

Die Crux mit dem Eigentum an Kunst

1267



MARKUS MÜLLER-CHEN,
Prof. Dr. iur.,
St. Gallen

Inhaltsübersicht:

- I. Die Crux...
- II. ...mit dem Eigentum an Kunst
 - 1. Kunst
 - 2. Eigentum
- III. Zuordnung des Eigentums bei abhanden gekommener Kunst
 - 1. Anwendbares Recht
 - 2. Gutgläubiger Eigentumserwerb
 - 2.1. Guter Glaube des Erwerbers
 - a. Allgemeines
 - b. Ausschluss des Gutglaubensschutzes wegen mangelnder Aufmerksamkeit
 - 2.2. Art des Besitzverlustes und Rechtsfolge
 - 3. Eigentumswechsel durch Zeitablauf
 - 3.1. Übersicht
 - 3.2. Voraussetzungen nach Schweizer Recht
 - a. Abhanden gekommene Sache
 - b. Fristablauf
 - 3.3. Rechtsfolge
- IV. Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs...
 - 1. Generelle Rechtfertigungsgründe
 - 1.1. Selbstverschulden des Eigentümers
 - 1.2. Übernahme eines Risikos durch den Eigentümer
 - 1.3. Veranlassung eines Rechtsscheins
 - 1.4. Zwischenergebnis
 - 1.5. Verkehrsinteresse
 - 2. Spezialfall der Kulturgüter
- V. ...und mögliche Alternativen

I. Die Crux...

Als Dr. Waxman, ein farbenblinder Osteologe, in Philadelphia verhaftet wurde, förderte eine Hausdurchsuchung fast 200 Werke der Gegenwartskunst zu Tage, welche der Knochenforscher zusammengestohlen hatte. Seine Methode war so unspektakulär wie effizient: Er zog mit einer Guccitasche bewaffnet durch die Galerien und packte Kunstwerke ein, wenn niemand hinsah. Er war so stolz auf seine Sammlung, dass er sie öffentlich zugänglich machte.¹

Während dieser Form von Kunstraub noch ein beschränkter Unterhaltungswert eigen ist, geht dieser dem dunklen und tragischen Kapitel der Raubkunst ("looted art") ab, von dem in den letzten Jahren viel zu lesen war. Etwa von der sagen-

haften Kunstsammlung des Breslauer Industriellen und Kunstförderers Max Silberberg, der nach der Machtübernahme Hitlers in finanzielle Not geriet und dadurch gezwungen wurde, seine Sammlung zu veräussern.² Verschiedene Exponate, wie z.B. Max Liebermanns "Nählschule im Amsterdamer Waisenhaus" oder Hodlers Stockhornkette, landeten auf verschlungenen, zum Teil nicht mehr nachvollziehbaren Pfaden bei Privatsammlern und Museen in der Schweiz.³

Vor allem Länder mit reichen Beständen antiker Kulturgüter haben schon lange mit illegalen Ausgrabungen, Plünderungen antiker Kulturstätten, Diebstählen aus Museen und Kirchen zu kämpfen. Alleine in Italien werden jedes Jahr über 20000 Kunstobjekte gestohlen.⁴ Die jüngste Vergangenheit hat uns traurigerweise aufs Deutlichste die Aktualität unseres Themas vor Augen geführt. Das irakische Nationalmuseum und die Nationalbibliothek in Bagdad wurden ausgeplündert: Berühmte Artefakte wie der "Löwe aus Nimrud", ein Relief aus Elfenbein, verschwanden ebenso wie die Computer mit den Verzeichnissen des Bestandes.⁵ Dies, und die Tatsache, dass erste sumerische und mesopotamische Stücke bereits in Paris und London aufgetaucht sind, deutet auf das Werk wohlorganisierter Banden hin. Zwar sind viele Stücke mittlerweile wieder aufgetaucht; es bleibt aber ein immenser Schaden sowohl für die Geschichte

Der vorliegende Beitrag ist eine inhaltlich und um Fussnoten erweiterte Fassung der am 13.5.2003 an der Universität St. Gallen gehaltenen Antrittsvorlesung des Autors. Die Vortragsform wurde beibehalten. Ich danke meiner Assistentin Frau lic.iur. HSG SILVIA PFANNKUCHEN und Frau lic.iur. SUSANNE BAUMGARTNER für die wertvolle Mitarbeit bei Redaktion und Erstellung des Fussnotenapparates.

- 1 JOHN HENRY MERRYMAN/ALBERT E. ELSSEN, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 3. A., London/Den Haag/Boston 1998, 857.
- 2 Vgl. dazu ESTHER TISA FRANCINI/ANJA HEUSS/GEORG KREIS, *Raubgut-Fluchtgut: Der Transfer von Kulturgütern in und über die Schweiz 1933–1945 und die Frage der Restitution*, hrsg. von UEK, Zürich 2001, (Bergier-Bericht I), 44.
- 3 NZZ Nr. 57 vom 10.3.2003, 11. Nachforschungen konnten keine direkten Beziehungen zwischen reichsdeutschen Behörden und Museen und Schweizer Behörden oder anderen öffentlichen Institutionen nachweisen, jedoch existierten Kontakte zwischen schweizerischen und deutschen Museen. E. T. FRANCINI/A. HEUSS/G. KREIS (FN 2), 51.
- 4 Im Jahr 2000 waren es sogar fast 30000 Kunstobjekte, vgl. www.interpol.int/Public/WorkOfArt/statistics/StatObject2000.asp (besucht am 11.8.2003). Damit ist Italien "einsamer Europameister im Kunstklageschäft", HARALD WILLENBROCK, Gwynns Puzzle, in: NZZ Folio Nr. 10, 10.2000, 89.
- 5 Vgl. nur NZZ Nr. 106 vom 9.5.2003, 62; NZZ Nr. 136, vom 16.5.2003; NZZ Nr. 143, vom 24.6.2003, 53.

den für Archäologie, Vorgeschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvolles Gut", welches in einer von elf Objektkategorien eingetragen ist.¹⁶

Die Steuer- und Zollgesetzgebung sieht für Kunstwerke unter bestimmten Voraussetzungen ein Sonderstatut vor. So ist die Einfuhr und Lieferung von Kunstwerken von der Mehrwertsteuerpflicht ausgenommen (Art. 18 Ziff. 16 und Art. 74 Ziff. 4 MwStG) und Kunstgegenstände und Sammlungsstücke zur öffentlichen Besichtigung sind zollfrei importierbar, wenn sie von den Empfängern selbst eingeführt werden und im Inland nicht weitergegeben werden (Art. 14 Ziff. 14 ZollG). Was Kunstwerke bzw. Kunstgegenstände sind, wird nicht gesagt. Hier gilt wohl das Prinzip des "I know it when I see it".¹⁷

Kunst- und Kulturgüter sind ihrer Natur nach nicht bloss beliebig reproduzierbare Wirtschaftsgüter. Es vereinigen sich in ihnen in einmaliger, origineller Weise Geschicklichkeit und kreative Vorstellungskraft des Schöpfers in einem musikalischen, literarischen oder visuellen Zusammenhang. Neben ihrem wirtschaftlichen Wert haben sie eine ästhetische, emotionale, historische und intellektuelle Bedeutung. Wir wollen es bei dieser zugegebenermassen etwas allgemeinen Umschreibung belassen und uns dem Eigentumsbegriff zuwenden.

