, S. 51.

¹²⁶³ Vgl. dazu FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 354; WEBER, ZSR, S. 51 f.

¹²⁶⁴ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 462.

¹²⁶⁵ Vgl. auch GUTZWILLER, S. 60; GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 160.

¹²⁶⁶ Vgl. GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 162; es sei in diesem Zusammenhang auf Art. 405 Abs. 1 OR hingewiesen, wonach der Auftrag u.a. dann erlischt, wenn der Auftragnehmer seine Handlungsfähigkeit verliert, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht.

nen Pflichtverletzung des Sachverständigen unbesehen auf dessen Verschuldens geschlossen würde. Schliesslich kann der Kunstsachverständige unter dem Aspekt des Verschuldens geltend machen, dass ihn nur ein leichtes Verschulden trifft. Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn die Haftung für leichtes Verschulden wegbedungen wurde und kann ferner bei der Bestimmung des Umfangs des geschuldeten Schadenersatzes nach Art. 43 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR wesentlich sein.¹²⁶⁷ Würde das Verschulden jedoch nicht mehr geprüft, so wäre auch eine Beschränkung der Haftung auf bestimmte Formen des Verschuldens sinnfrei.¹²⁶⁸

Es sei abschliessend angemerkt, dass im Bereich der Dienstleistungsverträge immerhin eine Tendenz zu erkennen ist, durch eine gewisse Subjektivierung der Haftungsmassstäbe den konkreten Verhältnissen mehr Rechnung zu tragen.¹²⁶⁹

b) Übernahmeverschulden

Insbesondere im Auftragsrecht gilt es das Übernahmeverschulden hervorzuheben. Lehre und Rechtsprechung gehen dann von einem Übernahmeverschulden aus, wenn jemand eine Tätigkeit ausübt, für die er nicht die notwendigen Fähigkeiten oder Kenntnisse mitbringt.¹²⁷⁰ Mit anderen Worten kann sich ein Sachverständiger nicht mit dem Einwand exkulpieren, er habe nicht über die für die übernommene Leistung erforderliche Sachkunde verfügt.¹²⁷¹ Dem Auftraggeber wird daher als Verschulden angerechnet, wenn er von Beginn an wegen mangelnder oder ungenügender Fähigkeiten oder Kenntnisse nicht in der Lage war, die Tätigkeit richtig auszuführen.¹²⁷²

Ein Sachverständiger muss in der Lage sein, die Risiken seines Vorgehens zu erkennen, zu kalkulieren und gegebenenfalls, wenn er sie nicht selbst meistern zu können glaubt, rechtzeitig einen Fachmann beizuziehen oder den Auftrag abzulehnen.¹²⁷³ Er ist deshalb nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verpflichtet, sich über seine Eignung zur Erfüllung des entsprechenden Auftrages Rechenschaft zu geben, bevor er diesen annimmt.¹²⁷⁴ Fehlt es dem Kunstsachverständigen im Ergebnis am erforderlichen Spezialwissen, liegt ein Übernahmeverschulden vor.

In der Literatur und Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ob ein Übernahmeverschulden gleichzeitig auch als Verstoss gegen die bei der Erfüllung ge-

¹²⁶⁷ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 476.

¹²⁶⁸ GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 268.

¹²⁶⁹ BSK ORI-WIEGAND, Art. 97 N 43 m.w.H.; WIEGAND, recht, S. 142; vgl. zu dieser Thematik auch GUTZWILLER, S. 59 ff.

¹²⁷⁰ Anstelle vieler vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 358 m.w.V.

¹²⁷¹ GLOOR, S. 3; SCHUMACHER, S. 187; BGE 124 III 155 ff. E. 3b.

¹²⁷² GLOOR, S. 12; HOWALD/NABHOLZ, S. 481.

¹²⁷³ DERENDINGER, N 293; SCHUMACHER, S. 187; HOWALD/NABHOLZ, S. 481.

¹²⁷⁴ Wobei gemäss DERENDINGER ein Übernahmeverschulden indessen nur in krassen Fällen zu bejahen ist. Etwa dann, wenn der Beauftragte aufgrund der Schilderung des Anliegens des Auftraggebers erkennen muss, dass er der Aufgabe offensichtlich nicht gewachsen ist (vgl. dazu DERENDINGER, N 282).

schuldete Sorgfalt und damit als Vertragsverletzung gilt. Nach FELLMANN ist das Übernahmeverschulden nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens von Bedeutung sondern gilt gleichzeitig als Verstoß gegen die bei der Erfüllung geschuldete Sorgfalt und ist damit eine Vertragsverletzung.¹²⁷⁵ So auch GUTZWILLER, nach welchem der Unqualifizierte den «objektiven Massstab» der Sorgfalt nicht genügen und daher den Vertrag auch gar nicht erfüllen kann.¹²⁷⁶

Ob ein Übernahmeverschulden bloss für die Frage des Verschuldens massgeblich sei «oder darin zusätzlich eine Sorgfaltspflicht- und damit Vertragsverletzung liegt», hat das Bundesgericht offen gelassen, da nach dem «objektivierten Verschuldensbegriff des schweizerischen Rechts» sich der genügend Qualifizierte nicht mit seinem Ungenügen exkulpieren kann.¹²⁷⁷

In einem unpublizierten Entscheid aus dem Jahre 2004 hat das Bundesgericht sodann festgehalten: «Besitz der Beauftragte diese Fähigkeit nicht, so liegt bereits in der Übernahme einer solchen Tätigkeit ein haftungsbegründendes Übernahmeverschulden. (...) Aufgrund der dargelegten Abweichung vom vertraglich Vereinbarten (...) ergibt sich, dass der Beklagte die vertraglich geschuldete Sorgfalt nicht aufbrachte.»¹²⁷⁸ Dieser Passus ist m.E. so zu deuten, dass auch gemäss Bundesgericht ein Übernahmeverschulden wie eine Sorgfaltspflichtverletzung zu behandeln ist.¹²⁷⁹

Die (Sorgfalts-)Pflichtverletzung orientiert sich objektiv an der – unter den bestehenden Umständen –aufzubringenden Sorgfalt und dadurch auch an der hierfür erforderlichen Sachkunde. Das Verschulden berücksichtigt hingegen die situationsspezifische Personengruppe und die konkreten Umstände der Abwicklung.¹²⁸⁰ Daraus ergibt sich nach hier vertretener Ansicht, dass auch ein allfälliges Übernahmeverschulden isoliert von einer Pflichtverletzung zu beurteilen ist und nicht automatisch zu einer solchen führen muss. Dies wäre weder im Hinblick auf die Beweislastverteilung noch auf die Exkulpationsmöglichkeit des Kunstsachverständigen sachgerecht.¹²⁸¹ Ein Übernahmeverschulden wird in der Praxis zwar oftmals zugleich eine Pflichtverletzung darstellen, was aber nicht zwangsläufig so sein muss.¹²⁸²

¹²⁷⁵ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 358 ff.

¹²⁷⁶ Vgl. GUTZWILLER, S. 59 ff.; **gl.M.** GLOOR, S. 14 ff. und S. 134 ff.; DERENDINGER, N 282 ff.; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 25 und N 28.

¹²⁷⁷ In BGE 124 III 155 wurde diese Frage offengelassen; vgl. zum Ganzen GUTZWILLER, S. 59; GLOOR, S. 14 ff.; und DERENDINGER, N 282 ff., welche die Ansicht vertreten, dass es gleichzeitig auch eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt.

¹²⁷⁸ Vgl. BGer 4C.126/2004 vom 15.09.2004 E. 2.2 und auch GLOOR, S. 15.

¹²⁷⁹ So auch GLOOR, S. 15.

¹²⁸⁰ GLOOR, S. 136 m.w.V.

¹²⁸¹ Vgl. GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 85.

¹²⁸² Es sei hierfür abschliessend auf das anschauliche Beispiel von GLOOR verwiesen: Übernimmt ein Arzt trotz Übermüdung einen Notfallpatienten, weil seine Ablösung wegen eines Unfalls nicht erschienen ist und begeht einen Kunstfehler, liegt zwar eine Vertragsverletzung vor. Ein

2.4 Besonderheiten bei der unentgeltlichen Auftragsausführung

2.4.1. Vorliegen eines Vertragsverhältnisses?

Grundsätzlich wird die Ausarbeitung eines Kunstgutachtens entgeltlich erfolgen, wobei der Auftraggeber dem Kunstexperten ein Honorar zu entrichten hat. Teilweise werden Expertisen, etwa durch Auktionshäuser im Rahmen der Kundenpflege, auch unentgeltlich erstellt.¹²⁸³ Bei der unentgeltlichen Erarbeitung einer Expertise ist sodann fraglich, ob zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis zustande gekommen ist oder ob es sich vielmehr um ein Gefälligkeitsverhältnis handelt und sich die Rechtsfolgen danach richten. Unter Gefälligkeit ist eine Leistung zu verstehen, welche unentgeltlich und uneigennützig erfolgt, ohne dass ein Vertrag vorliegt. Den Parteien fehlt dabei der Rechtsbindungswille.¹²⁸⁴ So werden unverbindliche Auskünfte unter Umständen im Tagesgeschäft von Auktionshäusern oder Kunsthändlern gegeben, wenn ein Sachverständiger im einmaligen Kontakt von einem «Laufkunden» einen Kunstgegenstand vorgelegt bekommt und allgemein zu Urheberschaft, seinem Wert und den Marktchancen befragt wird.¹²⁸⁵

Von einem Rechtsbindungswillen ist gemäss Bundesgericht dann auszugehen, wenn ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten oder unterstützt zu werden, vorliegt.¹²⁸⁶ Bei bloss faktischen und unentgeltlichen Tätigkeiten wird man im Zweifel keinen Auftrag annehmen können.¹²⁸⁷ Die Abgrenzung von ausserrechtlichen Gefälligkeiten des täglichen Lebens und unentgeltlichem Auftrag ist von Bedeutung, weil aus der Gefälligkeit – anders als beim Auftrag – grundsätzlich weder Erfüllungs- noch vertragliche Haftungsansprüche entstehen.¹²⁸⁸

Im Zusammenhang mit der Erstellung einer Kunstexpertise kann m.E. bei Kostenlosigkeit grundsätzlich nicht von einem Gefälligkeitsverhältnis ausgegangen werden. Dies insbesondere bei einer schriftlichen Niederlegung des Prüfungsergebnisses. Aufgrund der wirtschaftlichen Konsequenz, welche eine unrichtige Expertise haben kann, ist wegen der dem Sachverständigen erkennbaren Gefahr durch eine fehlerhafte Leistung auf

Verschulden kann ihm aber nicht vorgeworfen werden, da es ihm nicht zumutbar war, den Patienten nur wegen Ermüdungserscheinungen nicht zu behandeln (vgl. GLOOR, S. 136).

¹²⁸³ GERLACH, S. 50. Vgl. etwa den *Gallé-Lampen-Entscheid*, in welchem die fachmännische Begutachtung der Lampe mit der Erwartung eines Verkaufsauftrags ebenfalls kostenlos erbracht worden ist (BGE 112 II 347; vgl. auch die Urteilsbesprechung dazu in WIEGAND/KOLLER-TUMBLER, S. 144).

¹²⁸⁴ Vgl. HUGUENIN, N 1662; DERENDINGER, N 17 ff.; HONSELL, FS Nobel, S. 944; BOOG/ESCHMENT, S. 247; BGE 137 III 539 E. 4.1; BGE 116 II 695.

¹²⁸⁵ Vgl. HÄRET, S. 214; SITT, S. 70; HÜRLIMANN-KAUP, S. 82 ff. Für die Haftungsfolgen bei einem Gefälligkeitsverhältnis vgl. etwa HUGUENIN, N 1669 ff. und FELLMANN, HAVE, S. 139 ff.

¹²⁸⁶ BGE 137 III 539 E. 4.1; BGE 129 III 181 E. 3.2; BGE 116 II 695 E. 2b.

¹²⁸⁷ HONSELL, FS Nobel, S. 944.

¹²⁸⁸ BOOG/ESCHMENT, S. 247 f.; HONSELL, S. 338.

einen rechtlichen Bindungswillen zu schliessen.¹²⁸⁹ Für den Kunstsachverständigen ist es zudem in der Regel erkennbar, dass er mit einer Haftung rechnen muss, auch wenn er seine Leistung unentgeltlich erbringt.¹²⁹⁰ Hinzu kommt, dass der Anfragende ein erkennbares Interesse daran hat, fachmännisch beraten oder unterstützt zu werden. Andernfalls würde er seine Anfrage nicht an einen hochspezialisierten ihm oftmals unbekanntem Fachmann richten. Im Ergebnis kann bei der kostenlosen Erstellung einer Kunstexpertise daher grundsätzlich von einem Rechtsbindungswille und somit einem (unentgeltlichen) Auftragsverhältnis ausgegangen werden. Unbesehen davon sollte ein Kunstexperte aber stets klarstellen, ob es sich lediglich um eine unverbindliche Beratung und Empfehlung handelt oder ob von ihm eine verbindliche Expertise erwartet wird.¹²⁹¹ Dieses Verhalten ist insbesondere auch im Hinblick auf Art. 395 OR geboten. Gemäss Art. 395 OR gilt ein nicht sofort abgelehnter Auftrag als angenommen, wenn er sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, die der Beauftragte kraft obrigkeitlicher Bestellung oder gewerbmässig betreibt oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat. Auf den Vertrag mit dem Kunstgutachter dürfte regelmässig zutreffen, dass er seine Dienstleistungen gewerbmässig betreibt. Will der Kunstsachverständige den Auftrag nicht übernehmen, muss er ihn folglich ausdrücklich und sofort ablehnen oder ausdrücklich festhalten, dass es sich lediglich um eine Gefälligkeit handelt.¹²⁹²

2.4.2. *Haftungskonsequenz der unentgeltlichen Auftragsausführung*

Erstellt ein Kunstsachverständiger seine Kunstexpertise unentgeltlich und verursacht beim Auftraggeber durch eine Vertragsverletzung einen Schaden, so gilt es Art. 99 Abs. 2 OR zu beachten. Dabei richtet sich das Mass der Haftung nach der besonderen Natur des Geschäfts und wird insbesondere dann milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteile bezweckt (Abs. 2). Also insbesondere dann wird das Mass der Haftung milder beurteilt, wenn der Kunstsachverständige für die Erstellung eines Gutachtens keine Gegenleistung verlangt. Das Gesetz knüpft eine allfällige Haftungsinderung in Art. 99 Abs. 2 OR an die Voraussetzung, dass der Schuldner aus dem Geschäft *«keinerlei Vorteile»* bezweckt. Trotz dieses gesetzlichen Wortlautes ist eine Haftungsinderung auch dann denkbar, wenn der Schuldner (folglich der Kunstsachverständige) zwar ein Vorteil aus dem Geschäft erzielt, dieser aber verhältnismässig gering ist.¹²⁹³

Wie die Haftungsinderung rechtlich einzuordnen ist, ist in der Lehre umstritten. So wird sie etwa als Herabsetzungsgrund bei der Schadenersatzbemessung, als Abänderung des Sorgfaltsmassstabs oder als Abänderung des Haftungsmassstabs verstan-

¹²⁸⁹ GERLACH, S. 51.

¹²⁹⁰ BOOG/ESCHMENT, S. 247.

¹²⁹¹ SITT, S. 70; andernfalls ist die Frage nach dem Rechtsbindungswillen durch Auslegung des Parteiverhaltens zu ermitteln (vgl. BOOG/ESCHMENT, S. 247).

¹²⁹² Vgl. FACINCANI/SUTTER, S. 213.

¹²⁹³ BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 99 N 13; BGE 92 II 234, E. 3d; BGE 99 II 176.

den.¹²⁹⁴ Das Bundesgericht ist hierbei uneinheitlich, behandelt Art. 99 Abs. 2 OR aber mehrheitlich als Reduktionsgrund bei der Schadenersatzbemessung.¹²⁹⁵

Die *Reduktion des Sorgfaltsmassstabs* hätte zur Folge, dass bspw. ein und dasselbe Kunstgutachten als sorgfältig oder sorgfaltswidrig eingestuft werden könnten, abhängig davon, ob der Kunstsachverständige ein Honorar verlangt oder nicht.¹²⁹⁶ Diese Beurteilung wäre indessen stossend. Versteht man Abs. 2 als *Abänderung des Haftungsmassstabs*, so würde die Haftung ganz entfallen, wenn die Pflichtverletzung des Kunstsachverständigen die Schwelle des qualifizierten Verschuldens nicht erreichen würde, was ebenfalls nicht vertretbar erscheint. Wird die Norm aber richtigerweise als *Herabsetzungsgrund bei der Schadenersatzbemessung* aufgefasst, räumt dies dem Richter sodann grössere Flexibilität bei den Rechtsfolgen ein, womit dem Einzelfall Rechnung getragen werden kann.¹²⁹⁷

Erbringt der Kunstsachverständige seinen Gutachterauftrag unentgeltlich bzw. bezweckt er damit keinerlei Vorteile, so kann im Falle einer Haftung des Kunstsachverständigen die Schadenersatzpflicht im Ergebnis entsprechend herabgesetzt werden. So war das Bundesgericht auch im *Gallé-Lampen-Entscheid* der Ansicht, dass die Kostenlosigkeit des Auftrags zu einer Herabsetzung des Schadenersatzanspruches führen müsse. Dies obwohl im genannten Fall die Kostenlosigkeit der Begutachtung mit der Erwartung des Auktionshauses zusammengehangen hatte, womöglich einen Verkaufsauftrag zu erhalten.¹²⁹⁸ Der Umfang der jeweiligen Herabsetzung hängt dabei vom Einzelfall ab.

2.5 Haftungsfragen bei fehlerhaften naturwissenschaftlichen Untersuchungsverfahren

2.5.1. Ausgangslage

Naturwissenschaftliche Untersuchungen eines Gemäldes werden zumeist durch externe Institutionen durchgeführt. Hierfür muss das Gemälde in der Regel in ein Labor verbracht werden, dessen Spezialisten die entsprechenden Untersuchungen vornehmen.

¹²⁹⁴ **Für Herabsetzungsgrund bei der Schadenersatzbemessung** BUCHER, S. 348; HUGUENIN, N 897a; SCHWERY, N 313 ff.; **für Abänderung des Sorgfaltsmassstabs** CHK-FURRER/WEY, Art. 99 N 25 ff.; Kurzkomentar OR-THIER, Art. 99 N 6; OFK-OR-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 99 N 4; **für Abänderung des Haftungsmassstabs** SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 16.27; **unklar** WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 99 N 156 ff.

¹²⁹⁵ BGer 4C.40/2004 vom 25.06.2004 E. 2.3 und E. 4.2; BGE 99 II 176 E. 2a; in BGE 137 III 539 E. 5.2 sah das Bundesgericht jedoch einen verringerten bzw. eingeschränkten Sorgfaltsmassstab.

¹²⁹⁶ Vgl. BSK ORI-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 99 N 13, welche dasselbe Beispiel eindrücklich anhand eines ärztlichen Eingriffs umschreiben.

¹²⁹⁷ BSK ORI-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 99 N 13; SCHWERY, N 314 ff.

¹²⁹⁸ Ebenfalls zur Minderung des Schadenersatzes führte im vorliegenden Fall zudem die Tatsache, dass das Gutachten auf Verlangen des Kunden innert äusserst kurzer Zeit abgegeben werden musste (vgl. BGE 112 II 347 E. 3b).

Die naturwissenschaftlichen Untersuchungen werden dabei überwiegend unter Zuhilfenahme der entsprechenden Gerätschaften (etwa Röntgen- oder UV-Geräte) vorgenommen. Auch wenn auf technische Gerätschaften zurückgegriffen werden kann, sind die naturwissenschaftlichen Untersuchungen freilich *lege artis* durchzuführen. Wenn bei der chemischen Analyse ein modernes Pigment ermittelt wird, sind die Spezialisten im Labor bspw. gehalten, eine Zweitprobe zu entnehmen, bevor sie ein Gemälde als anachronistisch qualifizieren. Nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass bei der Untersuchung nicht auf eine Retusche gestossen wird.¹²⁹⁹ Wird eine naturwissenschaftliche Untersuchung mangelhaft durchgeführt, kann dies im Ergebnis unmittelbar zu einer fehlerhaften Kunstexpertise führen. Insbesondere dann, wenn der Kunstsachverständige die ihm mitgeteilten (fehlerhaften) Labor-Ergebnisse in seine Analyse übernimmt und dadurch in seiner Expertise die falschen Schlüsse zieht.

In der soeben beschriebenen Konstellation besteht in der Regel kein vertragliches Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Labor als externe Institution.¹³⁰⁰ Die Durchführung der naturwissenschaftlichen Untersuchung ist im Vorfeld durch den Kunstsachverständigen mit dem Auftraggeber abzusprechen, wird aber in der Praxis durch den Kunstsachverständigen selbstständig organisiert und bei der externen Institution veranlasst. Oftmals besteht bereits eine langjährige Zusammenarbeit zwischen dem Kunstsachverständigen und den externen Spezialisten. Für die Kosten der naturwissenschaftlichen Untersuchung hat der Auftraggeber entweder einen Vorschuss an den Kunstsachverständigen zu leisten, dieser addiert die Kosten bei seiner Schlussrechnung zum eigenen Honorar oder aber er stellt eine entsprechende Zwischenabrechnung.¹³⁰¹ Dies ergibt sich bereits aus Art. 400 Abs. 1 OR, welcher eine Abrechnungs- und Rechnungsführungspflicht des Auftragnehmers statuiert.¹³⁰²

Es ist nun fraglich, wie sich die haftungsrechtliche Anspruchsgrundlage des Auftraggebers zeigt, wenn infolge einer mangelhaften naturwissenschaftlichen Untersuchung im Ergebnis eine fehlerhafte Expertise resultiert. Wenn der Kunstsachverständige Befunde eines externen Labors in sein Gutachten aufnimmt, ist er für das auf diesen Befunden begründete Ergebnis seines Gutachtens unter Umständen dann verantwortlich, wenn er diese fehlerhaft interpretiert oder das Resultat leichtgläubig in seine Expertise übernimmt.¹³⁰³ Eine Überprüfung der naturwissenschaftlichen Resultate ist dem Kunstsach-

¹²⁹⁹ HUTTENLAUCH, S. 124.

¹³⁰⁰ Die Konstellation, in welcher zwischen dem Auftraggeber und der externen Institution ein direktes Vertragsverhältnis besteht, ist zwar denkbar, wird aber vorliegend nicht behandelt.

¹³⁰¹ Auch im Rahmen einer Auktion hat grundsätzlich der Eigentümer, also der Einlieferer, für die Kosten einer externen Expertise aufzukommen (vgl. KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 169).

¹³⁰² BOOG/ESCHMENT, S. 249; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 400 N 7 ff.; nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 400 Abs. 1 OR im Hinblick auf die Rechenschaftspflicht sodann auch eine zwingende Norm (vgl. BGE 132 III 460 E. 4.2).

¹³⁰³ Vgl. SIMONS, S. 20 Fn 59; HUTTENLAUCH, S. 122; HÄRET, S. 231.

verständigen regelmässig aber weder möglich noch zumutbar, da ihm hierfür die entsprechenden Gerätschaften und meist auch das Know-how fehlen.

Der Kunstsachverständige ist seiner vertraglichen Sorgfaltspflicht nachgekommen, indem er mangels eigener Fähigkeiten und Möglichkeiten gerade eben einen externen Spezialisten beigezogen hat.¹³⁰⁴ Eine Sorgfaltspflichtverletzung seitens des Kunstsachverständigen kann folglich *prima vista* verneint werden. Nach dem Gesagten ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, gegen wen der Auftraggeber seine allfälligen Ersatzansprüche geltend machen kann, sollte sich die Kunstexpertise aufgrund der naturwissenschaftlichen Untersuchungen als fehlerhaft erweisen.

Die externe Institution wurde durch den Kunstsachverständigen zwecks Durchführung der naturwissenschaftlichen Untersuchungen beigezogen. Eine vertragliche Verbindung zwischen dem Auftraggeber und der externen Institution besteht in der Regel nicht. Vielmehr fungiert die externe Institution als Gehilfe des Kunstsachverständigen. Es liegt folglich auf der Hand, die Haftungsansprüche des Auftraggebers aufgrund der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR oder aber der Substitution nach Art. 399 OR zu prüfen.¹³⁰⁵

2.5.2. *Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 1 OR*

Die Haftung nach Art. 101 Abs. 1 OR setzt namentlich voraus, dass der Kunstsachverständige eine Hilfsperson eingesetzt hat, deren Handeln im Rahmen eines Schuldverhältnisses mit dem Gläubiger in Ausführung ihrer Verrichtung adäquat kausal einen Schaden beim Gläubiger verursacht hat.¹³⁰⁶ Als Hilfsperson gilt grundsätzlich jedermann, der mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn bei einer Vertragsleistung mitwirkt. Dabei ist der Begriff der Hilfsperson weit zu verstehen, so dass die Hilfsperson in keinem Unterordnungsverhältnis zum Geschäftsherrn stehen muss.¹³⁰⁷ Die Hilfsperson braucht auch nicht die ganze Erfüllungshandlung vorzunehmen, einzelne Tätigkeiten genügen.¹³⁰⁸ Sie wirkt im Interesse und auf Rechnung des Sachverständigen, welcher einen Betrieb eingerichtet hat, um damit eine grössere Geschäftstätigkeit entfalten zu können.¹³⁰⁹ Wird eine Hilfsperson (i.S.v. Art. 101 OR) unbefugterweise beigezogen, haftet der Sachverständige nach Art. 97 Abs. 1 OR.¹³¹⁰

¹³⁰⁴ So zieht etwa die Expertenabteilung des Auktionshauses *Christie's* einen weiteren externen Experten bei, sobald es irgendwelche Uneinigkeiten und Zweifel gibt (vgl. KR-Panel-Gespräch, 2012, S. 169).

¹³⁰⁵ Ferner könnte u.U. ein Schadenersatzanspruch aus Delikt (Art. 41 OR), aus Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR) oder aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geprüft werden.

¹³⁰⁶ Kurzkommentar OR-THIER, Art. 101 N 2; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 101 N 4.

¹³⁰⁷ OFK-OR-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 101 N 3; HUGUENIN, N 996; BGE 107 Ia 168 E. 2a; BGE 70 II 215 E. 4.

¹³⁰⁸ WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 101 N 40.

¹³⁰⁹ Vgl. HOFSTETTER, Auftrag, S. 96; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 544 ff.; BÄCHLER, S. 14 ff.

¹³¹⁰ OFK-OR-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 101 N 9.

2.5.3. Substitution nach Art. 399 OR

Auch der Substitut i.S.v. Art. 399 OR ist an sich eine Hilfsperson des Kunstsachverständigen, jedoch ein qualifizierter Erfüllungsgehilfe.¹³¹¹ Dabei erfolgt der Beizug eines Substituten in der Regel deshalb, weil dem Kunstsachverständigen in dessen Tätigkeitsbereich die Leistungsmöglichkeit und/oder die Fachkenntnisse fehlen.¹³¹² Die Substitution ist ferner insbesondere dort zu bejahen, wo der Kunstsachverständige die ganze Aufgabe einem anderen überträgt und dieser sodann selbstständig arbeiten soll.¹³¹³ Der Substitut erbringt seine Leistung autonom, folglich ohne dass er sich in einem Unterordnungsverhältnis (mit Leistungs-, Aufsichts-, und Weisungsbefugnissen) zum Sachverständigen befindet.¹³¹⁴

2.5.4. Rechtliche Qualifikation

In der Praxis fällt die Abgrenzung zwischen der Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR und dem Substitut nach Art. 399 OR nicht immer leicht, ist aber infolge der unterschiedlichen Haftungsfolgen von grosser Bedeutung.¹³¹⁵ Ein erstes entscheidendes Abgrenzungskriterium liegt dabei in der Frage, ob der Kunstsachverständige den Dritten in seine Erfüllungsorganisation integriert (Hilfsperson) oder ob er eine (Teil-)Leistung dem Dritten überträgt und die Aufgabe dadurch aus seinem Pflichtprogramm eliminiert (Substitut).¹³¹⁶ Nach KOLLER liegt Substitution ferner nur dann vor, wenn der Beauftragte, also der Kunstsachverständige, die Erfüllung durch einen wirtschaftlich selbstständigen Dritten vornehmen lässt, ohne diesen zu leiten und zu beaufsichtigen.¹³¹⁷ Nach SCHNEEBERGER ist unter einem Substitut ein vom Beauftragten beigezogener Dritter zu verstehen, welcher in einem essentiellen Bereich des Auftrags, wo es auf die Persönlichkeit des Beauftragten ankommt, Erfüllungshandlungen vornimmt.¹³¹⁸

Weiter soll entscheidend sein, ob die Substitution im Interesse des Auftraggebers (Substitution) oder im Interesse des Kunstsachverständigen erfolgt (Hilfsperson).¹³¹⁹ HUGUENIN weist diesbezüglich darauf hin, dass das Abstellen auf die Interessenlage insbesondere dann Schwierigkeiten bereiten kann, wenn der Beizug des Spezialisten sowohl im

¹³¹¹ WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 101 N 60; GAUTSCHI, S. 37.

¹³¹² WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 101 N 60.

¹³¹³ SPIRO, S. 94; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.05; vgl. auch OTT, S. 69 f.

¹³¹⁴ HUGUENIN, N 3252.

¹³¹⁵ So auch SCHNEEBERGER, S. 117.

¹³¹⁶ Vgl. WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 101 N 63; SPIRO, S. 94; HOFSTETTER, Auftrag, S. 97.

¹³¹⁷ Vgl. KOLLER, Haftung, S. 127; DERENDINGER, N 314 ff.; **zustimmend** FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 541; VON BÜREN, S. 83.

¹³¹⁸ SCHNEEBERGER, S. 182.

¹³¹⁹ Vgl. OFK-OR-BÜHLER, Art. 399 N 3; SPIRO, S. 93; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.06; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 544; BGE 112 II 347 E. 2; BGR 4C.313/2004 vom 21.01.2005 E. 5.3.

Interesse des Sachverständigen als auch des Auftraggebers erfolgt ist.¹³²⁰ Wie FELLMANN richtig feststellt, wird bei der Abgrenzung der jeweiligen Kriterien im Einzelfall unter Umständen ohnehin eine Interessensabwägung erforderlich sein.¹³²¹ So sind die Interessen gegeneinander abzuwägen und es ist folglich zu prüfen, ob eine privilegierte Haftung nach Art. 399 Abs. 2 OR überhaupt sachgerecht ist oder ob vielmehr Art. 101 OR zu einer angemesseneren Lösung führt.¹³²²

Im Hinblick auf die naturwissenschaftlichen Untersuchungen sind die externen Fachleute bzw. die entsprechenden Labore nach hier vertretener Ansicht klarerweise als Substitute i.S.v. Art. 399 OR zu qualifizieren.¹³²³ Der Kunstexperte tritt eine Teilleistung, nämlich die gesamte Durchführung der naturwissenschaftlichen Untersuchung, an die entsprechenden Spezialisten ab und eliminiert diese Aufgaben folglich aus seinem Aufgabenheft. Der Kunstsachverständige ist hierbei auf die Dienste eines qualifizierten Fachmanns bzw. Labors angewiesen.¹³²⁴ Hinzukommend werden die externen Spezialisten auch einzig im Interesse des Auftraggebers beigezogen. Weder führt der Beizug des Dritten etwa zu einer Vergrösserung des Gewinns noch zu einer Vergrösserung der Kapazität des Kunstsachverständigen.¹³²⁵ Dem Kunstexperten fehlt sowohl das direkte wie auch das wirtschaftliche Interesse am Beizug des Dritten. Die externen Fachleute arbeiten selbstständig und unterstehen grundsätzlich nicht den Weisungen des Kunstexperten. Insbesondere deshalb, weil dieser mangels diesbezüglichem Fachwissen gar nicht dazu in der Lage ist.¹³²⁶ Nach Gesagtem erscheint es zweifellos auch sachgerecht, dem Kunstsachverständigen das Haftungsprivileg i.S.v. Art. 399 Abs. 2 OR zuzugestehen. Schliesslich tritt er die Aufgabe an einen Spezialisten ab und hat auf die Durchführung und das Ergebnis der naturwissenschaftlichen Untersuchung keinerlei Einflussmöglichkeiten.

¹³²⁰ HUGUENIN, 2. Aufl., N 3254 f; zur neueren Ansicht, wonach die Interessenslage nicht bereits bei der Abgrenzung sondern erst bei der Beurteilung der Frage der Anwendung des Haftungsprivilegs gemäss Art. 399 Abs. 2 OR herangezogen werden soll vgl. RUSCH, N 1 ff.; HUGUENIN, N 3254a; DROZ, N 287 ff.; das Bundesgericht zieht die Interessenslage nicht explizit zur Abgrenzung zwischen Hilfsperson und Substitution heran, vgl. BGer 4A_407/2007 vom 14.03.2008 E. 2.3; BGE 112 II 347 E. 2a und 2b; BGE 107 II 238 E. 5.

¹³²¹ FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 546.

¹³²² Vgl. HUGUENIN, 2. Aufl., N 3254.

¹³²³ Demgegenüber qualifizierte das Bundesgericht im *Gallé-Lampen-Entscheid* den beigezogenen Spezialisten als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR, da der Beauftragte auch im eigenen Interesse substituiert hatte. Es handelte sich dabei aber um einen Spezialisten des Mutterhauses in London der Beklagten, weshalb von einer engen Beziehung der beiden Firmen ausgegangen wurde (vgl. BGE 112 II 347 E. 2).

¹³²⁴ HOFSTETTER, Auftrag, S. 97.

¹³²⁵ Vgl. dazu BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 399 N 3.

¹³²⁶ Vgl. WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 101 N 63 m.w. H; HOFSTETTER, Auftrag, S. 97.

