
Kauf eines Originals der bildenden Kunst, insbesondere einer Fotografie

*Peter Mosiman
Markus Müller-Chen*

I. Einleitung

Kunstwerke sind als Gegenstand des Kunstmarkts eine einzigartige Herausforderung für das Recht. Dies gilt ganz besonders mit Bezug auf den Begriff des Originals. Gemeinhin wird angenommen, der Begriff des Originals sei geprägt von der kunstwissenschaftlichen, literarischen und auch philosophischen Betrachtung.¹

In Tat und Wahrheit wird der Begriff des Originals jedoch massgeblich beeinflusst durch die Bräuche des Kunsthandels, d.h. die Praxis der Galeristen und der Auktionshäuser. Literatur und Praxis (z.B. das Zivilgericht Basel-Stadt in einem Urteil vom 15. Juni 1979)² folgen diesen Usanzen häufig.

Das Steuerrecht kennt eine eigenständige Definition des Originals. Nach dem Willen der Mehrwertsteuerverwaltung haben bei lithographischen Werken Auflagen von bis zu 250 Exemplaren Originalcharakter, bei der Fotografie aber nur solche von bis zu 30 Exemplaren.³

Die Ambiguität des Begriffs «Original» kommt auch in Fachpublikationen zum Ausdruck. So verwendet z.B. die International Fine Print Dealers Association (IFPDA) in der Publikation «What is a Print?» den Ausdruck Original («originality») nicht, weil er «bankrupt and imprecise» sei.⁴

Sammler, Investoren, Händler, Museen und die in diesem Zusammenhang oft vernachlässigten Künstler agieren allerdings nicht in einem normativen Vakuum. Vor allem das Urheberrecht, aber auch weitere Erlasse wie das Kulturgütertransfergesetz setzen dem Originalbegriff einen normativen Rahmen, der zu beachten ist. Für den Wert und die Aura der Kunst sind nicht nur die Qualität des Kunstwerks, die Authentizität, die Provenienz und die Zahl der Werke des Künstlers massgeblich, sondern auch der Originalbegriff. Dieser bildet den Kern dieses Bei-

1 Siehe z.B. WALTER BENJAMIN's Ausführungen zur «Aura» eines Kunstwerks: WALTER, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, in: TIEDEMANN/SCHWEPPENHÄUSER (Hrsg.), Gesammelte Schriften I, 2 (Werkausgabe, Bd. 2), Frankfurt a.M. 1980, 471 ff.

2 Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil vom 15. Juni 1979 i.S. F.G./Dr. P.H.

3 MWST-Branchen-Info 23/Kultur, Ziff. 8.2.4 und 8.2.5.

4 International Fine Print Dealers Association, What is a Print?, 1995, 11.

trags. Die Autoren legen das Schwergewicht auf den Kunsthandel, wobei die Besonderheiten des Auktionshandels ausgeklammert werden.

Das Thema dieses Aufsatzes wurde mit Blick auf die Jubilarin mit Bedacht gewählt, deren wissenschaftliche Neugierde gerade das Kaufrecht im Besonderen befruchtet hat. Sie ist auch passionierte Fotografin. Ihr sei der Beitrag in herzlicher, langjähriger Verbundenheit gewidmet.

II. Kaufgegenstand: Original der bildenden Kunst

Im Fachausdruck «Original» steckt das lateinische Wort *origo*, der Ursprung. Original ist folglich das ursprüngliche Werk als geistige Schöpfung des Autors, mithin immer eine menschliche Kreation, zu der sich der Autor bekennt. Je nach Art der Kunst ist die Festlegung dessen, was ein Original ist, schwierig.

1. Unikat

Original ist zunächst das Unikat, wie das Ölgemälde, das Aquarell, die Zeichnung, die Collage des Bildhauers, die Skulptur aus Holz, Eisen, Stein etc. Das Unikat wirkt im Zusammenhang mit dem Originalbegriff kaum Probleme auf. Auf Besonderheiten der digitalen Kunst wird noch zurückzukommen sein (vgl. nachstehend Ziff. II.3.b) und II.4.).

2. Serielle Kunst

a) Allgemein

Nicht nur das Unikat, sondern auch serielle Werke wie Lithographien, Holzschnitte, Kupferschnitte, Radierungen und Bronzeabgüsse können Originale sein. Dies steht seit Jahrhunderten – und erst recht seit dem 20. Jahrhundert – ausser Frage. Serielle Werke gelten nach herrschender Lehre nur dann als Originale, wenn sie unter Verwendung der vom Autor handgearbeiteten Druckunterlage⁵ und bei der Vervielfältigung zumindest unter Aufsicht des Autors⁶ kreiert werden. Nicht anders verhält es sich bei Abgüssen. Posthume Vervielfältigungen sind somit keine Originale.⁷ Dies ist vor allem für die Fotografie von Bedeutung. Trotzdem werden

⁵ PICKER, Praxis des Kunstrechts, München 1990, 16 ff.

⁶ SCHACK, Kunst und Recht, 2. Aufl., Tübingen 2009, Rn. 24; VOGEL, in: SCHRICKER, Urheberrecht, München 2006, § 44 dt. UrhG Rn. 27; a.M.: KATZENBERGER, in: SCHRICKER, Urheberrecht, München 2006, § 26 dt. UrhG Rn. 28; MÜLLER-CHEN, Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts, ZSR 2010 II, 5, 74.

⁷ SCHACK (Fn. 6), Rn. 24; PLÖCKINGER, Kunstfälschung und Raubkopie: Eine strafrechtliche Untersuchung, Wien 2006, 13; VOGEL (Fn. 6), § 44 dt. UrhG Rn. 27; NORDEMANN, in:

im Kunsthandel noch immer sog. Estate Prints oder posthume Abzüge als Originale angeboten.

Gemäss herrschender Lehre sind im Voraus signierte Vervielfältigungen, die nicht unter der Aufsicht des Autors abgezogen werden, keine Originale. SALVADOR DALÍ (1904-1989) hat in den Siebziger Jahren leere Bögen unterschrieben, die später bedruckt wurden.⁸

Das Original muss weder signiert noch nummeriert sein.⁹ Dem Künstler ist indessen die Signatur zu empfehlen, um die vom Kunstmarkt mit guten Gründen geforderte Echtheit und den Originalcharakter zu bezeugen. Die Signatur ist zwar nur ein Indiz für das Original, sie wirkt sich aber wertsteigernd aus. Wie SCHACK¹⁰ richtig bemerkt, macht aber auch die Signatur des Künstlers aus einer schlichten Reproduktion kein Original.

Ebenso ist dem Künstler zu empfehlen, ein serielles Werk zu nummerieren, womit eine Auflage kenntlich gemacht wird. Die Sammler und Investoren haben dadurch Kenntnis von der Zahl der im Markt gehandelten originalen Werkexemplare. Auch die Nummerierung ist wertsteigernd.

b) Zum urheberrechtlichen Originalbegriff

Der Begriff des Originals in der seriellen Kunst wird weitgehend von den Bedürfnissen der Marktteilnehmer geformt, insbesondere von den Usanzen des Kunsthandels und der Museen sowie von der Praxis der Mehrwertsteuerverwaltung. Entscheidend ist indessen, dass der Künstler durch die verfassungsrechtliche Kunstfreiheit (Art. 21 BV) und das Urheberrecht in seinem Werk- und Wirkungsbereich in vielfältiger Weise geschützt ist; im Gegenzug werden ihm aber auch Grenzen gesetzt.¹¹

Der Künstler kann den urheberrechtlichen Schutz nur in Anspruch nehmen, wenn sein Werk den Begriff der geistigen Schöpfung mit individuellem Charakter erfüllt (Art. 2 URG). Für die Rechtsträgerschaft des Urheberrechts ist der Schöpfungsakt massgeblich (Art. 6/9 URG). Daran knüpfen auch die urheberrechtlich

FROMM/NORDEMANN, Urheberrecht, 10. Aufl., Stuttgart 2008, § 26 dt. UrhG Rn. 11; SCHULZE, in: DREIER/SCHULZE, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., München 2008, § 44 dt. UrhG Rn. 19.

8 LERNER/BRESLER, Art Law – The Guide for Collectors, Investors, Dealers and Artists, 3rd ed., New York City 2005, Vol. I, 466 ff.; vgl. *FTC v. Magui Publishers, Inc. and Pierre Marcand*, 1991 U.S. Dist. LEXIS 20452 (c.d. Cal. 1991); weitere Hinweise bei SCHACK (Fn. 6), Rn. 23.