2. Eigentum

Eigentum im privatrechtlichen Sinn ist das umfassende und ausschliessliche Recht, über eine Sache Herrschaft auszuüben.¹⁸ Es ist ein real unteilbares, einheitliches Recht. Der Eigentümer kann unter Ausschluss aller anderen die Sache nutzen und über sie verfügen, d.h. er kann sie z.B. gebrauchen, verbrauchen, Erträge erzielen oder zerstören. Dabei ist der Eigentümer jedoch an die Schranken der Rechtsordnung, z.B. des Urheberrechts, gebunden. So hat der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert werden darf und er kann sich jeder Entstellung des Werks widersetzen, die ihn in der Persönlichkeit verletzt (Art. 11 URG). Des Weiteren dürfen Eigentümer von Originalwerken diese unter bestimmten Voraussetzungen nicht zerstören. Das neue Kulturgütertransfergesetz wird das Verfügungsrecht weiter einschränken, indem der Import, der Export und die Übertragung von gewissen Kulturgütern gar nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich sein werden.¹⁹

Eigentum berechtigt damit nicht nur, sondern verpflichtet auch. Trotz der vorherrschenden liberal-individualistischen Prägung dürfte es heute unbestritten sein, dass in gewissem Umfang die Notwendigkeit sozialer Bindung des Eigentums besteht.²⁰ Wie weit diese gehen darf, ist eine komplexe rechtspolitische Frage, deren Diskussion abendfüllend wäre. Es scheint jedoch, dass heute eher das Privateigentum in seiner individualistisch-persönlichkeitsbezogenen Form gegenüber einem sich vordrängenden Kollektivismus geschützt werden muss als umgekehrt.²¹

Am Beispiel des Kulturgüterschutzes lässt sich dies exemplifizieren. Zwischen dem Eigentumsbegriff und dem Wesen des Kunst- oder Kulturguts herrscht ein Spannungs-

verhältnis.²² Einerseits gewährt das Eigentum an sich dem Berechtigten weitestgehende Verfügungs- und Nutzungsrechte, andererseits ist mit dem Eigentum an Kunst eine gewisse Verantwortung gegenüber dem Schöpfer sowie der kunst- und kulturhistorischen Stellung und Bedeutung des Kunstwerkes verbunden. Es bestehen ausserdem kultur- und gesellschaftspolitische Interessen der Gemeinschaft an der Sicht- und Wahrnehmbarmachung von Kunst und an der Schaffung von Zugangs- und Forschungsmöglichkeiten.²³ All dies schränkt die Handlungsmöglichkeiten des Eigentümers beträchtlich ein.

Nach dieser einleitenden Rundschau stellt sich nunmehr die Gretchenfrage, wie wir es denn mit dem Eigentum an Kunst halten, wenn es seinem Eigentümer (unfreiwillig) abhanden gekommen ist und ein anderer es gutgläubig erworben hat.

III. Zuordnung des Eigentums bei abhanden gekommener Kunst

1. Anwendbares Recht

Die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist vor allem vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Sachnormen der Rechtsordnungen bezüglich des Zeitpunkts des Eigentumsübergangs und des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten von erheblicher Bedeutung. Im Weiteren legt die lex

16 Das KGTG verweist in Art. 2 Abs. 2 auf die Kategorien in Art. 4 der UNESCO-Konvention vom 14.11.1970 über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut (BBJ 2002, 635 ff.).

17 Das Steuerrecht zählt im Sinne einer Katalogisierung auf, was nach Zollrecht als Kunst einzustufen ist. Zu den Unzulänglichkeiten dieses Systems siehe BRUNO GLAUS/PETER STUDER, Kunstrecht, Zürich 2003, 14.

18 Vom Eigentum geht eine befriedende Funktion aus: "Good fences make good neighbors": CHRISTOPH ENGEL, Die soziale Funktion des Eigentums, in: Bericht zur Lage des Eigentums, hrsg. von OTTO DEPENHEUER, Berlin/Heidelberg/New York 2002, 63.

19 Vgl. Art. 5 ff. KGTG (Stand: 20.6.2003).

20 Zur sozialen Leistung des Eigentums vgl. ausführlich die hervorragende Darstellung bei CH. ENGEL (FN 18), 9 ff.

21 BeKomm/MEIER-HAYOZ, Art. 641, Syst. Teil, Rn. 337; ob allerdings das Privateigentum so bedroht ist, wie es JEREMY RIFKIN, The Age of Access, New York 2000, in seinem Schwanengesang auf das Eigentum glaubhaft machen will, bezweifle ich.

22 So auch MARIE THERES FÖGEN, Fetisch Eigentum, NZZ Nr. 44 vom 22./23.2.2003, 41.

23 PAUL M. BATOR, The international trade in Art, Chicago 1981, 23 ff.; ANDREA F. G. RASCHER, Kulturgütertransfer und Globalisierung, Zürich 2000, 139 f.

und Identität Iraks, als auch für das kulturelle Erbe von uns allen, befindet sich doch im Zweistromland eine wichtige Wurzel unserer Herkunft.⁶ Diese Vorkommnisse zeigen, dass es auch in der Schweiz höchste Zeit war, ein wirksames Kulturgüterschutzgesetz zu erlassen,⁷ nicht zuletzt auch darum, um den nicht immer über allen Zweifeln erhabenen Ruf im Ausland abzustreifen: "Switzerland", wurde letztes Jahr im "The Art Newspaper" behauptet, "lies at the heart of the global trade in illicitly excavated artefacts and looted art".⁸

Es soll dahingestellt bleiben, ob dem wirklich so ist. Tatsache ist aber, dass die Schweiz nach den USA, England und Frankreich der viertgrösste Kunsthandelsplatz ist;⁹ und wo viel Licht ist, ist bekanntlich auch viel Schatten. Tatsache ist auch, dass die Schweiz lange Zeit eine liberale Regelung des Kunsthandels kannte.¹⁰ Zusammen mit dem Mechanismus des gutgläubigen Eigentumserwerbs konnten (können?) Kunstobjekte deliktischer Herkunft in den legalen Rechtsverkehr überführt werden. Dies wird in Anlehnung an die Geldwäscherei als "art-laundering" bezeichnet.¹¹

Jede Rechtsordnung sieht sich vor die Frage gestellt, wie sie den Konflikt zwischen den Interessen des Eigentümers, des Erwerbers und des Kunsthandelsverkehrs zu lösen hat. Die Antworten sind unterschiedlich, was nicht wirklich überrascht. Denn zu verschiedenen sind die kultur-, aussen-, handels- und wirtschaftspolitischen Interessen der Staaten. Gerade beim Kulturgüterschutz haben z.B. die Türkei oder Italien als "Angebotsländer" und England oder die Schweiz als "Nachfrageländer" diametral entgegengesetzte Interessen.