2.5.5. Haftungsfolgen

a) Unbefugter Beizug eines Dritten

War der Kunstsachverständige zum Beizug des externen Spezialisten nicht befugt, so haftet er gemäss Art. 399 Abs. 1 OR für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären. Bereits der unbefugte Beizug stellt hierbei eine Vertragsverletzung durch den Kunstsachverständigen dar. Zufolge der fingierten unmittelbaren Zurechnung des Verhaltens des Substituten zum Sachverständigen bleibt letzterem auch die Exkulpationsmöglichkeit verwehrt.¹³²⁷ Art. 399 Abs. 1 OR verweist hierbei nicht etwa auf Art. 101 OR, sondern stellt eine eigene unmittelbar anwendbare Haftungsnorm dar.¹³²⁸

Für die aus dem unbefugten Beizug des Spezialisten resultierenden direkten oder indirekten Folgen hat der Sachverständige vollumfänglich einzustehen.¹³²⁹ Der Auftraggeber ist in vermögensrechtlicher Hinsicht so zu stellen, als ob keine (unbefugte) Substitution erfolgt wäre.¹³³⁰ Selbstredend ist ferner ein vermögensrechtlicher Schaden beim Auftraggeber vorausgesetzt. Der Kunstsachverständige haftet nämlich nicht etwa für die Handlungen des Dritten, sondern nur für Schäden, die dem Auftraggeber infolge der Handlungen des Dritten entstehen.¹³³¹

b) Befugter Beizug eines Dritten

Eine Substitution ist zulässig, wenn der Sachverständige vom Auftraggeber zur Übertragung des Auftrags an einen Dritten ermächtigt wurde oder sich durch die Umstände zum Beizug eines Substituten genötigt sah. Ferner auch dann, wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird.¹³³² Es empfiehlt sich hierbei im Interesse beider Parteien, schriftlich festzuhalten, ob der Gutachter zur persönlichen Erfüllung verpflichtet ist, ob der Gutachter ermächtigt ist, einzelne Abklärungen oder den ganzen Auftrag an Dritte zu übertragen und falls ja, ob dies der expliziten Zustimmung des Auftraggebers bedarf.¹³³³

War der Kunstsachverständige zur Übertragung befugt, so haftet er gemäss Art. 399 Abs. 2 OR nur für gehörige Sorgfalt bei der *Wahl* und *Instruktion* des Dritten. Der Sach-

¹³²⁷ Vgl. Kurzkomentar OR-SCHALLER, Art. 399 N 4; FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 12; CERUTTI, N 466; DERENDINGER, N 299 ff.; a.M. HOFSTETTER, Haftung, S. 95.

¹³²⁸ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 12 und 33; CERUTTI, N 466; ein grosser Teil der Lehre leitet die Haftung des Beauftragten primär aus Art. 97 Abs. 1 OR ab (so etwa BÄCHLER, S. 12; DERENDINGER, N 319; BSK ORI-WEBER/OSER, Art. 399 N 5; HUGUENIN, N 3260; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 23.05).

¹³²⁹ Vgl. BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 399 N 5; Kurzkomentar OR-SCHALLER, Art. 399 N 4; FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 10 und 11 m.w.H.; CERUTTI, N 465; DERENDINGER, N 183.

¹³³⁰ Kurzkomentar OR-SCHALLER, Art. 399 N 3.

¹³³¹ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 13; BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 399 N 5; HOFSTETTER, Haftung, S. 95.

¹³³² Vgl. Art. 398 Abs. 3 OR; FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 18.

¹³³³ JOLLES/ROESLE, S. 37.

verständige wird folglich bei der befugten Substitution in haftungsrechtlicher Hinsicht gegenüber Art. 399 Abs. 1 OR und der Hilfspersonenhaftung nach Art 101 OR privilegiert.¹³³⁴ Allerdings nur dann, wenn eine Substitution alleine im Interesse des Auftraggebers erfolgt, beschränkt sich die Haftung des Sachverständigen i.S.v. Art. 399 Abs. 2 OR.¹³³⁵

Der Beizug eines externen Spezialisten zur Durchführung naturwissenschaftlicher Analysen erfolgt – wie bereits aufgezeigt – im Interesse des Auftraggebers. Der Kunstexperte verfolgt am Beizug weder einen wirtschaftlichen noch einen sonstigen Nutzen. Der Kunstexperte profitiert insofern von der Substitution, als dass ohne die Resultate der naturwissenschaftlichen Untersuchungen eine abschliessende Beurteilung und bspw. eine definitive Zuschreibung nicht möglich ist. Von einem eigentlichen «Interesse» des Kunstsachverständigen im Sinne der Lehre und Rechtsprechung kann hierbei m.E. aber nicht ausgegangen werden. Andernfalls könnte in jeder denkbaren Konstellation ein «Interesse» des Auftragnehmers am Beizug eines Substituten erkannt werden und die Substitutionsnorm im Auftragsrecht verkäme zu einem toten Buchstaben.

Um in den Genuss des Haftungsprivilegs nach Art. 399 Abs. 2 OR zu kommen, muss der Sachverständige den externen Spezialisten sorgfältig auswählen und diesem klare Instruktionen erteilen. Die *sorgfältige Auswahl* des externen Spezialisten besteht darin, dass dessen Wissen und Können, seine Sachkenntnisse, Erfahrung und Zuverlässigkeit gewürdigt und mit dem konkreten Anforderungsprofil verglichen wird.¹³³⁶ Die *sorgfältige Instruktion* erfolgt durch die Erteilung der erforderlichen Auskünfte und Informationen zur Führung des Unterauftrages. Das Mass der erforderlichen Instruktion hängt hierbei im Wesentlichen von den Umständen des Einzelfalls ab und kann nicht abstrakt umschrieben werden.¹³³⁷

Die beiden genannten Voraussetzungen dürften dem Kunstexperten in der Praxis kaum Probleme bereiten. Es gilt hierbei nämlich zu bedenken, dass nur wenige auf naturwissenschaftliche Untersuchungen spezialisierte Institutionen bestehen, so dass für den Kunstsachverständigen in der Praxis ohnehin keine grosse Auswahlmöglichkeit besteht. Ferner verfügen diese (meist sehr angesehenen) Institutionen über derart hohe Fachkenntnisse, dass eine umfangreiche Instruktion in der Regel obsolet sein dürfte. Im gegenseitigen Austausch wird bestimmt, welche Untersuchungen beim fraglichen Gemälde sinnvollerweise durchzuführen sind. Alle weiteren Handlungen übernimmt die externe Institution, ohne dass es hierfür weitergehende Instruktionen durch den Kunstexperten bedürfte. Insofern ist es für den Kunstexperten grundsätzlich ein Leichtes, die beiden Voraussetzungen der *sorgfältigen Auswahl* und *Instruktion* gemäss Art. 399 Abs. 2 OR

¹³³⁴ Kurzkommentar OR-SCHALLER, Art. 399 N 5.

¹³³⁵ BGE 112 II 347 (*Gallé-Lampen-Entscheidung*); BGer 4C.313/2004 vom 21.01.2005 E. 5.3; OFK-OR-BÜHLER, Art. 399 N 3.

¹³³⁶ FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 60.

¹³³⁷ FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 64 und 65.

zu erfüllen. Somit hat der Kunstsachverständige im Ergebnis für eine allfällige Schadensverursachung durch die externe Institution als Substitut grundsätzlich nicht einzustehen.

Haftungs begründet ist also einzig die Auswahl eines unfähigen Spezialisten oder die Abgabe ungenügender/unrichtiger Instruktionen, wobei der Auftraggeber dem Kunstsachverständigen die Sorgfaltspflichtverletzung bei der Auswahl und/oder Instruktion des Dritten nachzuweisen hat.¹³³⁸ Gelingt dem Auftraggeber der Beweis, so haftet der Kunstsachverständige für die Handlungen des externen Spezialisten, sofern er nicht beweist, dass ihm im Zusammenhang mit der Auswahl und Instruktion des Dritten keinerlei Verschulden zu Lasten fällt.¹³³⁹

c) Direktanspruch des Auftraggebers gegenüber dem Dritten

Sowohl bei einem unbefugten wie auch bei einem befugten Beizug eines externen Spezialisten (Substituten) kann der Auftraggeber die Ansprüche, welche dem Kunstsachverständigen (als Auftragnehmer) gegenüber dem externen Spezialisten zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen (vgl. Art. 399 Abs. 3 OR). Dem Auftraggeber steht folglich ein direkter Haftungsanspruch gegen den externen Spezialisten (Substitut) zu.¹³⁴⁰ Im Verhältnis zum Auftraggeber ist der beigezogene Spezialist auftragsloser Geschäftsführer, der für jede Fahrlässigkeit einzustehen hat.¹³⁴¹ Zu den Ansprüchen, welche vom Auftraggeber direkt gegenüber dem externen Spezialisten als Substitut geltend gemacht werden können, gehören namentlich diejenige auf Ausführung des Auftrages, das Weisungsrecht, der Rechenschafts- und Ablieferungsanspruch sowie das Aussonderungsrecht.¹³⁴²

Vorliegend interessiert jedoch primär, wie es sich mit einem vermögensrechtlichen Schaden verhält, welcher zufolge einer mangelhaften naturwissenschaftlichen Untersuchung durch den externen Spezialisten (als Substitut) beim Auftraggeber eintritt. Es ist folglich von der Konstellation auszugehen, in welcher die mangelhafte naturwissenschaftliche Untersuchung unmittelbar zu einer fehlerhaften Kunstexpertise des Sachverständigen führt. Fraglich ist hierbei, ob der Auftraggeber seinen hieraus erlittenen Schaden direkt beim externen Spezialisten (als Substitut) gemäss Art. 399 Abs. 3 OR geltend machen kann. Zwischen dem Auftraggeber und dem externen Spezialisten (als Substitut) besteht bekanntermassen keine vertragliche Verbindung. Wenn der externe Spezialist (Substitut) die naturwissenschaftlichen Untersuchungen unsorgfältig vornimmt und den Auftraggeber schädigt, ist demnach der aus dem Vertrag Ersatzberechtigte (der Kunstsachverständige) nicht identisch mit dem Geschädigten (der Auftraggeber).¹³⁴³

¹³³⁸ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 399 N 2; FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 53 und 69 ff.

¹³³⁹ FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 53.

¹³⁴⁰ SCHUMACHER, S. 218; BGer 4A_10/2013 vom 28.05.2013; BGer 4A.256/2010 vom 26.07.2010; BGE 121 III 314.

¹³⁴¹ Art. 420 Abs. 1 OR; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 399 N 6.

¹³⁴² FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 100.

¹³⁴³ Vgl. hierzu auch SCHUMACHER, Fremdfinanzierung, S. 265.

Der Kunstsachverständige erleidet keinen vermögensrechtlichen Schaden, der Auftraggeber hat keine vertragliche Schadenersatzansprüche gegen den externen Spezialisten (Substitut) als Schadensverursacher. Art. 399 Abs. 3 OR gestattet es dem Auftraggeber aber gemäss Wortlaut lediglich, die Ansprüche geltend zu machen, die dem Beauftragten (also dem Kunstsachverständigen) gegen den Substituten (externer Spezialist) zustehen. Da aber nicht der Beauftragte (Kunstsachverständige) sondern der Auftraggeber einen Schaden erleidet, hilft der Direktanspruch nach Abs. 3 hier folglich nicht weiter.¹³⁴⁴ Mangels Anspruch im Rahmen des Auftragsverhältnisses kann dem Kunstsachverständigen ferner auch kaum eine Pflicht zukommen, für den Ersatz des Schadens des Auftraggebers besorgt zu sein.¹³⁴⁵

In der Lehre besteht Einigkeit, dass die Bestimmung, sollte sie nach ihrem Wortlaut ausgelegt werden, insbesondere unter Berücksichtigung des erwähnten Haftungsprivilegs des Beauftragten, zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Denn der Auftraggeber kann seinen vermögensrechtlichen Schaden eben gerade nicht direkt beim Substituten geltend machen.¹³⁴⁶ Aufgrund dessen wird in der Lehre durchwegs befürwortet, den direkten Anspruch des Auftraggebers gegen den Substituten (externer Spezialist) nicht davon abhängig zu machen, ob dieser den Beauftragten (Kunstsachverständigen) durch sein Verhalten geschädigt hat. Der rechtliche Bestand für den Direktanspruch des Auftraggebers sieht jedoch die Mehrheit der Lehre in solchen Fällen nicht in Art. 399 Abs. 3 OR, sondern in einem (konstruierten) Vertragsverhältnis zwischen dem Beauftragten (Kunstsachverständigen) und dem Substituten (externer Spezialist).¹³⁴⁷ Teils wird der Anspruch als Vertrag zugunsten eines Dritten i.S.v. Art. 112 OR¹³⁴⁸ qualifiziert, teils wird im Substitutionsauftrag wiederum ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter¹³⁴⁹ gesehen.¹³⁵⁰ Schliesslich wird auch die Auffassung vertreten, der Direktanspruch lasse sich unmittelbar aus Art. 399 Abs. 3 OR ableiten, weil diese Bestimmung als gesetzlich geregelter Fall der Drittschadensliquidation zu deuten sei.¹³⁵¹

¹³⁴⁴ FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 102.

¹³⁴⁵ BÄRTSCHI, S. 437.

¹³⁴⁶ Anstelle vieler vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 600 ff. m.w.V.; vgl. hierzu auch BGE 121 III 310 E. 4.

¹³⁴⁷ BGE 121 III 310 E. 4a.

¹³⁴⁸ So etwa GAUTSCHI, BeKom, Art. 399 N 10a; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 399 N 6; HOFSTETTER, Auftrag II, S. 75; KRAUSKOPF, VZD, S. 246; BUCHER, OR BT, S. 232.; wohl auch RUSCH, S. 6; **ablehnend** BÄRTSCHI, S. 437; SCHUMACHER, Prozessfinanzierung, S. 267; MEIER, S. 14; HONSELL, S. 349, wobei dieser in der 2. Auflage die Konstruktion des Vertrags zugunsten Dritter noch für entbehrlich hält und von einer Drittschadensliquidation ausgeht (vgl. HONSELL, 2. Aufl., S. 235).

¹³⁴⁹ FELLMANN, BeKom, Art. 399 N 102, welcher aber insbesondere auch die Drittschadensliquidation für anwendbar hält; Kurzkommentar OR-SCHALLER, Art. 399 N 9; BÄRTSCHI, S. 438; **a.M.** für die Fremdfinanzierung von Prozessen ist SCHUMACHER, Fremdfinanzierung, S. 271 ff.

¹³⁵⁰ Zur Anwendung des ausservertraglichen Haftpflichtrechts vgl. SCHUMACHER, Fremdfinanzierung, S. 267 f. und STUTZ, S. 25 ff.

Das Bundesgericht hat es – soweit ersichtlich – bis anhin offen gelassen, aufgrund welcher Rechtsgrundlage ein Direktanspruch bestehen soll. Es neigt aber (beim mehrgliedrigen Zahlungsverkehr) zur Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte nach deutschem und österreichischem Vorbild.¹³⁵² Ferner hat das Bundesgericht festgestellt, dass der Direktanspruch des Auftraggebers vertraglicher Natur ist und somit innert zehn Jahren verjährt.¹³⁵³

Wie BÄRTSCHI richtig ausführt, kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Beauftragte (Sachverständige) und der Substitut (externer Spezialist) beim Abschluss des Vertrags den Willen hatten, dem Auftraggeber i.S. eines Vertrags zugunsten Dritter einen eigenen Anspruch zukommen zu lassen. Ferner verbleibt unter Art. 399 Abs. 3 OR der Anspruch beim Beauftragten (Sachverständiger), worauf dessen Anspruch vom Auftraggeber geltend gemacht werden könnte, was der Struktur des echten Vertrages zugunsten eines Dritten widerspricht.¹³⁵⁴ Es ist nach Gesagtem fraglich, wie die Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter mit Art. 399 Abs. 3 OR vereinbar sein soll. Diese Vorschrift wäre sodann nämlich obsolet.¹³⁵⁵

Auch wenn sich die Problematik nicht überzeugend durch den Vertrag zugunsten Dritter lösen lässt, ist kein Grund dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber dem Auftraggeber zwar die Geltendmachung von Erfüllungsansprüchen, nicht aber diejenige von Schadenersatzansprüchen ermöglichen wollte.¹³⁵⁶ Eine überzeugende Lösung führt nach hier vertretener Meinung über die Drittschadensliquidation. Gestützt darauf steht dem nicht geschädigten Kunstsachverständigen – als indirekter Stellvertreter – ein vertraglicher Anspruch gegen den externen Spezialisten auf Ersatz des vom Auftraggeber erlittenen Schadens zu. Der Anspruch des Kunstsachverständigen kann dabei gestützt auf Art. 399 Abs. 3 OR auch vom Auftraggeber geltend gemacht werden, wobei diesem gegenüber dieselben Einreden und Einwendungen wie gegen den Kunstsachverständigen erhoben werden können.¹³⁵⁷ Durch die Drittschadensliquidation lässt sich folglich eine Entlastung des externen Spezialisten, die aufgrund der für ihn zufälligen Schadensverlagerung unbillig wäre, in konstruktiver Weise verhindern.¹³⁵⁸ Der Kunstsachverständige ist daher berechtigt, den Schaden des Auftraggebers direkt gegenüber dem externen Spezialisten

¹³⁵¹ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 605 und Art. 399 N 102; ARMBRÜSTER, FS Wiegand, S. 82; BÄRTSCHI, S. 438; HONSELL, 2. Aufl., S. 235; **unklar** PERREN, S. 69 ff.; **a.M.** SCHUMACHER, Fremdfinanzierung, S. 286; PIOTET, S. 48 ff.

¹³⁵² BGE 121 III 310 E 4a.

¹³⁵³ BGE 121 III 310 E 5a.

¹³⁵⁴ BÄRTSCHI, S. 437; vgl. hierzu auch KRAUSKOPF, VZD, S. 27 f., welcher die Drittschadensliquidation für entbehrlich hält.

¹³⁵⁵ ARMBRÜSTER, S. 82.

¹³⁵⁶ ARMBRÜSTER, S. 82; SPIRO, S. 287.

¹³⁵⁷ BÄRTSCHI, S. 438; für RUSCH ist es erst mit hinzutretender Ablieferungspflicht (Art. 400 Abs. 1 und 401 Abs. 1 OR) denkbar, dass der Beauftragte den Schaden des Auftraggebers liquidiert (vgl. RUSCH, N 12).

¹³⁵⁸ ARMBRÜSTER, S. 82.

geltend zu machen, wenn der Auftraggeber durch das Verhalten des externen Spezialisten zu Schaden kommt. Folglich haftet der externe Spezialist gegenüber dem Kunstsachverständigen auch für die Liquidation des Drittschadens.¹³⁵⁹

2.6 Haftungsbeschränkung

2.6.1. Ausgangslage

In der Praxis sind nicht selten Haftungsbeschränkungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Gutachterinstitutionen oder in den Gutachterverträgen selber anzutreffen. Aufgrund der erheblichen (Sorgfalts-)Pflichten und dem damit verbundenen hohen Haftungsrisikos besteht für den Kunstsachverständigen ein grosses Interesse daran, seine Haftung so weit wie möglich einzuschränken.¹³⁶⁰ Eine Haftungsbeschränkung kann ferner sinnvoll sein, wenn man vermeiden will, dass sich die Experten aus Angst vor dem Haftungsrisiko in nichtssagende Formulierungen flüchten oder die Übernahme von Gutachteraufträgen gänzlich ablehnen.¹³⁶¹

Die Haftung kann in unterschiedlicher Weise beschränkt werden.¹³⁶² So besteht etwa die Möglichkeit, die vom Kunstsachverständigen vorzunehmenden Untersuchungen derart präzise im Gutachtervertrag zu umschreiben, dass ihm später nicht vorgeworfen werden kann, er habe es unterlassen, weitere Abklärungen durchzuführen. Gewisse Handlungen, wie etwa Archivrecherchen, können somit ausgeschlossen werden. Der Auftrag gilt dann grundsätzlich als sorgfältig erfüllt, wenn sämtliche definierten Handlungen vorgenommen wurden, was zum einen das Haftungsrisiko des Kunstsachverständigen minimiert und zum anderen die Transparenz für den Auftraggeber erhöht.¹³⁶³ Ebenso können Abreden zu Fristen, Formvorschriften, Beweislast u.ä. vertraglich festgelegt werden, wodurch die Rechtsverfolgung erschwert wird.¹³⁶⁴

Im Gutachtentext versuchen Experten nicht selten, durch vorsichtige Formulierungen ihre Haftung zu beschränken.¹³⁶⁵ So sind Formulierungen wie «die vorliegende Kunstexpertise ist unter Berücksichtigung der mir zur Verfügung stehenden Unterlagen und den mir bekannten Gegebenheiten erstellt worden» denkbar und können zu einer indirekten Haftungsbeschränkung führen. Gleiches gilt, wenn die Zuschreibung etwa durch Zu-

¹³⁵⁹ Vgl. FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 606; DERENDINGER, N 322.

¹³⁶⁰ GERLACH, S. 65; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 3.

¹³⁶¹ SCHACK, S. 152; WÜRTEMBERGER, S. 126.

¹³⁶² Für die Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung vgl. auch MÜLLER-CHEN, FS Gauch, S. 512 ff. und SCHUMACHER, S. 129. Für die klassischen Haftungsbeschränkungen in Auktionsbedingungen vgl. HERCHENRÖDER, Auktionen, S. 48 ff.

¹³⁶³ IFIF, S. 245.

¹³⁶⁴ MÜLLER-CHEN, FS Gauch, S. 513.

¹³⁶⁵ Hoeren/Holzsnigel/Ernstschneider-REMMERS, S. 205. FISCHER stellte im Jahre 1944 fest: «Man studiere doch einmal die Formulierungen; sie reichen von der anmassend kategorischen Behauptung bis zur farblosen, gemundenen und verantwortungsscheuen Phrase.» (vgl. FISCHER, Kunsthandel, S. 20).

sätze im Gutachten wie «nach kunsthistorischer/stilkritischer Analyse handelt es sich um ein Kunstwerk des Künstlers Y» eingeschränkt wird.¹³⁶⁶

Da der Auftraggeber in der Regel auf die Sachkunde des Gutachters vertraut, sind vorsichtige Formulierungen nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich nicht geeignet, die Haftung zu beschränken. Andernfalls sich der Sachverständige mit Standard-Floskeln in jeder Expertise gänzlich von seiner Sorgfaltspflicht befreien bzw. seine Haftung beschränken könnte. Das Vorliegen einer verbindlichen Haftungsbeschränkung wäre erst dann zu prüfen, wenn der Gutachter unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass seine Feststellungen fehlerhaft sein könnten und diesen Umstand zusätzlich sachlich begründet.¹³⁶⁷

2.6.2. Stufen der Haftung

Nach Massgabe von Art. 99 Abs. 1 OR haftet der Schuldner grundsätzlich für jedes Verschulden.¹³⁶⁸ Aufgrund der Privatautonomie besteht die Möglichkeit, die Haftung aus dem Gutachtervertrag nach Massgabe von Art. 100 Abs. 1 OR für leichte Fahrlässigkeit und für Hilfspersonen des Sachverständigen nach Art. 101 Abs. 2 OR auch für grobe Fahrlässigkeit wegzubedingen.¹³⁶⁹ Für absichtliche Zufügung eines Schadens ist ein Haftungsausschluss indessen nicht möglich. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Haftung für leichte oder mittlere Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden kann, wenn dem keine andere spezialgesetzlichen Regelungen entgegenstehen.¹³⁷⁰

Ein Handeln mit *rechtswidriger Absicht* liegt etwa dann vor, wenn ein Kunstsachverständiger mit Wissen und Willen ein echtes Kunstwerk als gefälscht erklärt. Wenn der Kunstsachverständige also weiss, dass das von ihm erstellte Gutachten fehlerhaft ist und diesen Erfolg auch herbeiführen wollte. Zu denken ist etwa an die kriminelle Arbeitsteilung zwischen dem Kunstsachverständigen und Auftraggeber, um einem Verkäufer in Täuschungsabsicht ein vermeintlich echtes aber eigentlich wertloses Kunstobjekt zu einem hohen Preis zu verkaufen.

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn eine schwerwiegende Abweichung vom geschuldeten Sorgfaltsmassstab, den ein gewissenhafter Mensch in einer vergleichbaren Lage beachten würde, vorliegt.¹³⁷¹ Ein Kunstsachverständiger handelt bspw. dann grobfahrlässig, wenn er es – notabene unbeabsichtigt – versäumt, gegenüber dem Auftraggeber

¹³⁶⁶ SCHREMBBS, S. 179; HB Kunstrecht-PFEFFER/RAUTER, S. 53; vgl. für Beispiele weiterer ungenauer Beschreibungen die Ausführungen in HERCHENRÖDER, S. 288 f.

¹³⁶⁷ Hoeren/Holzner/Ernstschneider-REMMERS, S. 205.

¹³⁶⁸ Es gilt an dieser Stelle nochmals auf Art. 99 Abs. 2 OR hinzuweisen, wonach das Mass der Haftung milder beurteilt wird, wenn das Geschäft für den Auftragnehmer keine Vorteile bezweckt. Zu denken ist hier primär an Fälle, in welchen der Experte ein Gutachten kostenlos erstellt. Vgl. hierzu S. 177 ff.

¹³⁶⁹ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 62; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 3.

¹³⁷⁰ FACINCANI/SUTTER, S. 214.

¹³⁷¹ BSK ORI-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 99 N 6.

ernsthafte Zweifel an der Echtheit oder einwandfreien Provenienz zu erwähnen.¹³⁷² Wenn sich bspw. aufgrund der Provenienzkette und der damit verbundenen Recherchen der konkrete Verdacht zeitigt, dass es sich beim begutachteten Gemälde um Raubkunst handeln könnte, der Gutachter es aber unterlässt, dies gegenüber dem Auftraggeber zu erwähnen.

Unter *leichter Fahrlässigkeit* wird ein Verhalten gemeint, das bei einem korrekten Menschen zwar nicht vorkommen sollte, aber doch einmal vorkommen kann, etwa eine geringfügige Unvorsicht, eine augenblickliche Unachtsamkeit oder eine kleinere Fehlüberlegung.¹³⁷³ Wenn etwa der Kunstsachverständige ein Zustandsmerkmal von geringfügiger Bedeutung übersieht und dieses ohnehin keinen Einfluss auf seine Bewertung gehabt hätte.

Unter der Beachtung von Art. 100 und 101 OR sind Haftungsbeschränkungen ferner auch nur summenmässig oder schadensfolgenbezogen (bspw. entgangener Gewinn) möglich. Gleiches gilt für Bestimmungen, welche die Haftungsmodalitäten dergestalt regeln, dass die Haftungssituation des Geschädigten dadurch im Ergebnis verschlechtert wird (bspw. Beweislastumkehr, Verjährungsverkürzung etc.).¹³⁷⁴

2.6.3. Möglichkeit der Haftungsbeschränkung im Auftragsrecht

Zunächst war umstritten, ob die Haftung im Rahmen des Auftragsrecht überhaupt wegbedungen werden kann, da es sich bei der Treue- und Sorgfaltspflicht um eine Essentialia des Auftragsrechts handelt und die Interessen des Auftraggebers durch die Wegbedingung geschmälert werden könnten.¹³⁷⁵ Es stellt sich dabei die Frage, ob durch die Wegbedingung der Haftung der Vertragstyp nicht entwertet und die vorgesehene Zweckerreichung nicht vereitelt wird.¹³⁷⁶ Die Lehre geht aber nun mehrheitlich davon aus, dass eine Wegbedingung auch beim Auftragsrecht zulässig sein soll.¹³⁷⁷

In diesem Zusammenhang ist WEBER beizupflichten, wonach die sorgfältige zu erbringende in Aussicht gestellte Leistung grundsätzlich nicht relativierungsfähig ist.¹³⁷⁸ Es

¹³⁷² JOLLES/ROESLE, S. 40; SKK Künstlerschutz-VON BRÜHL, S. 188.

¹³⁷³ WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 100 N 96.

¹³⁷⁴ BOOG/ESCHMET, S. 253.

¹³⁷⁵ Vgl. GAUTSCHI, BeKom, Art. 395 N 71b, 72d, 73, 74; GRIEDER, Vertragswidrigkeit, S. 131 f.; GUTZWILLER, S. 62; GLOOR, S. 181 m.w.H.; SCHUMACHER, S. 132; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 66 ff.; OTT, S. 65 ff.; WEBER, ZSR, S. 52.

¹³⁷⁶ Vgl. KAISER, S. 82; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 66 ff.

¹³⁷⁷ Vgl. HUGUENIN, N 1016; BUOL, N 366; DERENDINGER, N 349; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 515; BSK I OR-WIEGAND, Art. 100 N 6; OESCH, S. 136; WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 100 N 43 ff. m.w.H.; SCHUMACHER, S. 132; HONSELL, S. 340; BOOG/ESCHMET, S. 252; zudem BGE 88 II 430, 434 f., dann wieder offengelassen in BGE 124 III 155, 165; vgl. im Hinblick auf den Behandlungsvertrag des Arztes auch OTT, S. 65 ff.; a.M. GAUTSCHI, BeKom, Art. 398 N 25a; GUTZWILLER, Vermögensverwaltungsvertrag, S. 66; SPÄLTI, S. 77.

¹³⁷⁸ WEBER, BeKom, Art. 100 N 44; in diese Richtung wohl auch GLOOR, S. 147.

steht den Parteien dabei jedoch frei, die Sorgfaltspflicht inhaltlich zu konkretisieren und durch einen «Verpflichtungsausschluss» des Auftrags bestimmte Schadensfolgen auszuschliessen.¹³⁷⁹ So kann etwa auch vereinbart werden, dass der Kunstsachverständige bei leichter Fahrlässigkeit für einen Schaden nicht einzustehen braucht, jedenfalls soweit, als dadurch nicht die begriffsnotwendige Sorgfalt der Auftragsausführung betroffen wird.¹³⁸⁰ Zu bedenken gilt es hierbei ohnehin, dass der Kunde kaum bereit sein wird, ein – oftmals hohes – Honorar für Bemühungen zu bezahlen, wenn sich der Kunstsachverständige gleichzeitig vorbehält, «leicht fahrlässig» handeln zu dürfen.¹³⁸¹ Der Kunstgutachter darf nicht annehmen, der Auftraggeber sei einerseits bereit, ihm für das Versprechen anspruchsvoller, sorgfältig auszuführender Leistungen ein gutes Honorar zu bezahlen, und der gleiche Auftraggeber verzichte andererseits mehr oder weniger auf die Haftung des Kunstsachverständigen im Falle dessen Versagens.¹³⁸² So macht ein zu weit gehender Haftungsausschluss ein Gutachten für den Auftraggeber wertlos, erwartet dieser doch, dass der Sachverständige für sein Gutachten einsteht und auch haftet.¹³⁸³

Es sind aufgrund der besonderen Eigenart des Kunstgutachtervertrags und insbesondere im Hinblick auf die Treue- und Sorgfaltspflichten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR jedenfalls hohe Anforderungen an die (rechtswirksame) Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung zugunsten des Kunstsachverständigen zu stellen.¹³⁸⁴ Der Kunstsachverständige hat den Auftraggeber von sich aus über die Bedeutung der von ihm gewünschten Haftungsbeschränkung unmissverständlich aufzuklären.¹³⁸⁵

Läuft eine Freizeichnungsklausel aber einer ausdrücklichen Zusicherung des Gutachters zuwider oder ist die Tragweite einer solchen Bestimmung für den Auftraggeber nicht erkennbar, so kann die Freizeichnung als ungültig erachtet werden.¹³⁸⁶

2.6.4. Gültige Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung

Die Haftungsbeschränkung muss zwischen den Parteien gültig vereinbart worden sein und wird aus Beweisgründen bestenfalls schriftlich festgehalten.¹³⁸⁷ Wirkung entfaltet

¹³⁷⁹ Kurzkommentar OR-THIER, Art. 100 N 4; WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 100 N 44.

¹³⁸⁰ WEBER/EMMENEGGER, BeKom, Art. 100 N 44. So auch MÜLLER-CHEN, nach welchem ein Haftungsausschluss grundsätzlich zulässig ist, nicht jedoch für die sich am abstrakten Massstab orientierende berufs- und fachspezifische Sorgfalt (vgl. MÜLLER-CHEN, FS Gauch, S. 517).

¹³⁸¹ MÜLLER-CHEN, FS Gauch, S. 517; in diesem Sinne für den Vermögensverwalter auch GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 271.

¹³⁸² Vgl. SCHUMACHER, S. 133.

¹³⁸³ JOLLES/ROESLE, S. 39. Im Rahmen des Behandlungsvertrags eines Arztes erachtet es OTT als stossend, wenn der qualifizierte Fachmann seine Stellung zusätzlich auf Kosten der nicht-qualifizierten Vertragspartei mittels einer Haftungsbeschränkung stärken könnte. Dies gelte im Besonderen für wissenschaftliche Berufe (vgl. OTT, S. 65).

¹³⁸⁴ So auch SCHUMACHER für den Architektenvertrag (vgl. SCHUMACHER, S. 132).

¹³⁸⁵ SCHUMACHER, S. 133; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 517.

¹³⁸⁶ JOLLES/ROESLE, S. 40.

¹³⁸⁷ WEBER, S. 107.

die Klausel nur zwischen den Vertragsparteien. Gegenüber Dritten kann sich der Sachverständige nicht auf die Freizeichnungsklausel berufen. Indem der Sachverständige im Gutachten auf die vereinbarte Haftungsbeschränkung hinweist, kann er das Vertrauen eines Dritten in die Expertise aber zumindest verkleinern.¹³⁸⁸

2.6.5. Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) Geltungskontrolle

(1) Ungewöhnlichkeitsregel

Normalerweise wird ein Kunstsachverständiger weniger durch individualvertragliche Abreden als vielmehr durch vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) die jeweiligen Vertragsmodalitäten regeln.¹³⁸⁹ Die AGB gelten wie alle Vertragsklauseln nur dann, wenn sie von den Parteien durch entsprechende – ausdrückliche oder konkludente – Abrede in den konkreten Gutachtervertrag einbezogen worden sind.¹³⁹⁰ Es genügt, wenn der Auftraggeber vor oder bei Vertragsschluss auf die Geltung und den Inhalt der AGB hingewiesen wurde und er die Möglichkeit hatte, vom Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Es genügt somit freilich nicht, die AGB erst der Expertise beizulegen.¹³⁹¹

Werden die AGB mittels Globalübernahme¹³⁹² zum Vertragsbestandteil, so erlangen ungewöhnliche Klauseln keine Geltung. Also solche, mit deren Inhalt der Auftraggeber nach den Umständen nicht gerechnet hat und vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.¹³⁹³ Wenn die Klausel etwa geschäftsfremden Inhalt aufweist, d.h. wenn sie den Vertragscharakter wesentlich verändert oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt.¹³⁹⁴ Das Bundesgericht umschreibt die Ungewöhnlichkeitsregel wie folgt: «Von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen sind indessen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist, da davon auszugehen ist, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des

¹³⁸⁸ JOLLES/ROESLE, S. 40.