9 VOGEL (Fn. 6), § 44 dt. UrhG Rn. 25.

10 SCHACK (Fn. 6), Rn. 24.

11 Dazu SCHACK, Das Recht als Grundlage und Grenze künstlerischen Schaffens, KUR 2006, 157 ff.; MOSIMANN/RENOLD, Der Künstler im Recht, in: MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Basel 2009, 6 ff.

relevanten Verwertungsrechte an (Art. 9/10 URG).¹² BULLINGER hat zu Recht aufgezeigt, dass dem Originalbegriff im Urheberrecht hervorragende Bedeutung zukommt, insbesondere im Bereich des Entstellungsverbots, des Urheberstrafrechts und des Folgerechts.¹³ Der Künstler wird nur geschützt, wenn das Werk die Voraussetzungen des urheberrechtlichen Originalbegriffs erfüllt. Dies ist denn auch der Grund dafür, dass ein Original der seriellen Kunst nur dann vorliegt, wenn das Werk unter der Verwendung der vom Autor handgearbeiteten Druckunterlage und bei der Vervielfältigung unter Aufsicht des Autors kreiert wird.¹⁴

3. Fotografie

a) Analoge Fotografie

Das Zeitalter der Fotografie beginnt 1839 mit den Daguerrotypen des Franzosen L.J.M. DAGUERRE (1787-1851). Er machte silberbeschichtete Kupferplättchen lichtempfindlich. Sie wurden belichtet, entwickelt und fixiert. Diese ersten Fotografien waren Unikate und Originale zugleich, ähnlich den Autochromen, Diapositiven, Ektachromen und Polaroidaufnahmen im 20. Jahrhundert.

Auf die Daguerrotypen folgen die Salzpapiernegative des Engländers W.H.F. TALBOT (1800-1877). Seine Technik erlaubte es, in einem chemischen Verfahren sowohl ein negatives als auch ein positives Werk herzustellen. Beide waren Originale.

Einen weiteren Meilenstein bildet die Technik des englischen Arztes RICHARD LEACH MADDOX mit der Entwicklung der Trockenplatte mit einer Chromsilber-Gelatineschicht. GEORGE EASTMAN entwickelte diese Technik zum Rollfilm und in der Folge zum Celluloidfilm weiter.¹⁵

Aus dem 20. Jahrhundert sind insbesondere die Meisterwerke von STEICHEN, ADAMS und KERTÉSZ bekannt. Die Fotografie entwickelte sich im Wesentlichen zur Aufnahme mit Negativ und Abzug. Es entspricht herrschender Lehre, dass Kunstfotografien urheberrechtliche Werke im Sinne von Art. 2 URG sind. Dabei wird in der Regel jede reproduktionsfähige Erstfixierung¹⁶ und damit der Abzug als Original bezeichnet.¹⁷

12 Vgl. dazu einlässlich BULLINGER, Urheberrechtlicher Originalbegriff und digitale Technologien, KUR 2006, 106 ff.

13 BULLINGER (Fn. 12), 106 ff.; für digitale Kunst vgl. NIELEN, Die digitale Bildaufnahme und -verarbeitung, in: HOEREN/NIELEN, Fotorecht, Berlin 2004, 147.

14 Siehe vorn Ziff. II.2.; SCHACK (Fn. 6), Rn. 24; VOGEL (Fn. 6), § 44 dt. UrhG Rn. 27; a.M.: KATZENBERGER (Fn. 6), § 26 dt. UrhG Rn. 28; MÜLLER-CHEN, ZSR 2010 II, 75.

15 HEMPEL, Technische und wirtschaftliche Grundlagen, in: HOEREN/NIELEN, Fotorecht, Berlin 2004, 32.

16 WANDTKE, in: WANDTKE/BULLINGER, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl., München 2009, § 44 dt. UrhG Rn. 17; VOGEL (Fn. 6), § 44 dt. UrhG Rn. 21; NORDEMANN (Fn. 7), § 44 dt.

Richtig besehen kann aber sowohl das Negativ wie der Abzug ein Original sein.¹⁸ Das Negativ ist ein Original, sofern der Ausschnitt von individuellem Charakter ist; der Abzug ist jedenfalls als Vervielfältigung im Schöpfungszeitpunkt ein Original. Sofern er selbst individuell gestaltet ist, kommt ihm zusätzlich als Abzug Originalcharakter zu, unabhängig vom Zeitpunkt des Abzugs.

Immer ist jedoch zu beachten, dass das Urheberrecht – wie SCHACK zu Recht hervorhebt¹⁹ – den Rahmen des geschützten Werkschaffens des Künstlers, hier also des Fotografen, bestimmt. Es gibt folglich keinen von den verkehrsbeteiligten Kreisen alleine bestimmten Originalbegriff der Fotografie. Dies wird im Folgenden am Beispiel der Unterscheidung zwischen *Vintage Print* und *Printed Later* erörtert.

Ein *Vintage Print* ist nach den Bräuchen des Kunsthandels ein Abzug, der *annähernd* zur gleichen Zeit wie das Negativ vom Fotografen selbst oder von anderer Hand unter seiner Aufsicht erstellt worden ist.²⁰ Original kann aber nur jener Abzug sein, der ein Werk im urheberrechtlichen Sinne ist, d.h. eine geistige Schöpfung von individuellem Charakter. Diese Voraussetzung erfüllt ein Abzug nur, wenn er unmittelbar oder jedenfalls innerhalb von ein bis zwei Jahren nach der Herstellung der Aufnahme abgezogen wird.²¹ Nur ein solcher Abzug ist ein *Vintage Print*. Der Fotograf-Künstler als Urheber soll alle vom Urheberrechtsgesetz gewährten Rechte nutzen können. Diese richten sich aber nach dem Schöpfungsrecht, also nach dem Recht der Zeit der kreativen Handlung, d.h. des fotografischen Schöpfungsakts und der Zeit unmittelbar danach.

Bis vor wenigen Jahren wurden daher in den Auktionskatalogen zu Recht nur diejenigen Abzüge als *Vintage Print* bezeichnet, die in der Zeit des kreativen Prozesses entstanden. Für solche, die danach entstanden, wurde der Begriff *Printed Later* verwendet.²² Diese sind keine Originale, es sei denn, der Schöpfer verleiht dem späteren Abzug (dem *Printed Later*) einen individuellen Charakter im urheberrechtlichen Sinne. Zu Unrecht bezeichnen heute manche Auktionskataloge

UrhG Rn. 6 (allerdings nur für nummerierte Abzüge, siehe auch NORDEMANN, § 26 dt. UrhG Rn. 10 und 12).

17 PICKER, Praxis des Kunstrechts, München 1990, 65.

18 HAMANN, UFITA 90/1981, 45, 51 f.; SCHULZE (Fn. 7), § 44 dt. UrhG Rn. 19.

19 SCHACK, KUR 2006, 157 ff.

20 Vgl. Auktionskatalog Villa Grisebach, Auktionen, Auktion Nr. 107, Fotografie 30. Mai 2003, und Sotheby's Photographs, New York, October 15 and 16, 2007.

21 So auch VOGEL (Fn. 6), § 44 dt. UrhG Rn. 27; a.A.: BULLINGER (Fn. 16), § 44 dt. UrhG Rn. 19; SCHULZE (Fn. 7), § 44 dt. UrhG Rn. 19.

22 Vgl. etwa Sotheby's Photographs, New York, October 15 and 16, 2007: «Prints A vintage print is one made at roughly the same time as a negative by the photographer himself or by a person or procedure satisfactory to the photographer. Specific dates of positive prints are rarely known. The distinction between a vintage print and a print done considerably later would be expressed as follows, with the date referring to the production of the negative: 1901 (for a vintage print) 1901, printed later (for a later print).»

Abzüge, die wesentlich später als das Negativ angefertigt wurden, nicht mehr als *Printed Later*. Sie werden als Originale gekennzeichnet, jedoch mit einem bestimmten späteren Schöpfungsdatum.²³ Dadurch wird der unzutreffende Eindruck eines *Vintage Prints* erweckt. Wohl verfügt der Abzug über ein bestimmtes Datum, dieses entspricht aber nicht dem Schöpfungszeitpunkt, womit er auch kein Original ist; in Tat und Wahrheit fand die urheberrechtlich relevante Schöpfung zum Zeitpunkt der Kreation statt.²⁴

b) Digitale Fotografie

Heute befinden wir uns in einer neuen Epoche der Fotografie. Im digitalen Zeitalter spielen die elektronisch erfassten Bildinformationen eine zentrale Rolle.