Ziel dieses Beitrags ist es, darüber nachzudenken, wie es um das Eigentum an Kunst steht. Dazu muss zunächst Klarheit über die Begriffe des Eigentums und der Kunst geschaffen werden, um in einem zweiten Schritt mögliche Lösungsansätze für die aufgeworfenen Probleme zu diskutieren. Dabei wird auch das Kulturgütertransfergesetz (KGTG) Erwähnung finden, welches in der Sommersession vom Parlament verabschiedet wurde.¹²

II. ...mit dem Eigentum an Kunst

1. Kunst

Der Begriff der Kunst- und Kulturgüter lässt sich auf die vielfältigste Art und Weise definieren. Eine allgemein akzeptierte, für alle Formen gültige Umschreibung existiert weder in den Kunstwissenschaften noch in der Jurisprudenz. Wie zu Recht gesagt wurde, kann die Kunst als sich stets wandelndes Phänomen nicht in einen festen normativen Rahmen gepresst werden.¹³ Ausserdem schützt der offene Kunstbegriff vor der staatlichen Definition der "richtigen" Kunst.¹⁴

Unsere Rechtsordnung setzt den Begriff der Kunst, des Kulturguts oder des Kunstwerks an verschiedenen Stellen voraus, ohne ihn im Einzelnen zu definieren. So bezweckt das Urheberrechtsgesetz, "den Schutz der Urheber und Urheberinnen von Werken der Literatur und Kunst" (Art. 1

Abs. 1 lit. a). Geschützte Werke sind selbständige geistige Schöpfungen, die individuellen Charakter haben und somit originell sind, unabhängig von ihrem Wert, Zweck oder ästhetischen Gehalt.¹⁵ Dazu gehören insbesondere Werke der Malerei, Bildhauerei, Graphik, Werke der Baukunst und der angewandten Kunst (z.B. der Le Corbusier Stuhl). Als Kulturgut gilt gemäss der Legaldefinition in Art. 2 KGTG künftig "ein aus religiösen oder weltlichen Grün-

6 Vgl. NZZ Nr. 106 vom 9.5.2003, 62 und den Bericht im Newsweek vom 12.5.2003, 56 f. "Why should we care?"

7 Nach Angaben der NZZ (FN 6), waren 1999 72% aller bei Christie's Antikenauktion angebotenen Lose ohne Provenance.

8 The Art Newspaper, No. 127, July/August 2002, 11; in die gleiche Kerbe schlug schon STANLEY MEISTER, Art & Avarice, L.A. Times, Nov. 12, 1989, Magazine, at 8, 10–11, zit. nach STEVEN A. BIBAS, 103 Yale L.J. 2437, 2449 (1994), der die Schweiz als "... a country to which buyers of stolen art flock in order to claim Swiss law's protection of buyers" bezeichnete.

9 Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe über Internationaler Kulturgütertransfer: UNESCO-Konvention 1970 und Unidroit-Konvention 1995, hrsg. vom Bundesamt für Kultur, Bern 1998, 5 und 90.

10 Bis anhin kannte die Schweiz weder besondere Ein- noch Ausfuhrbestimmungen für Kulturgüter, weshalb Käufern von Kulturgütern zweifelhafter Provenienz schon mal geraten wurde, die Objekte an eine Schweizer Adresse liefern zu lassen, vgl. michelvanrijn.com (VAN RIJS "Update" 2.8.2002), besucht am 12.8.2003.

11 Neben dem Art-Laundering gibt es auch das sog. "Art-napping": Kunst wird entwendet, um damit ein Lösegeld zu erpressen; vgl. *Kraut v. Morgan & Brother Manhattan Storage Co.*, N.Y.2d 445, 343 N.E.2d 744 (1976): Ein Sammler seltener, emaillierter russischer Broschen übergab 300 Exemplare seiner Sammlung einem Lagerhaus und erhielt Monate später eine Lösegeldforderung. Bei solchen Lösegelderpressungen geht es in den meisten Fällen um die Beschaffung von Bargeld, um damit in andere Verbrechen wie Drogen- oder Waffenhandel zu investieren. Lösegeld wird vor allem bei bekannten Meisterwerken gefordert, die auf dem legalen Markt nicht absetzbar sind. Die Zeit Nr. 37 vom 4.9.2003; vgl. auch FN 107. In den 90er Jahren soll die italienische "Archäo-Mafia" versucht haben, eine Milderung von Strafurteilen gegen Mafia-Bosse gegen Rückgabe gestohlener Kunstwerke auszuhandeln: GUGLIELMO SASINNI, *Furti d'autore*, Famiglia Cristiana 2001, 8.

12 Siehe Schlussvoten des NR und des SR, Sommersession 2003, Sitzung vom 20.6.2003, abrufbar unter www.parlament.ch.

13 THOMAS GEISER, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, 2.

14 CHRISTOPH MEYER/FELIX HAFNER, St. Galler Kommentar zu Art. 21 BV, Zürich/Lachen 2002, Rn. 3; vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, 304, der treffend feststellt, dass aus Sicht der Rechtsordnung es "weder notwendig noch sinnvoll" ist, Kunst abschliessend zu definieren.

15 DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. A., Bern 2000, Art. 2 URG Rn. 5 ff.

causae unter anderem die sachenrechtlichen Rechtsbehelfe fest und die diesbezüglichen Fristen zur Geltendmachung.