¹³⁸⁹ GERLACH, S. 66; FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 518.

¹³⁹⁰ Vgl. HUGUENIN, N 614; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 45.01; SCHIRRMACHER, S. 54; BGE 118 II 295 E. 2; BGE 77 II 154 E. 4.

¹³⁹¹ HUGUENIN, N 616; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 45.02; GERLACH, S. 66; vgl. auch SCHIRRMACHER, S. 55 ff.

¹³⁹² Mit diesem Begriff wird zum Ausdruck gebracht, dass eine Partei durch eine (ausdrückliche oder konkludente) allgemeine Erklärung die AGB akzeptiert, ohne diese Vertragsklausel gelesen oder ohne sie mit dem AGB-Verwender diskutiert oder ausgehandelt zu haben (vgl. PROBST, S. 55).

¹³⁹³ Vgl. HUGUENIN, N 619; SCHUMACHER, S. 130; ROBERTO/WALKER, S. 52; BGE 109 II 452 E. 4 f.; BGE 135 III 1 E. 2.1.

¹³⁹⁴ SCHUMACHER, S. 131; SCHIRRMACHER, S. 61; BGE 153 III 225, 227 E. 1.3; BGE 109 II 458 E. 5.

Vertragstypus fallen, nicht zustimmt».¹³⁹⁵ Die Regel wurde durch das Bundesgericht noch wie folgt ergänzt: «Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren».¹³⁹⁶ Veranlasst der Kunstsachverständige den Auftraggeber ungelesene oder unverstandene Haftungsbeschränkungen zu seinem Nachteil zu übernehmen, missbraucht er das Vertrauen des Auftraggebers. Wird also eine solche Klausel nicht speziell ausgehandelt und vom Auftraggeber in voller Kenntnis der Tragweite akzeptiert, so gilt sie nicht.¹³⁹⁷

Nach hier vertretener Ansicht sollte die Ungewöhnlichkeitsregel auch bei einem stipulierten Haftungsausschluss zur Anwendung gelangen.¹³⁹⁸ Es soll den Parteien im Auftragsverhältnis in einem gewissen Umfang zwar frei stehen, die Anforderung an die Sorgfaltspflicht zu konkretisieren und gegebenenfalls zu mildern. Das Auftragsrecht zeichnet sich aber eigentlich gerade durch die Treue- und Sorgfaltspflichten aus. Der Sachverständige verpflichtet sich zu einem sorgfältigen Tätigwerden. Es handelt sich dabei zweifellos um einen Kerngehalt des Auftragsrechts. Dass nun ebendiese Sorgfaltspflicht in vorformulierten Geschäftsbedingungen eingeschränkt, namentlich die Haftung für fahrlässiges Handeln ausgeschlossen wird, stellt folglich eine Regelung dar, mit welcher der Auftraggeber grundsätzlich nicht zu rechnen braucht. So geht auch das Bundesgericht von einer ungewöhnlichen Regelung aus, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt, was bei einer Haftungsmilderung im Auftragsrecht nach hier vertretener Ansicht gerade der Fall ist.¹³⁹⁹ Wurden die AGB mittels Globalübernahme zum Bestandteil des Gutachtervertrages und ist der Auftraggeber nicht explizit auf die fragliche Bestimmung hingewiesen worden, erlangt die Haftungsbeschränkung im Ergebnis keine Geltung. Wenn der Auftraggeber über die Tragweite der Haftungsbeschränkung nämlich genügend aufgeklärt ist, verlangt er in der Regel entweder die Streichung der betreffenden Vertragsbestimmung oder aber verzichtet auf den Auftrag an einen Kunstsachverständigen, der für die sorgfältige Erledigung des Gutachterauftrags nicht uneingeschränkt einstehen will.¹⁴⁰⁰

(2) Auslegungskontrolle

Für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten grundsätzlich die allgemeinen Auslegungsprinzipien. Haben die Parteien untereinander etwas verein-

¹³⁹⁵ BGE 135 III 225 E. 1.3; BGE 135 III 1 E. 2.1 m.w.H.

¹³⁹⁶ BGE 135 III 225 E. 1.3; BGE 135 III 1 E. 2.1 m.w.H.

¹³⁹⁷ FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 518; SCHUMACHER, S. 133.

¹³⁹⁸ So auch SCHUMACHER im Hinblick auf den Architektenvertrag, wonach global übernommene Haftungsbeschränkungen zu Lasten eines unerfahrenen Auftraggebers regelmässig ungewöhnlich und deshalb unwirksam sind (vgl. SCHUMACHER, S. 134 und sinngemäss auch FELLMANN, BeKom, Art. 398 N 518).

¹³⁹⁹ Vgl. BGE 109 II 452 E. 5b; BGE 138 III 411 E. 3.1; BGE 135 III 1 E. 2.1.

¹⁴⁰⁰ So auch SCHUMACHER für den Architektenvertrag, welcher darauf hinweist, dass eine Haftungsbeschränkung möglicherweise durch einen Vorteil zugunsten des Auftraggebers, bspw. eine Honorarreduktion, ausgeglichen werden kann (vgl. SCHUMACHER, S. 134).

bart, das zu einer Klausel in den AGB im Widerspruch steht, so geht die Individualabrede vor.¹⁴⁰¹

Führt die Auslegung einer bestimmten AGB-Klausel, etwa diejenige der Haftungsbeschränkung, nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, so greift die Unklarheitenregel. Gerade allgemein formulierte Haftungsbeschränkungen, die nicht auf einen konkreten Vertragsabschluss zugeschnitten sind, werden nicht selten so formuliert, dass sie der Abwehr einer Vielzahl möglicher Haftungsansprüchen dienen können.¹⁴⁰²

Die Unklarheitenregel darf jedoch erst herangezogen werden, wenn feststeht, dass eine Bestimmung nach guten Treuen auf verschiedene Arten aufgefasst werden kann.¹⁴⁰³ Bei der Auslegung standardisierter Haftungsbeschränkungen ist im Zweifel derjenigen Bedeutung der Vorzug zu geben, die für den Verwender der betreffenden (unklaren) Haftungsbeschränkung ungünstiger ist.¹⁴⁰⁴ So muss beispielsweise die Klausel *«für die Leistungen und Schadensverursachung Dritter wird keine Haftung übernommen»* nach hier vertretener Ansicht als zu ungenau bezeichnet werden. Es ist hierbei im Rahmen des Gutachtervertrags unklar, wer mit *«Dritter»* gemeint ist. So kann es sich dabei um eine Arbeitskraft bzw. Hilfsperson des Kunstsachverständigen oder aber auch um ein externes Labor handeln, welches für naturwissenschaftliche Untersuchungen hinzugezogen worden ist. Im gemachten Beispiel kann sich folglich der Kunstsachverständige nicht darauf berufen, er habe mit dieser Klausel die Haftung für Hilfspersonen i.S.v. Art. 101 Abs. 2 OR ausgeschlossen.

b) Restriktionsprinzip

Der Unklarheitenregel nahe verwandt ist das Restriktionsprinzip. Danach sind Klauseln, die vom dispositiven Recht abweichen, eng zu interpretieren.¹⁴⁰⁵ Dies betrifft insbesondere Freizeichnungsklauseln, da diese die Position des Auftraggebers verschlechtern.¹⁴⁰⁶ In Bezug auf Haftungsbeschränkungen bedeutet die enge Auslegung, dass nur ausnahmsweise (wenn sich dies aus den übrigen Umständen zweifelsfrei ergibt) einer Vereinbarung eine haftungsbeschränkende Wirkung zugeschrieben werden darf, die nicht vom Wortlaut der Vereinbarung abgedeckt ist. Folglich sind rechtlich zulässige Haftungsbeschränkungen vom Sachverständigen mit hinreichender Deutlichkeit zu formulieren. Im Zweifel geht diejenige Auslegung vor, die dem dispositiven Gesetzesrecht entspricht, womit in der Folge bspw. gemäss Art. 99 Abs. 1 OR für jedes Verschulden gehaftet wird.¹⁴⁰⁷

¹⁴⁰¹ Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 45.08 und 45.09; ROBERTO/WALKER, S. 53 f.; BGE 93 II 317; BGE 81 II 346.

¹⁴⁰² BUOL, S. 47.

¹⁴⁰³ Vgl. HUGUENIN, N 629; BUOL, S. 52; ROBERTO/WALKER, S. 53 f.; BGE 122 III 118 E. 2d; BGE 118 II 342 E. 1a.

¹⁴⁰⁴ BUOL, S. 52; BGE 110 II 268; BGE 74 II 86.

¹⁴⁰⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 45.11; BGE 117 II 609; BGE 115 II 474.

¹⁴⁰⁶ HUGUENIN, N 630a; BGE 115 II 474 E. 2d.

¹⁴⁰⁷ BUOL, S. 51.

c) Inhaltskontrolle

Letztlich sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Umständen noch einer Inhaltskontrolle zu unterziehen.¹⁴⁰⁸ Hierbei wird geprüft, ob die jeweiligen vorformulierten Bedingungen gegen zwingendes Gesetzesrecht oder gegen Art. 8 UWG¹⁴⁰⁹ verstossen.¹⁴¹⁰ Im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung bzw. den Haftungsausschluss ist die Inhaltskontrolle von untergeordneter Bedeutung. Denn der als zwingendes Recht ausgestaltete Art. 100 Abs. 1 OR ordnet bereits an, dass eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird, nichtig ist.¹⁴¹¹ Die unzulässige Haftungsbeschränkung könnte aber auch mittels Art. 8 UWG geahndet werden, da eine gegen zwingendes Recht verstossende Klausel auch immer missbräuchlich ist.¹⁴¹² Der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ist zulässig, sofern – bei einer Globalübernahme – die Ungewöhnlichkeitsregel nicht zur Anwendung gelangt. Nach dem Gesagten erhellt, dass die Inhaltskontrolle im vorliegend interessierenden Kontext der unzulässigen Haftungsbeschränkung nicht von Relevanz ist.

2.7 Verjährung der Ansprüche des Auftraggebers aus Vertrag

2.7.1. Verjährung der Schadenersatzforderung

Sei die Klage auf Schadenersatz des Auftraggebers noch so wohlbegründet, kann sie nicht durchgesetzt werden, wenn der Sachverständige mit Erfolg die Einrede der Verjährung erheben kann.¹⁴¹³ Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt (Art. 127 OR). Diese Norm gilt unter anderem für die aus der Verletzung vertraglicher Pflichten entstehenden Forderungen auf Leistung von Schadenersatz und Genugtuung. Dies unabhängig davon, ob die Kunstexpertise entgeltlich oder unentgeltlich erstellt worden ist. Dabei bestimmt Art. 130 Abs. 1 OR als massgebenden Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung die Fälligkeit der Forderung, sofern die Forderung nicht auf Kündigung gestellt ist (Abs. 2).

¹⁴⁰⁸ Vgl. hierzu JENTSCH, S. 79 ff.

¹⁴⁰⁹ Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen (vgl. Art. 8 UWG).

¹⁴¹⁰ Sollte eine AGB-Klausel gegen zwingendes Gesetzesrecht verstossen ist sie sodann ungültig. Bei einem Verstoss gegen Art. 8 UWG wird von der herrschenden Lehre und wohl auch vom Bundesgericht von der Nichtigkeit der entsprechenden Klausel ausgegangen (vgl. zum Ganzen HUGUENIN, N 631 ff. m.w.H.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 46.05; UWG-Kommentar-HEISS, Art 8 N 242 ff.; BGE 140 III 404 E. 4.4).

¹⁴¹¹ Vgl. ROBERTO/WALKER, S. 52.

¹⁴¹² SCHIRRMACHER, S. 59.

¹⁴¹³ DERENDINGER, N 355.

2.7.2. Zeitpunkt des Verjährungsbeginns

Fraglich ist vorliegend, in welchem Zeitpunkt die Verjährung allfälliger Haftungsansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Sachverständigen zu laufen beginnt.

Gemäss SEILER kann nach dem genauen Wortlaut von Art. 130 Abs. 1 OR eine Schadenersatzforderung nicht zu laufen beginnen, bevor der Schaden eingetreten sei. Ohne Schaden gäbe es keine Schadenersatzforderung und ohne Schaden keine Fälligkeit.¹⁴¹⁴ WIEGAND folgt dieser Ansicht, da die Verletzung der Pflicht alleine noch keinen Anspruch begründe, sofern noch kein Schaden entstanden sei.¹⁴¹⁵

Nach Ansicht des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre beginnt die Verjährungsfrist jedoch bereits mit der Pflichtverletzung zu laufen.¹⁴¹⁶ Nicht entscheidend ist somit der Zeitpunkt des Schadenseintritts.¹⁴¹⁷ SEILER vertritt demgegenüber die Ansicht, dass mit der blossen Pflichtverletzung je nach Konstellation noch keine Anhaltspunkte vorliegen würden, welche die Vermutung zulassen, dass ein Schaden eintreten werde. Mit der blossen Pflichtverletzung wäre die Schadenersatzforderung somit noch nicht fällig. Daher könne der Verjährungsbeginn im Hinblick auf Art. 130 Abs. 1 OR nicht in der Pflichtverletzung liegen.¹⁴¹⁸

Insbesondere vor dem Hintergrund von sogenannten Spätschäden ist der Meinungsstreit entfacht. Unter Spätschäden zu subsumieren sind diejenigen Schäden, welche eine sehr lange Latenzzeit aufweisen und folglich erst sehr lange Zeit nach der schädlichen Einwirkung auftreten. Zu denken ist hierbei insbesondere an ionisierende Strahlen oder Asbeststaub.¹⁴¹⁹ In diesem Zusammenhang wurde die soeben erläuterte Praxis des Bundesgerichts vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sodann auch gerügt und als Verstoss gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifiziert.¹⁴²⁰

Im Zusammenhang mit fehlerhaften Kunstexpertisen kann die vorliegende Fragestellung zum Verjährungsbeginn durchaus von Bedeutung sein. Man stelle sich ein Kunstsamm-

¹⁴¹⁴ Vertieft dazu SEILER, S. 38 ff.; **gl.M.** ZK OR-BERTI, Art. 130 N 129; BSK ORI-WIEGAND, Art. 97 N 52; SCHWANDER, S. 91; FACINCANI/SUTTER, S. 214.

¹⁴¹⁵ BSK ORI-WIEGAND, Art. 97 N 52; so auch PORTMANN/STREULI-NIKOLIC, S. 19.

¹⁴¹⁶ BGE 140 II 7 E. 3.3; BGE 87 II 155; BGE 137 III 6 E. 2.3; in BGE 130 III 597 ist das Bundesgericht kurzfristig von seiner Rechtsprechung abgekommen aber in BGE 137 III 16 (Asbest-Entscheid) wieder auf seine ursprüngliche Rechtsprechung zurückgekommen; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2931 und 3322; HUGUENIN, N 2251; KOLLER, OR AT, N 71.40 ff.; vgl. dazu auch KRAUSKOPF, S. 273 ff.; BSK ORI-DÄPPEN, Art. 130 N 11a; **a.M.** SEILER, S. 38 ff.; ZK OR-BERTI, Art. 130 N 129; BSK ORI-WIEGAND, Art. 97 N 52; SCHWANDER, S. 91; FACINCANI/SUTTER, S. 214.

¹⁴¹⁷ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 84.14.

¹⁴¹⁸ Vgl. SEILER, S. 38; ähnlich auch BSK ORI-WIEGAND, Art. 97 N 52; ZK OR-BERTI, Art. 130 N 129; SCHWANDER, S. 91; MOSER, HAVE, S. 31 ff.

¹⁴¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3322; WIDMER LÜCHINGER, S. 460 ff.; vgl. zur ganzen Problematik im Zusammenhang mit Personenschäden die Ausführungen in MOSER, Verjährung, S. 16 ff.

¹⁴²⁰ EGMR Urteil Howald Moor et. Autres c. Suisse vom 11.03.2011.

ler vor, welcher aufgrund eines vor 11 Jahren erstellten Echtheitsgutachtens vor 9 Jahren ein Gemälde erwarb. Der Kunstsammler muss nun plötzlich feststellen, dass es sich bei dem Gemälde trotz dem damals bestehenden Echtheitsgutachten um eine Fälschung handelt. Nach der geltenden Rechtsprechung kann der Kunstsammler grundsätzlich keine Schadenersatzansprüche gegen den Kunstsachverständigen mehr durchsetzen, da dieser erfolgreich die Einrede der Verjährung erheben wird. Die – hier entscheidende – Pflichtverletzung lag in der Erarbeitung bzw. Ablieferung des fehlerhaften Gutachtens, etwa durch Verletzung der gebotenen Sorgfalt. Die allfällige Schadenersatzforderung wäre folglich verjährt. Würde jedoch entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts abgestellt, so wäre die Verjährung des Schadenersatzanspruchs noch nicht eingetreten. Der relevante Schaden entstand dem Kunstsammler nämlich durch den Kauf des Gemäldes vor 9 Jahren.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts erscheint zwar gerade in Fällen von Pflichtverletzungen, in denen der Schaden typischerweise erst nach mehr als zehn Jahren auftritt, wie etwa bei durch Einatmen von Asbeststaub bedingten Krebsarten, als stossend.¹⁴²¹ Nach hier vertretener Ansicht gilt es aber primär auch die Funktion der Verjährung zu berücksichtigen, nämlich die Rechtssicherheit, der Rechtsfrieden sowie der Schuldnerschutz.¹⁴²² Das Gesetz sieht die Verjährung in erster Linie um der öffentlichen Ordnung willen vor: Dabei verlangt das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit und am gesellschaftlichen Frieden, dass gewöhnliche Forderungen, die nicht geltend gemacht werden, nach einer gewissen Zeit nicht mehr durchgesetzt werden können.¹⁴²³ Die Verjährungsfristen bezwecken, dass der Schuldner, hier der Kunstsachverständige, nach einer gewissen Zeit nicht mehr mit der Geltendmachung alter Forderungen zu rechnen braucht.¹⁴²⁴ Andernfalls ist nicht abzuschätzen, wie viele Jahrzehnte der Kunstsachverständige noch für allfällige Schadenersatzansprüche haftbar gemacht werden könnte. Die Rechtssicherheit und der Schuldnerschutz würden dadurch ausgehebelt. Dies widerspricht klarerweise dem Zweck der Verjährung, zumal sich das Bedürfnis des Gläubigers auf Ausgleich für erlittenen Schaden mit der Zeit auch stets mindert.¹⁴²⁵

Schliesslich erweist sich der vertragliche Schadenersatzanspruch als Folge des nicht vertragsgemässen Verhaltens des Sachverständigen. Das Recht, von der Gegenpartei, also vom Kunstsachverständigen, die Erfüllung der vertraglichen Pflicht zu verlangen, wird bereits in dem Moment fällig, in dem die allfällige Pflichtverletzung erfolgt. Sodann kann der Gläubiger auch ab diesem Zeitpunkt vom Schuldner Ersatz für den aus der

¹⁴²¹ SCHWENZER, N 83.06.

¹⁴²² Vgl. für den Zweck und die Rechtfertigung der Verjährung KOLLER, OR AT, N. 67.06 ff. m.w.H.; SCHWANDER, S. 2; kritisch im Zusammenhang mit Körperschädigungen hingegen MOSER, HAVE, S. 31.

¹⁴²³ BGE 137 III 16 E. 2.1; SCHWANDER, S. 2.

¹⁴²⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 83.06.

¹⁴²⁵ SCHWANDER, S. 2.

Pflichtverletzung entstandenen Schaden verlangen.¹⁴²⁶ Es ist nach hier vertretener Ansicht für den Verjährungsbeginn folglich auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung abzustellen. Die Verjährung beginnt dabei unabhängig davon, ob der Auftraggeber Kenntnis von seiner Forderung hatte.¹⁴²⁷

Zu erwähnen ist im Hinblick auf die soeben aufgezeigte Verjährungssituation, dass insbesondere im Kunsthandel Konstellationen denkbar sind, bei welchen die Pflichtverletzung und der Schadenseintritt zeitlich so nahe beieinander liegen, dass die Problematik um den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns an Brisanz verliert. Man stelle sich ein Kunstliebhaber vor, welcher den Kauf eines *Monets* beabsichtigt und hierfür einen Kunstsachverständigen mit der Erstellung eines Echtheits- und Wertgutachten beauftragt. Dieser bewertet ein (vermeintlich) echtes Gemälde auf CHF 5 Mio., wobei der tatsächliche Wert der Fälschung bei etwa CHF 2000.00 liegen dürfte. Erwirbt der Kunstliebhaber nun das Gemälde kurz nach Erstellung des Gutachtens, entsteht ihm ein Schaden von beinahe CHF 5 Mio., da seine Aktiven durch den Kauf um diesen Betrag vermindert worden sind, ohne hierfür einen Gegenwert zu verzeichnen. Hinzukommen können freilich weitere Schadensposten wie etwa der – für das vermeintlich wertvolle Gemälde spezielle – Transport oder die entbehrliche Kunstversicherung.¹⁴²⁸ Die Pflichtverletzung und der Schadenseintritt liegen im gemachten Beispiel derart nahe beieinander, dass der Lehrstreit um den Verjährungsbeginn an Bedeutung verliert. Gesagtes trifft insbesondere auf Konstellationen zu, bei welchen eine Kunstexpertise ausschliesslich zwecks (spekulativem) Kauf oder Verkauf eines Gemäldes erstellt wird.

Nach den gemachten Ausführungen ist im Ergebnis und im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für den Verjährungsbeginn allfälliger Schadenersatzforderungen folglich auf die Pflichtverletzung durch den Sachverständigen und nicht auf den Schadenseintritt beim Auftraggeber abzustellen. Die eigentliche Pflichtverletzung, welche den Verjährungsbeginn auslöst, ist nach hier vertretener Ansicht aber erst in der Übergabe der Kunstexpertise an den Auftraggeber bzw. bei Fälligkeit des Ablieferungsanspruch der Kunstexpertise zu sehen.¹⁴²⁹ Sobald nach der Natur der Sache oder der konkreten vertraglichen Vereinbarung die Ablieferung des Gutachtens erwartet werden kann, ist der Ablieferungsanspruch fällig und die Verjährung beginnt.¹⁴³⁰ Der Ablieferungsanspruch ergibt sich dabei entweder aus der vertraglichen Vereinbarung oder aus Art. 130 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 75 OR. Folglich beginnt die Verjährung nicht bereits im

¹⁴²⁶ BGE 137 III 16 E. 2.4.3.

¹⁴²⁷ SCHUMACHER, S. 209 f.; MOSER, HAVE, S. 29; BGE 119 II 219 E. 4a; BGE 87 II 155 E. 3c.

¹⁴²⁸ KR-SCHEIFELE, 2013, S. 102 ff.; HB Kunstrecht-PFEFFER/ELLERSDORFER, S. 524; SKK Kunsthandel-MÜLLER-CHEN, S. 29 ff.

¹⁴²⁹ So auch HESS, S. 112; für KAISER beginnt die Verjährung im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Haftung für Äusserungen mit der Abgabe der fehlerhaften Äusserung, was die hier vertretene Meinung wohl ebenfalls stützen dürfte (vgl. KAISER, S. 87).

¹⁴³⁰ HESS, S. 111.

Zeitpunkt der Pflichtverletzung. Also nicht im Zeitpunkt, in welchem es der Kunstexperte etwa unterlässt, die notwendigen naturwissenschaftlichen Untersuchungsmethoden anzuordnen. Sondern erst dann, wenn der Kunstexperte dem Auftraggeber das fehlerhafte Gutachten übergibt bzw. wenn ein diesbezüglicher Ablieferungsanspruch besteht.¹⁴³¹ Hierfür sprechen mehrere Gründe. Die Erarbeitung eines Gutachtens kann viel Zeit in Anspruch nehmen, so dass sich der exakte Zeitpunkt der Pflichtverletzung nachträglich kaum mehr eruieren und insbesondere beweisen lässt. Hierfür wäre der Auftraggeber auf die – wahrheitsgetreuen – Auskünfte des Kunstsachverständigen angewiesen. Dies wäre sowohl unpraktikabel wie auch stossend, da der Kunstsachverständige die Pflichtverletzung nicht selten abstreiten wird. Weiter könnte der Sachverständige die Übergabe des Gutachtens trotz Fertigstellung beliebig hinauszögern und so dem Auftraggeber die Verjährungsfrist vorsätzlich verkürzen. Im Ergebnis würde dem Kunstsachverständigen gewissermassen die Wahlmöglichkeit eingeräumt, zu bestimmen, wann die Verjährung zu laufen beginnt. Zugunsten des Auftraggebers auf «den spätest möglichen Termin» für den Verjährungsbeginn abzustellen, wie dies HESS und DERENDINGER vorschlagen, vermag an der geschilderten Problematik nichts zu ändern bzw. führt diese Ansicht zum gleichen Ergebnis. Ist der Zeitpunkt der effektiven Pflichtverletzung nicht bekannt, wäre «der spätest mögliche Termin» zugunsten des Auftraggebers für den Verjährungsbeginn nämlich wiederum die Übergabe des Gutachtens bzw. dessen fälliger Ablieferungsanspruch.¹⁴³²

Ferner ist bis zur Übergabe der Kunstexpertise bzw. bis zur Fälligkeit des Ablieferungsanspruches nicht abschliessend erstellt, ob eine Vertragsverletzung durch den Kunstsachverständigen vorliegt. Womöglich erhellt dem Kunstsachverständigen erst kurz vor Ablieferung bzw. Fälligkeit der Expertise, dass aufgrund der bisherigen Ergebnisse noch naturwissenschaftliche Untersuchungen anzuordnen wären. Bevor die Kunstexpertise fertiggestellt ist und dem Auftraggeber angeboten wird, besteht folglich ein Schwebestand, in welchem der Sachverständige die bis anhin versäumten und/oder sorgfaltswidrigen Handlungen noch vertragsgemäss nachholen oder verbessern könnte. Es steht zu diesem Zeitpunkt folglich noch gar nicht fest, ob der Sachverständige tatsächlich eine Pflichtverletzung begangen hat, da er eine solche noch berichtigen könnte. Dieser Schwebestand endet folglich erst bei Fälligkeit des Ablieferungsanspruches und/oder Übergabe des Gutachtens. Erst dann steht fest und kann nachgewiesen werden, dass der Sachverständige eine Pflichtverletzung begangen hat. Dass der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt um die Pflichtverletzung weiss, ist demgegenüber unbeachtlich. Die Verjährung soll zwar erst mit Übergabe des Gutachtens bzw. mit dem fälligen Ablieferungsanspruch beginnen, setzt aber nicht die Kenntnis des Auftraggebers um die Pflichtverletzung voraus.¹⁴³³

¹⁴³¹ So auch beim Werkvertrag, bei welchem für die Verjährung auf die Ablieferung des Werks abgestellt wird (BGE 118 II 149 E. 4; BGE 110 II 178 E. 2; BGE 89 II 408).

¹⁴³² HESS, S. 111; DERENDINGER, S. 164.

¹⁴³³ BGE 119 II 219 E. 4a; BGE 87 II 155 E. 3c.

3. Vertragliche Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Auftraggeber

Kunstexperten werden mit unterschiedlichsten Zwecksetzungen in Auftrag gegeben, womit sie entsprechend auf verschiedenste Weise das Vermögen des Auftraggebers schädigen können. Etwa in Vorbereitung zu einem An- oder Verkauf in Auftrag gegebenen Expertisen können bei ihrer Fehlerhaftigkeit zu beträchtlichen Vermögensschäden führen, wenn im Vertrauen auf sie Entscheidungen getroffen werden. Der Schaden hat sich in der Regel bereits realisiert, wenn die Fehlerhaftigkeit der Kunstexpertise entdeckt wird, womit sich die Frage nach konkreten Schadenersatzansprüchen stellt.¹⁴³⁴

Vorausgesetzt für einen Schadenersatzanspruch des Auftraggebers ist – wie bereits ausführlich dargelegt – zunächst das Vorliegen einer Vertragsverletzung sowie eines vermögensrechtlichen Schadens. Letzterer muss ursächlich durch die Vertragsverletzung des Kunstsachverständigen entstanden sein. Kann sich der Kunstsachverständige schliesslich nicht exkulpieren, so liegen die Haftungsvoraussetzungen vor, womit der Kunstsachverständige gegenüber dem Auftraggeber grundsätzlich ersatzpflichtig wird. Zu prüfen wäre abschliessend das Vorliegen einer vereinbarten Haftungsbeschränkung.¹⁴³⁵

Sind sämtliche Haftungsvoraussetzungen gegeben, ist dem Auftraggeber in der Folge das positive Vertragsinteresse zu ersetzen.¹⁴³⁶ Die Schadensberechnung beruht somit auf dem Erfüllungsinteresse. Das Erfüllungsinteresse entspricht dem Wert der ausgebliebenen Primärleistung. Mit anderen Worten wandelt sich die primäre Leistungspflicht in eine sekundäre Schadenersatzpflicht um.¹⁴³⁷ Diese umfasst neben der tatsächlichen Vermögensminderung auch einen allfälligen entgangenen Gewinn. Im Ergebnis bedeutet dies, dass jener Vermögensstand herzustellen ist, der sich bei richtiger Vertragserfüllung, d.h. bei Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt, ergeben würde.¹⁴³⁸ Durch den Schadenersatzanspruch soll der Auftraggeber der Expertise folglich so gestellt werden, wie er stünde, wenn der Kunstexperte den Vertrag über die Erstellung der Kunstexpertise ordnungsgemäss erfüllt, d.h. seine vertraglichen Pflichten nicht verletzt hätte und es nicht zu einer darauf aufbauenden Fehldisposition des Auftraggebers gekommen wäre.¹⁴³⁹ Mit anderen Worten wird der Zustand des Vermögens des Auftraggebers nach Eintritt des

¹⁴³⁴ HÄRET, S. 236.

¹⁴³⁵ Sollte die Verjährung gemäss Art. 127 OR bereits eingetreten sein, verliert der Gläubiger nicht seine Forderung, sondern die Möglichkeit, sie gerichtlich durchzusetzen. Der Eintritt der Verjährung wäre jedoch erst nach erfolgter Einrede durch den Schuldner zu prüfen.

¹⁴³⁶ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 30. Unter Umständen besteht die Möglichkeit des Verkäufers, das Rechtsgeschäft etwa mittels Irrtumsanfechtung rückgängig zu machen (vgl. dazu HONSELL, FS Heini, S. 213 ff.). Vorliegend wird davon ausgegangen, dass diese Möglichkeit nicht (mehr) besteht.

¹⁴³⁷ GUTZWILLER, Rechtsfragen, S. 249.

¹⁴³⁸ Vgl. GUTZWILLER, SJZ, S. 361.

¹⁴³⁹ SCHREMBBS, S. 154.

schädigenden Ereignisses verglichen mit dem Zustand, der bestehen würde, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre.¹⁴⁴⁰ Der Auftraggeber ist mithin nicht so zu stellen, als ob die gegebene (falsche) Auskunft richtig gewesen wäre; er ist vielmehr so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn ihm die richtige Auskunft gegeben worden wäre. Dies schliesst den Ersatz eines entgangenen Gewinns mit ein, wenn die Expertise fälschlicherweise von einem bedeutenden Künstler ausgeht bzw. das Gemälde einem bedeutenden Künstler fälschlicherweise nicht zuschreibt. Nimmt der Auftraggeber in diesem Fall von einem vorteilhaften Ankauf Abstand, den er bei richtiger Information vorgenommen hätte, so ist ihm der entgangene Gewinn zu ersetzen.¹⁴⁴¹ Mit einem allfälligen Schadenersatz soll dem Auftraggeber im Ergebnis seine Vermögenseinbusse ersetzt werden.

Von der soeben dargestellten Schadenersatz*berechnung* zu unterscheiden ist schliesslich die Schadenersatz*bemessung*. Steht die Höhe des eingetretenen Schadens einmal fest, bedeutet dies noch nicht, dass der Kunstsachverständige den gesamten Schaden zu tragen hat. Durch die Schadensbemessung soll abgewogen werden, ob es sich im Einzelfall rechtfertigt, dem Kunstsachverständigen den ganzen Schaden oder eventuell nur Teile davon aufzubürden. Die gesetzlichen Grundlagen für die Schadenersatzbemessung finden sich in Art. 99 OR sowie Art. 43 und Art. 44 OR. Im Hinblick auf die Erstellung einer Kunstexpertise werden insb. das Verschulden des Kunstsachverständigen, das Selbstverschulden des Auftraggebers, die Unentgeltlichkeit bzw. das geringe Entgelt sowie die Natur des Geschäfts von Bedeutung sein. Der Richter hat in einem ersten Schritt somit das Verschulden des Kunstsachverständigen zu beurteilen und kann ein nur geringes Verschulden bei der Schadenersatzbemessung entsprechend berücksichtigen. Gleiches gilt für ein allfälliges Mitverschulden des Auftraggebers, da dieser seine Dispositionen letztlich immer selber verantworten (oder zumindest mitverantworten) muss. Schliesslich gilt es Art. 99 Abs. 2 OR zu beachten, wonach sich das Mass der Haftung «nach der besonderen Natur des Geschäfts» richtet und milder beurteilt wird, «wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt».¹⁴⁴²

Mit dem Verweis auf die *besondere Natur* des Geschäfts ist einerseits das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, andererseits jedoch auch das Verhältnis zwischen Entgelt und Bedeutung des Geschäftes (Haftungsrisiko) gemeint. Es gilt somit zu berücksichtigen, dass die Einholung einer Expertise keine «Risikoversicherung» darstellt. Schliesslich wird mit dem Hinweis auf die besondere Natur des Geschäfts auch auf die Frage der Entgeltlichkeit bzw. des Vorteils verwiesen. Der Sachverständige, der unentgeltlich oder vergünstigt tätig war, soll von diesem Minderungsgrund profitieren. Das im Verhältnis zum Aufwand und zum Haftungsrisiko geringe Entgelt

¹⁴⁴⁰ KAISER, S. 69.