Nach anfänglicher Hinterfragung²⁵ steht fest, dass auch digitale Aufnahmen Fotografien im Rechtssinne sein können. Auch die fotografieähnlichen Verfahren sind Fotografien im Rechtssinne (Art. 2 Abs. 2 URG). Entscheidend ist eine in Wirkungsweise und Ergebnis dem fotografischen Schaffen ähnliche Schöpfung, bei der die Mittel der Bildgestaltung²⁶ durch Motivwahl, Bildausschnitt sowie Licht- und Schattenverteilung²⁷ verwendet werden. Keine Fotografie im urheberrechtlichen Sinne und damit kein Original ist hingegen die Digitalisierung traditionell hergestellter Fotografien, weil es an einer geistigen Schöpfung mit individuellem Charakter fehlt. Dies gilt ganz besonders nach der Theorie der statistischen Einmaligkeit,²⁸ da ein vorhandenes Werk lediglich mit anderer Technik reproduziert wird.

Nun sind die Protagonisten der digitalen Fotografie, wie RUFF, GURSKY, ELIASSEN, DEIKSTRA und TILLMANS, nicht einfach Fotografen mit digitaler Kamera; sie bearbeiten ihre zahlreichen Aufnahmen des gleichen Subjets elektronisch, so dass veränderte Bilddateien die veränderte Strahlung und damit die Veränderung

23 Vgl. etwa Auktionskatalog Villa Grisebach, Auktionen, Auktion Nr. 107, Fotografie 30. Mai 2003: «Vintage meint eine Fotografie, bei der das Datum der Aufnahme dem Datum des Abzuges annähernd entspricht und die vom Fotografen selbst oder von anderer Hand im Sinne des Fotografen erstellt worden ist. Die Datierung eines späteren Abzuges ist, soweit sie bestimmbar war, angegeben. Hiervon ausgenommen sind Fotografien zeitgenössischer Künstler ab 1980.»

24 Zu differenzieren ist indessen bei späteren Abzügen, die selbst schöpferisch gestaltet wurden (vgl. dazu vorn, Ziff. II.3.a). Diese können als solche Werke im urheberrechtlichen Sinn und damit Originale sein.

25 MAASSEN, Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung, ZUM 1992, 338, 339.

26 Zu den einzelnen Gestaltungsmitteln und -elementen siehe NORDEMANN, Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk, Baden-Baden 1992, 135 ff.

27 BGE 130 III 168 ff. – «Bob Marley», 173.

28 BGE 130 III 168 ff. – «Bob Marley», 172 f. (Fn. 27).

auf dem Bildschirm vermitteln. Dadurch entstehen veränderte Schöpfungen als neue geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter.

Der entscheidende Schöpfungsakt in der digitalen Fotografie ist somit heute ein Zusammenwirken von mehreren Schaffensphasen. In einem ersten Schritt wählt der Künstler sein Sujet und fotografiert es. Danach folgen die Eingriffe mittels digitalen Verstellungen, Überblendungen etc. Das Ergebnis ist in einer Datei festgehalten.

Es stellt sich die Frage, welches Werk bei der digitalen Fotografie das urheberrechtlich geschützte Werk ist. Ausser Betracht fällt die Betriebssoftware, welche die Bearbeitung der digitalen Fotografie erlaubt. Ebenso wenig ist die Festlegung des digitalen Werkes (im *Certificate of Authenticity* üblicherweise als scan data CD definiert) ein urheberrechtliches Werk. Es ist auch nicht der Abzug alleine (C-Print, Inkjet Print u.a.). Vielmehr ist es die Datei (z.B. scan data CD) zusammen mit dem durch den Künstler oder unter seiner Aufsicht ausgeführten Abzug. Dies bedeutet, dass im Gegensatz zur analogen Fotografie, in der es zwei Originale (Negativ und Positiv) geben kann (siehe Ziff. II.3.a), in der digitalen Fotografie nur ein aus zwei Teilen zusammengesetztes Original (scan data plus Abzug) existiert.

Dem digitalen Print ist eigentümlich, dass die Datei zwar das ganze vom Künstler entwickelte Werk abstrakt in Bits and Bytes definiert. Das Werk im Urheberrechtssinne muss indessen immer mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbar sein. Das trifft auf die Datei nicht zu. Für den urheberrechtlichen Schutz bedarf es somit der «Übersetzung» für die menschlichen Sinne, also eines Werkexemplars.²⁹

Für die analoge Fotografie wurde vorstehend ausgeführt, dass nur der Vintage Print, also der Abzug, der unmittelbar nach der Herstellung der Aufnahme angefertigt wird, das urheberrechtlich geschützte Werk ist. Anders verhält es sich bei der digitalen Fotografie. Das digitale Werk ist in der scan data CD enthalten und wird nicht mehr verändert. Die Art und die Qualität des Abzugs sind mithin für den schöpferischen Akt nicht mehr bestimmend. Anders als bei der analogen Fotografie ist somit bei der digitalen Fotografie auch ein späterer, unter Aufsicht des Fotografen hergestellter, Abzug ohne weiteres ein urheberrechtlich geschütztes Werk. Da digitale Werke beliebig ohne Qualitätsverlust vervielfältigbar sind, handelt es sich von Natur aus nicht um Unikate. Es gehört daher zum digitalen Kunstwerk, dass der Künstler die Vervielfältigung als die seinige kenntlich macht. Dies geschieht regelmässig mittels eines sog. *Certificate of Authenticity*, in dem sich der Künstler urkundlich zu einer genau definierten Auflage bekennt (z. B. «1/6 Edition with 1

29 Etwas Anderes gilt in der Architektur. Dort sind die Zeichnungen und Pläne das urheberrechtlich geschützte Werk und das Bauobjekt als Vervielfältigungsobjekt Werkexemplar, vgl. MOSIMANN, Der Werk- und Wirkungsbereich im Kunstschaffen des Architekten, in: MOSIMANN/RENOLD/RASCHER (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Basel 2009, 584 m.w.H.

AP» [= *Artist's Proof* = Künstlerabzug] oder «Edition of 1 with 1 AP»³⁰). Nur bei diesen Abzügen handelt es sich um Originale und Werke im urheberrechtlichen Sinn.

Der Inhalt des *Certificate of Authenticity* kann über die Definition der Edition hinausgehen. So mag darin etwa ausgewiesen werden, dass die Datei ausschliesslich für das gewählte Format verwendet wird, d.h. nicht für zahlreiche weitere identische, jedoch kleinere oder grössere Abzüge. Das *Certificate of Authenticity* kann auch verschiedene Grade der Exklusivität aufweisen. So zertifizierte SUGIMOTO bei seinen berühmten «Sea Scapes» eine Serie von 25 Abzügen. Dieselben Fotografien sind erschienen unter dem Titel «Time Exposed» mit einer Edition von 50 Abzügen mit der Bezeichnung «offset lithographs, each with embossed title, date and number (on the mount). Signed in pencil on one of the five text inserts.»

Zu beachten ist ferner, dass die digitalen Prints, insbesondere die farbigen, mit der Zeit und je nach Lichtexposition verblassen. Zu diesem Zwecke stellen einzelne Künstler dem Käufer mit der Eigentumsübertragung die Datei mit der Ermächtigung zur Verfügung, im Falle des Verblassens einen neuen Ausdruck herzustellen, sofern der alte vernichtet wird.³¹ Dieses Vorgehen ist offensichtlich problematisch. Es besteht keine Gewähr, dass der Eigentümer den originalen Abzug, der verblasst ist, effektiv zerstört. Sodann ist der aufgrund der Datei hergestellte neue Abzug offensichtlich nicht unter Aufsicht des Künstlers hergestellt worden. Gewisse Fotografien sind daher selber für den zweiten Abzug aus der definierten Edition besorgt.

Schliesslich sehen manche Künstler auch vor, dass nicht nur die verkaufte Edition und der *Artist's Proof* vervielfältigt werden, sondern zusätzlich auch ein *Exhibition Proof*. Dieser wird entweder nach der Ausstellung vernichtet oder zu diesem Zwecke weiterverwendet.³²

Der Markt der digitalen Fotografie ist insgesamt weit transparenter als jener der analogen Fotografie, obwohl die vorstehend skizzierten Vorgehensweisen An-

30 Vgl. etwa den folgenden Auszug aus einem *Certificate of Authenticity*: «This art work, an inkjet print, is in an edition of one with one artist proof. This piece includes the scan data CD from which the inkjet print was produced.»