Erwerb und Verlust dinglicher Rechte werden im schweizerischen Mobiliarsachenrecht gemäss Art. 100 Abs. 1 IPRG an die *lex rei sitae* angeknüpft, wodurch dem Verkehrsschutz, der Effektivität und der Publizität Genüge getan werden soll.²⁴ Unter die Norm des Art. 100 Abs. 1 IPRG fallen der rechtsgeschäftliche wie auch der gesetzliche – zu denken ist etwa an Verarbeitung, Fund und Ersitzung – Erwerb dinglicher Rechte. Mithin entscheidet das Sachstatut auch über den Erwerb vom Nichtberechtigten. Kollisionsrechtlich ist dies jedoch nicht besonders geregelt.²⁵ Massgeblicher Zeitpunkt für die Festlegung des anwendbaren Rechts ist derjenige des Vorgangs, aus dem der Erwerb hergeleitet wird.²⁶

Gelangt eine Sache von einem Staat in einen anderen, so untersteht sie prinzipiell der Herrschaft der neuen Rechtsordnung (Statutenwechsel).²⁷ Wurde ein sachenrechtlicher Tatbestand, in casu der Eigentumserwerb, bereits in der alten Rechtsordnung abgeschlossen, anerkennt das neue Statut diesen Vorgang, auch wenn die Normen des neuen Statuts andere Voraussetzungen für den Eigentumserwerb kennen (Anerkennungsprinzip).²⁸ Hat sich demgegenüber der sachenrechtliche Tatbestand unter der Ägide des alten Rechts in zeitlicher Hinsicht erst teilweise verwirklicht und wird die Sache in ein anderes Land verbracht, ist für den ganzen Erwerbsvorgang grundsätzlich das neue Sachstatut massgebend. Für Mobilien, die in die Schweiz gelangen, gelten gemäss Art. 102 Abs. 1 IPRG die im Ausland eingetretenen Vorgänge (etwa Ersitzungszeit) als in der Schweiz erfolgt (Anrechnungsprinzip).²⁹ Aufgrund des in der Schweiz geltenden Traditionsprinzips beim Eigentumserwerb kommt es für das anwendbare Recht soweit entscheidend darauf an, wo das Kunstwerk übergeben wurde. Hat jemand z.B. in einer Kölner Galerie ein Bild gekauft, in sein Auto gepackt und ist anschliessend in die Schweiz gefahren, kommt deutsches Recht auf die Frage des Eigentumserwerbs zur Anwendung. Lässt er sich das Bild jedoch in die Schweiz schicken, findet schweizerisches Recht Anwendung, da der Eigentumsübergang erst auf der in der Schweiz stattfindenden Besitzesübergabe perfekt ist.³⁰ Dieses Beispiel erhellt, dass es von Zufälligkeiten abhängen kann, welches Recht zur Anwendung gelangt.³¹ Bei abhanden gekommenen Kunstgütern wird deshalb diskutiert, für die Bestimmung des Sachstatuts immer auf den Ort des Diebstahls abzustellen,³² da von diesem Ort ein engerer Zusammenhang als zum späteren, oft zufälligen Lageort besteht.³³ Der Eigentümer kann zudem durch die Festlegung des Belegenheitsortes auch Einfluss auf das die Sache beherrschende Recht und auf den seinem Kunstwerk gewährten Schutz nehmen. Im Ergebnis wird dadurch die Berechenbarkeit des anwendbaren Rechts verstärkt und das Sachstatut auf den Zeitpunkt fixiert, ab dem der Eigentümer seinen Einfluss auf die Sache gegen seinen Willen verliert. Diese abweichende Anknüpfung kann über die Ausnahmeklausel des Art. 15 Abs. 2 IPRG erreicht werden.³⁴

Der Statutenwechsel wirft im Weiteren Probleme auf im Zusammenhang mit dem in manchen Rechtsordnungen

(z.B. Art. 934 Abs. 2 ZGB) existierenden Lösungsrecht des Alteigentümers. Einigkeit herrscht darüber, dass das Lösungsrecht auch für den Fall fortbesteht, dass der Besitzer die Sache in ein Land verbringt, das ein solches Recht nicht vorsieht.³⁵ Bei der Weiterveräußerung ist eine differenzierende Sichtweise angebracht: Erfolgt die Weiterga-

24 Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10.11.1982, BBl 1983 I, 399.

25 IVO SCHWANDER, Einführung in das Internationale Privatrecht, Band II, 2. A., St. Gallen 1997, Rn. 412.

26 Art. 100 Abs. 1 IPRG.

27 ANTON HEINI, IPRG-Kommentar, hrsg. von A. HEINI et al., Zürich 1993, Art. 100, Rn. 11 m.w.N.

28 I. SCHWANDER (FN 25), Rn. 429.

29 I. SCHWANDER (FN 25), Rn. 430.

30 Hat der Käufer das Bild jedoch in einer Pariser Galerie entdeckt und lässt es sich in die Schweiz schicken, findet kein Statutenwechsel statt, da nach französischem Recht das Eigentum bereits bei Vertragsabschluss übergeht und der sachenrechtliche Tatbestand damit abgeschlossen ist.

31 Vgl. auch HANS HANISCH, Der Fall des Liotard und die nationale Zuordnung eines Kunstwerks, in: Recht und Kunst, hrsg. von RAINER FRANK, Heidelberg 1996, 32; KURT SIEHR, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Käufers im Internationalen Privatrecht, in: ZVglRWiss 83 (1984), 100 ff., 109.

32 So der Vorschlag von HEINZ-PETER MANSEL, DeWeerth v. Baldinger – Kollisionsrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunstwerke, in: IPRax 1988, 268 ff., 270 f.; HANS HENNING KUNZE, Restitution "Entarteter Kunst", Sachenrecht und Internationales Privatrecht, Berlin/New York 2000, 138 ff. I.E. ähnlich auch H. HANISCH (FN 31), 35, der zwar in der Hauptfrage an der Situsregel festhalten, den Diebstahl aber als Vorfrage einer selbständigen Anknüpfung zuführen will. Ablehnend ASTRID MÜLLER-KATZENBURG, Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht (Diss. Freiburg i.B. 1995), Berlin 1996, 228; EVANGELOS SPINELLIS, Das Vertrags- und Sachenrecht des internationalen Kunsthandels, Diss. Osnabrück 1999, 392.

33 Auf den Ort mit dem engsten Zusammenhang stellen auch die neusten Entwicklung im anglo-amerikanischen Conflict Law ab ("most significant relationship-test"), siehe dazu LAMBERT KÖHLING, Greek orthodox patriarchate of Jerusalem v. Christie's, Case Note and Reflections on Recent Developments in US Law, Art., Antiquity and Law, 249, 251 f. (2001); A. MÜLLER-KATZENBURG, Besitz- und Eigentumssituation bei gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Kunstwerken, in: Art-Investor, hrsg. von LOTHAR PUES/EDGAR QUADT/RISSA, München 2002, 471.