¹⁴⁴¹ SCHREMBBS, S. 155.

¹⁴⁴² KAISER, S. 69 ff.

wird bei der Gutachterhaftung als Milderungsgrund zu berücksichtigen sein. Ist auch die Schadenersatzbemessung abgeschlossen steht schliesslich fest, welchen geldwerten Betrag der Kunstsachverständige an den Auftraggeber unter dem Titel «Schadenersatz» zu bezahlen hat.¹⁴⁴³

¹⁴⁴³ KAISER, S. 69 ff.

IV.

Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten

1. Ausgangslage

Im Laufe der Zeit gehen Kunstobjekte durch viele Hände, oftmals begleitet von Kunstexpertisen, welche das Kunstobjekt bspw. einem bestimmten Künstler zuschreiben oder zu seinem Wert Stellung nehmen.¹⁴⁴⁴ Die Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Auftraggeber im Rahmen eines Auftragsverhältnisses wurde im ersten Teil dieser Arbeit bereits ausführlich dargelegt. Eine fehlerhafte Kunstexpertise kann indessen auch weitere – am Vertragsverhältnis nicht beteiligte – Personen, denen sie vorgelegt wird, zu selbstschädigenden Vermögensverfügungen veranlassen.¹⁴⁴⁵ Es stellt sich folglich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Kunstsachverständiger im Falle einer fehlerhaften Expertise für einen bei einem Dritten eintretenden Vermögensschaden haftet.

Zu denken ist etwa an die Situation, in welcher die Expertise in Verkaufsverhandlungen über das Kunstobjekt eine wichtige Entscheidungsgrundlage bildet und einem potentiellen Käufer vorgelegt wird.¹⁴⁴⁶ Ferner die Konstellation, dass ein Auktionshaus selbstständig eine Expertise über ein Gemälde einholt und später im Auktionskatalog auf die Expertise hinweist, um Interessenten zum Mitbieten zu bewegen. Für den Käufer bzw. Ersteigerer ist der Kauf bspw. dann nachteilig, wenn der Kunstsachverständige eine Fälschung nicht erkannte oder das Kunstobjekt in seinem Gutachten fälschlicherweise einem bedeutenden Künstler zuschreibt. Die Expertise verleitet dann eine unbeteiligte Drittperson (als Nicht-Auftraggeber des Sachverständigen) zu einer nachteiligen Vermögensverfügung. Im Ergebnis können folglich auch Nicht-

¹⁴⁴⁴ HÄRET, S. 245.

¹⁴⁴⁵ SCHREMBS, S. 183.

¹⁴⁴⁶ HÄRET, S. 245.

Auftraggeber, unabhängig von ihrer jeweiligen Rolle, durch eine fehlerhafte Kunstexpertise zu Schaden kommen.¹⁴⁴⁷

Die Bekanntgabe der Expertise an einen Dritten kann vom Auftraggeber gewollt sein. Wenn der Eigentümer eines Gemäldes etwa ein Wertgutachten veranlasst, um die Versicherungssumme zu bestimmen. Der Kunstsachverständige weiss in diesem Fall, dass ein Dritter, also die Versicherung, vom Gutachten Kenntnis nimmt und sich für die Festlegung der Versicherungsdeckung in der Regel darauf verlassen wird.¹⁴⁴⁸ Gemeint sind folglich Konstellationen, bei denen es sich beim Geschädigten, der auf ein fehlerhaftes Gutachten vertraut hat, nicht um den Auftraggeber des Kunstexperten handelt, sondern um einen am Gutachtervertrag nicht beteiligten Dritten.¹⁴⁴⁹

Bei den genannten Konstellationen gilt es trotz dem Gesagten vorab zu prüfen, ob möglicherweise doch ein vertragliches Verhältnis zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Dritten vorliegt. Die Abgrenzung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Rat- und Auskunftserteilung kann im Einzelfall und selbst im Zweiparteien-Verhältnis schwierig sein. Für die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Rat- und Auskunftserteilung sprechen die Vereinbarung eines Entgelts sowie die Gewerbmässigkeit der Auskunftserteilung.¹⁴⁵⁰ Das Bundesgericht wertet eine Auskunft, die weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt erteilt wurde, nicht als Erfüllung einer vertraglich übernommenen Pflicht.¹⁴⁵¹ Im *Gallé-Lampen-Entscheid* weitete das Bundesgericht den Kreis möglicher Kriterien, welche für ein Vertragsverhältnis sprechen, aus.¹⁴⁵² Das Bundesgericht führte aus, dass aus dem gegenseitigen Verhalten der Beteiligten und aus der Tatsache, dass es um die Schätzung eines bestimmten Wertgegenstandes gehe, den die Kläger möglichst günstig haben verkaufen wollen, auf ein Vertragsverhältnis zu schliessen sei.¹⁴⁵³ Der Entscheid wurde in der Lehre dahingehend aufgefasst, dass folglich auch unentgeltliche und ausserhalb der Ausübung eines Gewerbes erteilte Auskünfte eine Vertragshaftung zur Folge haben können.¹⁴⁵⁴

¹⁴⁴⁷ SCHREMBBS, S. 183; vgl. hierzu etwa den Entscheid über die Haftung des Liegenschaftsschätzers gegenüber einem vertragsfremden Dritten BGE 130 III 345.

¹⁴⁴⁸ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 62.

¹⁴⁴⁹ SCHROETER, S. 1565; HÄRET, S. 146.

¹⁴⁵⁰ Vgl. DELCÒ, S. 75; KAISER, S. 27; URWYLER, S. 532; FEHLMANN, S. 135; BERGER, S. 52; a.M. ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 113 und SCHÖNLE, S. 397, welche kritisieren, dass diese beiden Voraussetzungen nicht herangezogen werden sollen, da der Auftrag von Gesetzes wegen als unentgeltliches Institut ausgestaltet sei.

¹⁴⁵¹ 124 III 368; 116 II 699; 111 II 473; 57 II 85; gemäss BERGER kam das Bundesgericht in seinem *Gallé-Lampen-Entscheid* (BGE 112 II 347) nicht von dieser Rechtsprechung ab (vgl. BERGER, S. 52 f. und auch HONSELL, FS Nobel, S. 944); vgl. zum Ganzen auch SCHÖNLE, S. 397 f. und FEHLMANN, S. 141.

¹⁴⁵² BGE 112 II 347.

¹⁴⁵³ BGE 112 II 347 E. 1a.

¹⁴⁵⁴ Vgl. MOSER, S. 85 m.w.V.; WIEGAND/KOLLER-TUMLER, S. 144; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 5 f.; SCHÖNLE, S. 398; REY/WILDHABER, N 884.

Letztendlich handelt es sich um eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, ob eine vertragliche Beziehung zustande gekommen ist, mithin ein Rechtsbindungswille vorliegt.¹⁴⁵⁵ Dabei sind folgende Kriterien zu beachten: Sachverständigkeit des Ratgebers; Raterteilung auf Anfrage hin; bestehende Geschäftsbeziehung zwischen Anfragenden und Ratgeber sowie Erkennen der Bedeutung des Rates für den Anfragenden durch den Ratgeber.¹⁴⁵⁶ Die Lehre und Rechtsprechung sind grundsätzlich zurückhaltend bei der Annahme eines Rechtsbindungswillens, so dass dieser oftmals verneint wird.¹⁴⁵⁷ Bei indirekter Auskunft durch Dritte fehlt es regelmässig an einer Beziehung irgendwelcher Art zwischen den Parteien, so dass nicht auf einen Rechtsbindungswillen zu schliessen ist.¹⁴⁵⁸ In den vorliegenden interessierenden Sachverhalten wird ein Rechtsbindungswille des Kunstsachverständigen gegenüber einem vertragsfremden Dritten kaum je nachgewiesen werden können.¹⁴⁵⁹ Insbesondere dann nicht, wenn dem Kunstsachverständigen die Drittperson, an welche die Kunstexpertise schliesslich weitergegeben wird, noch gar nicht bekannt ist.¹⁴⁶⁰

Soweit unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensprinzips jedenfalls kein Rechtsbindungswille konstruiert werden kann, fällt entsprechend eine vertragliche Anspruchsgrundlage grundsätzlich ausser Betracht. Folglich ist eine Schadensabwälzung kraft ausservertraglicher Haftung des Sachverständigen zu untersuchen.¹⁴⁶¹ Es liegt hierbei auf der Hand, in einem ersten Schritt die Haftungsgrundlage nach Art. 41 Abs. 1 OR zu prüfen.¹⁴⁶²

2. Dritthaftung nach Art. 41 Abs. 1 OR

Gemäss Art. 41 Abs. 1 OR wird zum Ersatz verpflichtet, wer einem anderen vorsätzlich oder fahrlässig sowie widerrechtlich einen Schaden hinzufügt. Für die Definition des Schadens und der Kausalität kann grundsätzlich auf die Ausführungen weiter vorne auf

¹⁴⁵⁵ Vgl. URWYLER, S. 532; BeKom ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 168; BERGER, S. 53; HONSELL, FS Nobel, S. 944; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 5; MOSER, S. 85.

¹⁴⁵⁶ Vgl. DELCÒ, S. 75 f.; KAISER, S. 348; KUHN, S. 348; SCHÖNLE möchte die Auskunft- und Raterteilung einer Haftung nach vertragsrechtlichen Prinzipien unterstellen, dies auch bei Fehlen anderer Vertragsbeziehungen (vgl. SCHÖNLE, S. 397 f.).

¹⁴⁵⁷ MOSER, S. 85; vgl. etwa BGE 124 III 363 E. 5 ff.; das Problem einer zu vorschnellen vertraglichen Erfassung von Auskünften und Ratschlägen besteht in der Überstrapazierung des Vertragsschlussmechanismuses (vgl. FEHLMANN, S. 136).

¹⁴⁵⁸ Vgl. DELCÒ, S. 85; URWYLER, S. 532; MOSER, S. 85; SCHÖNLE fordert, dass die Auskunft- und Raterteilung einer Haftung nach vertragsrechtlichen Prinzipien beurteilt wird und zwar auch bei Fehlen anderer Vertragsbeziehungen (vgl. SCHÖNLE, S. 398).

¹⁴⁵⁹ MOSER, S. 85.

¹⁴⁶⁰ Bei vorbestehenden Rechtsbeziehungen zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Dritten wäre möglicherweise von einem (konkludenten) Auftragsverhältnis auszugehen (vgl. BGE 112 II 347; BeKom ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 174; vgl. auch BYDLINSKI, S. 36 ff.).

¹⁴⁶¹ URWYLER, S. 532.

¹⁴⁶² Vgl. etwa BGE 124 III 363 E. II. 5.a; BGE 116 II 695 E. 2a; BGE 112 II 347 E. 1.a.

den S. 159 ff. verwiesen werden, womit in einem nächsten Schritt die Voraussetzung der «Widerrechtlichkeit» zu prüfen ist.

2.1 Widerrechtlichkeit

Der Schadenersatzanspruch nach Art. 41 Abs. 1 OR setzt eine widerrechtliche Schadenszufügung voraus, wobei der Gesetzgeber mit Art. 41 Abs. 1 OR lediglich eine Generalklausel normiert hat.¹⁴⁶³ Es wurde dabei der Lehre und Rechtsprechung überlassen, eine geeignete Auslegung der Norm vorzunehmen. Hieraus resultierten zunächst zwei Theorien.¹⁴⁶⁴

2.1.1. Subjektive Widerrechtlichkeitstheorie

Die ältere Theorie wird als subjektive Widerrechtlichkeitstheorie bezeichnet.¹⁴⁶⁵ Nach dieser Theorie ist ein Schaden widerrechtlich, wenn der Schädiger nicht ausdrücklich befugt war, in die Rechtsgüter des Betroffenen einzugreifen. Es wird folglich von einem allgemeinen Schädigungsverbot ausgegangen.¹⁴⁶⁶ Nach diesem Schädigungsverbot ist es grundsätzlich verboten, einem Dritten Schaden zuzufügen. Eine Schädigung eines Dritten ist nur dann erlaubt, wenn ein Rechtfertigungsgrund¹⁴⁶⁷ vorliegt.¹⁴⁶⁸ Es führt somit grundsätzlich jede Schadenszufügung zur Haftung des Verursachers. Dies unabhängig der Kriterien der objektiven Widerrechtlichkeit, also der Rechtsgutverletzung oder dem Schutznormverstoss.¹⁴⁶⁹ Die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie könnte – insbesondere im Hinblick auf fehlerhafte Kunstexperten – eine Haftung begründen, da sie die Durchsetzung einer Ersatzpflicht für den reinen Vermögensschaden grundsätzlich ermöglichen würde.¹⁴⁷⁰ Sowohl die herrschende Lehre¹⁴⁷¹ wie auch das Bundesgericht¹⁴⁷² lehnen die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie ab, womit es sich vorliegend

¹⁴⁶³ Vgl. HONSELL, FS Nobel, S. 940; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 7; ROBERTO/KUZIAR, S. 1107; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 299; STÖCKLI, S. 10; dies im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber (vgl. § 823 BGB), vgl. dazu FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 334.

¹⁴⁶⁴ Für einen historischen Hinweis betreffend die Entwicklung dieser Haftungsnorm vgl. FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 333 f.

¹⁴⁶⁵ Da sich diese Widerrechtlichkeitstheorie durch fehlende Rechtfertigungsgründe auszeichnet, wird auch der Begriff der «negativen Widerrechtlichkeitstheorie» verwendet (vgl. GABRIEL, N 282).

¹⁴⁶⁶ Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, N 281; ROBERTO, N 04.03; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.04; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 337; DELCÒ, S. 33; RASCHEIN, S. 230 f.; ROTH, S. 220 ff.; DESAX, S. 13; WERRO, ZSR, S. 365 ff.; KAISER, S. 106; VERDE, S. 5; zum Ganzen ausführlich CARTIER, N 11 ff.; GONZENBACH, recht, S. 123 ff.

¹⁴⁶⁷ Vgl. zu den Rechtfertigungsgründen GABRIEL, N 339 ff. sowie CARTIER, N 58 ff.

¹⁴⁶⁸ Vgl. GABRIEL, N 356; FISCHER/LUTERBACHER, Art. 41 N 72; VERDE, S. 6; KAISER, S. 106; WERRO, ZSR, S. 365 f.

¹⁴⁶⁹ Vgl. GABRIEL, N 356; VERDE, S. 5 f.; CARTIER, N 16.

¹⁴⁷⁰ Vgl. GABRIEL, N 378 ff.; BREHM, Art. 41 N 33g; WERRO, ZSR, S. 365.

¹⁴⁷¹ Vgl. FELLMANN/KOTTMANN; N 285 m.w.H.; ROBERTO, N 04.03; VERDE, S. 10; DELCÒ, S. 33; GAUCH, recht, Fn 87; WERRO, ZSR, S. 365 f.; GIGER, S. 382; REY/WILDHABER, N 808 ff.; KUT/VASELLA, S. 634; a.M. GABRIEL, N 898 ff. und wohl CARTIER, N 83 ff.

erübrigt, diesen Ansatz weiterzuerfolgen. Es wird hierbei insbesondere als nicht sachgerecht empfunden, dass die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie ohne Differenzierung jeden Schädiger ohne weiteres zum Ersatz verpflichtet, ausser wenn dieser beweist, dass er zu schädigender Handlung berechtigt war.¹⁴⁷³ Ferner sei man gezwungen, nach immer neuen Rechtfertigungsgründen zu suchen, soll die allgemeine Deliktshaftung nicht ausufern.¹⁴⁷⁴

2.1.2. Objektive Widerrechtlichkeitstheorie

Bei der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie ist die Rechtswidrigkeit zu bejahen, wenn es sich um die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes (Erfolgsunrecht) oder einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz (Verhaltensunrecht) handelt.¹⁴⁷⁵ Folglich ist ein Verhalten dann widerrechtlich, wenn es gegen ein geschriebenes oder ungeschriebenes Verhaltensgebot oder -verbot der Rechtsordnung verstösst, welches das betroffene Rechtsgut schützt.¹⁴⁷⁶ Die Widerrechtlichkeit besteht somit im Verstoß gegen eine Norm.¹⁴⁷⁷ Generell ist alles, was nicht ausdrücklich verboten ist, erlaubt.¹⁴⁷⁸ Das Bundesgericht und ein überwiegender Teil der Lehre anerkennen die objektive Widerrechtlichkeitstheorie.¹⁴⁷⁹ Im Ergebnis knüpfen sowohl die Rechtsprechung wie auch die herrschende Lehre folglich an einen engen Widerrechtlichkeitsbegriff an. Nach Lehre und Rechtsprechung sind als Quellen von Schutznormen nicht nur formelle Gesetze, sondern «die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit heranzuziehen (...) eidgenössisches, kantonales und kommunales Recht, öffentliches und Privatrecht, geschriebenes und ungeschriebenes Recht».¹⁴⁸⁰

Eine (fehlerhafte) Kunstexpertise verleitet den Auftraggeber oder einen Dritten zu einer Vermögensdisposition, etwa ein An- oder Verkauf eines Gemäldes, was in der Folge zum Eintritt eines vermögensrechtlichen Schadens führen kann. Dieser Schaden ist frag-

¹⁴⁷² Vgl. BGE 133 III 323 E. 5.1; BGE 123 II 577 E. 4b; BGE 123 III 306 E. 4a.

¹⁴⁷³ Vgl. WERRO, ZSR, S. 367.

¹⁴⁷⁴ Vgl. CARTIER, N 83.

¹⁴⁷⁵ Vgl. ROBERTO, N 04.02; FELLMANN/KOTTMANN, N 278 m.w.H.; ROBERTO, Festgabe, S. 143; VERDE, S. 6; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.05 ff.; WYSS/VON DER CRONE, S. 115; KOLLER, Dritthaftung, S. 11 und S. 14; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 336; PEYER, S. 100; DELCÒ, S. 35 ff.; LORANDI, S. 22 f.; VERDE, HAVE, S. 141; WIDMER, ZSR, S. 102 ff.; KAISER, S. 106; vgl. zudem ausführlich CARTIER, N 168 ff.

¹⁴⁷⁶ Vgl. BREHM, Art. 41 N 33c; KOLLER, Dritthaftung, S. 12; RASCHEIN, S. 232; ROBERTO/RICKENBACH, S. 186; DESAX, S. 13; VERDE, S. 6; BGE 123 II 577, 581.

¹⁴⁷⁷ FELLMANN/KOTTMANN, N 278; KUT/VASELLA, S. 633.

¹⁴⁷⁸ BREHM, Art. 41 N 33 f.; VERDE, S. 6.

¹⁴⁷⁹ Vgl. BGE 139 V 176 E. 8.2; BGE 136 III 502 E. 6.1; BGE 135 V 373 E. 2.4; BGE 132 III 122 E. 4.1; BREHM, Art. 41 N 35; BSK OR I-KESSELER, Art. 41 N 32c; CHK-MÜLLER, Art. 41 N 44; Kurzkomentar-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 23 m.w.H.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 32.05 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 339; GAUCH, recht, S. 232; DESAX, S. 14; BERGER, S. 38; GAUCH/SWEET, S. 117 ff.; **ablehnend** WERRO, S. 19; GABRIEL, N 290 ff.; CARTIER, N 244.

¹⁴⁸⁰ CARTIER, N 171 m.w.V.

los als reiner Vermögensschaden zu qualifizieren.¹⁴⁸¹ Folgt man der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, wäre dieser Schaden i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR nicht zu ersetzen, sofern er nicht gleichzeitig eine einschlägige Schutznorm oder ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt. Im Zusammenhang mit einem fehlerhaften Kunstgutachten nimmt die Verletzung von absolut geschützten Rechtsgütern keine praktische Rolle ein. Das Vermögen des Geschädigten wird in der Regel vermindert, ohne dass hierfür bspw. eine Körperverletzung, eine Persönlichkeitsverletzung oder ein Sachschaden vorliegt.¹⁴⁸² Ferner existiert keine Grundschutznorm, welche Vermögensschädigungen verbietet und das Vermögen ist kein Schutzgut.¹⁴⁸³

Dem geschädigten Dritten bleibt damit einzig die Hoffnung auf das (zufällige) Vorhandensein einer entsprechenden Schutznorm innerhalb der Rechtsordnung.¹⁴⁸⁴ Die Schwäche der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie liegt folglich darin, dass reine Vermögensschäden oftmals nicht ersetzt werden können.¹⁴⁸⁵ Weiter stellt sich die Frage, ab welcher Intensität der Beeinträchtigung eine eigentliche Verletzung der entsprechenden Schutznorm vorliegt. Schliesslich ist auch die Qualifikation einer Norm als Schutznorm nicht immer eindeutig.¹⁴⁸⁶

Die erläuterte Problematik ist im Hinblick auf eine fehlerhafte Kunstexpertise und der damit verbundenen Schadensverursachung bei einem unbeteiligten Dritten von grosser Bedeutung. Man führt sich das Beispiel vor Augen, dass der Eigentümer eines Gemäldes ein Auktionshaus mit der Versteigerung seines Kunstobjekts betraut. Das Auktionshaus beauftragt hierfür selbstständig und auf eigene Rechnung einen Kunstsachverständigen mit der Bewertung des Gemäldes. Bewertet nun der Kunstsachverständige das Gemälde fälschlicherweise deutlich zu tief, worauf es zu diesem Wert veräussert wird, entsteht dem Eigentümer des Gemäldes ein reiner Vermögensschaden.¹⁴⁸⁷ Da in dieser Konstellation

¹⁴⁸¹ Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 161 f.

¹⁴⁸² KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 63; zu den absolut geschützten Rechtsgütern zählt die Lehre vor allem: Leben, die physische und psychische Integrität, das Eigentum (gemäss h.L. auch der Besitz), die beschränkten dinglichen Rechte und die Immaterialgüterrechte (vgl. VERDE, S. 6 und FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 340 ff.).

¹⁴⁸³ Vgl. FELLMANN, Schadensrecht, S. 301; PEYER, S. 100; GABRIEL, N 242; CARTIER, N 97; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 7; PORTMANN/PRZEZALK, S. 29; DELCÒ, S. 37 m.w.V.; VERDE, S. 7; KAISER, S. 104; LORANDI, S. 23; RASCHEIN, S. 12 ff.; VASELLA, S. 309; BERGER, S. 40; HONSELL, FS Nobel, S. 941; ROTH, S. 213; KRAMER, S. 131 m.w.V.; WERRO, ZSR, S. 362 m.w.V.; vgl. auch BGE 118 Ib 476: «Das Vermögen als solches ist kein Rechtsgut, seine Schädigung für sich allein somit nicht widerrechtlich».

¹⁴⁸⁴ Vgl. KOCH, S. 33; WYSS/VON DER CRONE, S. 115; LORANDI, S. 23 ff.; GAUCH, recht, S. 232; DESAX, S. 14 ff.; ROTH, S. 222 ff.; MOSER, S. 11.

¹⁴⁸⁵ Vgl. SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 5; FLÜHMANN, S. 23; GAUCH/SWEET, S. 119; DELCÒ, S. 38; WERRO, ZSR, S. 361 ff.; WIDMER, ZSR, S. 110 ff.; MOSER, S. 10 f.; LORANDI, S. 24; RISCH, S. 9 f.

¹⁴⁸⁶ WERRO, S. 13; ROTH, S. 222; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 8; vgl. hierzu ausführlich ROBERTO/RICKENBACH, S. 187 ff. und DESAX, S. 14 ff.

¹⁴⁸⁷ Für weitere Beispiele vgl. auch HOFSTETTER, S. 261.

tion augenscheinlich keine absolut geschütztes Rechtsgut verletzt worden ist, wäre folglich zu prüfen, ob allenfalls die Verletzung einer Schutznorm bejaht werden kann. Vertragliche Haftungsansprüche fallen mangels rechtlicher Verbindung zwischen dem Eigentümer des Gemäldes und dem Kunstsachverständigen in diesem Beispiel ausser Betracht.

Für die Haftung des Kunstsachverständigen wegen einer unrichtigen Wertbestimmung könnten verschiedene Straftatbestände in Betracht kommen.¹⁴⁸⁸ Zu denken ist hierbei bspw. an die Tatbestände des Betrugs (Art. 146 StGB) und der Urkundenfälschung bzw. Falschbeurkundung (Art. 251 StGB), welche jedoch einen Eventualvorsatz voraussetzen.¹⁴⁸⁹ Die Tatbestandsmässigkeit gebriecht zumeist bereits an der Tatsache, dass der Kunstsachverständige nur fahrlässig gehandelt hat bzw. ihm die (eventual-)vorsätzliche Begehung nicht nachgewiesen werden kann.¹⁴⁹⁰

Auch weitere (teils spezialgesetzliche) Haftungsnormen, welche eine ausservertragliche Haftung des Verantwortlichen normieren würden, führen hier nicht weiter.¹⁴⁹¹ Da das schweizerische Recht weder eine allgemeine Wahrheitspflicht noch ein Gebot zur wahrheitsgetreuen Auskunft oder Offenbarung kennt, ist folglich keine verletzte Schutznorm gegeben.¹⁴⁹² Auch die allgemeine Sorgfaltspflicht dient hier nicht als Schutznorm.¹⁴⁹³ Schliesslich gilt es zu konstatieren, dass private Regelwerke (wie bspw. die Richtlinien der Gutachterverbände) keine Schutzgesetze darstellen, da es sich hierbei lediglich um Normen von privaten Verbänden handelt.¹⁴⁹⁴

Darin liegt sodann der Krux. Wird zufolge eines fehlerhaften Kunstgutachtens ein vertragsfremder Dritter zu einer schädigenden Vermögensdisposition verleitet, entsteht ihm

¹⁴⁸⁸ Vgl. KKR-RENOLO, 2020, Kapt. 8 N 124; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 8; für die Frage, ob eine strafbewehrte Norm automatisch eine Schutznorm darstellt vgl. ROBERTO/RICKENBACH, S. 189 und VERDE, HAVE, S. 141 ff.

¹⁴⁸⁹ Vgl. BSK StGB II-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 273; BSK StGB II-BOOG, Art. 251 N 181; VERDE, HAVE, S. 141 f.; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 8 f.; OFTINGER/STARK, S. 43; CARTIER, N 173.

¹⁴⁹⁰ Vgl. Kurzkomentar OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 23; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 5; vgl. zu dieser Problematik im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen PORTMANN/PRZEZAK, S. 29 f.

¹⁴⁹¹ Wie bspw. Art. 753 ff. OR (Verantwortlichkeit im Gesellschaftsrecht), Art. 39 BankG (Verantwortlichkeit der Gründer, Organe etc. einer Bank), Art. 145 KAG (Haftungskaskade im Anlagegeschäft); vgl. dazu auch SCHÖNENBERGER, S. 36 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.20; KOLLER, Dritthaftung, S. 25; HONSELL, FS Nobel, S. 941 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 345; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 9.

¹⁴⁹² Vgl. SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 5 m.w.V.; TARMAN, S. 99; GAUCH/SWEET, S. 124; BERGER, S. 40; vgl. auch BeKom ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 170; BREHM, Art. 41 N 48.

¹⁴⁹³ CARTIER, N 186.

¹⁴⁹⁴ ROBERTO/RICKENBACH, S. 192; RASCHEIN, S. 272; vgl. dazu aber die Ausführungen in ROTH, S. 224, betreffend die Prüfung von Standesregeln der Schweizer Banken als Schutznorm.

zwar ein Schaden, die Haftungsvoraussetzung der «Widerrechtlichkeit» wäre aber nicht gegeben.¹⁴⁹⁵ Der geschädigte Dritte könnte folglich keinen Schadenersatz nach Art. 41 Abs. 1 OR vom Kunstsachverständigen fordern, da im gemachten Beispiel weder ein absolutes Rechtsgut noch Schutznormen verletzt worden sind, welche das Vermögen schützen.¹⁴⁹⁶ Im Ergebnis führt die Anwendung der objektiven Widerrechtlichkeit dazu, dass durch fehlerhafte Kunstexpertisen verursachte reine Vermögensschäden eines Dritten unter dieser Haftungsgrundlage grundsätzlich nicht ersetzt werden können. Diese Problematik ist in der Lehre indessen nicht unbemerkt geblieben, wodurch eine weitere «dritte» Widerrechtlichkeitstheorie hervorgegangen ist.

2.1.3. Dritte Widerrechtlichkeitstheorie

Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie bzw. die Anerkennung der Widerrechtlichkeit in Form eines reinen Erfolgsunrechts wird schon seit längerem kritisiert.¹⁴⁹⁷ Wie soeben aufgezeigt, stösst die objektive Widerrechtlichkeitstheorie an seine Grenzen, wenn es darum geht, reine Vermögensschäden zu ersetzen. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass das Erfolgsunrecht reine Vermögensschäden diskriminiert und zu aleatorischen Ergebnissen führen kann.¹⁴⁹⁸ Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie kann folglich zu Ergebnissen führen, die dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen.¹⁴⁹⁹ Etwa bei Ungleichbehandlung zweier ähnlicher Situationen aufgrund dem mehr oder weniger zufälligen Vorliegen einer Schutznorm.¹⁵⁰⁰ Im Schrifttum wird daher die Lehre vom Erfolgsunrecht zunehmend abgelehnt.¹⁵⁰¹

¹⁴⁹⁵ Vgl. dazu auch WERRO, ZSR, S. 362.

¹⁴⁹⁶ Vgl. für weitere Anwendungsbeispiele insb. für fehlerhafte Bankauskünfte ROBERTO, Festgabe, S. 138 ff.

¹⁴⁹⁷ Vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 6 N 21; PORTMANN, S. 276; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 9; REY/WILDHABER, N 814 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, N 334 ff.; WIDMER, ZSR, S. 112 ff.; WERRO, ZSR, S. 366; ROBERTO, AJP, S. 518; GAUCH, recht, S. 232 f.; GIGER, S. 382; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 301; VERDE, S. 22 f.; ROBERTO, BJM, S. 148 f.; BOSSHARD, S. 89 ff.; ROBERTO, BJM, S. 148 ff.; CARTIER, N 237 ff.; vgl. auch die Übersicht in VERDE, Fn 70 und 167.

¹⁴⁹⁸ Vgl. GAUCH, recht, S. 232; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 5; GAUCH/SWEET, S. 119; HONSELL, FS Nobel, S. 941; FELLMANN/KOTTMANN, S. 106; GAUCH, recht, S. 232; MÜLLER/BACHMANN, S. 268; WERRO, ZSR, S. 361 f.; WIDMER, ZSR, S. 110 ff.; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 300; LORANDI, S. 24; CARTIER, N 237 ff.; MISTELI, S. 81 ff.; ROTH, S. 213 ff.; für eine Aufzählung von weiteren Schwächen der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie vgl. REY/WILDHABER, N 815 ff. und LORANDI, S. 24 f.

¹⁴⁹⁹ HONSELL führt demgegenüber aus, dass das Fehlen eines generellen Vermögensschutzes keine planwidrige Lücke sei, sondern es stelle eine wohlüberlegte Barriere gegen die heute modische Tendenz einer Ausweitung der Haftung dar (vgl. HONSELL, Gutachtervertrag, S. 20).

¹⁵⁰⁰ Vgl. WERRO, S. 13; LORANDI, S. 25; WERRO, ZSR, S. 361 f.; WIDMER, ZSR, S. 111; GAUCH, recht, S. 232 f.; CARTIER, N 199.

¹⁵⁰¹ Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.31; FELLMANN/KOTTMANN, N 334 ff.; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 6 ff.; REY/WILDHABER, N 814 ff.; HONSELL/IRSING/KESSLER, § 6 N 21; GAUCH, recht, S. 232 f.; WERRO, ZSR, S. 366 f.; ROBERTO, BJM, S. 149; MISTELI, S. 107 ff. und 281 f.; WIDMER, ZSR, S. 111 f.; CARTIER, N 237 ff.

Aus dem Diskurs hervorgegangen ist die *dritte Widerrechtlichkeitstheorie*.¹⁵⁰² Sie vereinigt diejenigen Lehrmeinungen, welche die Widerrechtlichkeit mit der Verletzung einer Verhaltenspflicht bzw. Sorgfaltspflicht gleichsetzen wollen und führt im Grunde zu einer Weiterentwicklung des Verhaltensunrechts.¹⁵⁰³ Ein Teil der Lehre definiert die Widerrechtlichkeit dabei als Verletzung einer Sorgfaltspflicht.¹⁵⁰⁴ Wieder andere gehen von der Verletzung einer Schutzpflicht aus.¹⁵⁰⁵

Gemäss der dritten Widerrechtlichkeitstheorie ist die Widerrechtlichkeit stets zu bejahen bei nicht gerechtfertigtem, objektiv unvernünftigem Verhalten, unabhängig davon, ob ein absolutes Rechtsgut verletzt worden ist oder nicht.¹⁵⁰⁶ Unvernünftig handelt dabei diejenige Person, welche durch ihr Handeln oder Unterlassen eine Drittperson einem objektiv voraussehbaren Schadensrisiko aussetzt. Hierbei wird folglich von der Missachtung der objektiv unter den konkreten Umständen gebotenen Sorgfalt ausgegangen.¹⁵⁰⁷ Sorgfaltswidrig handelt somit, wer den objektiv festgelegten Verhaltensanforderungen zur Vermeidung von Schäden nicht nachkommt.¹⁵⁰⁸ Statt auf Schutznormen wird im Ergebnis auf die Verletzung von – je nach Terminologie – Sorgfalts-, Verhaltens- oder Schutzpflichten abgestellt.¹⁵⁰⁹ Schäden, welche aufgrund Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter entstehen werden nicht mehr privilegiert und reine Vermögensschäden nicht mehr diskriminiert.¹⁵¹⁰

¹⁵⁰² Bei Anwendung der dritten Widerrechtlichkeitstheorie entfällt sodann auch die teilweise schwierige Abgrenzung zwischen Sach- und reinen Vermögensschäden (vgl. dazu WIDMER, ZSR, S. 112; WERRO, ZSR, S. 349); einige der Autoren des Entwurfs OR 2020 haben sodann vorgeschlagen, mit einem neuen Art. 46 die dritte Widerrechtlichkeitstheorie im Gesetz zu verankern (vgl. dazu KUT/VASELLA, S. 634 ff.).