31 Eine solche Ermächtigung lautet etwa folgendermassen: «In the event that this inkjet print fades due to exposure to daylight or ages in any way, the owner has the right to produce a new inkjet print provided that the owner destroys the existing copy. A new print may be produced on a Hewlett Packard Z1600 series printer or a similar inkjet printer available in the future. To do this the image area must be enlarged to 200.2 CM x 133.6 CM.»

32 Eine entsprechende Klausel lautet etwa folgendermassen: «With the owner's consent, XY may choose to recreate this inkjet print for the purpose of exhibition only. After exhibition this copy will be destroyed or retained by XY for use only as an exhibition copy, never to be sold or given away. The physical manifestation of this work in more than one place at a time does not threaten the work's uniqueness since the certificate defines its uniqueness. The owner will be credited in the exhibition to their liking.»

lass für Unsicherheiten bieten könnten. Es besteht weitgehend Klarheit darüber, was Originale sind: Es sind dies Abzüge des Künstlers oder unter seiner Aufsicht auf der Grundlage einer Datei hergestellte Vervielfältigungen. Gerade wegen der beliebigen Vervielfältigungsmöglichkeiten ohne Qualitätsverlust haben sich die Künstler hohe Ansprüche an die Zertifizierung auferlegt. Der vom Urheber autorisierte Digitalprint auf der Grundlage der Werkdatei ist ein Werkexemplar mit Originalcharakter.

Auch im Digitalzeitalter können die Verhältnisse allerdings reichlich komplex sein, wie die folgenden Beispiele zeigen:

- Es gibt Fotografen, die sowohl die Digital- wie auch die Analogtechnologie anwenden. Dies betrifft vor allem die Fotografen der grossformatigen Abzüge. Zunächst werden grossformatige Diapositiv- oder Negativvorlagen kreiert, die hiernach eingescannt werden. Sie werden danach bearbeitet, um zu grossformatigen Digitalprints verarbeitet zu werden. Diese Werke können ohne Weiteres den urheberrechtlichen Originalbegriff erfüllen.
- Manche Künstler kreieren zunächst wenige C-Prints zu entsprechend hohen Preisen. Anschliessend schaffen sie eine Zweitaufgabe mit digitalen Vervielfältigungen. Meistens werden diese mit anderem Format hergestellt. Auch hier kann der urheberrechtliche Originalbegriff erfüllt sein. Im Verkehr mit den Käufern muss jedoch Klarheit darüber bestehen, dass es sich um ein «déjà vu» handelt.
- Kein Originalwerk liegt hingegen vor bei der Digitalisierung traditionell hergestellter Fotografien. Es fehlt an einer geistigen Schöpfung mit individuellem Charakter.³³

4. Multimediale Kunst

Das Urhebergesetz kennt den Begriff des multimedialen Werkes nicht; es gibt auch keinen entsprechenden Rechtsbegriff. Multimediawerke beinhalten meistens Elemente der bildenden Kunst, der Fotografie, von Sprach- und Audiowerken resp. von filmischen und anderen audiovisuellen Werken. Sie sind regelmässig durch eine Software gesteuert. In der Regel sind die Multimediawerke eine Kombination von neuen Werkschöpfungen, Bearbeitungen bestehender Werke (so insbesondere bei den Künstlern der *Appropriation Art*)³⁴ und Sammelwerken. Kein Zweifel besteht, dass sie urheberrechtlich schützbar sind, und zwar mit Bestandteilen von Art. 2 Abs. 2 lit. a, b, c und g URG und darüber hinaus auch über die zugrunde liegende Software (Art. 2 Abs. 3 URG). Die Einordnung wird je nach künstlerischer

33 Siehe vorn Ziff. II.3.b); BGE 130 III 168 ff. – «Bob Marley», 172 f. (Fn. 27).

34 SCHACK (Fn. 6), 350 ff.; SCHACK, *Appropriative Art und Urheberrecht*, FS Nordemann, München 2004, 107 ff.

schem Multimediawerk variieren, was angesichts des offenen Kataloges in Art. 2 Abs. 2 URG nicht von Bedeutung ist.³⁵ Entscheidend ist aber, dass der Schöpfer beim Multimediawerk mehrere Werkarten miteinander verbindet und/oder bestehende Werke und Leistungen zu einem neuen selbständigen Werk verändert. BULLINGER spricht zu Recht von einer «Art Gesamtkunstwerk»³⁶. Es ist daher richtig, die Multimediawerke als eigenständige Werkart zu bezeichnen.³⁷

Die Multimediawerke sind heute überwiegend digitale Werke. Sie eröffnen damit beliebige urheberrechtlich relevante Nutzungsmöglichkeiten, bei denen der Rezipient oftmals das Werk interaktiv verwenden kann.

In der Regel wird es nicht schwierig sein, den Schöpfer des Multimediawerks zu erkennen. Schwieriger ist es, das Original zu definieren. Der Käufer erwirbt meistens einen Datenträger (File, CD, DVD) samt des «Complete Master Set of Components» und dem kompatiblen Equipment. Der Originalcharakter lässt sich – soweit Equipment und Components nicht einer besonderen Anordnung für eine Rauminstallation folgen – nur dem *Certificate of Authenticity* entnehmen. Dieses wird bei Werken des hochpreisigen Kunstmarkts meistens mit Gewährleistungen/Warranties verbunden.³⁸

Bei Multimediawerken ist oftmals nicht definiert, welche urheberrechtlichen Verwendungsrechte mit dem Kauf des Werks eingeräumt werden. Ein Sammler oder ein Museum wird davon ausgehen, das Recht zur Aufführung des Werks zu Hause oder im Museum erworben zu haben. Die meisten Verträge schweigen sich aber darüber aus, ob Leihgaben oder Kopien urheberrechtlich zulässig sind, sei es aus Gründen der Archivierung, Sicherung oder Aufführung.³⁹

Bei den Multimediawerken besteht die Problematik, dass das für die Installation notwendige Equipment resp. das *Complete Master Set of Components* oftmals schnell veraltet und neue Hardware gegebenenfalls mit dem übergebenen Datenträger nicht mehr kompatibel ist. Wie bei der digitalen Fotografie (vorn Ziff. II.3.b) ist vertragliche Vorsorge zu empfehlen und im Kunstmarkt auch nicht unüblich.

35 Wobei die Zuordnung zu einer bestimmten Werkkategorie immerhin für den Künstler folgenreich ist für die Vielfalt der individuellen und kollektiven Verwertungsarten.

36 BULLINGER (Fn. 16), § 2 UrhG Rn. 152.

37 So auch BULLINGER (Fn. 16), Rn. 153; vgl. auch BEUTLER, Multimedia und Urheberrecht, Bern 1998, 216 ff.

38 «The work is authentic, unique and was created by the artist. The seller is the sole and absolute owner of the work and has good and marketable title to the work (...)».

39 Vgl. dazu LERNER/BRESLER (Fn. 11), Vol. III, 39 ff.

III. Auf den Kunstkauf anwendbares Recht

Der Kunstmarkt ist sehr international ausgerichtet. Aus diesem Grund stellt sich häufig die Frage nach dem anwendbaren Recht, wenn die Parteien ihren Wohnsitz, Sitz oder ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben.

1. Kollisionsrechtliche Anknüpfung des Kaufvertrags

Die Parteien können eine Rechtswahl treffen (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Diese muss ausdrücklich getroffen werden oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder den Umständen ergeben (Art. 116 Abs. 2 OR). Im Kunsthandel sind schriftliche Kaufverträge mit ausführlichem *Terms and Conditions* nach wie vor die Ausnahme. Dies bedeutet auch, dass in der Mehrheit der Fälle keine Rechtswahl verabredet wird. Dies mag beim Verkauf von hochpreisigen Unikaten anders sein, da dort regelmässig ein professioneller Beraterstab das Geschäft begleitet. Auch eine stillschweigende Rechtswahl darf bei Kunstkäufen nur selten angenommen werden, da sich eine solche *eindeutig* aus den Umständen ergeben muss. Solche Indizien können z.B. die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien oder der Zusammenhang des Kaufvertrags mit anderen Verträgen (z.B. einem Finanzierungsvertrag) sein.⁴⁰

Eine Rechtswahl ist gemäss Art. 120 Abs. 2 IPRG ausgeschlossen, wenn der Käufer das Kunstwerk für seinen persönlichen Gebrauch erwirbt. Bei hochpreisigen Originalen und solchen des mittleren Preissegments wird jedoch nicht von einer Leistung gesprochen werden können, welche typischerweise von einem Privathaushalt nachgefragt wird.⁴¹

Liegt keine Rechtswahl vor, untersteht der Kaufvertrag über ein Original der bildenden Kunst, insbesondere der Fotografie, regelmässig dem Recht des Staates, in dem der Verkäufer seinen Wohnsitz, Sitz oder seine Niederlassung hat.⁴² Im praktisch wichtigen Fall, in dem ein Kunstwerk an einer Messe gekauft wird, kann unter Umständen das Recht des Landes Anwendung finden, in dem der Käufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁴³ Kauft ein Basler Galerist von einer New

40 BaslerKomm/AMSTUTZ/VOGT/WANG, Art. 116 IPRG N 44; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2000, N 102; ZürcherKomm/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 116 IPRG N 48 ff.