34 So auch I. SCHWANDER (FN 25), Rn. 426 f.

35 Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz der wohlverworbenen Rechte; K. SIEHR (FN 31), ZVglRWiss 83 (1984), 100 ff., 107 ff.; A. HEINI (FN 27), Art. 100, Rn. 25 m.w.N.; rechtsvergleichend vgl. VOLKER GEYRHALTER, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Erwerbers – ein "vergessener" Kompromiss und die Auswirkungen auf das heutige deutsche Recht unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Sachenrechts (Diss. Regensburg 1995), Frankfurt a.M. et al. 1996, 100 ff.

be der Sache in einem Land, welches kein Lösungsrecht kennt, sollte der schweizerische Richter den Untergang dieses Rechts anerkennen.³⁶ Gelangt die Sache in der Folge jedoch wieder in die Schweiz, so lebt das Lösungsrecht wieder auf, was der Intention der Sachnorm des Art. 934 Abs. 2 ZGB entspricht.³⁷

2. Gutgläubiger Eigentumserwerb

Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb setzt ein gültiges Rechtsgeschäft, die Übertragung des Besitzes an der Sache und die Verfügungsberechtigung des Veräusserers voraus. Fehlt es an letzterer Voraussetzung, weil ein Nichtberechtigter die Sache veräussert, ist ein Eigentumserwerb im Grundsatz nicht möglich.³⁸ Es sei denn, der Erwerber sei gutgläubig und – wie es Art. 714 Abs. 2 ZGB ausdrückt – nach den Besitzregeln im Besitze der Sache geschützt. Gemäss Art. 933/934 ZGB ist der Erwerber geschützt, wenn der Eigentümer die Sache dem unberechtigt Verfügenden anvertraut hat, nicht aber, wenn die Sache abhanden gekommen ist.

Der ursprüngliche Eigentümer trägt dabei gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich aller Tatsachen, welche die Gutgläubigkeit des Erwerbers zerstören. Gelingt ihm dies, muss der Erwerber die Tatsachen vorbringen, welche zeigen, dass er kein Unrechtsbewusstsein hatte oder haben musste.³⁹

Entscheidend sind somit die Gutgläubigkeit des Erwerbers und die Art des Besitzverlustes (anvertraut/abhanden gekommen). Darauf wird nachfolgend näher einzugehen sein.

2.1. Guter Glaube des Erwerbers

a. Allgemeines

Der Erwerber einer beweglichen Sache ist im Sinne der Art. 933 ff. ZGB gutgläubig, *wenn er die redliche Überzeugung hat, dass der Veräusserer berechtigt sei, ihm das Eigentum zu übertragen*.⁴⁰ Der gute Glaube bezieht sich damit auf die fehlende Verfügungsbefugnis des Veräusserers.⁴¹ Er vermag jedoch nicht die mangelnde tatsächliche Verfügungsgewalt oder die Ungültigkeit des Veräusserungsvertrags zu heilen.⁴² Massgebend für das Vorliegen des guten Glaubens sind die Tatsachen im Zeitpunkt, in dem das Eigentum übertragen wird.⁴³ Wer nachträglich bösgläubig wird, bleibt im Interesse der Verkehrssicherheit in seinem Erwerb geschützt (*mala fides superveniens non nocet*).⁴⁴ Hat der Erwerber sich überhaupt nicht um die Verfügungsberechtigung des Veräusserers gekümmert, fragt sich, unter welchen Voraussetzungen er sich auf den Gutgläubenschutz berufen kann.

b. Ausschluss des Gutgläubenschutzes wegen mangelnder Aufmerksamkeit

Wer nur wegen Vernachlässigung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit gutgläubig war, kann sich nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf den Gutgläubenschutz berufen. Ob die gebotene Aufmerksamkeit beachtet wurde, ist ein

Ermessensentscheid, der sich auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls zu stützen hat.⁴⁵ Im Kunsthandel ist von besonderer Bedeutung, ob der Erwerber sich nach der Verfügungsberechtigung des Veräusserers bzw. nach der Provenienz des Erwerbsobjekts erkundigen muss.

Bisher besteht nach der Rechtsprechung eine Nachforschungs- und Erkundigungspflicht nur dann, wenn in der jeweiligen Veräusserungssituation konkrete Verdachtsmomente vorliegen.⁴⁶ Wären die Verdachtsmomente auch durch geeignete Nachforschungen nicht beseitigt worden, schadet dem Erwerber nach h. L. seine Nachlässigkeit nicht.⁴⁷ Es wird m.a.W. ein Kausalzusammenhang zwischen der Ausserachtlassung der gebotenen Aufmerksamkeit und dem guten Glauben angenommen. Dies ist jedoch m.E.

36 A. HEINI (FN 27), Art. 100, Rn. 28; K. SIEHR (FN 31), ZVgl RWiss 83 (1984), 100 ff., 112 f.

37 A. HEINI (FN 27), Art. 100, Rn. 28; K. SIEHR (FN 31), ZVgl RWiss 83 (1984), 100 ff., 115.

38 BeKomm/JÄGGI, Art. 3, Rn. 53.

39 BeKomm/JÄGGI, Art. 3, Rn. 102; BaKomm/HONSELL, Art. 3, Rn. 31.

40 Vgl. zum Begriff BaKomm/STARK, Art. 933, Rn. 44 ff.; BeKomm/JÄGGI, Art. 3, Rn. 16 ff., 55: *Gutgläubig ist, wer trotz Vorliegen eines Rechtsmangels das Bewusstsein hat, redlich zu handeln*. Für den Gutgläubigen treten die ordentlicherweise eintretenden Folgen des Rechtsmangels gar nicht oder bloss abgeschwächt ein.

41 Und nicht etwa auf die Gültigkeit des Grundgeschäfts, vgl. BaKomm/STARK, Art. 933, Rn. 55.

42 (BGE 89 II 389); BGE 103 II 186 ff.; BaKomm/STARK, Art. 933 N 55.

43 ZüKomm/HOMBERGER, Art. 933, N 34; BeKomm/STARK, Art. 933, N 79; BaKomm/JÄGGI, Art. 3, Rn. 131; MEYER-HAYOZ, Schweizerisches Privatrecht, V/1 § 81 Anm. 6; anders ZüKomm/OFTINGER/BÄR, Art. 884, Rn. 358 (stellen auf den Zeitpunkt des Besitzerwerbs ab); für das deutsche Recht siehe auch KARL BINDING, Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer in ihrer Ausgestaltung durch BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Mass, Leipzig 1908, 11.

44 PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Band I, 3. A., Bern 1997, N 432.

45 BGE 122 II 1, 3, E. 2 aa. Die Sorgfaltspflicht bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Die persönlichen Verhältnisse (wie z.B. das Fehlen bzw. Vorliegen besonderer Kenntnisse des Kunsthandels) und Handelsgewohnheiten können den Massstab nicht mindern, wohl aber verschärfen, vgl. OTTO PALANDT/PETER BASSENGE, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen etc., 62. A., München 2003, § 932, Rn. 10; BGH LM N 12, 21 zum deutschen Recht.