¹⁵⁰³ Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, N287; CARTIER, N245; REY/WILDHABER, N813; VERDE, S. 8; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 333; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 300 f.; ROBERTO, BJM, S. 148; BOSSHARD, S. 89 ff.; MISTELI, S. 107 ff. und 281 f.; SCHÖNENBERGER, S. 106 ff.; WERRO, ZSR, S. 366 f.; vgl. auch WERRO, ZSR, S. 346 ff. und WIDMER, ZSR, S. 111; in diese Richtung wohl auch GAUCH, recht, S. 232 f.

¹⁵⁰⁴ So insbesondere ROBERTO, N04.57 ff.; WERRO, ZSR, S. 343 ff.; WIDMER, ZSR, S. 111; BOSSHARD, S. 111 und 118; wohl auch FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 337; PEYER, S. 105; ROTH, S. 241 f.; CARTIER, N245; **ablehnend** RASCHEIN, S. 199 f.

¹⁵⁰⁵ Kurzkomentar OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N26; SCHÖNENBERGER, S. 107; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 11 f.; SCHWENZER, N50.04; HOFSTETTER, S. 266; MEIERSCHATZ, S. 162.

¹⁵⁰⁶ BSK ORI-KESSLER, Art. 41 N32a; so auch WERRO, ZSR, S. 347 ff. und ROTH, S. 241.

¹⁵⁰⁷ WERRO, S. 14; WERRO, ZSR, S. 360 f.

¹⁵⁰⁸ CARTIER, N247.

¹⁵⁰⁹ Vgl. BSK ORI-KESSLER, Art. 41 N32a; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 6 f.; ROBERTO, N03.06; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N50.04; VERDE, S. 8 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 333 und S. 337; WIDMER, ZSR, S. 124; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 300 f.

¹⁵¹⁰ REY/WILDHABER, N813; WIDMER, ZSR, S. 112; CARTIER, N331.

Diese Schutzpflichten sollen sich aus Gesetz, aus richterlicher Regelbildung und aus der Lehre ergeben.¹⁵¹¹ Zur Ermittlung der massgeblichen – je nach Terminologie¹⁵¹² – Verhaltens-, Sorgfalts- oder Schutzpflichten soll somit nicht nur auf die gesetzlichen Bestimmungen abgestellt werden, sondern der Richter muss selber Verhaltensnormen bilden.¹⁵¹³ Die Rechtsprechung aber auch die Lehre sollen folglich – in Anlehnung an das angloamerikanische *case law* – Fallgruppen bilden, in denen primäre Vermögensschäden zu ersetzen sind.¹⁵¹⁴

So ist die Rechtswidrigkeit nach angloamerikanischem Verständnis die Verletzung einer *duty of care* und nach französischem Recht eine *faute*.¹⁵¹⁵ Eine *duty of care* liegt vor, wenn den Schadensverursacher gegenüber dem Personenkreis, zu dem der Geschädigte gehört, eine Pflicht zu sorgfältigem Handeln trifft.¹⁵¹⁶ Dabei soll die Bildung einzelner Fallgruppen über das Bündel von Lebenssachverhalten zu kongruenten Gruppen und das Definieren von Sorgfaltpflichten geschehen.¹⁵¹⁷ Die Widerrechtlichkeit ist nicht mehr mittels Verletzung eines absoluten Rechts oder einer Sondernorm zu begründen, sondern durch die Missachtung einer konkreten Sorgfaltpflicht.¹⁵¹⁸ Ziel ist es folglich, für die einzelnen Fallgruppen spezifische Kriterien aufzustellen, die in einem konkreten Fall erfüllt sein müssen, damit eine Delikthaftung für reine Vermögensschäden bejaht werden kann.¹⁵¹⁹ Auch ohne Verletzung einer spezifischen Schutznorm wäre folglich Ersatz zu leisten, sofern nur eine Pflicht zu sorgfältigem Verhalten bzw. eine Schutzpflicht verletzt worden ist.¹⁵²⁰ Hierfür können etwa auch Verhaltenskodizes, Branchenusanzen etc. hinzugezogen werden.¹⁵²¹

¹⁵¹¹ Vgl. WERRO, S. 14; MEIER-SCHATZ, S. 162; WIDMER, ZSR, S. 112 f.; ROBERTO, BJM, S. 148; VERDE, S. 9; vgl. auch FELLMANN, Schadensrecht, S. 338.

¹⁵¹² Für die Bedeutung der terminologischen Einordnung vgl. das Beispiel in SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 10 f.

¹⁵¹³ Vgl. WERRO, S. 14; MEIER-SCHATZ, S. 162; WIDMER, ZSR, S. 113; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 7; ROBERTO, BJM, S. 148; VERDE, S. 9; ROTH, S. 242.

¹⁵¹⁴ Vgl. BSK ORI-KESSLER, Art. 41 N 32a; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.04; PEYER, S. 105; Kurzkommentar OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 26; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 6; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 338; REY, S. 322 ff.; WERRO, ZSR, S. 357; WIDMER, ZSR, S. 111; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 300 f.; FELLMANN, Schadensrecht, S. 338; ROBERTO, BJM, S. 149; so auch FELLMANN/KOTTMANN, S. 125 f., allerdings im Zusammenhang mit der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie.

¹⁵¹⁵ Vgl. ROBERTO, BJM, S. 149; LE TOURNEAU/CADIET, N 3065; ROTH, S. 241; CARTIER, N 245; LOSER-KROGH, S. 116 ff.; vgl. dazu die diesbezüglichen Leitsätze *Annis v. Merton London Borough Council* (1978, A.C. 728 [House of Lords]) sowie *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* (1963, 2 All E.R. 575 [House of Lords]).

¹⁵¹⁶ WIDMER, ZSR, S. 111; ROTH, S. 242; weiter vorausgesetzt sind sodann die fahrlässige Verletzung dieser Pflicht («breach of duty») sowie ein daraus resultierender Schaden («causation of damage»), vgl. dazu SCHÖNENBERGER, S. 82 ff.

¹⁵¹⁷ PEYER, S. 105; ROBERTO, AJP, S. 519; LOSER-KROGH, S. 116 ff.

¹⁵¹⁸ PEYER, S. 105.

¹⁵¹⁹ PEYER, S. 105; BSK ORI-KESSLER, Art. 41 N 32a; für eine Übersicht der Lehrmeinungen betreffend die vorgeschlagenen Fallgruppen vgl. PEYER, S. 105; vgl. auch ROBERTO, AJP, S. 520 ff.

Wie nun nachfolgend aufzuzeigen sein wird, hat die Rechtsprechung für die Erteilung falscher Auskünfte im Grunde bereits eine eigene Fallgruppe gebildet und eine Haftung des Schädigers bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen bejaht.¹⁵²²

2.2 Haftung für Rat und Auskunft

Im Bereich der Auskunftshaftung hat die Rechtsprechung die strenge Definition der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie aufgegeben, indem sie bei Erteilung von Auskünften Schadenersatz zugesprochen hat, wenn berechtigtes Vertrauen enttäuscht worden war und Verschulden, Kausalzusammenhang und Schaden gegeben waren.¹⁵²³ Das Bundesgericht führt hierzu aus: «Wer über Verhältnisse befragt wird, in die er Kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, hat – wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlässt – wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Adressaten voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat oder haben kann; er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen behaupten oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss (...) Der Angefragte handelt nicht bloss dann widerrechtlich, wenn er wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige positive Angaben macht, sondern ebenso, wenn er Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte».¹⁵²⁴

Das Bundesgericht erkennt somit eine Haftung derjenigen, welche aufgrund ihres Fachwissens in Anspruch genommen werden, wunschgemäss Auskünfte erteilen und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben machen oder wesentliche Tatsachen verschweigen, die ihnen bekannt sind und von denen sie sich sagen müssen, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflusst hat. Geschützt werden soll im Ergebnis derjenige, welcher jemanden seiner Fachkunde wegen um Auskunft fragt, sofern für die Auskunftgeber erkennbar ist, dass seine Information für den Fragesteller folgenschwere Bedeutung haben kann.¹⁵²⁵ Die Kunstexpertise erscheint fraglos als besondere Form der Auskunft, weshalb die Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen auch als Haftung für Auskunft- und Raterteilung verstanden werden kann. Die Basis hierfür bildet unter anderem der Umstand, dass der Kunstsachverständige infolge seiner Stellung und seines Auftrags einen besonderen Einblick in die Verhältnisse hat, die

¹⁵²⁰ SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 7.

¹⁵²¹ FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 338; VERDE, S. 9; CARTIER, N 362 ff.

¹⁵²² SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 7; WIDMER, ZSR, S. 124.

¹⁵²³ Vgl. BGE 57 II 86; BGE 116 II 699; TARMAN, S. 94; HONSELL, FS Nobel, S. 942 f.; DELCÒ, S. 39; GAUCH, recht, S. 232 f.; BERGER, S. 40; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 9; MOSER, S. 84 f.

¹⁵²⁴ BGE 111 II 471 E. 3; vgl. dazu auch WICK, S. 1275 f. und LOSER-KROGH, S. 115 ff.

¹⁵²⁵ MOSER, S. 85; BERGER, S. 40 f.; so auch die älteren BGE 41 II 77 E. 5 (Auskunft durch die Gewerbebank Zürich); BGE 57 II 81 E. 2 (Auskunft durch den Verwaltungsratspräsident einer Lederfabrik); BGE 86 II 295 (Auskunft durch eine Bank bzw. einen Bankfachmann).

Gegenstand der Kunstexpertise bilden.¹⁵²⁶ Für die Haftung zu genügen vermag hierbei unter Umständen auch eine nicht direkt dem Geschädigten, sondern vielmehr einem Dritten erteilte falsche Auskunft.¹⁵²⁷

Das Bundesgericht beschränkt sich hierbei auf die Darstellung einer haftungsbegründenden Situation, welche einem Auskunftgeber gewisse ungeschriebenen Pflichten zum Schutze der Vermögensinteressen des Dritten auferlegt. In der Folge begründet eine Verletzung dieser Pflicht und nicht etwa die Verletzung einer Schutznorm die Widerrechtlichkeit.¹⁵²⁸ Wie die Haftung dogmatisch einzuordnen ist, ist umstritten.¹⁵²⁹ Wird ein fehlerhaftes Gutachten an einen Dritten weitergegeben bzw. diesem zur Kenntnis gebracht und verursacht in der Folge einen reinen Vermögensschaden, so wurde in aller Regel kein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt. Im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie wäre somit eine Schutznorm zu suchen, welche das Vermögen im beschriebenen Sachverhalt schützt. Wie oben bereits ausgeführt, kommen Straftatbestände in der Regel nicht in Betracht, da das Gutachten in den überwiegenden Fällen lediglich fahrlässig und nicht (eventual-)vorsätzlich fehlerhaft erstellt worden ist.¹⁵³⁰

Die Abgabe einer ungenauen Auskunft bzw. eines fehlerhaften Gutachtens könnte möglicherweise einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen, so dass theoretisch Art. 2 Abs. 1 ZGB als widerrechtlichkeitsbegründende Schutznorm betrachtet werden könnte.¹⁵³¹

2.2.1. Grundsatz von Treu und Glauben als Schutznorm

Die herrschende Lehre lehnt es ab, das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben als Schutznorm zu qualifizieren, so dass der Verstoss gegen das Gebot nicht zur Bejahung der Widerrechtlichkeit führen kann.¹⁵³² Ebenso auch das Bundesgericht, welches Art. 2 ZGB unterdessen nicht mehr als allgemeine Vermögensschutznorm betrachtet.¹⁵³³ Das

¹⁵²⁶ Vgl. dazu auch PORTMANN/PRZEZAK, S. 44.

¹⁵²⁷ BeKom ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 170; vgl. auch BÄRTSCHI, S. 351 ff. und 365 sowie LOSER, S. 88.

¹⁵²⁸ Vgl. SCHÖNENBERGER, S. 80 f.; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 6; TARMAN, S. 102; WYSS/VON DER CRONE, S. 115; BERGER, S. 40; MOSER, S. 84 f.; **kritisch** REY, S. 235; KAISER, S. 112 ff.; GAUCH/SWEET, S. 124; GAUCH, recht, S. 232; BREHM, Art. 41 N 46 ff.

¹⁵²⁹ Vgl. für eine Übersicht RISCH, S. 20 ff.

¹⁵³⁰ SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 5.

¹⁵³¹ SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 5.

¹⁵³² Vgl. dazu BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 36; OFTINGER/STARK, S. 39 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.22; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 5; SCHÖNENBERGER, S. 107; KOLLER, Drithaftung, S. 22; RASCHEIN, S. 275; BeKom ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 136; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 23; BERGER, recht, S. 104 ff.; BERGER, S. 43 ff.; KELLER, recht, S. 136 ff.; GAUCH, recht, S. 232 f.; GAUCH/SWEET, S. 117 ff.; REY/WILDHABER, N 879 ff.; KAISER, S. 117 ff.; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 300 f.; ROTH, S. 230 ff.; WICK, S. 1280; RISCH, S. 27; **a.M.** KELLER/GABI/GABI, S. 46 ff.; DESAX, S. 42 f.; HOFSTETTER, S. 264; KELLER, recht, S. 136 ff.; REY, S. 231 ff.; BRINER, S. 399; WERRO, S. 14; KOLLER, AJP, S. 1383 f.; BREHM, Art. 41 N 53a ff.; vgl. zudem die

Bundesgericht vertritt dabei die Ansicht, dass Verstösse gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB von Art. 41 Abs. 1 OR nicht erfasst würden, da es sich bei den vertrauensschützenden Pflichten nicht um allgemeine Pflichten handle.¹⁵³⁴

Es widerspreche dem Wortlaut von Art. 2 ZGB, welcher ein Handeln nach Treu und Glauben bei der Ausübung von Rechten bzw. bei der Erfüllung von Pflichten verlangt und dadurch ein bestehendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien voraussetzt.¹⁵³⁵ Würde man auf die Voraussetzung dieses Sonderrechtsverhältnisses verzichten, wäre das Prinzip von Treu und Glauben bei jedem Kontakt einschlägig. Konsequenterweise betrachten würde dies dazu führen, dass jede Vertragsverletzung im deliktischen Sinne auch widerrechtlich wäre.¹⁵³⁶ Getrieben werden diese Ansichten nicht zu Letzt durch die Annahme, dass eine Haftungsbeschränkung die Rechtsanwendung erleichtert sowie die Rechtsicherheit fördert. Freilich besteht auch die Angst vor einer uferlosen Ausweitung der Haftung.¹⁵³⁷ Es sei augenscheinlich, dass mit der Qualifikation von Treu und Glauben als Schutznorm das gesamte Privatrechtssystem mit seinem differenzierten Interessensausgleich im Schuldrecht aus den Angeln gehoben würde, weshalb die Verletzung von Treu und Glauben keine Widerrechtlichkeit zu begründen vermag.¹⁵³⁸ Die Widerrechtlichkeit als Anspruchsvoraussetzung für eine Haftung würde ansonsten obsolet. Im Ergebnis ist dieser Ansatz in der vorliegenden Arbeit folglich nicht weiterzuverfolgen.¹⁵³⁹

2.2.2. Weitere dogmatische Ansätze der Haftung für Rat und Auskunft

Geht man weiter davon aus, dass sich die Haftung für Rat und Auskunft auf Art. 41 Abs. 1 OR stützt, so bildet dafür eine entsprechende ungeschriebene Verhaltensnorm

Ausführungen in MEIER-SCHATZ, S. 155 f.; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 106 f.; VIONNET, S. 64 ff. und ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 122 ff.

¹⁵³³ BGE 124 III 297, 301; BGE 121 III 350, 354; in BGE 80 III 54 hat das Bundesgericht jedoch explizit auf Treu und Glauben Bezug genommen und auf die für den Schädiger erkennbare Bedeutung der Auskunft für den Empfänger hingewiesen (vgl. dazu auch KAISER, S. 116 ff. und MEIER-SCHATZ, S. 157); für die frühere Auffassung des Bundesgerichts vgl. BGE 40 II 612; BGE 57 II 86; BGE 67 II 136; BGE 80 II 54; BGE 88 II 279; BGE 111 II 473.

¹⁵³⁴ Statt vieler BGE 130 III 345 E. 1; Art. 2 ZGB soll gemäss Bundesgericht nicht allgemein sondern nur im Rahmen einer rechtlichen Sonderverbindung Schutznormqualität haben (vgl. BGER 4C.193/2000 vom 26.09.2001 E. 4a.); vgl. ferner die Ausführungen in MÜLLER-CHEN, BJM, S. 300 f.; vgl. zum Ganzen auch ZELLER, S. 210 ff.

¹⁵³⁵ HONSELL/ISENRING/KESSLER, S. 30; OFTINGER/STARK, S. 40 m.w.H.; vgl. zum Ganzen DELCÒ, S. 133 ff.; schliesslich auch BGE 124 III 297, 301 E. 5c.

¹⁵³⁶ SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 5; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 300; vgl. auch OFTINGER/STARK, S. 45.

¹⁵³⁷ Vgl. hierzu GAUCH/SWEET, S. 120 ff. m.w.H.; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 8 f.; KELLER/GABI/GABI, S. 43; ROBERTO/RICKENBACH, S. 186; RASCHEIN, S. 269; MÜLLER-CHEN, BJM, S. 300.

¹⁵³⁸ HONSELL/ISENRING/KESSLER, S. 30.

¹⁵³⁹ Vgl. hierzu aber die Ausführungen von KOLLER, welcher die Ansicht vertritt, dass wenn wettbewerbsbezogene Verstösse gegen Treu und Glauben (Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 UWG) von Art. 41 Abs. 1 OR erfasst seien, könne für sonstige Verstösse (gegen Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB) nichts anderes gelten (vgl. KOLLER, AJP, S. 1383 ff.).

zum Schutze fremden Vermögens die Grundlage.¹⁵⁴⁰ Weiter könnte die vom Angefragten zu erwartende Forderung als Verhaltenspflicht verstanden werden, die sich aus einem gesetzlichen Schutz- oder Schuldverhältnis ergibt.¹⁵⁴¹ Damit die entsprechende Pflicht mit der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie noch vereinbar wäre, müsste sie jedoch als (ungeschriebene) Schutznorm qualifiziert werden. Dies wiederum birgt die Gefahr einer Ausuferung der Haftung, da jegliche Pflichten, etwa auch der Grundsatz von Treu und Glauben, als Schutznorm definiert werden könnten. Ferner würde der Begriff der Schutznorm zu einer Leerformel verkommen.¹⁵⁴²

Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, hat die Fragestellung insofern an Brisanz verloren, als das Bundesgericht die Haftung für Rat und Auskunft wohl nicht mehr Art. 41 Abs. 1 OR unterstellen will.¹⁵⁴³ Das Bundesgericht schützte in BGE 124 III 363 zwar noch die Ansicht der Vorinstanz, die Haftung wegen (ausservertraglicher) Falschauskunft eines Anwalts entweder mittels Art. 41 OR oder kraft Vertrauenshaftung zu begründen, führte aber gleichzeitig aus, dass die Haftung für Rat und Auskunft in der neueren Lehre als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung aufgefasst werde.¹⁵⁴⁴ In einem weiteren Urteil wurde diese Doppelspurigkeit aufrechterhalten, wobei das Bundesgericht auf die enge Verwandtschaft zwischen der Vertrauenshaftung und der Haftung aus Art. 41 OR hinwies.¹⁵⁴⁵ Darauffolgend wurde die deliktische Widerrechtlichkeit durch das Bundesgericht explizit verneint und auf die Vertrauenshaftung abgestellt.¹⁵⁴⁶ In BGE 134 III 390 bezeichnete das Bundesgericht die Haftung für Rat und Auskunft schliesslich als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung i.S. eines Oberbegriffs. Eine nähere Prüfung dieser Einordnung konnte indessen unterbleiben, da die Verjährungsfrist von Art. 60 OR im zu beurteilenden Fall nicht eingehalten worden war.¹⁵⁴⁷

¹⁵⁴⁰ So BGE 57 II 81 E. 2 und BGer 4C.193/2000 vom 26.09.2001 E. 4a.; vgl. dazu auch FEHLMANN, S. 138 und OFTINGER/STARK, S. 43 und S. 46.

¹⁵⁴¹ BGer 4C.193/2000 vom 26.09.2001 E. 4a; MOSER/BERGER, S. 544.

¹⁵⁴² Vgl. SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 6; BERGER, S. 44 f.; HONSELL, FS Nobel, S. 941; OFTINGER/STARK, S. 46 ff.; ROTH, S. 247; in diesem Sinne auch KAISER, S. 104 f.; nach LORANDI besteht durch die kontrollierte und gezielte Ausdehnung des Widerrechtlichkeitserfordernisses kaum die Gefahr einer unabsehbaren Ausweitung des Schadenersatzrechts (vgl. LORANDI, S. 26; in diese Richtung auch GAUCH/SWEET, S. 137).

¹⁵⁴³ Nach BAUMANN und SCHÖNLE kann mindestens die direkte Raterteilung nicht der Delikts haftung unterstellt werden, wohingegen die – vorliegend interessierenden – Dritthaftungsfälle eine rein deliktsrechtliche Haftung darstellen (ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 123 und 132; SCHÖNLE, S. 397).

¹⁵⁴⁴ BGE 124 III 363 E. 5b; BGE 121 III 350 E. 6c; vgl. dazu URWYLER, S. 537; BeKom ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 172; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 9; REY/WILDHABER, N 885; SOMMER, S. 1033; LOSER-KROGH, S. 115 ff.; SCHALLER, S. 10.

¹⁵⁴⁵ BGer 4A.193/2000 vom 26.09.2001 E. 4 f.

¹⁵⁴⁶ BGE 130 III 345; BGE 128 III 324.

¹⁵⁴⁷ BGE 134 III 390 E. 4.3.2; vgl. BeKom ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 173.

Nach dem Gesagten ist folglich eine deutliche Tendenz zu erkennen, dass das Bundesgericht die Haftung für falschen Rat und Auskunft als Fall der Vertrauenshaftung betrachtet, die zwischen der Haftung aus Vertrag und derjenigen aus Delikt angesiedelt wird, anstatt sich der Delikthaftung nach Art. 41 OR zu bedienen.¹⁵⁴⁸ Bekräftigt hat das Bundesgericht diese Ansicht mit einem Entscheid im Jahre 2016. Es führte darin unter anderem aus: «(...) So kann etwa auch ein Experte bereits bei einer mittelbaren Beziehung gegenüber einem vertragsfremden Dritten aus erwecktem Vertrauen haftbar werden, wenn er ein Schriftstück erarbeitet, welches dann von seinem Auftraggeber an den Dritten weitergegeben wird; dies gilt jedenfalls dann, wenn die Weitergabe mit seinem – wirklichen oder vertrauenstheoretisch zurechenbaren – Einverständnis erfolgt. Über die Intensität der Sonderverbindung und damit über den Umfang der Haftung bestimmen die konkreten Umstände, der gesellschaftliche und berufliche Kontext und die soziale Rolle der Betroffenen. Entscheidend ist bei Gutachten und Prüfungsberichten, in welchem Masse der sich auf das fragliche Dokument verlassende Dritte berechtigten Anlass hatte, den ihm unterbreiteten Informationen zu vertrauen (...)».¹⁵⁴⁹

Eine dogmatische Einordnung der Auskunftshaftung fällt aufgrund der anfangs wenig konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts (noch) nicht ganz einfach.¹⁵⁵⁰ In der Folge bestehen verschiedene Möglichkeiten, die Auskunftshaftung dogmatisch zu begründen. Es könnte der Praxis des Bundesgerichts in BGE 124 III 363 gefolgt werden und sowohl Art. 41 OR wie auch die Vertrauenshaftung bei gegebenen Voraussetzungen im Sinne einer Anspruchskonkurrenz auf die Auskunftshaftung angewendet werden.¹⁵⁵¹

Nach BAUMANN ist bei Fällen falscher Auskunfts- und Raterteilung durch Dritte demgegenüber eine rein deliktsrechtliche Haftung anzuwenden.¹⁵⁵² Gemäss GAUCH wird durch das Bundesgericht eine Schutznorm angewendet, welche es in Wirklichkeit gar nicht gibt bzw. nicht mit diesem angeblichen Schutzzweck.¹⁵⁵³ Nach FEHLMANN wird der Rechtswidrigkeitsbegriff überstrapaziert, wobei eine deliktische Haftung für Rat und Auskunft dogmatisch keine wirkliche Grundlage habe.¹⁵⁵⁴

¹⁵⁴⁸ Siehe dazu insb. BGE 134 III 390 E. 4.3.2 (Vertrauenshaftung als Anspruchsgrundlage); BGer 4C.193/2000 vom 26.09.2001 E. 4a und 5 (Vertrauenshaftung und Art. 41 OR als Anspruchsgrundlagen genannt); BGE 124 III 363 E. II 5b (Vertrauenshaftung und Art. 41 OR als Anspruchsgrundlagen genannt); vgl. dazu VERDE, HAVE, S. 156 und Fn 114; FEIT, S. 148 f.; VASELLA, S. 309.

¹⁵⁴⁹ BGE 142 II 84 E. 3.3 m.w.H.

¹⁵⁵⁰ Vgl. für die dogmatische Einordnung der Dritthaftung ausführlich MOSER, S. 94 ff.

¹⁵⁵¹ Vgl. dazu URWYLER, S. 538; VASELLA, S. 307; MOSER, S. 201; BÄRTSCHI, S. 377 m.w.H.; KLEIN, S. 223; WYSS/VON DER CRONE, S. 115 und 118; WERRO, S. 13; FEHLMANN, S. 138; BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 172 ff.; LOSER, AJP, S. 1172 ff.

¹⁵⁵² ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 132.

¹⁵⁵³ GAUCH, recht, S. 232.

¹⁵⁵⁴ FEHLMANN, S. 140.

Andere Autoren sehen in den weitergehenden Urteilen des Bundesgerichts eine spezifische Entwicklung zugunsten der Vertrauenshaftung.¹⁵⁵⁵ So führt WOLF aus, dass die auf Art. 41 OR gründende Haftung für Rat und Auskunft von der Vertrauenshaftung eingenommen worden zu sein scheint.¹⁵⁵⁶ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER interpretieren BGE 130 III 345 als Abkehr der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 41 OR.¹⁵⁵⁷ FEIT und VERDE äussern sich zwar zurückhaltender, erkennen aber in der Gerichtspraxis klare Anhaltspunkte für einen schleichenden Übergang zur Vertrauenshaftung als singuläre Anspruchsgrundlage für ausservertragliche Rat- und Auskunftserteilung.¹⁵⁵⁸ Weitere Autoren wie WERRO, NOBEL, SCHROETER, SCHALLER und auch HONSELL stellen fest, dass es sich bei Auskunftsfällen um Anwendungsfälle der Vertrauenshaftung handle.¹⁵⁵⁹ Auch KAISER und FEHLMANN wollen die Auskunftsfälle mit der Vertrauenshaftung erfassen.¹⁵⁶⁰

Nach HOFSTETTER handelt es sich bei der Gutachterhaftung gegenüber Dritten nicht um ein kontaktbezogenes Beziehungsvertrauen, sondern um ein «marktbezogenes Produktvertrauen», welches – ähnlich der Produkthaftung – sachgerecht ins Deliktsrecht gehöre. Direkte oder indirekte persönliche Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Gutachter stünden nicht im Vordergrund, vielmehr werde in das Produkt, also das Gutachten, vertraut.¹⁵⁶¹ Nach VASELLA lässt sich aus den neueren Entscheiden des Bundesgerichts der Schluss ziehen, dass die Auskunftshaftung in Zukunft wohl auf der Grundlage des Vertrauensschutzes geprüft werde.¹⁵⁶² ROBERTO/KUZNIAR kommen – freilich in Kenntnis des BGE 142 III 89 aus dem Jahr 2016 – zum Schluss, dass es sich bei der Vertrauenshaftung nach heutiger Auffassung des Bundesgerichts letztlich um nichts anderes als die Haftung für unrichtige Auskünfte gegenüber Dritten handelt.¹⁵⁶³

¹⁵⁵⁵ Vgl. URWYLER, S. 528; FEIT, S. 148 f.; VASELLA, S. 309; vgl. auch MEYER, SSHW, S. 157 ff.

¹⁵⁵⁶ WOLF, MA, S. 125 Fn 8; in diesem Sinne wohl auch HOFSTETTER, S. 265.

¹⁵⁵⁷ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 106.

¹⁵⁵⁸ FEIT, S. 147; VERDE, S. 154; so auch MOSER, S. 97 und S. 136.

¹⁵⁵⁹ Vgl. WERRO, S. 13; NOBEL, S. 727; SCHROETER, S. 1574; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 18; HONSELL, FS Nobel, S. 945; SCHALLER, S. 10; wohl auch ROTH, S. 226 f.; GAUCH, FS Wiegand, S. 829; ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 124 ff. (welcher sich aber bei Dritthaftungsfällen für die deliktrechtliche Anwendung ausspricht); GONZENBACH, S. 122 f.; in diese Richtung wohl auch NIETLISPACH, S. 64.

¹⁵⁶⁰ KAISER setzt allerdings voraus, dass eine «berufseinschlägige» Äusserung bzw. eine «Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr» vorliegt (vgl. KAISER, S. 139); FEHLMANN, S. 140; grundsätzlich auch für die Subsumtion unter die Vertrauenshaftung WALTER, S. 291 f. und BUCHER, FS Walter, S. 231 ff.

¹⁵⁶¹ HOFSTETTER, S. 265; nach FEHLMANN vertraue der Dritte jedoch trotzdem in die fachliche Qualität des Gutachters, wobei das Vertrauen bspw. durch den Beruf des Gutachters hervorgerufen werde (vgl. FEHLMANN, S. 149).

¹⁵⁶² VASELLA, S. 309.

¹⁵⁶³ ROBERT/KUZNIAR, S. 1110; vgl. auch BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 188 ff. und LOSER, AJP, S. 1172.

Obwohl die Vertrauenshaftung wie auch deren Anwendung auf (Dritt-)Auskunftsfälle in der Lehre kritisiert¹⁵⁶⁴ wird, so ist festzustellen, dass sich das Bundesgericht unterdessen für deren Anwendbarkeit ausspricht.¹⁵⁶⁵ In BGE 130 III 345 hat das Bundesgericht die Anwendung der Vertrauenshaftung auf die Dritthaftung für ein fehlerhaftes Gutachten sodann explizit bejaht.¹⁵⁶⁶

2.3 Zwischenfazit

Gerade im Hinblick auf die vorliegende Problematik der Dritthaftung eines Kunstsachverständigen für seine fehlerhafte Kunstexpertise wird klar, dass die (noch) vorherrschende objektive Widerrechtlichkeitstheorie zu unbefriedigenden Resultaten führen kann. Der beim geschädigten Dritten entstandene Schaden im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Kunstexpertise ist praktisch ausnahmslos als reiner Vermögensschaden zu qualifizieren. Da in der Praxis kaum je eine verletzte Schutznorm vorliegen wird, geschweige denn ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt worden ist, wäre der Vermögensschaden des Dritten in Anwendung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie konsequenterweise nicht ersatzfähig. Beim Ersatz von reinen Vermögensschäden, insbesondere auch bei der Dritthaftung für Kunstexpertisen, stösst die objektive Widerrechtlichkeitstheorie somit an ihre Grenzen. Als Zwischenergebnis kann folglich festgehalten werden, dass der – durch eine fehlerhafte Kunstexpertise verursachte – vermögensrechtliche Schaden eines Dritten bei der konsequenten Anwendung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie nicht ersatzfähig ist.

¹⁵⁶⁴ Vgl. SCHÖNENBERGER, S. 143; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.24 ff; SCHÖNENBERGER, HAVE, S. 7; MIDDENDORF, N 209 ff.; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 106; HOFSTETTER, S. 265; ROBERTO/KUZNIAR, S. 1109 ff.; KUHN, S. 350 und 352; GAUCH, FS WIEGAND, S. 837 ff.; WICK, S. 1282; KOLLER, Dritthaftung, S. 19 f. und S. 52 f.; BREHM, Art. 41 N 49a; BERGER, S 41 f.; WIDMER, ZSR, S. 101 ff.; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 20; SCHLECHTRIEM, S. 81 f.; SOMMER, S. 1038; VERDE, recht, S. 154; BÄRTSCHLI, Vertragsrecht, S. 439; ROBERTO, BJM, S. 149; MISTELI, S. 175 ff.; WICK, S. 1278; KOLLER, AJP, S. 1387; a.M. MEIER-SCHATZ, S. 159 ff; KAISER, S. 175 ff.; LOSER, S. 512; WALTER, S. 292; WYSS/VON DER CRONE, S. 117; BUCHER, FS Walter, S. 233 ff.; NIETLISPACH, S. 64; FEIT, S. 150 ff.; BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 187 ff.; im Hinblick auf das Arbeitszeugnis PORTMANN/PRZEZAK, S. 26 und ENZLER, S. 149 f.; zur Meinungsübersicht betreffend die Vertrauenshaftung vgl. BeKom ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 Fn 360 und 361; WIDMER, ZSR, Fn 5.