41 So auch RENOLD, Der Verkauf eines Kunstwerks («private treaty sale»), in: MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Basel 2009, Kap. 8 N 8; BaslerKomm/BRUNNER, Art. 120 IPRG N 24; ZürcherKomm/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 IPRG N 21; a.A.: SIEHR, in: HONSELL, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2010, Art. 2 CISG N 13 (mit Berufung auf das unveröffentlichte Urteil des OGH vom 11. Februar 1997).

42 Art. 118 IPRG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht.

43 Art. 118 IPRG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht.

Yorker Galerie an der Art Basel ein Kunstwerk, findet Schweizer Recht Anwendung, weil der US-amerikanische Verkäufer die Bestellung in Basel, am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Käufers entgegengenommen hat.

2. Anwendbarkeit des CISG

Haben die Parteien ihre Niederlassung in Vertragsstaaten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), finden auf den Kaufvertrag die Regeln dieses Übereinkommens Anwendung (Art. 1 Abs. 1 lit. a) CISG). Haben nur eine oder gar keine der Parteien ihren Sitz in einem Vertragsstaat, ist das CISG massgeblich, wenn die Kollisionsregeln des Forumsstaats auf das Recht eines Vertragsstaats verweisen (Art. 1 Abs. 1 lit. b) CISG).⁴⁴ Kauft z.B. ein Galerist aus London eine Fotografie in einer Basler Galerie, findet das CISG Anwendung, wenn der Galerist wegen einer Vertragsverletzung in Basel klagt, obwohl England kein Vertragsstaat ist.

Selbst bei grundsätzlicher Eröffnung des Anwendungsbereichs fallen bei weitem nicht alle Kunstkäufe unter das CISG. Dieses findet insbesondere weder Anwendung auf Versteigerungen (Art. 2 lit. b) CISG) noch auf Konsumentenkäufe (Art. 2 lit. a) CISG). Damit fällt insbesondere der Verkauf eines Kunstwerks an einen privaten Sammler nicht in den Anwendungsbereich des CISG, wenn dieser bei Vertragsschluss beabsichtigt, das Kunstwerk ausschliesslich privat zu nutzen.⁴⁵ Umgekehrt untersteht der Verkauf eines Kunstwerks von einem privaten Sammler an einen Galeristen dem CISG.⁴⁶

IV. Pflichten des Verkäufers eines Kunstwerks

Der Verkäufer eines Kunstwerks hat — wie jeder andere Verkäufer — die Pflicht, nach Massgabe des Vertrags und der gesetzlichen Bestimmungen das Kunstwerk zu liefern, die dieses betreffenden Dokumente zu übergeben und das Eigentum daran zu übertragen (siehe z.B. Art. 184 OR, Art. 30 CISG). Zudem ist

44 Diese Variante setzt voraus, dass der Forumsstaat ein Vertragsstaat ist, siehe FERRARI, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 1 CISG N 69; SAENGER, in: FERRARI/KIENINGER/MANKOWSKI/OTTE/SAENGER/STAUDINGER (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, München 2007, Art. 1 CISG N 8; PILTZ, Internationales Kaufrecht, 2. Aufl., München 2008, Rn. 2-92.

45 AUDIT, La vente internationale de marchandise, Paris 1990, 28; FERRARI (Fn. 44), Art. 2 CISG N 8; BGH, Urteil vom 31. Oktober 2001, VIII ZR 60/01, CISG-online Nr. 617; ACHILLES, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, Neuwied 2000, Art. 2 CISG N 2; PILTZ (Fn. 44), Rn. 2-61.

46 FERRARI (Fn. 44), Art. 2 CISG N 11; SIEHR (Fn. 41), Art. 2 CISG N 13, entscheidend sei der Zweck des Käufers.

er verpflichtet, fehlerfreie bzw. vertragsgemässe Ware zu liefern (Art. 197 ff. OR, Art. 35 CISG). Schliesslich treffen ihn gewisse Informations- und Sorgfaltspflichten.

Beim Verkauf eines Originals der bildenden Kunst interessieren vor allem die Pflicht zur Übergabe der Dokumentation, die Verpflichtung zur Lieferung von Ware, die in Qualität, Art und Verpackung den Anforderungen des Vertrags entspricht sowie die Informations- und Sorgfaltspflicht des Verkäufers.

1. Pflicht zur Lieferung vertragsgemässer Ware

Das CISG geht im Gegensatz zum OR von einem einheitlichen Vertragswidrigkeitsbegriff aus und unterscheidet nicht zwischen dem einfachen Sachmangel und der Zusicherung. Dies bedeutet insbesondere, dass nach Art. 35 CISG jede Abweichung vom vertraglichen Soll-Zustand eine Vertragswidrigkeit darstellt (keine Erheblichkeitsschranke wie im schweizerischen OR)⁴⁷ und dass auch die Falschliefierung eine nicht vertragsgemässe Lieferung ist.⁴⁸

Der Verkäufer ist primär verpflichtet, Ware zu liefern, die der vertraglichen Leistungsbeschreibung entspricht.⁴⁹ Dieser subjektive Fehlerbegriff gilt sowohl nach nationalen Kaufrecht (Art. 197 OR) als auch nach dem CISG (Art. 35 Abs. 1 CISG). Der Soll-Zustand ergibt sich dabei aus den im Vertrag festgelegten qualitativen und quantitativen Eigenschaften des Kunstwerks. Beschaffenheitsvereinbarungen können sich auch aus Angaben ergeben, die der Verkäufer aufgrund von Informationspflichten gemacht hat.⁵⁰ Diese Zusicherungen können ausdrücklich erfolgen (z.B. «Vintage Print», «Originalgrafik», «Modern Print», «Printed Later», «Estate Print» etc.) oder konkludent (hoher Preis als Indiz für ein Original). Diese Erklärungen sind mit den üblichen Methoden auszulegen (siehe Art. 8

47 BRUNNER, UN-Kaufrecht – CISG: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980: unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern 2004, Art. 35 CISG N 2; zum OR vgl. CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 197 OR N 13 ff.; FERRARI (Fn. 44), Art. 35 CISG N 13.

48 SCHWENZER, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 35 CISG N 10; MAGNUS, in: HONSELL, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2010, Art. 35 CISG N 6; FERRARI (Fn. 44), Art. 35 CISG N 9; anders die wohl herrschende Lehre zum schweizerischen Kaufrecht, siehe zur Kontroverse CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 197 OR N 26.

49 SCHWENZER (Fn. 48), Art. 35 CISG N 6; BRUNNER (Fn. 47), Art. 35 CISG N 4; FERRARI, in: FERRARI/KIENINGER/MANKOWSKI/OTTE/SAENGER/STUDINGER, (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, München 2007, Art. 35 CISG N 1; MAGNUS (Fn. 48), Art. 35 CISG N 1; PILTZ (Fn. 44), Rn. 4-6.

50 SCHWENZER (Fn. 48), Art. 35 CISG N 7; mit Bezug auf Werbeangaben: BENICKE, in: SCHMIDT (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München 2007, Art. 35 CISG N 10; zu den Informationspflichten siehe hinten IV.3. Informations- und Sorgfaltspflichten des Verkäufers.

CISG). Bei stillschweigenden Vereinbarungen (z.B. aufgrund von Handelsbräuchen und Gepflogenheiten der Kunstbranche nach Art. 9 CISG) ist der Übergang zur objektiven Anknüpfung nach Art. 35 Abs. 2 CISG fließend.⁵¹

Wie bereits erwähnt, werden Kunstkäufe häufig ohne ausformulierte *Terms and Conditions* abgeschlossen. Dies bringt es mit sich, dass die Parteien nicht alle Eigenschaften des Kunstwerks festlegen. In diesem Fall muss das Kunstwerk sich für die Zwecke eignen, für die Ware der gleichen Art gebraucht wird (Art. 35 Abs. 2 CISG). Nach Art. 197 Abs. 1 OR wird zusätzlich verlangt, dass der Sachmangel den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Das Kunstwerk muss qualitativ den (berechtigten) Erwartungen eines durchschnittlichen Kunstkäufers entsprechen (*reasonable quality*).⁵² Insbesondere muss digitale Kunst über eine gewisse Zeit haltbar sein, d.h. nicht vorschnell verblässen (siehe vorn Ziff. II.3.b)); bei multimedialer Kunst müssen Vorkehrungen getroffen werden, dass sie trotz des notorischen Veraltens der Technologien noch wahrnehmbar bleibt (siehe vorn Ziff. II.4). Bei der Frage nach der angemessenen Zeitdauer ist auf die Gebräuche des zeitgenössischen Kunstmarkts abzustellen.