46 BGE 113 II 397 E. 2b), c).

47 BeKomm/JÄGGI, Art. 3, Rn. 129; HandelsGer ZH, ZR 1970, 241; BaKomm/STARK, Art. 933, Rn. 39; weitergehend OLG München, Warn 1973, N 3, das bei besonders wertvollen Werken selbst eine eidesstattliche Versicherung des Verkäufers nicht genügen liess.

nicht zwingend, da der Rechtsschein bereits durch die Verdachtsmomente zerstört wurde, welche Anlass zu den Nachforschungen geben sollten. Die Bösgläubigkeit wird nicht erst durch das Unterlassen von Erkundigungen oder die mangelhafte Erfüllung der Nachforschungsobliegenheit begründet.⁴⁸

Zwei Beispiele sollen das Gesagte verdeutlichen. Eine Sammlung kostbarer Skulpturen wurde einem erfahrenen Kunstsammler von einem ihm bekannten Händler angeboten.⁴⁹ Der Verkauf erfolgte nicht in der Galerie, sondern in der Privatwohnung des Veräusserers. Der Kaufpreis von 350 000 Franken wurde sofort in cash beglichen. Eine Herkunftsbcheinigung oder Schätzung lag nicht vor. Nachträglich stellte sich heraus, dass die Skulpturen dem Veräusserer zu Ausstellungszwecken übergeben worden waren und dass das Geschäft geradezu ein "Schnäppchen" war. Im Beispielsfall hatte der Erwerber Sach-, Markt- und Branchenkenntnisse. Der Ort der Übergabe, die Art des Kaufobjekts, die Höhe des Kaufpreises und das Fehlen jeglicher Bescheinigungen hätten ihn veranlassen müssen, sich nach der Provenienz der Skulpturen zu erkundigen.⁵⁰ Von Käufern wertvoller Kunst ist zu fordern, dass sie die Herkunft des Kaufobjekts sorgfältig recherchieren; dies belastet sie auch nicht über Gebühr, da sie die Mittel dazu haben.⁵¹ Dazu gehört die Konsultation von Versteigerungskatalogen grosser Auktionshäuser, von Werksverzeichnissen und von weiteren einschlägigen Quellen, wie z.B. der *Lost Art Internet Datenbank*.⁵² Hinweise auf das übliche Mass an Sorgfalt im Kunsthandel liefern auch diverse Verhaltenskodices, wie z.B. der Code of Professional Ethics des Internationalen Museumsrates.⁵³

Unschönes ereignete sich auch in der Nacht vom 8. auf den 9. April 1979. Aus einer Villa in Versoix bei Genf wurde eine antike Waffensammlung gestohlen. Von den Dieben gelangte die Sammlung über einen Zwischenhändler zu einem Antiquitätenhändler, der sie auf den Tag genau ein halbes Jahr nach dem Diebstahl einem Privatsammler verkaufte. Das Geschäft wurde in der Privatwohnung des Verkäufers abgewickelt und der Erwerber legte den Kaufpreis von CHF 320 000.– bar auf den Tisch. Bis 1991 blieb die Sammlung verschwunden. Die 1992 erhobene Herausgabeklage wurde 1997 nach einem Umweg übers Bundesgericht vom Luzerner Obergericht abgewiesen.⁵⁴ Die Gutgläubigkeit des Erwerbers wurde bejaht, obwohl das Bundesgericht den Antiquitätenhandel als risikoreiche Branche qualifizierte, in der oft mit unsauberer Ware gehandelt wird. Daraus folgt prinzipiell eine erhöhte Sorgfaltspflicht und eine Nachforschungs- und Erkundigungsobliegenheit des Händlers oder Sammlers.⁵⁵ Das Obergericht erkannte zwar, dass die Waffensammlung kein alltägliches Kaufobjekt und der Kaufpreis im Verhältnis zum Schätzungswert sehr günstig war. Ferner lagen weder Angaben über die Herkunft der Ware noch Gutachten vor. Ausserdem sprach auch das im Urteil nicht weiter spezifizierte Verhalten des Erwerbers nach dem Kauf nicht für seine Gutgläubigkeit. Entscheidend schien aber zu sein, dass der Kaufpreis nicht nachgerade als Schleuderpreis betrachtet werden konnte, der Erwerber keine Zweifel an der Seriosität des Veräusserers zu haben

brauchte und sich die Umstände des Kaufes im Rahmen des Branchenüblichen bewegten.

Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Fehlen konkrete Verdachtsmomente, besteht im Grundsatz keine Erkundigungspflicht. Dies gilt aber nicht in Geschäftsbereichen, welche dem Angebot von mit Rechtsmängeln behafteten Sachen in besonderem Masse ausgesetzt sind. Dazu zählt gemäss Bundesgericht der Handel mit Luxusoccasionen oder Antiquitäten. M. E. muss a fortiori auch der Kunsthandel dazu gerechnet werden.⁵⁶ Dementsprechend sind hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht von Händlern und Sammlern zu stellen.⁵⁷ Wird ihr Misstrauen erweckt oder hätte es erweckt werden müssen, sind entsprechende Nachforschungen anzustellen. So hielt das Bundesgericht in BGE 123 II 134 missbilligend fest, dass "*le recourant, homme rompu aux affaires et connaisseur d'art, ne s'était soucié ni de l'authenticité, ni de la provenance du tableau; en outre, le recourant avait pris le risque de traiter avec des inconnus et ne s'était assuré de la régularité de l'importation du tableau en Suisse*".⁵⁸ Durch Art. 16 KGTG werden die Sorgfaltspflichten im Kunsthandel und Auktionswesen positivrechtlich festgeschrieben und verschärft. Kulturgut darf nur übertragen werden, wenn die

48 BGH 5.2.1994, in: NJW 1994, 2022 ff.; H. H. KUNZE (FN 32), 172.

49 In Anlehnung an den Sachverhalt in BGE 122 III 1.

50 So schon BGE 80 II 53; vgl. auch BGE 123 II 134.

51 EMILY J. HENSON, *The Last Prisoners of War*, 51 DePaul L. Rev. 1103, 1150 (2002).

52 www.artloss.com

53 H. H. KUNZE (FN 32), 181 mit den dort erwähnten Codes of Ethics etc. als Ausdruck der im internationalen Kunsthandel gebräuchlichen Sorgfalt. Zu den Ethikcodes schweizerischer und europäischer Kunsthändler s. B. GLAUS/P. STUDER (FN 17), Anhang A3, 207 ff. und A6, 217 ff.

54 Obergericht Luzern, Urteil vom 2.6.1997 (N 11 96 45/133).

55 BGE 122 III 1.

56 So auch E. J. HENSON, *The Last Prisoners of War*, 51 DePaul L. Rev. 1103, 1151 (2002). Vgl. auch Urteil vom 10.6.1960 des Obergerichts Schaffhausen (publ. in: SJZ 57 [1961], 303 f.), das den "Bilderhandel" zu denjenigen Handelzweigen zählte, "bei denen das Angebot von Waren von seiten unrechtmässiger Besitzer häufiger ist als in andern."