¹⁵⁶⁵ Gemäss URWYLER ist die Existenz zweier Anspruchsgrundlagen, welche dasselbe Phänomen abdecken (Erweckung und Enttäuschung berechtigten Vertrauens im Kontext einer kraft Fachwissen begründeten Garantenstellung bzw. Sonderverbindung des Rat-/Auskunftgebers) unbefriedigend. Seiner Ansicht nach scheint die im Bundesgerichtsurteil 4C.194/2000 festgehaltene parallele Anwendbarkeit von Art. 41 OR jedoch geltendes (Richter-)Recht zu bleiben (vgl. URWYLER, S. 539). Für eine Übersicht der Bundesgerichtsentscheide im Zusammenhang mit der Vertrauenshaftung vgl. RISCH, S. 30 ff.

¹⁵⁶⁶ Die Haftung des Gutachters wurde in diesem Entscheid verneint, weil der Gutachter nicht mit der Weitergabe an einen Dritten rechnen musste.

Trotz dem Gesagten hat die Rechtsprechung eine Haftung für Rat und Auskunft im Grunde bejaht, wobei deren dogmatische Einordnung umstritten ist. In der Haftung für fehlerhafte Gutachten gegenüber Dritten sieht das Bundesgericht heute ein Anwendungsfall der Vertrauenshaftung.¹⁵⁶⁷ Es ist folglich in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Dritthaftung des Kunstsachverständigen für sein fehlerhaftes Gutachten hierunter greifen kann.

3. Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber Dritten aufgrund der Vertrauenshaftung

3.1 Allgemeines

Wie soeben dargelegt, geht das Bundesgericht bei der (Dritt-)Haftung für Rat und Auskunft unterdessen von einem Anwendungsfall der Vertrauenshaftung aus.¹⁵⁶⁸ Wer als Sachverständiger aufgrund seines Fachwissens eine Expertise erstellt, schafft und enttäuscht im Einzelfall Vertrauen auch gegenüber Dritten, wenn er aus Absicht oder aus nachlässiger Leichtfertigkeit unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis einen vertragsfremden Dritten zu Vermögensdispositionen veranlassen könnten.¹⁵⁶⁹

Soweit sich die Haftung für eine fehlerhafte Kunstexpertise nicht aus Vertrag ergibt, muss die Haftung folglich unter dem Gesichtspunkt der Vertrauenshaftung beurteilt werden, nehmen die Kunstsachverständigen aufgrund ihrer qualifizierten Kenntnisse Vertrauen für die eigene Person in Anspruch.¹⁵⁷⁰ In einem ersten Schritt ist somit unter den (restriktiven¹⁵⁷¹) Voraussetzungen der Vertrauenshaftung¹⁵⁷² zu prüfen, ob ein Kunstsachverständiger einem Dritten gegenüber für seine fehlerhafte Kunstexpertise einzustehen hat. Gutachten von Kunstsachverständigen haben eine enorme Bedeutung in der Kunstwelt und entsprechend auch für den Abschluss von Verträgen. Die Informationsquellen, mithin die Gutachten, werden oft nicht nur durch den Auftraggeber oder den ursprünglich ins Auge gefassten Adressaten verwendet, sondern auch von weiteren Personen.¹⁵⁷³

¹⁵⁶⁷ BGE 130 III 345.

¹⁵⁶⁸ Statt vieler BGE 142 III 89 und BGE 130 III 345.

¹⁵⁶⁹ BGE 130 III 349; BGE 111 II 474; vgl. HÜRLIMANN, Baurechtstagung, S. 213.

¹⁵⁷⁰ LOSER, S. 493; es gilt hierzu auszuführen, dass zwischen der Vertrauenshaftung und der Deliktshaftung *Anspruchskonkurrenz* besteht, wobei es kaum gerechtfertigt wäre, die für den Schädiger günstigeren Voraussetzungen des Deliktsrechts auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn neben die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts oder einer Schutznorm eine Sonderverbindung tritt (vgl. VASELLA, S. 307; MOSER, S. 201; LOSER, S. 825).

¹⁵⁷¹ Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden zum Ausdruck gebracht, dass die Vertrauenshaftung nur mir Zurückhaltung Anwendung finden soll, vgl. BGE 134 III 398; BGE 133 III 451; BGE 120 II 331 E. 5a; BGE 121 III 350 E. 6c.

¹⁵⁷² Für die rechtliche Qualifikation der Vertrauenshaftung vgl. statt vieler ROBERTO/KUZNIAR, S. 1106 ff.

¹⁵⁷³ Vgl. LOSER, S. 492.

Bspw. wenn ein Kunstexperte ein Gutachten über ein Kunstwerk zugunsten eines Käufers erstellt, welches in der Folge mehrfach weiterverkauft wird.¹⁵⁷⁴ Im Folgenden ist auf die einzelnen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung einzugehen.

3.2 Voraussetzung der «Sonderverbindung»

Geschützt werden nur (Dritt-)Adressaten eines Gutachtens, die typischerweise bei einem fehlerhaften Gutachten einen Vermögensschaden erleiden, weil sie berechtigterweise auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der gemachten Angaben abstellen.¹⁵⁷⁵ Zentral für eine allfällige Haftung ist durch das Bundesgericht vorausgesetzt, dass zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Dritten eine «rechtliche Sonderverbindung» besteht, welche es rechtfertigt, die aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleitete Schutz- und Aufklärungspflicht greifen zu lassen. Dies, weil der Dritte in engen persönlichen Beziehungen zum Auftraggeber der Expertise und zum Kunstsachverständigen steht und weil dieser dem Auftraggeber «aufgrund seines Verhaltens gleichsam persönlich Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts bot». Es genügt hierfür, dass der in Anspruch genommene Kunstsachverständige «explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen und der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden reichen». ¹⁵⁷⁶ Die Sonderverbindung unterscheidet sich von der deliktsrechtlichen Konstellation des zufälligen und ungewollten Zusammenpralls beliebiger Personen dadurch, dass die Beteiligten – ausserhalb eines schon oder noch bestehenden Vertragsverhältnisses – rechtlich in besonderer Nähe zueinander stehen, wobei sie einander gegenseitig Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen.¹⁵⁷⁷

Das Bundesgericht führt hinsichtlich der Gutachterhaftung unter Berufung auf CANARIS ¹⁵⁷⁸ aus: «Der Experte, der ein Schriftstück erarbeitet, welches dann von seinem Auftraggeber an den Dritten weitergegeben wird, tritt jedenfalls dann in mittelbare Beziehung zum Empfänger, wenn die Weitergabe mit seinem – wirklichen oder vertrauens-theoretischen zurechenbaren – Einverständnis erfolgt». Entscheidend soll hierbei sein, «ob der Gutachter mit der Begebung seiner Expertise an den ihn belangenden Dritten rechnen musste». Diese Frage entscheidet sich «nach den konkreten Umständen, dem gesellschaftlichen und beruflichen Kontext und der sozialen Rolle der Betroffenen». ¹⁵⁷⁹ Hierbei gilt der Grundsatz, dass die zufällige Kenntnismahme von Gutachterergebnissen durch einen vertragsfremden Dritten – für sich alleine genommen – mangels berechtigter

¹⁵⁷⁴ HOFSTETTER, S. 261.

¹⁵⁷⁵ HÜRLIMANN, Baurechtstagung, S. 214; HUEGENIN, N 1739 ff.

¹⁵⁷⁶ HÜRLIMANN, Baurechtstagung, S. 214; wörtlich BGE 130 III 350; ferner BGE 133 III 451; BGE 124 III 297; BGE 120 II 331.

¹⁵⁷⁷ BGER 4C.193/2000 vom 26.09.2001 E. 5, diese Erwägung steht in einem gewissen Widerspruch zu E. 4a; vgl. dazu auch BGE 120 II 336 E. 5a; BGE 124 III 304 E. 6a; WYSS/VON DER CRON, S. 114; ENZLER, S. 149; STÖCKLI, S. 18.

¹⁵⁷⁸ CANARIS, S. 224 ff.

¹⁵⁷⁹ BGE 130 III 345 E. 2.2; LOSER, S. 492.

Vertrauensbasis nicht ausreicht, um eine Haftung zu begründen.¹⁵⁸⁰ Es stellt sich folglich die Frage, in welchem Masse der sich auf das fragliche Gutachten verlassende Dritte berechtigten Anlass hatte, den ihm unterbreiteten Informationen zu vertrauen.¹⁵⁸¹

Oftmals werden Gutachten (nur) dem Auftraggeber ausgehändigt, ohne dass die Weitergabe an Dritte thematisiert wird. In derartigen Fällen entscheiden vor allem die Art der Auskunft, ihr Inhalt, aber auch die Umstände ihrer Erteilung über eine allfällige Haftung. Abgesehen von den Umständen des Einzelfalls wird man auf die Verkehrsauffassung abstellen und sich fragen, ob die interessierenden Informationen normalerweise dazu bestimmt sind, (auch) Dritten überlassen zu werden. Ob dies der Fall ist, hängt sodann primär von der Art des Gutachtens und vom Gutachterauftrag ab.¹⁵⁸² Gerade gutachterliche Informationen im Kunstbereich werden nicht selten bestellt, um sie einem Dritten gegenüber verwenden zu können. Nach den Verkehrsgepflogenheiten liegt etwa bei Bewertungsgutachten eine gesteigerte Vertrauenserwartung vor.¹⁵⁸³ Nach hier vertretener Ansicht hat selbiges grundsätzlich ebenso für Echtheits-, Herkunfts- oder Zustandsgutachten zu gelten. Solche Gutachten werden in der Praxis überwiegend mit dem Zweck in Auftrag gegeben, das Gutachten – wenn auch erst zu einem späteren Zeitpunkt – gegenüber einer Drittperson zu verwenden. Sei dies nun gegenüber einem potentiellen Käufer oder etwa einer Versicherung.¹⁵⁸⁴ Wenn ein Auftraggeber etwa ein Zustandsgutachten über ein Gemälde vorgängig zu dessen Transport erstellen lässt, muss der Kunstsachverständige damit rechnen, dass das Gutachten im Schadensfall als Beweisstück gegenüber dem Transportunternehmen oder der Versicherung verwendet wird.

Wenn sich der potentielle Empfängerkreis ferner objektiv eruieren lässt, muss der Gutachter wohl noch vielmehr mit einer Weitergabe des Gutachtens rechnen. In diesem Fall muss der Kunstsachverständige davon ausgehen, dass der Dritte auf das Gutachten abstellt und aufgrund dessen eine Vermögensdisposition treffen könnte.¹⁵⁸⁵ Es ist hierbei eine objektive Betrachtung aus dem Horizont des Informationsverwenders vorzunehmen, womit nicht die subjektive Vorstellung des Experten massgeblich ist. Dabei soll bereits die blosser Möglichkeit genügen, dass der Experte erkennen kann, dass er auf die massgeblichen rechtsgeschäftlichen Entscheidungen einwirken und den entsprechenden rechtsgeschäftlichen Verkehr fördern kann. Der Kunstsachverständige hat somit grundsätzlich das Risiko zu tragen, dass seine Kunstexpertise vom Auftraggeber zu einem anderen als dem angegebenen Zweck, für ein anderes als das genannte Projekt oder gegen-

¹⁵⁸⁰ HÜRLIMANN, Baurechtstagung, S. 214.

¹⁵⁸¹ BUCHER, recht, S. 79.

¹⁵⁸² HOFSTETTER, S. 266.

¹⁵⁸³ HOFSTETTER, S. 266; vgl. auch den Entscheid des KGer St. Gallen vom 02.06.2003, BZ. 2002.33, E. 3b.

¹⁵⁸⁴ Anders zu beurteilen ist die Situation bei gerichtlichen Sachverständigengutachten: Diese richten sich aufgrund des Prozessrechts ausschliesslich an den Richter, welcher in eigener Kompetenz über die Verwendung der gutachterlichen Schlussfolgerung entscheidet (vgl. HOFSTETTER, S. 266).

¹⁵⁸⁵ Zum Ganzen MOSER, S. 171 ff. m.w.H.

über anderen als den ins Auge gefassten Personen verwendet wird, soweit dies für ihn im Voraus erkennbar und das entsprechende Risiko daher beherrschbar ist.¹⁵⁸⁶ Es muss für den Gutachter also erkennbar sein, dass der Auftraggeber sein Gutachten in Vertragsverhandlungen oder dergleichen verwenden wird. Erforderlich für die Erkennbarkeit ist namentlich, dass die das Vertrauen begründende Expertise an den «Vertrauenden» gerichtet ist, bzw. dass der Sachverständige mit der Verwendung über den unmittelbaren Adressat hinaus rechnen kann.¹⁵⁸⁷ Der mögliche Vertragspartner des Auftraggebers wird aufgrund der Natur des Gutachtens zu dessen Adressat.¹⁵⁸⁸

Es spielt dabei grundsätzlich keine Rolle, ob der Gutachter den Dritten kennt oder zumindest weiss, um wen es sich handelt. Ein persönlicher oder direkter Kontakt ist somit nicht vorausgesetzt.¹⁵⁸⁹ Das Haftungsrisiko richtet sich nämlich nach den davon unabhängigen Kriterien des Inhalts der Expertise und deren Verwendungszweck. Vertrauen kann auch durch Vermittlung, insbesondere durch ein Dokument, begründet werden.¹⁵⁹⁰ Es ist massgeblich, ob die Information objektiv betrachtet für den Informationsverwender bestimmt ist, wobei insbesondere der Inhalt der Expertise sowie der (objektiv ermittelte) Verwendungszweck Relevanz hat.¹⁵⁹¹ Wie bereits ausgeführt, ist für das Vorliegen einer rechtlichen Sonderverbindung ein unmittelbarer Kontakt zwischen Schädiger und Geschädigtem im Ergebnis nicht nötig.¹⁵⁹² Es reicht zur Annahme einer Sonderverbindung folglich aus, wenn ein Kunstsachverständiger weiss oder zumindest damit rechnen müsste, dass seine Expertise an eine – ihm unter Umständen gänzlich unbekannte – Drittperson weitergegeben wird.¹⁵⁹³

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst, dass das Vorliegen einer Sonderverbindung für jeden Einzelfall zu prüfen ist und diesbezüglich keine pauschale Einordnung vorgenommen werden kann. Eine allfällige (erkennbare) Weiterverwendung der Expertise durch den Auftraggeber dürfte sich nicht selten aus der Auftragserteilung und dem damit verbundenen Zweck ergeben. So bedarf die Beschreibung der zu erbringenden gutachterlichen Leistung bzw. der zu beantwortenden Fragestellung eine präzise Formulierung durch den Auftraggeber, woraus der Sachverständige den weiteren Verwendungszweck

¹⁵⁸⁶ LOSER, S. 494 m.w.H.

¹⁵⁸⁷ LOSER, recht, S. 88; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 107.

¹⁵⁸⁸ HOFSTETTER, S. 266.

¹⁵⁸⁹ So auch LOSER, S. 494; HIRSCH, S. 83; MOSER, S. 168; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 561; FLÜHMANN, S. 135; **kritisch** SOMMER, S. 1035 ff. und **ablehnend** HUGUENIN, N 1743 ff.

¹⁵⁹⁰ Vgl. HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 107; MOSER, S. 169 f.; LOSER, recht, S. 88.

¹⁵⁹¹ LOSER, S. 494 m.w.H.; KAISER, S. 228 f.; MOSER, S. 170 ff.

¹⁵⁹² BGE 130 III 345 E. 2.2; ENZLER, S. 149; PORTMANN/PRZEZAK, S. 34; FEIT, S. 125; **a.M.** SOMMER, S. 1036; GONZENBACH, S. 125 und wohl auch HOFSTETTER, S. 264.

¹⁵⁹³ ENZLER, ZStp, S. 149; BGE 130 III 345 E. 2.2, wobei es gemäss HUGUENIN in diesem Entscheid einzig darum gegangen sei, ob seitens des Schädigers eine «belastbare» Kundgabe stattgefunden hatte, ob seitens der Geschädigten ein damit korrespondierendes Vertrauen begründet werden durfte und ob dies für den Schädiger hätte erkennbar sein müssen (vgl. HUGUENIN, N 1745).

in der Regel ohne Weiteres ableiten kann.¹⁵⁹⁴ Etwa wenn der Auftraggeber den Verkehrs- oder den Versicherungswert bestimmt haben möchte. In derartigen Fällen muss der Kunstgutachter davon ausgehen, dass seine Expertise gegenüber Dritten Verwendung finden kann. Gerade bei der Bestimmung des Versicherungs- oder Versteigerungswertes ist ferner der Empfängerkreis objektiv eruierbar. Auch bei einer Echtheitsbestimmung eines Kunstobjektes muss der Kunstsachverständige davon ausgehen, dass das Gutachten etwa in Verkaufsgesprächen gegenüber Dritten weiterverwendet wird. Im Hinblick auf Kunstexpertise lässt sich im Allgemeinen festhalten, dass Dritte je nach Gutachterauftrag oder der Natur des Gutachtens grundsätzlich zu dessen Adressatenkreis zählen dürften, wobei eine allfällige Sonderverbindung aber jeweils trotzdem Einzelfallbezogen zu bestimmen ist.

In der Praxis sind nur wenige Konstellationen denkbar, in welchen der Auftraggeber eine Kunstexpertise einzig für die eigene Verwendung wünscht, ohne dass ein Dritter je davon Kenntnis erhält oder erhalten soll. Selbst wenn ein Eigentümer eines Gemäldes ein Echtheitsgutachten aus eigenem Interesse erstellen lässt, muss gleichwohl damit gerechnet werden, dass das Gutachten etwa gegenüber der Versicherung oder der Steuerverwaltung Verwendung findet, da das Ergebnis der Echtheitsüberprüfung einen erheblichen Einfluss auf den Versicherungs- oder Steuerwert zeitigen kann. Hinzukommend ist der Auftraggeber einer fachkundigen Kunstexpertise in der Regel interessiert, dass diese Expertise auch gegenüber Dritten Beweiswert hat.¹⁵⁹⁵ Aus diesem Grund rechtfertigt sich auch die hier vertretene Ansicht, das Vorliegen einer Sonderverbindung an nicht zu strenge Voraussetzungen zu knüpfen. Der Auftraggeber bezahlt nicht selten ein beträchtliches Honorar für die Erstellung einer Kunstexpertise, wobei es sich beim Sachverständigen in der Regel um einen hochspezialisierten Experten handelt. Zur Beurteilung einer Frage der Kunst sind die Teilnehmer des Kunstmarktes zwingend auf einen entsprechenden Kunstexperten und dessen Gutachten angewiesen. Unter diesen Voraussetzungen ist für den Kunstsachverständigen grundsätzlich ohne weiteres erkennbar bzw. muss er fraglos damit rechnen, dass seine Expertise am Kunstmarkt gegenüber Dritten weiterverwendet wird. Es geht bei der Erstellung einer Kunstexpertise in der Regel gerade darum, ein Beweisstück für die Weiterverwendung im Kunstmarkt zu schaffen.

Bei einer ausserhalb des Erstellungszwecks erfolgten Weitergabe des Gutachtens an einen Dritten muss eine Dritthaftung demgegenüber ausscheiden.¹⁵⁹⁶ Ebenso wenig genügt die zufällige Kenntnisaufnahme der Expertise durch einen Dritten.¹⁵⁹⁷ Verlässt sich ein Dritter – ohne dass er zum bestimmungsgemässen Adressatenkreis gehört – auf das Gutachten, ist sein Vertrauen nicht schutzwürdig.¹⁵⁹⁸ Gleiches gilt, wenn ein Dritter ein

¹⁵⁹⁴ JOLLES/ROESLE, S. 36.

¹⁵⁹⁵ Vgl. Entscheid des KGer St. Gallen vom 02.06.2003, BZ. 2002.33, E. 3b.

¹⁵⁹⁶ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 107.

¹⁵⁹⁷ BGer 4C.366/2000 vom 19.06.2001.

¹⁵⁹⁸ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 108; FLÜHMANN, S. 279.

Kunstgutachten ausserhalb des für ihn erkennbaren Zwecks dieses Gutachtens als Entscheidungsgrundlage hinzuzieht.¹⁵⁹⁹ Wenn etwa ein Wertgutachten ausschliesslich für Versicherungszwecke angefertigt wurde, muss der Kunstsachverständige nicht damit rechnen, dass seine Expertise zu einem späteren Zeitpunkt gegenüber einem Dritten in Verkaufsverhandlungen verwendet wird. Diese Annahme rechtfertigt sich im Übrigen auch dadurch, dass die einzelnen Werte (Versicherungswert, Steuerwert, Marktwert etc.) in der Praxis ohnehin beträchtlich voneinander abweichen können und unterschiedlich zu ermitteln sind.¹⁶⁰⁰

Nach CANARIS darf sich z.B. der Käufer einer Liegenschaft grundsätzlich nicht auf ein Wertgutachten verlassen, wenn dieses lediglich zum Zweck einer Kreditvergabe erstellt worden ist, zumal das Schadensrisiko bei einem Kauf höher sein kann. Wenn eine Expertise für den Dritten erkennbar für ein anderes spezifisches Projekt erstellt worden ist, so fehlt es dem allfälligen Vertrauen des Dritten nach hier vertretenen Ansicht an der Berechtigung.¹⁶⁰¹ Eine Einschränkung der Vertrauenssituation kann sich folglich daraus ergeben, dass der Anlass für die Erstellung der Kunstexpertise oder der Verwendungszweck aus einem Gutachten hervorgeht und nicht mit denjenigen des Dritten übereinstimmt.¹⁶⁰²

Schliesslich besteht für den Kunstsachverständigen die Möglichkeit zu erklären, dass sein Gutachten nicht bzw. nur an bestimmte Dritte weitergegeben werden darf oder dies seiner Zustimmung bedarf.¹⁶⁰³ Verlässt sich ein Dritter – ohne dass er zum bestimmungsgemässen Adressatenkreis gehört – dennoch auf das Gutachten, ist sein Vertrauen nicht schutzwürdig. Der Kunstsachverständige hat hierfür in seinem Gutachten ausdrücklich festzuhalten, dass sich das Gutachten nur an den Auftraggeber richtet und er keinerlei Haftung gegenüber Dritten übernimmt.¹⁶⁰⁴ Ferner hat der Kunstsachverständige die Möglichkeit, den Zweck, für den das Gutachten erstellt worden ist, in seinem Gutachten zu nennen, um so eine – aus seiner Sicht – missbräuchliche Verwendung des Gutachtens auszuschliessen. Er kann etwa angeben, dass die Expertise ausschliesslich für eine Versicherungsbewertung, nicht aber für einen allfälligen Verkauf erstellt worden ist.¹⁶⁰⁵

Es gilt aber zu beachten, dass eine Klausel, welche die Weitergabe auf bestimmte Personen beschränkt, vom Bundesgericht nicht geschützt wird, wenn sie sich als Floskel erweist, die routinemässig beigefügt wird, obwohl die Weitergabe an davon nicht erfasste

¹⁵⁹⁹ FLÜHMANN, S. 278; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 108,

¹⁶⁰⁰ Vgl. SIMONS, S. 30 f.; Hoeren/Holzengel/Ernstschneider-REMMERS, S. 195; zum Steuerwert auch METZ, S. 657 ff.

¹⁶⁰¹ CANARIS, S. 230.

¹⁶⁰² HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 108.

¹⁶⁰³ Vgl. FLÜHMANN, S. 278 f.; vgl. dazu auch FEHLMANN, S. 223; CANARIS, S. 230; MOSELER, S. 212; HOFSTETTER, S. 268.

¹⁶⁰⁴ JOLLES/ROESLE, S. 41.

¹⁶⁰⁵ CANARIS, S. 234 ff.

Dritte durchaus üblich ist und auch toleriert wird.¹⁶⁰⁶ Diese Einschränkung ist zu begrüssen, da Gutachterpflichten durch standardisierte Haftungsausschlüsse ansonsten ausgeschlossen werden, was nicht im Interesse eines auf Produktevertrauen basierenden Gutachtermarktes sein kann.¹⁶⁰⁷ Mit anderen Worten ist für einen Haftungsausschluss gegenüber Dritten eine einzelfallbezogene und nachvollziehbare Berechtigung zu fordern. In diesem Zusammenhang ist der Auftraggeber zu Beginn des Auftragsverhältnisses über die Einschränkung der Weiterverwendungsmöglichkeit des Gutachtens aufzuklären. Wenn der Auftraggeber das Gutachten nicht gegenüber Dritten einsetzen kann bzw. ein diesbezüglicher Haftungsausschluss besteht, ist das Gutachten für den Auftraggeber unter Umständen wertlos. Unter diesen Bedingungen ist der Auftraggeber wohl kaum gewillt, den Kunstsachverständigen (weiterhin) zu mandatieren und für das Gutachten zu entlohnen.¹⁶⁰⁸

3.3 Erwecken von schutzwürdigem Vertrauen

Wird das Vorliegen einer «Sonderverbindung» bejaht, so ist weiter vorausgesetzt, dass der Sachverständige bei der Drittperson ein schutzwürdiges Vertrauen erweckt hat. Schutzwürdig ist das Vertrauen eines vertragsfremden Dritten dann, wenn der (schädigende) Kunstsachverständige ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das geeignet ist, «hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken».¹⁶⁰⁹ Innerhalb der Sonderverbindung soll sich jede Person auf das Verhalten der anderen Person verlassen und es zum Ausgangspunkt für das eigene Verhalten machen dürfen.¹⁶¹⁰ Weiter wird für das Vorliegen eines schutzwürdigen Vertrauens ein Verhalten des Kunstsachverständigen vorausgesetzt, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken. Dabei muss sich der Kunstsachverständige seines Vertrauens begründeten Verhaltens bewusst sein oder dies muss ihm sonst wie zugerechnet werden können.¹⁶¹¹ Die Person bzw. die Ausbildung des Kunstsachverständigen genügt als sol-

¹⁶⁰⁶ Vgl. HERZOG/AMSTUTZ mit Hinweis auf BGE 111 II 471 ff., in welchem das Bundesgericht trotz des ausdrücklichen Hinweises, dass die Auskunft nur für die beiden Banken bestimmt und vertraulich zu behandeln sei, an einer Dritthaftung der auskunftgebenden Bank gegenüber dem Kunden einer anderen Bank festhielt. Das Bundesgericht befand im genannten Entscheid, dass «solche Auskünfte in aller Regel für Bankkunden bestimmt sind und der Diskretionsklausel daher nach Treu und Glauben keine erhebliche Bedeutung zukommt.» (vgl. BGE 111 II 471; HERZOG/AMSTUTZ, S. 762 f.; FLÜHMANN, S. 279).

¹⁶⁰⁷ HOFSTETTER, S. 268.

¹⁶⁰⁸ Diese Pflicht ergibt sich nach Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses aus der Auskunftspflicht als Teil der Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR. Kommt eine Partei ihrer Pflicht, sich bei Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten nicht nach und verschweigt sie der Gegenpartei bspw. eine für den Vertragsabschluss wichtige Tatsache, kann dies unter Umständen zur Haftung aus *c.i.c.* führen.

¹⁶⁰⁹ HÜRLIMANN, Baurechtstagung, S. 214; HUGUENIN, N 1750; BGE 130 III 349; BGE 124 III 297; BGE 121 III 350.

¹⁶¹⁰ SOMMER, S. 1036 f., VON DER CRONE, S. 254; ENZLER, S. 150 f.

¹⁶¹¹ ENZLER, S. 150; BGE 130 III 345 E. 2.2; BGE 128 III 324 E. 2.2; BGer 4C.193/2000 vom 26.09.2001 E. 5.

che folglich nicht, sondern es bedarf vielmehr zusätzlich noch eines zumindest ansatzweise vertrauenserweckenden Inhalts der Kunstexpertise selbst.¹⁶¹²

Zuverlässige Angaben über ein Kunstwerk, sei dies nun über dessen Wert oder Echtheit, kann ein Interessent grundsätzlich nur durch eine Kunstexpertise erhalten. Eine fachmännische verfasste Kunstexpertise erweckt in der Regel ohne weiteres Vertrauen in deren Inhalt. Unter einem Kunstsachverständigen versteht man eine fachkundige Person, welche aufgrund ihrer Kennerschaft auf einem Gebiet der Kunst, ihres «Blickes für die Kunst» und schliesslich wegen ihrer Erfahrung mit Kunstobjekten in der Lage ist, den kunst-, kulturhistorischen oder wirtschaftlichen Wert von Kunstwerken oder etwa deren Echtheit zu beurteilen.¹⁶¹³ Es handelt sich folglich um einen Fachmann, welcher sich durch einen besonderen Sachverstand hinsichtlich eines bestimmten Künstlers, einer bestimmten Epoche, eines bestimmten Künstlerkreises, oder einer bestimmten Kunstlandschaft auszeichnet und zumeist aus der Kunstbranche stammt.¹⁶¹⁴ Beim Kunstsachverständigen handelt es sich folglich um eine Person, die Kraft ihrer Stellung und Ausbildung einen besonderen Einblick in diejenigen Verhältnisse hat, zu denen sie sich in der Kunstexpertise äussert. Der Beruf und die Sachkunde stellen zweifellos objektive Umstände dar, die in hohem Masse geeignet sind, Grundlage für die Erweckung von Vertrauen zu sein. Ein Indiz für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens ist schliesslich gerade auch darin zu sehen, dass der geschädigte Dritte aufgrund des Verhaltens des Kunstsachverständigen und des Inhaltes der Expertise eine Vermögensdisposition vornimmt.¹⁶¹⁵ Im Ergebnis gilt es zu konstatieren, dass sowohl die Fachkunde eines Kunstsachverständigen wie auch die Kunstexpertise selber in besonderem Masse geeignet sind, Vertrauen zu erwecken.¹⁶¹⁶

3.4 Treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens

Als weitere Haftbarkeitsvoraussetzung für die Vertrauenshaftung ist erforderlich, dass berechtigtes Vertrauen – in einer Verletzung gegen Treu und Glauben verstossender Weise – enttäuscht worden ist.¹⁶¹⁷ Eine solche Vertrauensenttäuschung kann bei Kunstgutachten namentlich darin bestehen, dass es bezüglich Objektivität und Fachkunde nicht den Anforderungen genügt, welche vorausgesetzt werden dürfen.¹⁶¹⁸ Es ist vom Kunstsachverständigen nicht die Sorgfalt angewendet worden, die der geschädigte Dritte

¹⁶¹² So wird blindes Vertrauen nicht geschützt. Gemäss Bundesgericht fehlt es an einem schutzwürdigen Vertrauen, wenn der Vertrauende bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit und Vertrauensseligkeit wird (vgl. BGE 120 II 331 E. 5a; ENZLER, S. 150 f. und Fn 840)

¹⁶¹³ SIMONS, S. 3; SCHREMBBS, S. 109.

¹⁶¹⁴ Vgl. VON BRÜHL, S. 24; GERLACH, S. 33; WOLF, S. 34.

¹⁶¹⁵ Vgl. HUGUENIN, N 1751; SOMMER, S. 1037; ENZLER, S. 151; FEIT, S. 127.

¹⁶¹⁶ KAISER, S. 188.

¹⁶¹⁷ Vgl. HUGUENIN, N 1756; FEIT, S. 128; ENZLER, S. 152; MOSER, S. 181.

¹⁶¹⁸ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 108.

erwarten durfte.¹⁶¹⁹ Betreffend die durch den Kunstsachverständigen aufzubringenden Sorgfalt kann auf die ausführliche Darstellung auf S. 122 ff. verwiesen werden.

Die Verletzung einer vertraglichen Leistungspflicht, also etwa eine Sorgfaltspflichtverletzung, stellt jedoch nicht unbesehen eine Pflichtverletzung in der Sonderverbindung zum Dritten dar, schliesst eine solche aber auch keineswegs aus. Der Sachverständige haftet dem Dritten nur, wenn er durch sein Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen, das heisst hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen, geweckt hat.¹⁶²⁰ Als Grundsatz kann hier gelten, dass der Kunstsachverständige dem Dritten gegenüber für jene Sorgfalt einzustehen hat, deren Beachtung der Dritte aufgrund der konkreten Umstände erwarten darf. Die Sorgfaltspflicht ist folglich nicht grundsätzlich anders zu umschreiben, als im Verhältnis zum Auftraggeber die vertraglich geschuldete.¹⁶²¹ Der Schwerpunkt liegt hier aber im Unterschied zur Vertragshaftung nicht bei der Sorgfalt, sondern beim Inhalt der abgegebenen Information. Aufgrund der Sachverhaltskonstellation erlangt der Inhalt der Information selber erhöhte Bedeutung. Dem Dritten ist in der Regel der Kontext der Auftragserteilung und -umschreibung, in welchem die Information erst ihren vollen Sinngehalt erhält, unbekannt. Richtet sich eine Information folglich an Dritte, dann sollte sie neben der Kernaussage auch sämtliche Zusatzinformationen beinhalten, welche für ihr richtiges Verständnis notwendig sind. Ansonsten vermittelt die Erklärung beim Dritten einen falschen, aber gemäss Vertrauensprinzip berechtigten Eindruck, den sich der Kunstsachverständige als Informationserteiler zurechnen lassen muss.¹⁶²²

Durch eine Kunstexpertise erweckt der Sachverständige das Vertrauen, dass diese Expertise im Resultat jene Zuverlässigkeit aufweist, welche bei einer sorgfältigen und professionellen Vorgehensweise erwartet werden kann. Bei der Abgabe einer Kunstexpertise enttäuscht ein Kunstsachverständiger dann treuwidrig Vertrauen, wenn er seine Expertise nicht mit der Sorgfalt erstellt, die der Empfänger erwarten kann. Wenn der Kunstsachverständige mit pflichtwidriger Unsorgfalt den Wert bestimmt, aber das Resultat seiner Schätzung (zufällig) dennoch im Rahmen einer pflichtgemässen Wertbestimmung liegt, so hat er zwar Vertrauen erweckt, dieses aber nicht enttäuscht.¹⁶²³ Gerade bei Wertgutachten kommt dem Kunstsachverständigen zweifellos ein Ermessensspielraum zu. Innerhalb dieses Spielraums kann ein Schätzungsergebnis kaum je als unrichtig bezeichnet werden.¹⁶²⁴ Wenn der Gutachter demgegenüber etwa Zweifel an der Authentizität oder der Provenienz eines Kunstobjektes hat, so ist dies im Sinne eines Vorbehalts in der Expertise zu vermerken. Andernfalls muss die Kunstexpertise als mangelhaft bezeichnet werden, womit das in die Kunstexpertise gesetzte Vertrauen enttäuscht werden kann. Ob das Vertrauen im Ergebnis enttäuscht worden ist, muss einzelfallbezogen bestimmt wer-

¹⁶¹⁹ FEIT, S. 129; ENZLER, S. 152.