Werden Werke serieller Kunst wie Drucke oder Fotografien in der beigelegten Dokumentation als «*Vintage Print*», «*Originalgrafik*», «*Druck mit Originalstempel*» o.ä. bezeichnet, liegt darin, wie bereits erwähnt, eine vertragliche Beschaffensvereinbarung. Dabei darf bei der Auslegung dieser Begriffe nicht einfach auf die Gepflogenheiten und Gebräuche des Kunsthandels abgestellt werden. Es müssen vielmehr die urheberrechtlichen Festlegungen des Originalbegriffs berücksichtigt werden (siehe dazu ausführlich vorn Ziff. II.3 und II.4).

2. Pflicht des Verkäufers zur Übergabe der Dokumentation

Es hängt von den konkreten Vereinbarungen, den Gebräuchen des Kunstmarkts bzw. von Treu und Glauben ab, ob der Verkäufer zum Kunstwerk eine Dokumentation übergeben muss.⁵³ In der Praxis von Bedeutung sind Echtheitsatteste (*Certificate of Authenticity*), Dokumente zur Provenienz und Zertifikate über

51 BRUNNER (Fn. 47), Art. 35 CISG N 4; eingeordnet unter Article 35(1) CISG e.g. bei BENICKE (Fn. 50), Art. 35 CISG N 3.

52 Umstritten, z.T. wird die Ansicht vertreten, es solle durchschnittliche Qualität (*average quality*) genügen, vgl. eingehend zur Kontroverse SCHWENZER (Fn. 48), Art. 35 CISG N 15 und BRUNNER (Fn. 47), Art. 35 CISG N 8; für einen «ordinary use» Standard plädiert BRIDGE, *The International Sale of Goods*, Oxford 1999, N 3.15; BENICKE (Fn. 50), Art. 35 CISG N 10.

53 WIDMER, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 30 CISG N 6; BENICKE (Fn. 50), Art. 34 CISG N 2 ff.; SAENGER (Fn. 44), Art. 30 CISG N 6.

den Zustand des Werks (*Condition Report*). Diese Dokumente sind dem Käufer unaufgefordert zu übergeben.

Echtheitsatteste garantieren dem Käufer, dass das verkaufte Original authentisch ist. Diese können vom Künstler selbst ausgestellt werden (z.B. bei digitaler Kunst: «*This art work, an inkjet print, is in an edition of one with one artist proof. This piece includes the scan data CD from which the inkjet print was produced.*»). Bei Unikaten der bildenden Kunst stammen die Zertifikate häufig von einem Experten,⁵⁴ von der Familie des verstorbenen Künstlers oder von einer den Nachlass verwaltenden Organisation.⁵⁵

Mit der Provenienz kann die Geschichte des Kunstwerks vom Atelier des Künstlers an verfolgt werden. Sie enthält möglichst vollständige Angaben zur Eigentümerschaft, zur Art der Eigentumsübertragung (z.B. Privatverkauf, Erbschaft), zum jeweiligen Aufbewahrungsort sowie zu allfälligen Ausstellungen. Dies ist insbesondere durch Kaufquittungen, Rechnungen, Briefe, Museums- oder Ausstellungskataloge, Versicherungsdokumente, Steuerunterlagen, Zolldokumente etc. nachzuweisen.⁵⁶ Eine lückenlose Provenienz ist wertsteigernd.

Condition Reports beschreiben den Zustand des Kunstwerks und dienen vor allem dazu, allfällige Transport- oder Ausstellungsschäden des Kunstwerks identifizieren zu können. Der Zustandsbericht enthält neben der Bezeichnung des Urhebers, dem Titel und einer allfälligen Inventar- oder Werkverzeichnisnummer das Material bzw. die Technik des Kunstwerks, seine Dimensionen bzw. das Gewicht sowie weitere besondere Merkmale.

3. Informations- und Sorgfaltspflichten des Verkäufers

a) Informationspflichten

Für den Käufer eines Werks der bildenden Kunst ist es oft schwierig, zwischen Original und Reproduktion zu unterscheiden. So werden sog. «Originaldrucke» angeboten, die in Wirklichkeit digitale Kopien analoger Bilder oder Zeich-

54 Zur zivil- bzw. strafrechtlichen Haftung des Kunstexperten siehe CHAPPUIS, L'authentification d'œuvres d'art: responsabilité de l'expert et qualification du contrat en droit suisse, in: RENOLD/GABUS/DE WERRA (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Zürich 2007, 47, 48 ff.; MOREILLON, Les faux certificats d'expert et le droit pénal, in: RENOLD/GABUS/DE WERRA (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, 149, 150 ff.

55 Zur urheberrechtlichen Beurteilung der Echtheitsbescheinigung siehe DE WERRA, L'authentification des œuvres d'art et le droit de la propriété intellectuelle, in: RENOLD/GABUS/DE WERRA (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, 103, 114 ff.

56 MÜLLER-CHEN, ZSR 2010 II, 5, 84 f.; SALISBURY/SUJO, Provenance, New York 2009, 42; SCHEUNER/BAILEY Jr., A legal and practical guide to the disposition of tangible personal property at death, 20 Probate & Property 66, 69 (2006).

nungen sind,⁵⁷ oder es werden Drucke mit dem Originalstempel des Künstlers angeboten, die sich als blosse Nachdrucke entpuppen. Damit steigt auch das Risiko des Käufers, anstelle des Originals bloss eine Vervielfältigung (zum Preis des Originals) zu erhalten, weshalb Vorkehrungen zu seinem Schutz getroffen werden müssen.⁵⁸

Zu diesem Zweck hat der Verkäufer Informations- bzw. Aufklärungspflichten. Allerdings kennen weder das OR noch das CISG solche Pflichten. Diese können sich aber aus dem individuellen Vertrag, aus den Branchenusancen (Art. 9 CISG) oder aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB bzw. Art. 7 Abs. 2 CISG) ergeben.⁵⁹ Unterliegt der Kaufvertrag dem CISG, richten sich die Folgen der Nichterfüllung nach Art. 45 ff. CISG.⁶⁰

Angesichts des geschilderten Missbrauchspotentials und den vorn beschriebenen Divergenzen bei der Auslegung des Originalbegriffs ist eine solche Aufklärungs- bzw. Informationspflicht des gewerblichen Verkäufers als unselbständige kaufvertragliche Nebenpflicht zu befürworten.⁶¹ Es ist u.E. insbesondere sachgerecht, den gewerbsmässig tätigen Verkäufer serieller Kunst zur Deklaration darüber zu verpflichten, ob der Abzug ein Exemplar einer bestimmten Anzahl von Originalen oder eine Reproduktion ist.⁶² Das gleiche gilt *mutatis mutandis* für Abgüsse. Vorschriften ähnlicher Natur existieren in einer Reihe US-amerikanischer Bundesstaaten.⁶³

57 BULLINGER (Fn. 12), KUR 2006, 106, 110.

58 SCHACK (Fn. 6), Rn. 31 ff.

59 WIDMER (Fn. 53), Art. 30 CISG N 9; PILTZ (Fn. 44), Rn. 4-7; BENICKE (Fn. 50), Art. 30 CISG N 2; ERNST/LAUKE in: HONSELL, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2010, Art. 30 CISG N 6 f.

60 MÜLLER-CHEN, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 45 CISG N 3; BENICKE (Fn. 50), Art. CISG N 3; PILTZ (Fn. 44), Rn. 5-13; ACHILLES (Fn. 45), Art. 45 CISG N 1.

61 So auch SCHACK (Fn. 6), Rn. 35; rechtsvergleichend OLSBURGH, *Authenticity in the Art Market: A Comparative Study of Swiss, French and English Contract law*, Leicester 2005, 7 ff.; *Commentaire romand*/SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 56; KATZ, *Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten*, Zürich 1973, 123 ff.; siehe auch FURRER/MÜLLER-CHEN, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich 2008, Kap. 1 N 99 ff.