57 Ebenso K. SIEHR, *Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen*, in: ZVglRWiss 80 (1981) 273 ff., 283; H. HANISCH (FN 31), 19, 36; A. MÜLLER-KATZENBURG, *Besitz- und Eigentums-situation* (FN 33); 474 m.w.N.

58 Das Bundesgericht hat 1954 in *Ammon vs. Royal Dutch* (BGE 80 II 53) entschieden, dass man nach dem Krieg nicht schuldlos in Unkenntnis des Risikos sein konnte, das mit Geschäften mit Ware aus Deutschland oder besetzten Staaten verbunden war, weil "*in der Schweiz allgemein bekannt war, dass (...) Bilder, Wertsachen und Wertpapiere in Mengen als Raubgut weggeschleppt und im Ausland, insbesondere in der Schweiz, in den Handel gebracht worden waren*". Dies muss wohl per analogiam auch für die heutige Situation nach dem Irak-Krieg im Hinblick auf entsprechende Kulturgüter gelten.

übertragende Person, d.h. der Verkäufer oder Auktionator nach den Umständen annehmen darf, dass das Objekt nicht gestohlen, nicht abhanden gekommen, nicht rechtswidrig ausgegraben und nicht rechtswidrig importiert worden ist. Die im Kunsthandel oder Auktionswesen tätigen Personen sind verpflichtet, die *Identität* der einlieferenden Personen oder des Verkäufers *festzustellen* und von diesen eine *schriftliche Bestätigung über deren Verfügungsberechtigung* über das Kulturgut zu verlangen.⁵⁹ Es wäre darüber hinaus generell sinnvoll, vom Verkäufer ein Ursprungszertifikat zu verlangen. Dies käme dem seriösen Kunsthandel zu Gute, da er sich einerseits gegen die schwarzen Schafe abgrenzen, andererseits auch höhere Preise verlangen könnte. Schliesslich wäre es auch ein Werbeargument für die Qualität des Kunsthandelsplatzes Schweiz.

2.2. Art des Besitzesverlustes und Rechtsfolge

Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten ist mit Ausnahme des portugiesischen⁶⁰ und des kanadischen Rechts⁶¹ in praktisch allen Ländern⁶² möglich, wenn die Sache "dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut" worden ist (Art. 933 ZGB).

Anvertrauen bedeutet die freiwillige und bewusste Übertragung der Sache mit der Massgabe, dass der Empfänger diese selbst oder eventuell den Erlös später zurückgibt.⁶³ Die Verfügungsbefugnis des Empfängers ist somit rechtlich beschränkt. Kunstwerke werden häufig im Rahmen eines Miet- oder Leihverhältnisses übergeben. So übergaben z.B. die französischen Erben des Marquis de Sade das berühmt-berüchtigte Manuskript "Les cent-vingt journées de Sodome" samt der Schatulle, in der es seit jeher verwahrt wurde, einem Pariser Verleger zur Ansicht. Im gleichen Jahr erfuhren sie zu ihrer grossen Überraschung, dass das Manuskript (ohne die Schatulle) von einem bekannten Genfer Privatsammler sog. "Curiosa" zum stolzen Preis von FF 300 000.– erworben wurde. Die Erben klagten gegen den Erwerber in Genf erfolglos auf Rückgabe des Manuskriptes, da dieses anvertraut und der Käufer gutgläubig war.⁶⁴

Wer gutgläubig eine anvertraute Sache erwirbt, wird Eigentümer. Der Alteigentümer ist zum Ausgleich des Verlustes seiner dinglichen Rechtsposition auf obligatorische Ansprüche gegen den nichtberechtigten Verfügenden verwiesen. Dies ist aber nur eine schwache Kompensation, da er dessen Insolvenzrisiko trägt.

3. Eigentumswechsel durch Zeitablauf

3.1. Übersicht

International scheiden sich die Rechtsordnungen an der Frage, ob an anderen als anvertrauten Sachen ein Eigentumserwerb möglich ist. Der anglo-amerikanische Rechtskreis lässt an abhanden gekommenen bzw. gestohlenen Sachen einen Eigentumswechsel nur unter restriktiven Voraussetzungen zu.⁶⁵ Nach österreichischem Recht ist ein solcher Erwerb nur möglich, wenn von einem Kaufmann erworben oder die Sache ersteigert wurde.⁶⁶ In Frankreich, Deutsch-

land und der Schweiz kann der Erwerber nach Ablauf einer unterschiedlich langen Frist Eigentum erwerben.⁶⁷ Italienisches Recht ermöglicht schliesslich bei Vorliegen einer gültigen causa den gutgläubigen Erwerb von Diebesgut.⁶⁸

3.2. Voraussetzungen nach Schweizer Recht

Dem Eigentümer einer abhanden gekommenen Sache wird gemäss Art. 934 ZGB der Eigentumsverlust zugemutet, wenn der Erwerber gutgläubig war, den Besitz an der Sache erlangt hat und ein gültiges Grundgeschäft vorliegt. Ferner müssen fünf Jahre seit dem Besitzesverlust verstrichen sein, ohne dass die Sache herausgefordert wurde. Zu klären sind der Begriff der abhanden gekommenen Sache sowie der Fristablauf.

a. Abhanden gekommene Sache

Abhanden gekommen sind Sachen, die nicht anvertraut sind. *Tertium non datur*. Was abhanden gekommen ist, ergibt sich daher negativ aus dem Begriff des Anvertrautseins.⁶⁹ Es geht um den unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes: Gestohlene, geraubte, verlegte oder unrecht-

59 Eine gesetzlich verankerte Meldepflicht wurde jedoch bei den Beratungen im Parlament aus dem Entwurf zum KGTG gestrichen (Art. 16^{bis} E-KGTG), AB 2003 N 41; AB 2003 N 553; www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/461775238/d_n_4617_75238_75239.htm (besucht am 12.8.2003).

60 Art. 1301 Código civil. Im Handelsverkehr kann der Alteigentümer die Sache jedoch nur gegen den Kaufpreis auslösen, siehe dazu K. SIEHR (FN 57), ZVglRWiss 80 (1981), 273 ff., 281.

61 Unabhängig von der Art des Besitzesverlusts ist ein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten erst nach Ablauf einer dreijährigen Ersitzungsfrist möglich (Art. 2919 CCQuébec).

62 Siehe Nachweise bei KARSTEN THORN, Der Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten (Diss. Trier 1996), Baden Baden 1996, 154 ff.