¹⁶²⁰ MOSER, S. 183; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 109.

¹⁶²¹ MOSER, S. 184; FEIT, S. 129.

¹⁶²² FEIT, S. 129; MOSER, S. 184 f.

¹⁶²³ HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 109.

¹⁶²⁴ Vgl. den Entscheid des KGer St. Gallen vom 02.06.2003, BZ. 2002.33, E. 3c.

den.¹⁶²⁵ Nach hier vertretener Ansicht kann als Grundsatz gelten, dass die unsorgfältige Ausarbeitung einer mangelhaften Kunstexpertise zumeist auch eine Vertrauensenttäuschung darstellen wird.

3.5 Schaden

Weitere Voraussetzung der Vertrauenshaftung bildet das Vorliegen eines Schadens. Hieraus ergeben sich keine Besonderheiten, so dass hierfür grundsätzlich auf die S. 159 ff. zu verweisen ist. Zu ersetzen ist der Vertrauensschaden, d.h. die Differenz zwischen dem Vermögen des Geschädigten vor und nach dem schädigenden Ereignis.¹⁶²⁶ Ersatzfähig ist der Schaden, den der Empfänger erleidet, weil er sich auf die fehlerhafte Äusserung verlassen hat.¹⁶²⁷ Wie auch im Vertragsrecht existieren im Falle der Vertrauenshaftung zahlreiche mögliche Gründe für eine Schadensverursachung.¹⁶²⁸ Wenn bspw. eine vertrauende Person aufgrund einer Echtheitsbescheinigung an der eingeleiteten Vermögensdisposition, etwa dem Ankauf eines Gemäldes, festhält, anstatt sich aus dem Geschäft zurückzuziehen. Ferner wenn ein Gemälde unter Wert verkauft wird, weil auf die unrichtige Wertbestimmung in der Kunstexpertise vertraut wird. Um den Schaden zu bestimmen ist eine Annahme zu treffen, wie sich der Geschädigte verhalten hätte, wenn er korrekt unterrichtet worden wäre. Als obere Haftungsgrenze gilt hierbei, dass der Empfänger nicht besser gestellt werden darf, wie wenn die fehlerhafte Information, auf die er vertraut hat, richtig gewesen wäre. Der Empfänger hat folglich keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn die Fehlinformation der Wirklichkeit entspräche.¹⁶²⁹ Ein solcher Anspruch kann sich höchstens in Fällen ergeben, in welchen der Gutachter seine Äusserungen mit einem Garantieverprechen verknüpft.¹⁶³⁰

3.6 Kausalität

Zwischen der treuwidrigen Enttäuschung des erweckten Vertrauens und dem entstandenen Schaden muss ein rechtlich genügender Kausalzusammenhang bestehen.¹⁶³¹ Besteht die Pflichtverletzung in einem Unterlassen, muss ein hypothetischer Kausalzusammenhang vorliegen.¹⁶³² Hier gilt im Grunde sinngemäss das Gleiche wie bei der vertraglichen Haftung, so dass auf die S. 165 ff. verwiesen werden kann. Da sich der Vertrauenstatbestand in der Disposition des Vertrauenden manifestiert, muss zusätzlich auch zwischen dem Vertrauenstatbestand und der Disposition ein Kausalzusammenhang bestehen. Die-

¹⁶²⁵ HUGUENIN, N 1757; BGE 120 II 331 E. 5a.

¹⁶²⁶ KAISER, S. 186.

¹⁶²⁷ LÜCHINGER, S. 303; FEIT, S. 131; vgl. auch BGER 4C.72/1998 vom 03.07.1998 E. 6a.

¹⁶²⁸ FEHLMANN, S. 181.

¹⁶²⁹ FEIT, S. 131; LÜCHINGER, S. 327 ff.; MOSER, S. 189.

¹⁶³⁰ Vgl. LÜCHINGER, S. 301 ff. und S. 312 ff.; FEIT, S. 131; MOSER, S. 189; KAISER, S. 186.

¹⁶³¹ PORTMANN/PRZEZAK, S. 33; das Bundesgericht hat bereits in mehreren Entscheiden die adäquate Kausalität als Voraussetzung für die Vertrauenshaftung bestätigt (vgl. statt vieler BGE 120 II 331, 337).

¹⁶³² HUGUENIN, N 1556.

ser ist zu bejahen, wenn anzunehmen ist, der Geschädigte hätte die Disposition nicht vorgenommen, wenn er die wahre Sachlage gekannt hätte.¹⁶³³ Gemäss der zutreffenden Ansicht von KAISER genügt zur Begründung der Kausalität «eine vom Schädiger gesetzte Mitursache» da oft die verschiedensten Überlegungen zum Veranlassen einer Disposition führen können.¹⁶³⁴

3.7 Verschulden

Auf der Seite des Schädigers ist Haftungsvoraussetzung, dass ihm sein Verhalten zugerechnet werden kann. Wie im vertraglichen und ausservertraglichen Bereich ist auch bei der Vertrauenshaftung jedes Verschulden beachtlich.¹⁶³⁵ Es ist hierbei auf den im vertraglichen Bereich geltenden objektivierten Verschuldensmassstab abzustellen, wobei es nicht auf die Eigenschaften und Fähigkeiten des Individuums, sondern bspw. auf die nach Berufsstandard oder Branchenusanz gebotene Sorgfalt ankommt.¹⁶³⁶ Auch im Bereich der Vertrauenshaftung gilt die in Art. 97 OR normierte Umkehr der Beweislast, womit das Verschulden vermutet wird und dem Schädiger der Exkulpationsbeweis offensteht.¹⁶³⁷ Diese Beweislast ist zufolge der bestehenden rechtlichen Sonderverbindung gerechtfertigt.¹⁶³⁸

3.8 Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit eines Vertragsschlusses

Das Bundesgericht bindet die Vertrauenshaftung (neuerdings) an die Voraussetzung, dass ein Vertragsschluss faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft oder die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann.¹⁶³⁹ Die Meinungen in der Literatur hierzu sind geteilt, wobei eine eigene Stellungnahme grundsätzlich ausbleiben kann.¹⁶⁴⁰ Denn einem potentiellen Drittbeteiligten ist es in der Regel faktisch nicht möglich, sich die Richtigkeit der Kunstexpertise vertraglich zusichern zu lassen bzw. diesbezüglich mit dem Kunstsachverständigen ein vertragliches Verhältnis einzugehen. Wie weiter oben bereits ausgeführt, sind die (vertrauenden) Drittpersonen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen Auftraggeber und Kunstexperte bzw. Erstellung der Kunstexpertise in der Regel noch gar nicht bekannt. Zum Zeitpunkt

¹⁶³³ Vgl. FEHLMANN, S. 183; KAISER, S. 198 f.; CANARIS, S. 515.

¹⁶³⁴ KAISER, S. 199; FEHLMANN, S. 183.

¹⁶³⁵ Vgl. KAISER, S. 201; FEHLMANN, S. 182; FEIT, S. 143; SOMMER wirft die Frage auf, ob man das Verschulden nicht auf die Vorsätzlichkeit beschränken will, wie dies auch bei Art. 41 Abs. 2 OR der Fall ist (vgl. SOMMER, S. 1037).

¹⁶³⁶ FEHLMANN, S. 182 m.w.H.; FEIT, S. 143; MOSER, S. 198.

¹⁶³⁷ Vgl. FEHLMANN, S. 182; KAISER, S. 202; MOSER, S. 198; PORTMANN/PRZEZAK, S. 36; HUGUENIN, N 1757; FEIT, S. 143; BERGER, S. 176 f.; vgl. auch den Entscheid des KGer St. Gallen vom 02.06.2003, BZ. 2002.33, E. 3e.

¹⁶³⁸ PORTMANN/PRZEZAK, S. 37; ENZLER, S. 152; KAISER, S. 202.

¹⁶³⁹ BGE 133 III 449 E. 4.1; BGer 4A_306/2009 vom 08.02.2010 E. 5.4.1.

¹⁶⁴⁰ PORTMANN/PRZEZAK, S. 35; **gl.M.** etwa LOSER, S. 597 f.; **a.M.** BURG/VON DER CRONE, S. 425; HUGUENIN, N 1749.

der nachteiligen Vermögensdisposition des (vertrauenden) Dritten liegt die Expertise unlängst vor, so dass ein Vertragsschluss augenscheinlich nicht möglich war. Die Voraussetzung der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit eines Vertragsschlusses wird bei Dritthaftungsfällen im Zusammenhang mit fehlerhaften Kunstexpertisen somit grundsätzlich ohne Weiteres gegeben sein. Sollte ein vorgängiger Miteinbezug des Dritten in den Gutachtervertrag demgegenüber möglich sein, so ist diese (neuere) Voraussetzung zu begrüssen. Der Dritte wäre sodann – bspw. mit einem Vertrag zugunsten Dritter – in das Vertragsverhältnis einzubinden. Wenn der Dritte eine Vertragsbeteiligung ablehnt, sollten ihm im Nachgang auch keine vertrauensrechtlichen Schadenersatzansprüche zustehen, da sein Verhalten in diesem Fall als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen wäre.¹⁶⁴¹

3.9 Rechtsfolgen der Vertrauenshaftung

In den für die vorliegende Thematik interessierenden Fällen von fehlerhaften Kunstexpertisen äussert sich der Vertrauensschutz primär in Schadenersatzansprüchen des geschädigten Dritten, wenn dieser im Vertrauen auf die fehlerhafte Kunstexpertise eine nachteilige Vermögensdisposition getätigt hat. Bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen¹⁶⁴² hat der Kunstsachverständige dem geschädigten Dritten den infolge enttäuschten Vertrauens entstandene Schaden zu ersetzen.¹⁶⁴³ Der Vertrauensschaden beschränkt sich gemäss Bundesgericht auf das negative Interesse.¹⁶⁴⁴ Der vertrauende Dritte ist so zu stellen, wie wenn er die wahre Sachlage gekannt und folglich nicht vertraut hätte.¹⁶⁴⁵ Auf die Gutachterhaftung angepasst bedeutet dies, dass der Informationsempfänger so zu stellen ist, wie wenn er durch die Kunstexpertise sorgfältig informiert worden wäre und nicht, wie wenn das fehlerhafte Gutachten der Wirklichkeit entspräche.¹⁶⁴⁶ Die aufgrund des erweckten Vertrauens getätigten nachteiligen Vermögensdispositionen sind dem Geschädigten sodann zu ersetzen.¹⁶⁴⁷ Damit steht die maximale Höhe der Schadenersatzforderung in der Gestalt des negativen Interesses fest. In welchem Umfang der Gutachter in der Folge tatsächlich Schadenersatz zu leisten hat, ergibt sich aus der anschliessenden Schadenersatzbemessung.¹⁶⁴⁸

¹⁶⁴¹ Wenn die angebotenen Vertragsbedingungen jedoch nicht annehmbar sind und der Dritte eine Vertragsbeteiligung einzig deshalb ablehnt, soll er trotzdem mittels der Vertrauenshaftung gegenüber dem Sachverständigen vorgehen können.

¹⁶⁴² Namentlich: Sonderverbindung, Erwecken und gleichzeitige treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens, Schaden, Kausalität, Verschulden sowie die Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit eines Vertragsschlusses.

¹⁶⁴³ HUGUENIN, N 1759.

¹⁶⁴⁴ BGE 124 III 363 E. 5b und 6a; so auch KAISER, S. 186; KUZMIC, S. 220; HUGUENIN, N 1759; WALTER, S. 100, nach welchem jedoch unter Umständen auch das positive Interesse ersatzfähig ist.

¹⁶⁴⁵ FEIT, S. 130; BERGER, *Rechtsscheinhaftung*, S. 208.

¹⁶⁴⁶ Vgl. FEIT, S. 130; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 109; MOSER, S. 189 f.; LÜCHINGER, S. 303 und 329 f.; ADOLFF, S. 187; ASSMANN, S 350.

¹⁶⁴⁷ HUGUENIN, N 1759; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 561.

¹⁶⁴⁸ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 16.01; FEIT, S. 139.

Betreffend die Bemessung der Schadenersatzansprüche kann grundsätzlich auf die Ausführungen auf den S. 200 ff. verwiesen werden. Da die Vertrauenshaftung eine eigenständige Haftungsbasis darstellt, ist sie von den gesetzlichen Bestimmungen grundsätzlich nicht erfasst. Trotzdem sind die Art. 43, 44 und 99 OR auch im Bereich der Vertrauenshaftung analog heranzuziehen. Sie sind Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung und gelten folglich ebenso für die Vertrauenshaftung.¹⁶⁴⁹ Auch im Rahmen der Vertrauenshaftung hat die Haftung nämlich im Verhältnis zu Umständen wie das Verschulden oder die Intensität der Sonderverbindung zu stehen.¹⁶⁵⁰ Diesbezüglich wird in der Lehre auch dafür gehalten, die Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR auszurichten.¹⁶⁵¹ Einzig betreffend die Verjährung hat sich das Bundesgericht bisher geäußert und will diese gemäss Art. 60 OR nach ausservertraglichen Regeln behandeln.¹⁶⁵²

4. Haftung für Sittenwidrigkeit nach Art. 41 Abs. 2 OR

Wie oben dargelegt, scheidet eine Dritthaftung des Kunstsachverständigen für reine Vermögensschäden nach Art. 41 Abs. 1 OR grundsätzlich aus bzw. wird diese unterdessen unter dem Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung behandelt. Eine weitere Anspruchsgrundlage ist möglicherweise in der Haftung für Sittenwidrigkeit zu sehen. Gemäss Art. 41 Abs. 2 OR ist zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstossender Weise absichtlich Schaden zufügt.¹⁶⁵³ Vorausgesetzt ist somit zunächst eine absichtliche Schadenszufügung, wobei Absicht gleichbedeutend mit dem gewöhnlichen Vorsatz ist.¹⁶⁵⁴ Weiter wird ein Verstoß gegen die guten Sitten verlangt. Die Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bleibt hierbei dem pflichtgemässen Ermessen des Gerichts vorbehalten.¹⁶⁵⁵ Grundsätzlich verstösst ein Verhalten

¹⁶⁴⁹ Vgl. KAISER, S. 203; FEIT, S. 139; HUGUENIN, N 1553 und 1760; vgl. auch BGE 128 III 324 ff.

¹⁶⁵⁰ FEIT, S. 140; vgl. auch BGE 130 III 345 ff.

¹⁶⁵¹ Vgl. FEIT, S. 144; KAISER, S. 204 f.; HUGUENIN, N 1761; FEHLMANN, S. 190; CANARIS, S. 457; MOSER, S. 196.

¹⁶⁵² Vgl. BGE 134 III 390 E. 4.3.3; BGE 141 V 127 E. 2; zur Haftung aus c.i.c. vgl. BGE 104 II 94; BGE 108 II 419 E. 5; BGE 121 III 350 E. 6c; Entscheid des KGer St. Gallen vom 02.06.2003, BZ. 2002.33, E. 4; **gl.M.** TERCIER, Vertrauenshaftung, S. 75; ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 191 und 229; CR ORI-WERRO/PERRITAZ, Art. 60 N 6 ff.; MARCHAND, S. 174; für die Verjährung nach Art. 127 OR vgl. FEIT, S. 144; KAISER, S. 209; MOSER, S. 199; FEHLMANN, S. 193; BRECHBÜHL, S. 94; HUGUENIN, N 1761; LOSER, S. 685 ff.; BUCHER, FS Walter, S. 259; WALTER, ZSR, S. 99; MOSER/BERGER, S. 545; BSK ORIDÄPPEN, Art. 60 N 4; GONZENBACH, S. 193; LÜCHINGER, SJZ, S. 197 ff.

¹⁶⁵³ Vgl. dazu die Ausführungen in ROTH, S. 249 ff.; WIDMER, ArbR, S. 104 und WICK, S. 1281 ff.; vgl. das Urteil des OGer ZH vom 23.08.1994 = ZR 1996 Nr. 8 E. II/2c.

¹⁶⁵⁴ BSK ORI-KESSLER, Art. 41 N 42 m.w.H.; KOLLER, AJP, S. 1383; HONSELL, FS Nobel, S. 942; KAISER, S. 140; vgl. dazu auch SOMMER, S. 1038.

¹⁶⁵⁵ BSK ORI-KESSLER, Art. 41 N 42; WICK verlangt einen schweren Sittenverstoß zur Anspruchsbegründung, da andernfalls eine Ausuferung der Haftung zu befürchten sei (vgl. WICK, S. 1281).

gegen die guten Sitten, wenn es nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen.¹⁶⁵⁶ Art. 41 Abs. 2 OR findet immer dann Anwendung, wenn zwar gegen die guten Sitten, nicht aber gegen eine Schutznorm verstossen wird.¹⁶⁵⁷

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 41 Abs. 2 OR primär auf eine absichtliche Schädigung abzielt.¹⁶⁵⁸ Der Tatbestand sanktioniert folglich die absichtliche Schädigung einer Drittperson durch den Kunstsachverständigen. Im Rahmen der Ausarbeitung einer Kunstexpertise dürften derartige Fälle nur sehr selten gegeben sein, da fehlerhafte Kunstexpertisen überwiegend durch ein fahrlässiges und sorgfaltswidriges Verhalten entstehen.¹⁶⁵⁹ Es wären allenfalls Konstellationen denkbar, in welchen der Auftraggeber den Kunstsachverständigen zu einem fehlerhaften Gutachten anstiftet. Wenn also der Kunstsachverständige dazu veranlasst wird, wissentlich und willentlich ein unrichtiges Wertgutachten zu erstellen oder ein falsches Echtheitszertifikat zu erteilen. Gesagtes gilt freilich auch dann, wenn der Gutachter selbstständig den Entschluss fasst, einen Dritten mit der Erstellung eines falschen Gutachtens zu schädigen. Das Verhalten kann zwar (auch) auf eine gleichzeitige Begünstigung des Verkäufers und – je nach Konstellation – des Gutachters abzielen, beabsichtigt aber gleichzeitig die absichtliche Schädigung eines Dritten, bspw. eines potentiellen Käufers.

Hierbei gilt es jedoch zu bedenken, dass in derartigen Fällen einer vorsätzlichen Schadenszufügung gleichzeitig ein Straftatbestand vorliegen dürfte. Zu denken ist etwa an die Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) oder den Betrug (Art. 146 StGB). Liegt ein Straftatbestand vor, müsste der geschädigte Dritte nach Art. 41 Abs. 1 OR vorgehen, da eine Schutznorm verletzt und dadurch die Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit gegeben wären.¹⁶⁶⁰ Da Art. 41 Abs. 2 OR nur Anwendung finden soll, wenn die Voraussetzungen nach Abs. 1 nicht gegeben sind, entfällt im gemachten Beispiel folglich die Haftung nach Art. 41 Abs. 2 OR.¹⁶⁶¹ Liegt für das Verhalten des Gutachters demgegenüber kein Verstoss gegen ein Schutzgesetz vor, so wäre für das gemachte Beispiel eine Haftung nach Art. 41 Abs. 2 OR denkbar, soweit auch die weiteren Voraussetzungen¹⁶⁶² hier-

¹⁶⁵⁶ BGE 124 III 297; vgl. auch BIERI, S. 551 ff.

¹⁶⁵⁷ BREHM, Art. 41 N 236b; REY/WILDHABER, N 951; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 9; ROTH, S. 251.

¹⁶⁵⁸ KAISER, S. 140; SCHÖNENBERGER, S. 60 f.; BIERI, S. 556; ROTH, S. 249; WICK, S. 1281 ff.

¹⁶⁵⁹ Vgl. HOFSTETTER, S. 265; BIERI, S. 556; BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 192; SCHÖNENBERGER, S. 60 f.; die Haftung für Sittenwidrigkeit wird von HONSELL als primäre Grundlage einer Gutachterhaftung gegenüber Dritten dargestellt (vgl. HONSELL, 4. Aufl., S. 281; HONSELL, FS Nobel, S. 958; HONSELL, Gutachterhaftung, S. 20); vgl. auch WICK, S. 1281 ff.

¹⁶⁶⁰ WIDMER, ArbR, S. 105.

¹⁶⁶¹ Vgl. BREHM, Art. 41 N 236; REY/WILDHABER, N 951; BIERI, S. 550; RÉMY, S. 38; PFISTER, S. 136 f.; a.A. KOLLER, AJP, S. 1394; BeKom OR-BECKER, Art. 41 N 111.

¹⁶⁶² Gemeint sind Schaden, Kausalität und Verschulden.

für gegeben sind.¹⁶⁶³ Die Haftungsgrund nach Art. 41 Abs. 2 OR ist jedoch in der schweizerischen Praxis «nur ausnahmsweise mit grösster Zurückhaltung als gegeben anzunehmen».¹⁶⁶⁴

5. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

5.1 Allgemeines

Begeht ein Kunstsachverständiger im Rahmen eines Vertragsverhältnisses eine Pflichtverletzung und tritt der Vermögensschaden nicht beim Vertragspartner, sondern bei einer Drittperson ein, so stehen diesem grundsätzlich keine vertraglichen Ansprüche zu. Wie oben aufgezeigt, kann der geschädigte Dritte – bei gegebenen Voraussetzungen – Ansprüche geltend machen, welche das Bundesgericht unterdessen der Vertrauenshaftung unterstellt.

Als weiteren möglichen Lösungsansatz für eine Dritthaftung gilt es den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter¹⁶⁶⁵ zu erwähnen. Der aus dem deutschen Recht stammende Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter gewährt dem Geschädigten einen quasikontraktuellen Haftungsanspruch, obwohl diesem primär deliktrechtliche Ansprüche zustehen würden.¹⁶⁶⁶ Folglich erstreckt sich die Schutzpflicht des Vertrags nicht nur auf den Vertragspartner, sondern auf sämtliche Personen, welche nach dem normalen Lauf der Dinge mit der vom Schuldner erbrachten Leistung typischerweise in Berührung kommen.¹⁶⁶⁷ Auf diese Weise werden etwa Sorgfaltspflichten des Gutachters auf das Verhältnis zu einem leistungsnahen Dritten ausgedehnt, für dessen Schutz der Auftraggeber verantwortlich ist.¹⁶⁶⁸ SIEGRIST verwendet hierfür folgende Definition: «Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist ein Vertrag, bei dem bestimmte Drittpersonen, die nicht Vertragsparteien sind, zwar keinen Anspruch auf Leistungserfüllung haben, jedoch im Schadensfall infolge Vertragsverletzung durch den Schuldner diesem gegenüber vertrag-

¹⁶⁶³ ROBERTO, N05.85; REY/WILDHABER, N960; nach BIERI sind Auskunftsfälle, welche widerrechtlich sind, grundsätzlich über Art. 41 Abs. 1 OR zu prüfen. Für sittenwidrige Fälle, welche nicht widerrechtlich sind, schlägt er die Prüfung der Vertrauenshaftung vor (vgl. BIERI, S. 556). ROTH fordert für die Bejahung der Sittenwidrigkeit Zurückhaltung, da diese nicht dazu diene, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöhlen (ROTH, S. 249 f.).

¹⁶⁶⁴ Vgl. BGE 124 III 304; BGE 114 II 91; BGE 95 III 83; HÜRLIMANN, Baurechtstagung, S. 216; WICK, S. 1282; WIDMER, ArbR, S. 105; nach HONSELL beruht der Ersatz reiner Vermögensschäden aufgrund falscher Rat- und Auskunftserteilung entweder auf einer Auftragsverletzung oder auf Art. 41 Abs. 2 OR (vgl. HONSELL, FS Nobel, S. 957).

¹⁶⁶⁵ Dieser Begriff wird in der Literatur teilweise als ungenau bezeichnet und es wird dafür gehalten, vom «Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter» auszugehen, da auch im vorvertraglichen Bereich Dritte einbezogen werden können (vgl. SCHMIDT, S. 122).

¹⁶⁶⁶ Vgl. HUGUENIN, N1582; KULL, S. 178; KR-MÜLLER-CHEN, S. 64; SPRENGER, S. 33 ff.; KRAUSKOPF spricht von einem Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht (vgl. KRAUSKOPF, VZD, S. 26).

¹⁶⁶⁷ KR-MÜLLER-CHEN, S. 64; DICKES, S. 12.

¹⁶⁶⁸ VON GRAFFENRIED, S. 175.

liche Ersatzansprüche geltend machen können».¹⁶⁶⁹ Dem Dritten steht demgemäss ein selbstständiger, vertraglicher Anspruch auf Schadenersatz zu, wenn er aufgrund einer vom Gutachter zu verantwortenden Vertragsverletzung geschädigt wird.¹⁶⁷⁰ Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gewährt dem Dritten aber keine eigenständigen Leistungsansprüche, sondern bloss Schutzansprüche.¹⁶⁷¹

Als eigenständige Rechtsfigur anerkannte ihn der deutsche Bundesgerichtshof in einem Entscheid aus dem Jahre 1959.¹⁶⁷² Seither findet der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch den Bundesgerichtshof unter anderem Anwendung, um Geschädigten einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen Gutachter einzuräumen. Grundsätzlich wären durch das Vertrauen auf eine Expertise entstandene reine Vermögensschäden nach deutschem Deliktrecht nämlich nicht ausgleichspflichtig, solange der Gutachter lediglich fahrlässig handelte.¹⁶⁷³ Das Konstrukt bezweckt daher, die Schwächen des Deliktsrechts – insbesondere im Hinblick auf die Problematik des reinen Vermögensschadens – zu überwinden.¹⁶⁷⁴ Denn mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kann grundsätzlich jede Schadensart bejaht werden, so unter anderem auch der reine Vermögensschaden.¹⁶⁷⁵ Erfüllt sein müssen hierfür grundsätzlich drei Erfordernisse.¹⁶⁷⁶

Erstens muss sich der Dritte in einer sog. Leistungsnähe befinden. Der Dritte muss mit der Leistung bestimmungsgemäss in Berührung kommen und sich damit im Gefahrenbereich des Vertrags befinden. Von einer Vertragsverletzung ist der Dritte in der Folge mindestens in gleicher Weise betroffen wie der Gläubiger. Neben den allgemeinen Voraussetzungen der vertraglichen Haftung¹⁶⁷⁷ muss der Dritte dem Auftraggeber nahestehen bzw. muss in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen worden sein.¹⁶⁷⁸ Denn eigentliche Vertragspartei ist er freilich nicht.¹⁶⁷⁹ Für das Erfordernis der Leistungsnähe muss der Dritte nicht «in Person» berührt sein, es genügt dabei, wenn seine Sach- oder Vermögenswerte betroffen sind.¹⁶⁸⁰ Ob die Voraussetzung der Leistungsnähe im einzelnen Fall

¹⁶⁶⁹ SIEGRIST, S. 11; vgl. auch GOTTWALD, S. 40.

¹⁶⁷⁰ Vgl. VON GRAFFENRIED, S. 175; SIEGRIST, S. 11; KELLER, S. 4, BÄRTSCHI, S. 271; HUGUENIN, N 1567; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 87.01.

¹⁶⁷¹ Vgl. KOCH, S. 53; DICKES, S. 9; WEBER, BeKom, Art. 112 N 153.

¹⁶⁷² Urteil des BGH vom 15.05.1959, NJW 1959, 1676 (*sog. Capuzol-Fall*), vgl. auch FEIT, S. 108; BÜTTNER, S. 7 ff. und PLÖTNER, S. 255 ff.

¹⁶⁷³ Vgl. SCHROETER, S. 1567; HONSELL, FS Medicus, S. 213.

¹⁶⁷⁴ Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 87.03; VON GRAFFENRIED, S. 175; vgl. auch GERNHUBER, S. 249 ff.; MK-GOTTWALD, § 328 N 166.

¹⁶⁷⁵ BÄRTSCHI, S. 288.

¹⁶⁷⁶ Vgl. für die Darlegung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen DICKES, S 63 ff.; SCHMIDT, S. 123 ff. und SCHREMBS, S. 221 ff.

¹⁶⁷⁷ Gemeint sind hierbei die bekannten Voraussetzungen «Schaden», «Vertragsverletzung», «Kausalität» und «Verschulden» des Schuldners.

¹⁶⁷⁸ Vgl. SIEGRIST, S. 62; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 87.04; VON GRAFFENRIED, S. 211.

¹⁶⁷⁹ ZIEGLTRUM, S. 10.

¹⁶⁸⁰ KELLER, S. 9.

bejaht werden kann, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Vertragszweck, wobei dieser objektiv erkennbar und damit dem Dritten in gleicher Weise bekannt ist.¹⁶⁸¹

Zweitens ist der Gläubiger dem Dritten zu Schutz und Fürsorge verpflichtet. So muss er nach einer bekannt gewordenen Wendung für dessen «Wohl und Wehe» verantwortlich sein. Dieses Kriterium wurde durch den Bundesgerichtshof jedoch insofern aufgegeben, als dass es immer mehr ausgeweitet wurde. So hält dieser den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unterdessen auch für anwendbar, wenn die Interessen des Vertragsgläubigers und des Dritten gegenläufig sind.¹⁶⁸² Eine typische Konstellation hierfür bilden bspw. schädigende Expertisen, die ein Sachverständiger im Auftrag eines Verkäufers im Hinblick auf einen Verkauf erstellt. Der Bundesgerichtshof hat hier folglich eine breit gefächerte Rechtsfigur geschaffen, in deren Anwendungsbereich die Dritthaftung von Gutachtern fällt.¹⁶⁸³ *Drittens* müssen die beiden genannten Voraussetzungen für den Vertragsschuldner erkennbar sein.

5.2 Anerkennung in der Schweiz

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat in der deutschen Praxis bereits eine über 100-jährige Tradition. Die Bedeutung dieses Konstrukts nahm im Laufe der Zeit immer mehr zu, so dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mittlerweile als ein zentrales Rechtsinstitut der deutschen Rechtspraxis bezeichnet werden kann.¹⁶⁸⁴

In der Schweiz wurde der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch das Bundesgericht immer wieder erwähnt und auch dessen Voraussetzungen wurden erörtert. Bis zum jetzigen Zeitpunkt wurde das Konstrukt jedoch weder ausdrücklich anerkannt noch abgelehnt.¹⁶⁸⁵ In einem Entscheid aus dem Jahre 2006 hat das Bundesgericht den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zur Begründung herangezogen, bejahte die Haftung schliesslich aufgrund eines Vertrags zugunsten eines Dritten.¹⁶⁸⁶ Mit Blick auf die deutsche Praxis hat das Bundesgericht zunächst in einem *obiter dictum* festgehalten, dass «der vertragliche Schadenersatzanspruch eines vertragsfremden Dritten voraus(-setzt), dass er mit der Hauptleistungspflicht – für den Schuldner erkennbar – bestim-

¹⁶⁸¹ Vgl. KELLER, S. 9; BÄRTSCHI, S. 290; VON GRAFFENRIED, S. 212; DICKES, S. 70.

¹⁶⁸² Vgl. das Urteil des BGH vom 23.01.1985, JZ 1985, 951 (*sog. Konsul-Fall*); Urteil des BGH vom 26.11.1986, NJW 1987, 1758. Ausführlich zum Ganzen MOSER, S. 57 ff. und DICKES, S. 72 ff.; vgl. auch SCHÖNENBERGER, S. 114 und FEIT, S. 109.

¹⁶⁸³ DICKES, S. 91; FEIT, S. 109, welcher auf das Urteil des BGH vom 20.04.2004, BGHZ 159, 1 = NJW 2004, 3035, hinweist. Dieser Entscheid behandelt die Haftung eines Wertgutachters gegenüber Kreditgebern und Kapitalanlegern und enthält eine ausführliche Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung.

¹⁶⁸⁴ DICKES, S. 10; am Anfang der Entwicklung stand eine Entscheidung des OLG Hamburg aus dem Jahre 1907 (vgl. für die geschichtliche Entwicklung DICKES, S. 19 ff.).

¹⁶⁸⁵ BGE 130 III 345 E. 1; BGE 121 III 310 E. 4b; BGer 4A_226/2010 vom 28.07.2010 E. 3.2.1; für eine Übersicht vgl. BSK ORI-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 24 und SCHROETER, S. 1573.