62 SCHACK (Fn. 6), Rn. 35.

63 DUBOFF/KING, *Art law in a nutshell*, 4. Aufl., St. Paul 2006, 83; z.B. § 1740 ff. Cal. Civ. Code; in eine ähnliche Richtung geht Art. 192 Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler, abgedruckt in ZEuP 2009, 624 ff., der beim Kauf gebrauchter Güter den Verkäufer verpflichtet, vor Vertragsabschluss auf Anfrage Angaben über gewisse Eigenschaften des Guts zu machen. Beim Verkauf durch Versteigerung muss der Verkäufer insb. über die genaue Bezeichnung, den Ort, das Datum oder die Epoche der Herstellung oder Produktion, oder die Herkunft informieren (Art. 219 Ziff. 3 lit. b) Vorentwurf).

b) Sorgfaltspflichten

Wird ein Kunstwerk verkauft, das dem Kulturgütertransfergesetz (KGTG) unterfällt, treffen bestimmte Verkäufer gewisse Sorgfaltspflichten.⁶⁴ Es sind dies die im Kunsthandel und Auktionswesen tätigen Personen wie z.B. Galerien, aber auch Sammler, sofern sie gewerbsmässig handeln (Art. 1 lit. e KGTG).⁶⁵ Kulturgut i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG darf nur übertragen werden, wenn die übertragende Person nach den Umständen annehmen darf, dass das Kulturgut nicht gestohlen worden, nicht gegen den Willen des Eigentümers abhanden gekommen, nicht rechtswidrig ausgegraben und nicht rechtswidrig eingeführt worden ist (Art. 16 Abs. 1 KGTG).⁶⁶

Ausserdem sind Kunsthandel und Auktionshäuser nach Art. 16 Abs. 2 KGTG u.a. verpflichtet,⁶⁷ die Identität der einliefernden Person oder des Verkäufers festzustellen, und sie müssen von diesen Personen einen schriftlichen Nachweis über deren Verfügungsberechtigung einholen (lit. a). Ferner haben die verpflichteten Personen ihre eigene Kundschaft über Ein- und Ausfuhrregelungen der Vertragsstaaten der UNESCO-Konvention 1970 zu informieren (lit. b).⁶⁸ Die Verletzung der Sorgfaltspflichten nach Art. 16 KGTG führt zur zivilrechtlichen Nichtigkeit des Kaufvertrags.⁶⁹ Sie ist ausserdem straffbewehrt (Art. 25 Abs. 1 lit. a KGTG: Busse bis zu CHF 20 000.–).

V. Rechte des Käufers

1. Insbesondere Vertragsaufhebung und Minderung

Ist die Ware nicht vertragsgemäss, weil der Käufer entgegen seinen Erwartungen kein Original erhalten hat, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Regelmässig wird der Käufer entweder an der Aufhebung des Vertrags (Art. 205/208 OR bzw. Art. 49 CISG) oder der Minderung des Kaufpreises (Art. 205 OR bzw. Art. 50 CISG) interessiert sein. Aus der Fülle der sich stellenden Probleme seien drei herausgegriffen, die im vorliegenden Zusammenhang von praktischer Bedeutung

64 RASCHÈR/ZIMMERMANN, Sorgfaltspflichten im Umgang mit Kulturgut, KUR 2006, 4, 5 ff.

65 UHLMANN/MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, Privatrechtliche Bestimmungen des neuen KGTG, Jusletter 30.5.2005, N 3.

66 GRELL/PLUTSCHOW, Sorgfaltspflichten gemäss Kulturgütertransfergesetz (KGTG): Anleitung mit praktischen Tipps, Zürich 2005, 28 ff.

67 Vgl. zum Nachfolgenden RASCHÈR/RENOLD, Kulturgütertransfer, in: MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Basel 2009, Kap. 6 N 269 ff.; GRELL/PLUTSCHOW (Fn. 66), 31 ff.: Identitätsprüfung nur dann durch beweiskräftiges Dokument zu verifizieren, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die gemachten Angaben unrichtig sind.

68 Dazu und zum Folgenden GRELL/PLUTSCHOW (Fn. 66), 35 ff.

69 MÜLLER-CHEN, ZSR 2010 II, 5, 96 ff.

sind: Erstens die fehlende Schutzbedürftigkeit des Käufers bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Mangels (Art. 200 OR bzw. Art. 35 Abs. 3 CISG); zweitens die Pflicht des Käufers, das Kunstwerk zu untersuchen und den Mangel zu rügen (Art. 201 OR bzw. Art. 38 f. CISG) und drittens die bei der Aufhebung des Vertrags wegen Nichterfüllung geforderte Wesentlichkeit der Vertragsverletzung (Art. 49 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Art. 25 CISG).

2. Ausgewählte Voraussetzungen

a) Keine Kenntnis bzw. kein Kennenmüssen der Vertragswidrigkeit

Der Verkäufer haftet nicht für den Mangel, wenn der Käufer den Sachmangel bzw. die Vertragswidrigkeit bei Vertragsschluss kennt (Art. 200 Abs. 1 OR bzw. 35 Abs. 3 CISG). Dieser Haftungsausschluss greift auch, wenn der Käufer den Mangel bei «Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit» hätte kennen sollen (Art. 200 Abs. 2 OR) bzw. wenn er über die Vertragswidrigkeit «nicht in Unkenntnis» sein konnte (Art. 35 Abs. 3 CISG). Die Haftung wird in diesem Fall nur dann ausgeschlossen, wenn der Verkäufer weder das Nichtvorhandensein des Mangels zugesichert noch den Käufer absichtlich getäuscht hat.⁷⁰ Es stellt sich die Frage, wie verdichtet die Verdachtsmomente sein müssen, um den Ausschluss der Haftung auszulösen. Vorab ist daran zu erinnern, dass den Käufer im Grundsatz keine Pflicht trifft, den Kaufgegenstand vor Vertragsabschluss zu untersuchen; dies muss er erst nach Lieferung des Kunstwerks tun.⁷¹

Der Käufer eines Kunstwerks ist bei Wahl und Besichtigung der Kaufsache zur Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt verpflichtet. Massgebend sind die individuellen Verhältnisse, die Kenntnis und die Erkenntnismöglichkeiten des jeweiligen Käufers.⁷² Der Käufer muss dabei keinen Sachverständigen hinzuziehen. Im Ergebnis bedeutet dies u.E., dass der Käufer seine gewährleistungsrechtlichen Ansprüche nur bei grober Fahrlässigkeit verliert.⁷³ Solche liegt insbesondere nicht vor, wenn der Käufer sich hinsichtlich der Originalqualität des Kunstwerks auf die

70 Siehe ausdrücklich Art. 200 Abs. 2 OR, dazu BGE 81 II 56 E. 2c; so auch § 442 Abs. 1 BGB und der Sache nach Art. 35 Abs. 3 CISG, dazu SCHWENZER (Fn. 48), Art. 35 CISG N 37.

71 CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 200 OR N 9; MERZ/KOLLER, in: GUHL (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 44 Miete und Pacht, 358; FURRER/MÜLLER-CHEN (Fn. 61), Art. 19 OR N 65; siehe auch Art. 201 OR verpflichtet zur Überprüfung nach Erhalt.

72 BGE 95 II 119 E. 5; 66 II 132 E. 5; siehe auch MERZ/KOLLER (Fn. 71), 358.

73 So in der Sache auch § 442 BGB, Art. 928 ABGB; CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 200 OR N 11; BernerKomm/GIGER, Art. 200 OR N 11; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, 4. Aufl., Tübingen 2007, Rn. 143; a.A.: SCHWENZER (Fn. 48), Art. 35 CISG N 34, wonach Kennenmüssen mehr als grobe Fahrlässigkeit bedeute, die Haftung sei nur bei ins Auge springenden Vertragswidrigkeiten ausgeschlossen.