¹⁶⁸⁶ Vgl. BGer 4C.139/2005 vom 29.03.2006.

mungsgemäss in Berührung kommt, der Gläubiger der Hauptleistung dem Dritten gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist und deshalb ein Interesse am Einbezug des Dritten in den Schutzbereich hat oder allgemein die Vertragsparteien den Willen besaßen, zu Gunsten des vertragsfremden Dritten eine Schutzpflicht des Schuldners zu begründen». ¹⁶⁸⁷ Das Bundesgericht kam folglich zum Schluss, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bei gegenläufigen Interessen der Parteien keine Anwendung finden würde. ¹⁶⁸⁸ In dem durch das Bundesgericht verfassten *obiter dictum* sieht HUGUENIN einen Hinweis auf eine mögliche zukünftige Anerkennung dieses quasikontraktuellen Haftungsmodells durch das höchste Gericht. Es sei demgegenüber jedoch auch denkbar, dass das Bundesgericht den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zukünftig in der Vertrauenshaftung aufgehen lasse. ¹⁶⁸⁹

In der Schweizer Lehre wird die Frage über die Anerkennung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter uneinheitlich beantwortet. ¹⁶⁹⁰ SIEGRIST befürwortet die gesetzliche Verankerung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mit dem Verweis auf die unbefriedigende rechtliche Situation, wenn es um den Ersatz von reinen Vermögensschäden geht. ¹⁶⁹¹ Ebenso ZELLWEGER-GUTKNECHT, nach welcher der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter Abstützung auf Art. 97 ff. OR als Erweiterung der Nebenpflichtverletzung auch für die Schweiz angenommen werden könne. SPIRO hält es sodann für sachgerecht, nahestehenden Dritten einen vertraglichen Anspruch gegen den Schädiger einzuräumen, wenn für diesen klar ist, dass die Leistung weitergegeben werden soll. ¹⁶⁹² Für BUCHER finden sich Anwendungsbeispiele von Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Rahmen positiver Vertragsverletzung, welche auf durch Vertragsauslegung ermittelten, ungeschriebenen vertraglichen Pflichten beruhen. Es stehe dabei nichts im Wege, ihre Schutzwirkung auch auf dem Stipulanten nahestehende Dritte zu erstrecken. ¹⁶⁹³ Auch HUGUENIN befürwortet das Institut, sofern sämtliche dafür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind. ¹⁶⁹⁴

SCHWENZER/FOUNTOULAKIS lehnen das Institut demgegenüber ab. Es solle nicht die Vertragshaftung auf vertragsfremde Dritte ausgedehnt, sondern die Deliktshaftung sachgerecht weiterentwickelt werden. ¹⁶⁹⁵ HONSELL hält die Konstruktion eines still-

¹⁶⁸⁷ Vgl. BGer 4C.296/1999 vom 28.01.2000 E. 3b.

¹⁶⁸⁸ Für die Lehrmeinungen hierzu vgl. FEIT, S. 111; HONSELL, FS Nobel, S. 949; vgl. auch WALTER, S. 291; anders die Rechtslage in Deutschland, vgl. GERLACH, S. 95; MK-GOTTWALD, § 328 N 188 m.w.H.

¹⁶⁸⁹ HUGUENIN, N 1575.

¹⁶⁹⁰ Für eine Übersicht siehe MOSER, S. 86 und WEBER, BeKom, Art. 112 N 170 ff.

¹⁶⁹¹ SIEGRIST, S. 129.

¹⁶⁹² SPIRO, S. 294.

¹⁶⁹³ BUCHER, S. 484.

¹⁶⁹⁴ HUGUENIN, N 1573.

¹⁶⁹⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 87.05; vgl. aber FOUNTOULAKIS, S. 97 ff., wo sich die Autorin – zumindest für die im Aufsatz dargestellten Fallkonstellationen – für eine Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausspricht.

schweigenden (Auskunfts-)Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für eine blosser Fiktion, welche die gesetzlich vorgesehene Haftungsordnung ausheble und die – insbesondere bei gegenläufigen Interessen oder Arglist des Vertragspartners – dogmatisch nicht haltbar sei.¹⁶⁹⁶ KRAUSKOPF lehnt ihn ab mit dem Argument, dass der Vertrag zugunsten Dritter den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entbehrlich mache. Beim Vertrag zugunsten Dritter könne der geschädigte Dritte vertragliche Schadenersatzansprüche unmittelbar und selbstständig gegen den Promittenten geltend machen, womit das Ziel des Instituts bereits im Vertrag zugunsten Dritter enthalten sei.¹⁶⁹⁷ SCHÖNENBERGER lehnt das Institut aufgrund der Einschränkung der «Wohl und Wehe»-Rechtsprechung ab und hält es im Hinblick auf die grundsätzliche Eignung der deliktischen Generalklausel für unnötig.¹⁶⁹⁸ FEIT ist der Ansicht, dass der Kreis der geschützten Dritten auf Personen zu beschränken sei, an deren Einbezug der Gläubiger erkennbar ein echtes Interesse habe, was nicht auf Vertragsgegner zutrefte. Für Gutachter-Fälle sei die Rechtsfigur folglich ungeeignet.¹⁶⁹⁹ Auch FEHLMANN und LOSER-KROGH fordern Zurückhaltung bei der Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bei Gutachten oder anderen Berichten von Sachverständigen. Sie fordern einen Rückgriff auf die Konstruktion der Dritt(vertrauens)haftung. Dies sei besonders deutlich bei Gegenläufigkeit von Interessen z.B. des Auftraggebers und des Dritten.¹⁷⁰⁰ Für LOSER erscheint es wenig plausibel, Schutzwirkungen einer Person anzunehmen, deren Interessen zu den Interessen des primär Berechtigten geradezu gegenläufig seien.¹⁷⁰¹ Nach HONSELL stellt der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine blosser Fiktion dar, die die gesetzlich vorgesehene Haftungsordnung ausheble und die – insbesondere bei gegenläufigen Interessen oder gar Arglist des Vertragspartners – dogmatisch nicht zu halten sei.¹⁷⁰²

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der schweizerischen Lehre umstritten ist und – notabene mit zutreffenden Argumenten – grundsätzlich eher auf Ablehnung stösst. Das Bundesgericht hat die Frage einer möglichen Anwendbarkeit bis anhin offengelassen.¹⁷⁰³ Im *Liegenschaftsschätzer-Entscheid*, in welchem die Dritthaftung eines Liegenschaftsschätzers aufgrund der Vertrauenshaftung schliesslich bejaht worden war, verneinte das Bundesgericht eine Haftung nach dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.¹⁷⁰⁴ Dies bereits deshalb, weil die Interessen der Vertragsparteien gegenläufig waren.¹⁷⁰⁵ Das Bundesgericht be-

¹⁶⁹⁶ HONSELL, FS Nobel, S. 957.

¹⁶⁹⁷ KRAUSKOPF, S. 26.

¹⁶⁹⁸ SCHÖNENBERGER, S. 115; so auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 87.04 f.

¹⁶⁹⁹ FEIT, S. 112.

¹⁷⁰⁰ FEHLMANN, S. 150; LOSER-KROGH, recht, S. 90.

¹⁷⁰¹ LOSER, S. 499.

¹⁷⁰² HONSELL, FS Nobel, S. 957; vgl. dazu auch ARMBRÜSTER, recht, S. 90 ff.

¹⁷⁰³ BGE 117 II 315; BGE 130 III 345, 347 f.; BGE 121 III 310 E. 4a ff.

¹⁷⁰⁴ BGE 130 III 345 E. 1; vgl. auch den Entscheid der Vorinstanz KGer St. Gallen vom 02.06.2003, BZ. 2002.33.

merkte jedoch, dass eine Haftung auf diesem Institut denkbar wäre, «wenn der Verkäufer im Einverständnis mit den Käufern den Schätzungsauftrag in eigenem Namen erteilt und dem Beklagten diese gemeinsame Interessenlage offen gelegt hätte».¹⁷⁰⁶ Das Bundesgericht scheint sich somit nicht mehr an das Wohl-und-Wehe-Erfordernis¹⁷⁰⁷ gebunden zu fühlen und wäre im Falle einer Anerkennung bereit, die Rechtsfigur in weitergehendem Masse anzuwenden, als dies die Lehre tut.

Nach hier vertretener Ansicht führt die Aufgabe des Schutz- und Fürsorge-Erfordernisses zu einer schwer kontrollierbaren Ausuferung der Haftung. Es gilt hierbei nämlich nicht nur die Interessen des Gläubigers bzw. des Dritten zu schützen, sondern auch diejenigen des Schuldners. Wenn ein Gläubiger ein legitimes Interesse am Einbezug einer Drittperson hat, so kann etwa auf den Vertrag zugunsten Dritter zurückgegriffen werden oder die Parteien können den Dritten ausdrücklich als Vertragspartei in den Vertrag mitaufnehmen. Über einen nachträglich konstruierten und überdehnten Parteiwillen einen Dritten in den geschützten Personenkreis aufzunehmen geht indessen zu weit.¹⁷⁰⁸ Zur Verhinderung einer Ausuferung der Haftung müssen dem geschützten Personenkreis enge Grenzen gesetzt werden.¹⁷⁰⁹

Daraus ergibt sich nach hier vertretener Ansicht, dass eine Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Hinblick auf die Gutachterhaftung zukünftig kaum je greifen dürfte. Die Parteien stehen in keinem Fürsorgeverhältnis zueinander. Vielmehr verfolgen sie zumeist gegenläufige Interessen.¹⁷¹⁰ So haben etwa der Verkäufer als Auftraggeber der Expertise und der Käufer, als Drittperson, welchem die Expertise später vorgelegt wird, grundsätzlich verschiedene Geschäftsinteressen.¹⁷¹¹ Während der Verkäufer sein Kunstobjekt möglichst teuer verkaufen möchte, will der Käufer es möglichst sicher und günstig erwerben. Der Verkäufer ist daher an einer positiven (zuschreibenden) Expertise interessiert, der Käufer hingegen daran, mit dem Kauf verbundene Risiken, bspw. Zweifel an der Herkunft, umfassend zu erfahren.¹⁷¹² Eine gemeinsame Interessens-

¹⁷⁰⁵ Vgl. HUGUENIN, N 1588; BÄRTSCHI, S. 295 ff.; HONSELL, FS Medicus, S. 227; vgl. auch SCHROETER, S. 1569 m.w.H.

¹⁷⁰⁶ BGE 130 III 345 E. 1; vgl. auch FEIT, S. 111.

¹⁷⁰⁷ In der deutschen Rechtsprechung wurde einst noch das Erfordernis einer Schutz- und Fürsorgepflicht (sog. Wohl- und Wehe-Rechtsprechung) vorausgesetzt, welches unterdessen aber aufgegeben worden ist. Die neue deutsche Rechtsprechung hat dieses Kriterium abgeschwächt, verlangt aber nach wie vor ein besonderes Näheverhältnis der Parteien (vgl. etwa KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 64; BÄRTSCHI, S. 293 ff.; HUGUENIN, N 1590; KELLER, S. 10; DICKES, S. 72 ff.).

¹⁷⁰⁸ **GLM.** HONSELL, welcher von einer Fiktion eines entsprechenden Parteiwillens spricht (vgl. HONSELL, FS Nobel, S. 947); so auch GERLACH, S. 99.

¹⁷⁰⁹ BSK ORI-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 24b; vgl. auch SCHMIDT, S. 123 f. und S. 127.

¹⁷¹⁰ Vgl. zur Gegenläufigkeit bei Kunstexpertisen GERLACH, S. 96 ff. und HÄRET, S. 255 ff.

¹⁷¹¹ Vgl. SCHREMBS, S. 225; WOLF, S. 222; ADOLFF, S. 102; GOTTWALD, S. 30; vgl. auch SCHÖNENBERGER, S. 118 ff.

¹⁷¹² SCHREMBS, S. 225; GERLACH, S. 96; WOLF, S. 222.

lage ergibt sich auch nicht daraus, dass der Verkäufer mit dem Einverständnis des Käufers ein Gutachten in Auftrag gibt und dem Gutachter diesen Umstand offenlegt.¹⁷¹³ Auch nicht daraus, dass durchaus Konstellationen denkbar sind, bei welchen sowohl der Käufer wie auch der Verkäufer an einer objektiv-richtigen Expertise mit entsprechender Beweiskraft interessiert sind und somit die Gegenläufigkeit der Interessen verneint werden müsste. Trotz allem ist auch der (redliche) Verkäufer erstrebt, auch wenn er nicht zwingend eine falsche Expertise möchte, doch vordergründig und zu allererst ein günstiges Urteil einer Fachperson zu erhalten.¹⁷¹⁴ Es erscheint daher geradezu «(...) paradox, einen Vertrag (den Expertisenerstellungsvertrag) als Instrument zum Schutz des Widerparts (Käufers) eines anderen Vertrags (Kunstkaufvertrag) zu benutzen; denn die normale Funktion von Verträgen liegt in der Wahrnehmung der eigenen Interessen (...) nicht aber im Schutz von Personen, die man aus gutem Grund auch als Vertragsgegner bezeichnet».¹⁷¹⁵ Gleiches hat freilich auch für andere Konstellationen zu gelten, in denen das Gutachten bspw. gegenüber einer Versicherung oder in einem gerichtlichen Erbteilungsprozess verwendet werden soll.

Mit anderen Worten ist der Kreis der geschützten Personen – mit Blick auf die Wohl- und Wehe-Rechtsprechung – richtigerweise einzig auf Personen zu begrenzen, an deren Einbezug der Gläubiger ein echtes Interesse hat. Dies trifft auf Familienmitglieder und weitere nahestehende Personen zu, augenscheinlich aber nicht auf Vertragsgegner.¹⁷¹⁶ Selbst dann nicht, wenn die Vertragsparteien das gleiche Interesse – wie bspw. eine einwandfreie Echtheitsbestätigung eines Kunstobjektes – verfolgen. Nach dem Gesagten ist das Rechtsinstitut für die (Dritt-)Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen augenscheinlich ungeeignet, da insbesondere das geforderte Näheverhältnis zwischen Dritten und Gläubiger sowie dessen Einbezugsinteresse in typischen Gutachterfällen mit gegensätzlichen Interessen kaum je gegeben sein wird. Da zudem realistischere Weise nicht absehbar ist, dass sich der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Lehre und Rechtsprechung in absehbarer Zeit durchsetzen wird, ist dieser Ansatz vorliegend nicht weiter zu verfolgen.

6. Vertrag zugunsten eines Dritten nach Art. 112 OR

Zwischen dem Kunstsachverständigen und dem geschädigten Dritten besteht bekanntlich keine vertragliche Verbindung. Denkbar wäre hierbei, dass sich ein Anspruch des Dritten aus dem Verhältnis zwischen dem Kunstsachverständigen und dem Auftraggeber ableitet. Nach schweizerischem Recht kommt hierfür insbesondere der echte Vertrag zugunsten eines Dritten gemäss Art. 112 Abs. 2 OR in Frage.¹⁷¹⁷ Beim *echten* Vertrag zu-

¹⁷¹³ FEIT, S. 111; HONSELL, FS Nobel, S. 949.

¹⁷¹⁴ Vgl. SCHREMBS, S. 227; PICKER, FS Medicus, S. 403; vgl. auch HÄRET, S. 256.

¹⁷¹⁵ SCHREMBS, S. 228, zitiert aus CANARIS CLAUS-WILHEM, Schutzwirkung zugunsten Dritter bei «Gegenläufigkeit» der Interessen, in: JuristenZeitung 1995, S. 441 ff., S. 443.

¹⁷¹⁶ So auch FEIT, S. 112.

gunsten eines Dritten räumen die Vertragsparteien, namentlich der Auftraggeber und der Kunstgutachter, einem Dritten ein selbstständiges Forderungsrecht ein. Durch eine solche Abrede wird der Dritte – ohne Vertragspartei zu sein – neben dem Versprechensempfänger zum Gläubiger der Leistung.¹⁷¹⁸

Der Dritte ist den Vertragsparteien bei Vertragsschluss meist noch gar nicht bekannt. So vereinbaren der Auftraggeber einer Kunstexpertise und der Kunstsachverständige typischerweise keinen echten Vertrag zugunsten Dritter. Der Auftraggeber hat zudem in der Regel gerade kein Interesse daran, dem Dritten ein selbstständiges Forderungsrecht einzuräumen, sollte dieser zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses überhaupt bekannt sein. Hinzukommend interessieren vorliegend ohnehin einzig die Schadenersatzansprüche des Dritten gegenüber dem Experten, und nicht die Hauptleistung selbst, also die Erstellung der Expertise. Insofern überzeugt die Anknüpfung an einen echten Vertrag zugunsten Dritter, der ein eigenes Forderungsrecht des Dritten begründet, nicht.¹⁷¹⁹ Die Anwendung eines *echten* Vertrags zugunsten eines Dritten scheidet folglich als mögliche Anspruchsgrundlage für den Dritten aus. Das Gesagte hat *mutatis mutandis* auch für den *unechten* Vertrag zugunsten Dritter zu gelten, bei welchem einzig der Versprechensempfänger berechtigt ist, die Erfüllung der Forderung zu verlangen.

7. Drittschadensliquidation

Die Drittschadensliquidation berechtigt den Vertragsgläubiger, vom Vertragsschuldner einen Schadenersatz zu fordern, welcher aufgrund einer zufälligen Schadensverlagerung nicht bei ihm, sondern bei einem Dritten eingetreten ist. Diesen Anspruch kann der Gläubiger sodann dem geschädigten Dritten abtreten, sodass der Dritte im Ergebnis seinen Schaden selber einfordert.¹⁷²⁰ Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung muss eine eigentliche Schadensverlagerung vorliegen, womit einer uferlosen Haftungsausdehnung begegnet werden soll. In der Schweiz ist der sachliche Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation umstritten.¹⁷²¹ Gemäss Bundesgericht ist ein Schaden, der bei einem Dritten anfällt, vom Vertragsschuldner grundsätzlich nicht zu ersetzen.¹⁷²²

¹⁷¹⁷ FEIT, S. 104 ff.

¹⁷¹⁸ Vgl. HUGUENIN, N 1137 ff.; FEIT, S. 104 ff.; BSK ORI-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 1 ff. m.w.H.

¹⁷¹⁹ GERLACH, S. 95.

¹⁷²⁰ Vgl. HUGUENIN, N 1600 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 14.24 ff.; ARMBRÜSTER, recht, S. 85; MOSER, S. 16; FEIT, S. 113; FLÜHMANN, S. 151; PERREN, S. 62 ff. m.w.V.; STAHL, S. 55.

¹⁷²¹ Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 14.26 m.w.V.; ROBERTO, AJP, S. 516 und für eine Übersicht der Lehrmeinungen insb. WIDMER, ArbR, Fn 315.

¹⁷²² BGE 123 III 204; ausnahmsweise zulässig bei der indirekten Stellvertretung (vgl. BGER 4A_422/2010 vom 21.10.2010 E. 2.6, wobei aber die Frage der Anerkennung der Drittschadensliquidation offengelassen wurde); vgl. HUGUENIN, N 1601 ff.; WIDMER, ArbR, S. 136; PERREN, S. 68.

In den Dritthaftungsfällen für fehlerhafte Kunstexpertisen liegt in der Regel keine derartige Schadensverlagerung vor, da der Schaden *originär* beim Dritten eintritt und nicht statt beim Gläubiger (als Auftraggeber der Expertise) des Schädigers beim Dritten. Der Schaden entsteht hierbei immer erst durch eine Handlung (bspw. Ankauf eines Gemäldes) des Dritten und kann bloss bei ihm, nicht aber beim Gläubiger eintreten.¹⁷²³ Einzig für den Fall, in welchem die Expertise vom Verkäufer des Kunstgegenstandes zwar in seinem Namen, aber im Auftrag und auf Rechnung des Käufers bestellt wurde, könnte an die Fallgruppe der mittelbaren Stellvertretung gedacht werden.¹⁷²⁴ Eine derartige Konstellation dürfte jedoch kaum je vorliegen. Die Heranziehung der Drittschadensliquidation erweist sich somit im vorliegend interessierenden Kontext als untaugliches Mittel.¹⁷²⁵

8. Zwischenfazit

Wird ein am Gutachtervertrag unbeteiligter Dritter durch eine fehlerhafte Kunstexpertise vermögensrechtlich geschädigt, bestehen für diesen kaum taugliche Rechtsbehelfe, um gegen den Kunstsachverständigen direkt vorzugehen. In der Regel wird der Dritte ausschliesslich einen reinen Vermögensschaden erleiden, womit eine Deliktshaftung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR grundsätzlich ausscheidet. Das Tatbestandserfordernis der Widerrechtlichkeit wird – unter der (noch) geltenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie – kaum je gegeben sein. Das Vermögen des Dritten vermindert sich nämlich, ohne dass ein absolutes Rechtsgut oder Schutznormen verletzt werden, welche das Vermögen schützen. Beim Ersatz von reinen Vermögensschäden, insbesondere auch bei der Dritthaftung für Kunstexpertisen, stösst die objektive Widerrechtlichkeitstheorie folglich an ihre Grenzen. Auch weitere mögliche Anspruchsgrundlagen wie etwa der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, der Vertrag zu Gunsten Dritter oder die Drittschadensliquidation helfen hier nicht weiter.

Die geschilderte Problematik ist in der Lehre und Rechtsprechung freilich nicht unbemerkt geblieben und ist im Rahmen der Haftung für falsche Auskunft und Rat aufgenommen worden. Deren dogmatische Einordnung ist nach wie vor umstritten. Das Bundesgericht scheint in der Haftung für Auskunft und Rat unterdessen einen Anwendungsfall der Vertrauenshaftung zu sehen. Wird ein am Vertragsverhältnis unbeteiligter Dritter aufgrund einer fehlerhaften Kunstexpertise zu einer selbstschädigenden Vermögensverfügung veranlasst, kann er folglich auf Grundlage der Vertrauenshaftung gegen den Kunstsachverständigen vorgehen. Hierfür bedarf es zwischen dem Dritten und dem Kunstsachverständigen zunächst einer rechtlichen Sonderverbindung. Folglich

¹⁷²³ Vgl. KAISER, S. 219; NISSEL, S. 106 ff.; vgl. auch WIDMER, ArbR, S. 141.

¹⁷²⁴ KAISER, S. 210 f.; NISSEL verneint eine Schadensverlagerung auch in derartigen Fällen (vgl. NISSEL, S. 109).

¹⁷²⁵ Vgl. KAISER, S. 218 f.; NISSEL, S. 106 ff.; MOSER, S. 16 f.; ADOLFF, S. 109; FEIT, S. 113; FLÜHMANN, S. 152; HOFSTETTER, S. 263; GERLACH, S. 100; SCHREMBBS, S. 250 f.

muss der Kunstsachverständige mit der Weitergabe der Expertise an den Dritten rechnen, was primär von der Art des Gutachtens und dem konkreten Auftrag abhängt. Im Hinblick auf die Kunstexpertise wird eine derartige Sonderverbindung in der Praxis oftmals vorliegen, zumal der Auftraggeber der Expertise diese kaum je ausschliesslich für eigene Zwecke und somit ohne Verwendungsabsichten gegenüber Dritten benötigen wird. Weiter muss der Sachverständige beim Dritten ein schutzwürdiges Vertrauen erwecken, wofür sowohl die Fachkunde des Kunstsachverständigen wie auch die Kunstexpertise in aller Regel geeignet sind. Zudem muss das Vertrauen durch den Sachverständigen treuwidrig enttäuscht werden. Eine solche Vertrauensenttäuschung kann bei Kunstgutachten namentlich darin bestehen, dass es betreffend die Objektivität und die Fachkunde nicht den Anforderungen genügt, welche der geschädigte Dritte erwarten durfte, mithin die Sorgfaltspflicht verletzt wurde. War es dem Dritten schliesslich nicht möglich oder zumutbar, mit dem Kunstsachverständigen ein Vertragsverhältnis einzugehen und sind die weiteren Haftungsvoraussetzungen wie Schaden, Kausalität und Verschulden gegeben, kann der erlittene Schaden gegen den Kunstsachverständigen über die Vertrauenshaftung geltend gemacht werden. Der Schaden beschränkt sich hierbei aber auf das negative Interesse, womit der vertrauende Dritte so zu stellen ist, wie wenn er die wahre Sachlage gekannt und nicht vertraut hätte.

V.

Schlussbetrachtung

Die vorliegende Arbeit hat aufgezeigt, dass dem Kunstmarkt eine ausserordentliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt.¹⁷²⁶ Damit ein Kunstobjekt auf dem Kunstmarkt aber verkehrsfähig ist, bedarf es regelmässig einer Kunstexpertise.¹⁷²⁷ Entsprechend ist der Kunstexperte nicht nur für die Auktionshäuser, Museen und Kunsthändler eine zentrale Komponente der Kunstwelt, sondern auch für den privaten Marktteilnehmer.¹⁷²⁸ Die Kunstexpertise kann sich etwa auf den Zustand, den Wert oder die Echtheit eines Kunstobjektes beziehen, wobei sich der Inhalt der Expertise primär durch die Weisungen des Ratsuchenden bestimmt.

Sollte ein Kunstexperte bei der Erstellung einer Kunstexpertise einem Irrtum unterliegen, stellen sich für den Geschädigten zahlreiche haftungsrechtliche Fragen. Als erste Grundlage für eine Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Ratsuchenden kommt dabei das Auftragsverhältnis i.S.v. Art. 394 ff. OR in Frage. So ist das vertragliche Verhältnis zwischen dem Ratsuchenden und dem Kunstsachverständigen nach hier vertretener Ansicht sowie nach eingehender Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung und Lehre ausnahmslos unter das Auftragsrecht zu subsumieren. Dem Kunstsachverständigen kommt schliesslich ein bedeutender Ermessensspielraum bei der Gewichtung und Evaluierung der einzelnen Faktoren eines Kunstobjektes zu, so dass die Haftung einzelfallbezogen zu bestimmen ist.¹⁷²⁹ In Ermangelung spezifischer Vorgaben bei der Begutachtung eines Kunstobjektes, kann der Kunstsachverständige überdies in der Regel kein bestimmtes Ergebnis versprechen. Vielmehr sichert er einzig eine sorgfältige Tätigkeit zu, die es ermöglichen soll, schlussendlich ein solches Ergebnis, d.h. eine fehlerlose Kunstexpertise, zu erreichen.¹⁷³⁰ Die Anwendung des Auftragsrechts rechtfertigt sich im Übrigen auch im Hinblick auf das zwischen dem Ratsuchenden und Kunstsachverständigen bestehende Vertrauensverhältnis.

¹⁷²⁶ Vgl. HÄRET, S. 335.

¹⁷²⁷ SCHREMBS, S. 111 und 119; SIMONS, S. 4.

¹⁷²⁸ DRINKUTH, S. 53; HÄRET, S. 8; SCHREMBS, S. 120.

¹⁷²⁹ KR-MÜLLER-CHEN, 2010, S. 58.

¹⁷³⁰ CHAPPUIS, S. 52.

Damit über eine allfällige Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Ratsuchenden befunden werden kann, müsste in einem ersten Schritt eine Vertragsverletzung und somit ein Verstoss gegen die geltenden Sorgfaltspflichten bestehen. In der vorliegenden Arbeit wurden die einzelnen Sorgfaltspflichten eines Kunstsachverständigen, welche dieser während des gesamten Auftragsverhältnisses zu beachten hat, eingehend ausgearbeitet und in Form einer Checkliste für die Praxis übersichtlich dargestellt. Um im Einzelfall bestimmen zu können, ob und welche Pflichten des Kunstsachverständigen bestanden haben und ob diese verletzt worden sind, ist die Checkliste schrittweise abzuarbeiten. Ausgehend von einem objektiven Sorgfaltsmassstab ist dieser in einem weiteren Schritt aufgrund einzelfallbezogener Kriterien zu verfeinern. So können jedenfalls an einen berufsmässigen, entgeltlichen und spezialisierten Gutachter erhöhte Anforderungen an seine Sorgfaltspflicht gestellt werden.¹⁷³¹ Eine allgemeingültige Vorgehensweise bei der Expertise von Kunstobjekten gibt es dabei jedoch nicht.¹⁷³² Zu den grundlegenden Pflichten gehört es aber etwa, dass der Kunstsachverständige das Kunstobjekt im Original untersucht, Stilkritik übt, die Provenienz erforscht und – falls erforderlich – naturwissenschaftliche Überprüfungen anregt.¹⁷³³ Letzteres erfolgt zumeist in einem spezialisierten Labor. Im Grundsatz hat sich der Kunstexperte eingehend und umfassend mit dem Kunstobjekt zu beschäftigen und alle verfügbaren Erkenntnisquellen zu nutzen.

Neben einer Pflichtverletzung durch den Kunstsachverständigen ist weiter vorausgesetzt, dass der Ratsuchende bzw. der Auftraggeber einen vermögensrechtlichen Schaden erlitten hat. Da Kunstexpertisen aus verschiedenen Zwecken in Auftrag gegeben werden, können sie entsprechend auf unterschiedliche Weise das Vermögen des Auftraggebers schädigen. Wird etwa ein Gemälde durch ein Gutachten wertmässig zu hoch eingeschätzt, so besteht der Schaden des Auftraggebers als Eigentümer bspw. in den zu hohen Steuern, Versicherungsprämien oder Sicherungsmassnahmen. Ein Schaden kann aber auch vorliegen, wenn im Vertrauen auf eine fehlerhafte Kunstexpertise falsche An- oder Verkaufsentscheidungen getroffen werden.¹⁷³⁴ Ist eine Expertise zwar fehlerhaft, aber erleidet der Auftraggeber keinen Schaden, so besteht unter Umständen gleichwohl die Möglichkeit einer Minderung des Gutachterhonorars.

Ist letztlich auch die Kausalität zwischen dem Schadenseintritt und der Vertragsverletzung als weitere Haftungsvoraussetzung erfüllt und kann sich der Sachverständige nicht erfolgreich exkulpieren, so ist eine Haftung nach Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 OR im Grundsatz zu bejahen, wobei die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden kann, soweit dies zwischen den Parteien gültig vereinbart wurde. Beim Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen ist dem Auftraggeber schliesslich das positive Vertragsinteresse zu ersetzen, was neben der Vermögensverminderung auch einen allfälligen ent-

¹⁷³¹ WIEGAND, recht, S. 138; WEBER, AJP, S. 184.

¹⁷³² SCHREMBS, S. 324.

¹⁷³³ SCHREMBS S. 326.

¹⁷³⁴ HÄRET, S. 236.

gangenen Gewinn mitumfasst.¹⁷³⁵ Bei der konkreten Bemessung des Schadens ist weiter abzuwägen, ob es sich im Einzelfall rechtfertigt, dem Kunstsachverständigen den ganzen Schaden oder eventuell nur Teile davon aufzubürden. Im Hinblick auf die Erstellung einer Kunstexpertise werden insb. das Verschulden des Kunstsachverständigen, das Selbstverschulden des Auftraggebers, die Unentgeltlichkeit bzw. ein geringes Entgelt sowie die Natur des Geschäfts für die Schadensbemessung von Bedeutung sein.¹⁷³⁶

Neben der Haftung des Kunstsachverständigen gegenüber dem Auftraggeber hat die vorliegende Arbeit jedoch auch die Grundlagen und Möglichkeiten einer Haftung gegenüber einem vertragsfremden Dritten näher beleuchtet. Zu denken ist dabei an den Fall, in welchem ein potenzieller Käufer im Rahmen von Verkaufsverhandlungen auf eine zugrundeliegende Expertise eines Kunstobjekts als Entscheidungsgrundlage abstellt und darauf vertraut.¹⁷³⁷ Ein Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Kunstsachverständigen wird in casu kaum je vorliegen, so dass der Sachverhalt auf Grundlage einer ausservertraglichen Haftung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR zu beurteilen wäre. Da beim Dritten aber zumeist ein reiner Vermögensschaden vorliegen wird, ohne dass gleichzeitig ein absolut geschütztes Rechtsgut oder eine Schutznorm verletzt worden wäre, scheidet diese Haftungsgrundlage aufgrund der Geltung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie von vornherein aus. Weitere Rechtsbehelfe wie etwa der Vertrag zu Gunsten Dritter, der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter oder auch die Drittschadensliquidation bilden keine tauglichen Alternativen. Ein Teil der Lehre wie auch das Bundesgericht lösen die geschilderte Problematik unterdessen über die Anwendung der Vertrauenshaftung. Liegt zwischen dem Dritten und dem Kunstsachverständigen eine Sonderverbindung vor, wurde beim Dritten ein Vertrauen erweckt sowie enttäuscht und war ein vorgängiger Vertragsschluss nicht möglich, kann der Dritte seinen Schaden auf Grundlage der Vertrauenshaftung gegenüber dem Kunstsachverständigen geltend machen. Hierbei beschränkt sich der Schaden auf das negative Vertragsinteresse, womit der vertrauende Dritte so zu stellen ist, wie wenn er die wahre Sachlage gekannt und nicht vertraut hätte.

Im Ergebnis ist zu konstatieren, dass ein Kunstsachverständiger mit Annahme eines Gutachterauftrags ein nicht unbeträchtliches Haftungsrisiko gegenüber dem Auftraggeber als auch gegenüber Dritten eingeht. Er ist daher gut beraten, bereits zu Beginn seiner Gutachtertätigkeit sämtliche in dieser Arbeit aufgezeigten Sorgfalts- und Treuepflichten zu beachten, um das Haftungsrisiko zu minimieren oder gar ganz zu eliminieren. Schliesslich kann ein Kunstsachverständiger durch klare Angaben von Art und Umfang der durchgeführten Untersuchungen und eindeutig formulierten Vorbehalten im Gutachten beschränkend auf seine Haftung einwirken.¹⁷³⁸

¹⁷³⁵ BSK ORI-OSER/WEBER, Art. 398 N 30.

¹⁷³⁶ KAISER, S. 69 ff.

¹⁷³⁷ HÄRET, S. 245.

¹⁷³⁸ HÄRET, S. 347; vgl. zu den Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen auf den S. 188 ff. hiervor.

Eine Kunstexpertise kann über den Zustand, die Herkunft, den Wert sowie insbesondere über die Authentizität eines Kunstobjektes Auskunft geben. Ihr kommt nicht nur im eigentlichen Kunsthandel, sondern etwa auch bei der Besteuerung, Versicherung und Beleihung von Kunstobjekten sowie im Rahmen der erbrechtlichen oder güterrechtlichen Vermögensauseinandersetzung eine zentrale Rolle zu.

Mit der vorliegenden Arbeit hat der Autor anhand einer kritischen Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Lehre die rechtliche Qualifikation des Vertrages über eine Kunstexpertise eingehend analysiert und die haftungsrechtlichen Folgen im Zusammenhang mit Kunstexpertisen erarbeitet sowie geklärt. Dabei hat er es nicht unterlassen, im Speziellen auch auf involvierte Drittparteien einzugehen. Ein Leitfaden zu den zahlreichen Sorgfaltspflichten, welche Kunstsachverständige bei der Erarbeitung einer Kunstexpertise und der Untersuchung eines Kunstobjektes zu beachten haben, runden die Arbeit ab.

Die vorliegende Arbeit ist auf die Bedürfnisse sowohl von Rechtsanwälten und Gerichten als auch die der Parteien einer Kunstexpertise in der Praxis ausgerichtet.

ISBN 978-3-7190-4781-8