Angaben des Verkäufers verlässt, ohne weitere Informationen einzuholen.⁷⁴ Warnt ihn der Verkäufer vor einem Mangel (z.B. beschränkte Haltbarkeit des Abzugs wegen Verblassens), kann der Käufer sich später nicht auf diesen berufen.

b) Untersuchungs- und Rügeobliegenheit

Jeder Käufer von Kunst, d.h. nicht nur der Händler oder professionelle Sammler, muss den Kaufgegenstand untersuchen und einen Mangel sofort rügen (Art. 201 OR bzw. Art. 38 f. CISG).⁷⁵ Unterlässt er dies, verwirken seine gewährleistungsrechtlichen Ansprüche (Art. 201 Abs. 2 und 3 OR; Art. 39 Abs. 1 CISG).⁷⁶ Art und Ausmass der Prüfungsobliegenheit werden durch die Gebräuche des Kunsthandels bestimmt. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert primär, ob auch der branchenfremde Käufer auch ohne konkrete Verdachtsmomente die Echtheit des Kunstwerks prüfen muss. Auf dem Hintergrund der Anforderungen der Rechtsprechung an den guten Glauben eines Kunstkäufers ist dies u.E. *bei älteren und/oder hochpreisigen Werken* – gegebenenfalls unter Hinzuziehung einer Fachperson – zu bejahen.⁷⁷

c) Wesentlichkeit der Vertragsverletzung bei der Vertragsaufhebung

Der Käufer kann bei Massgeblichkeit des CISG den Vertrag im Falle der Lieferung vertragswidriger Ware nur aufheben, wenn die Nichterfüllung eine wesentliche Vertragsverletzung gemäss Art. 25 CISG darstellt (Art. 49 Abs. 1 lit. a) CISG).⁷⁸ Die Wandelung nach Schweizer OR kennt keine solche Wesentlichkeitsschranke.⁷⁹

Eine Vertragswidrigkeit ist wesentlich, wenn dem Käufer im Wesentlichen das entgeht, was er nach dem Vertrag hätten erwarten dürfen. Das Gewicht des Nachteils wird damit durch die vertraglich festgelegten Pflichten des Verkäufers und

74 PUTZO, in: PALANDT et al. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 69. Aufl., München 2010, § 442 BGB Rn. 11, (für gewöhnliche Verträge); GRUENEWALD, in: SCHMIDT (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München 2007, § 377 HGB Rn. 32 ff. (für Handelsverträge).

75 Siehe dazu und zum Folgenden MÜLLER-CHEN, ZSR 2010 II, 5, 102 f.

76 CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 201 OR N 24; SCHWENZER (Fn. 48), Art. 39 CISG N 30; MERZ/KOLLER (Fn. 71), 359; FURRER/MÜLLER-CHEN (Fn. 61), Art. 19 OR N 67.

77 So dem Sinn nach auch RASCHÈR/RENOLD (Fn. 67), Kap. 6 N 262 f.; GRUENEWALD (Fn. 74), § 377 HGB Rn. 38; anders die allgemeine Regelung: BGer, Urteil vom Urteil vom 29.8. 2003, 4C.152/2003, E. 3.1.

78 MÜLLER-CHEN (Fn. 60), Art. 49 CISG N 4; rechtsvergleichend SCHWENZER, The Danger of Domestic Pre-Conceived Views with Respect to the Uniform Interpretation of the CISG: The Question of Avoidance in the Case of Non-Conforming Goods and Documents, Vict. U. Well. L. Rev. (2005), 795, 795 ff.

79 Allgemein: FURRER/MÜLLER-CHEN (Fn. 61), Art. 19 OR N 83 ff.

den damit korrespondierenden Interessen des Käufers bestimmt.⁸⁰ Es ist nicht zwingend erforderlich, dass dem Käufer ein ziffernmässig messbarer Schaden entsteht.⁸¹ Der dem Käufer entstehende Nachteil muss für den Verkäufer bei Vertragsschluss voraussehbar sein. Dies ist im in casu interessierenden Fall der Originaleigenschaft des Kunstwerks ohne weiteres gegeben, da aufgrund der vertraglichen Zuschreibungen die Erwartungen des Käufers, ein Original zu erwerben, erkennbar sind.⁸²

Bei einem Qualitätsmangel muss der Mangel objektiv gravierend und durch den Verkäufer nicht beseitigt worden sein.⁸³ Erhält der Käufer kein Original im vorstehend erläuterten Sinn, obwohl er dies aufgrund der entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarungen erwarten durfte, liegt u.E. im Grundsatz ein objektiv gravierender Mangel vor. Es ist dem Käufer nicht zumutbar, das vermeintliche Original weiterzuveräußern.

Allerdings ist bei serieller Kunst die Besonderheit zu beachten, dass in der Regel ein Gattungskauf vorliegen wird. Verfügt der Verkäufer über ein Original, lässt sich der Mangel durch Nacherfüllung (Art. 206 Abs. 2 OR bzw. Art. 48 CISG) beheben. Kann diese Nachlieferung innert einer angemessenen, nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilenden Frist bewirkt werden, kann der Käufer im Ergebnis den Vertrag mangels Wesentlichkeit nicht aufheben.⁸⁴

VI. Schlussfolgerungen

Der Kauf eines Originals der bildenden Kunst ist komplex und wirft viele Fragen auf, die im Schnittbereich von Urheber- und Schuldrecht liegen. An diesem Beispiel zeigt sich, dass das Kunstrecht eine Querschnittmaterie ist. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung der Originaleigenschaft eines Kunst-

80 SCHLECHTRIEM/SCHRÖTER, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 25 CISG N 9; BENICKE (Fn. 50), Art. 25 CISG N 5; FERRARI (Fn. 44), Art. 25 CISG N 4; GSELL (Fn. 41), Art. 25 CISG N 13 ff.

81 BGer, Urteil vom 15.9.2000, CISG-online Nr. 770; SCHLECHTRIEM/SCHRÖTER (Fn. 80), Art. 25 CISG N 9; GSELL (Fn. 41), Art. 25 CISG N 14; FERRARI (Fn. 44), Art. 25 CISG N 8.

82 BRUNNER (Fn. 47), Art. 25 CISG N 9; GSELL, in: HONSELL, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2010, Art. 25 CISG N 18; FERRARI (Fn. 44), CISG N 13 f.; ACHILLES (Fn. 45), Art. 25 CISG N 13 ff.

83 MÜLLER-CHEN (Fn. 60), Art. 49 CISG N 7; SAENGER (Fn. 44), Art. 49 CISG N 5 f.; gegen die Berücksichtigung der Nacherfüllung BGer, Urteil vom 15.9.2000, 4C.105/2000, CISG-online Nr. 770.

84 SCHLECHTRIEM/SCHRÖTER (Fn. 80), Art. 25 CISG N 27; MÜLLER-CHEN (Fn. 60), Art. 49 CISG N 8; BRUNNER (Fn. 47), Art. 25 CISG N 14; BENICKE (Fn. 50), Art. 25 CISG N 28; LOOKOFSKY, Understanding the CISG, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2008, 121; gegen die Berücksichtigung der Nacherfüllung BGer, Urteil vom 15.9.2000, 4C.105/2000, CISG-online Nr. 770.

werks, insbesondere eines Werks der serielle Kunst wie z.B. die Fotografie oder das Multimediawerk.

Der Kunsthandel ist bestrebt, beim Verkauf eines Kunstwerks seine eigenen Bräuche als massgeblich zu erklären. Es muss jedoch bei der Definition des Originals auch im Kontext des Kaufrechts das Urheberrecht beachtet werden. Dabei sind die verschiedenen Formen der bildenden Kunst zu unterscheiden; innerhalb der Fotografie muss zwischen analogen und digitalen Aufnahmen unterschieden werden.

Stark vereinfacht lässt sich sagen, dass nur jenes Werk den Originalbegriff erfüllt, das die Handschrift des Urhebers im Schöpfungszeitpunkt trägt. Bei der analogen Fotografie kann sowohl das Negativ wie der Abzug ein Original sein. Das Negativ ist ein Original, sofern der Ausschnitt von individuellem Charakter ist; der Abzug ist jedenfalls als Vervielfältigung im Schöpfungszeitpunkt ein Original. Sofern er selbst individuell gestaltet ist, kommt ihm zusätzlich als Abzug Originalcharakter zu. Dies bedeutet insbesondere, dass die als *Printed Later* bezeichneten Abzüge grundsätzlich keine Originale sind, es sei denn, dass der Vervielfältigungsvorgang (Abzug) eine eigenständige Werkschöpfung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 URG beinhaltet. In der digitalen Fotografie existiert demgegenüber nur ein aus zwei Teilen zusammengesetztes Original (scan data plus Abzug).

Der Verkäufer eines Originalwerks der bildenden Kunst, insbesondere einer Fotografie, hat die Pflicht zur Lieferung von Ware, die den Anforderungen des Vertrags entspricht und zur Übergabe von Dokumenten. Darüber hinaus treffen ihn Informations- und Sorgfaltspflichten, welche sich aus dem Vertrag, Usanzen oder dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben können. Dazu gehört insbesondere die Aufklärung des Käufers über den Originalcharakter eines Werks der seriellen Kunst. Weitere Sorgfaltspflichten ergeben sich aus dem KGTG.