63 BaKomm/STARK, Art. 933, Rn. 23b.

64 BGer, Urteil vom 28.5.1998, 5C.16/1998, abgedruckt in SJ 121 (1999), 1 ff., vgl. auch NZZ Nr. 122 vom 29.5.1998, 19.

65 §§ 2-401, 2-402, 2-403 UCC; vgl. auch FN 88; K. SIEHR, Vereinheitlichung des Rechts der Kulturgüter in Europa?, in: Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, hrsg. von JÜRGEN BASEDOW et al., Tübingen, 2001, 823.

66 § 367 Abs. 1 ABGB, siehe dazu K. THORN (FN 62), 179 mit FN 12.

67 Art. 2279 franz. Cc (Ersitzung ohne Ersitzungsfrist), siehe dazu HERMANN RÖMER, Der gutgläubige Mobiliarerwerb im französischen Recht: rechtsvergleichende Betrachtungen zu Art. 2279 Cc, Diss., Münster 1984, 96; § 935 Abs. 1 i.V.m. 937 BGB (10 Jahre); Art. 934 Abs. 1 ZGB (5 Jahre).

68 Art. 1153 ital. Cc; vgl. dazu PAUL PIOTET, L'acquisition d'une chose mobilière aliénée sans droit, in: SJZ 55 (1959), 285 ff., 290.

69 Zur Abgrenzungsproblematik siehe STEPHAN HARTMANN, Der Fahmiserwerb vom Nichtberechtigten – zur Unterscheidung zwischen anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen, in: recht 2002, 136 ff.

mässig beschlagnahmte Sachen sind abhanden gekommen, da sie ohne bzw. gegen den Willen des Eigentümers in den Rechtsverkehr gelangten.⁷⁰

Im Zusammenhang mit Raub- und Beutekunst sind zwei Beispiele von abhanden gekommenen Sachen zu nennen. Vor und während des Zweiten Weltkriegs wurden in Deutschland und in den besetzten Gebieten zehntausende von Werken sog. "entarteter Kunst" von den damaligen Machthabern konfisziert und zur Devisenbeschaffung verwertet. Zwischen 1933 und 1938 wurden zudem jüdische Sammler gezwungen, ihre Schätze unter unvorteilhaften Konditionen zu veräussern. Die Kunst wurde auf sog. Judenauktionen versteigert, ohne dass die Erlöse an die Eigentümer abgeliefert wurden.⁷¹ Es wird geschätzt, dass sich heute noch ca. 20000 auf diese Weise abhanden gekommener Kunstwerke in privaten und öffentlichen Sammlungen befinden.

b. Fristablauf

Bei abhanden gekommenen Sachen tritt der Eigentumswechsel gemäss Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 934 Abs. 1 ZGB mit der Verwirkung der Herausgabeklage ein.⁷² Diese fünfjährige Verwirkungsfrist beginnt mit Besitzesverlust zu laufen und kann weder unterbrochen noch gehemmt werden. Der Eigentumserwerb setzt nicht voraus, dass der Besitzer fünf Jahre gutgläubigen, ununterbrochenen Besitz hatte. Es genügt, wenn entweder er bei Ablauf der Frist gutgläubig ist oder wenn ein späterer Besitzer die Sache gutgläubig erwirbt. Da der erste Besitzer nach dem Berechtigten regelmässig nicht gutgläubig ist, muss nach schweizerischem Recht der gutgläubige Besitz praktisch nie fünf Jahre dauern.⁷³

Wurde also z.B. am 31. Januar 1998 ein Gemälde gestohlen, wird ein Käufer Eigentümer, wenn er am 1. Februar 2003 oder später gutgläubig war und der Eigentümer das Bild in dieser Frist nicht zurückgefordert hatte. Der Eigentumserwerb tritt unabhängig davon ein, wie lange er das Bild in Besitz hatte oder ob der Eigentümer wusste, wo es ist. Die Kürze der Frist führt insbesondere bei Kunst- und Kulturgütern zu unbefriedigenden Ergebnissen. Die Gerichte neigten dazu, diese Härte durch hohe Anforderungen an die Gutgläubigkeit des Erwerbers zu korrigieren.⁷⁴ Dies ist aus methodischen Überlegungen nicht unbedenklich. Aus diesem Grund ist es zu begrüssen, dass der Gesetzgeber im Kulturgütertransfergesetz Remedur geschaffen hat und die Ersatzungs- und Verwirkungsfristen bei abhanden gekommenen Kulturgütern von 5 auf 30 Jahre hinaufgesetzt hat.⁷⁵ Damit wird die *UNESCO-Kulturgüterkonvention* aus dem Jahre 1970 umgesetzt und auch der noch nicht ratifizierte *UNIDROIT-Konvention* über gestohlene oder rechtswidrig ausgeführte Kulturgüter Tribut gezollt.⁷⁶ Vergleichbare Sonderregelungen für Kunst- und Kulturgüter kennen im Zuge der Umsetzung der UNESCO-Konvention mittlerweile die meisten Länder.

3.3. Rechtsfolge

Der gutgläubige Besitzer wird nach Ablauf der Frist Eigentümer der abhanden gekommenen Sache.⁷⁷ Der spätere

Erwerber erwirbt vom Berechtigten; die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit ist irrelevant. Selbst wenn er weiss, dass die Sache ursprünglich abhanden gekommen war, wird er im Grundsatz rechtmässiger Eigentümer.⁷⁸ Verlangt der Alteigentümer seine Sache mit Erfolg heraus, ist zu regeln, wer letztlich den aus der Sache gezogenen Nutzen behalten darf und allfällige Auslagen und Schäden zu tragen hat. Das erworbene Gemälde wurde z.B. kostspielig restauriert, versichert und anschliessend mit Gewinn weiterverkauft. Vorauszuschicken ist, dass der bösgläubige Besitzer alle Nutzungen herauszugeben und darüber hinaus Schadenersatz zu leisten hat (Art. 940 ZGB).

Der gutgläubige Besitzer hat gemäss Art. 939 ZGB für die notwendigen und nützlichen Verwendungen einen Ersatzanspruch. Den aus dem Bild gezogenen Nutzen hat er mit Ausnahme des Veräusserungserlöses nicht herauszugeben. Ausserdem steht ihm die Vergütung des von ihm für das Bild bezahlten Preises zu, wenn die Sache öffentlich versteigert oder auf dem Markt von einem Verkäufer erworben wurde, der dort Ware der betreffenden Art anbietet oder wenn die Sache durch einen Kaufmann übertragen worden ist, der mit Waren der gleichen Art handelt (Art. 934 Abs. 2 ZGB). Dabei wird gefordert, dass der Verkäufer einen den kaufmännischen Grundsätzen entsprechenden Geschäftsbetrieb führt.⁷⁹ Irrelevant ist es hingegen, ob die kaufmännische Tätigkeit haupt- oder nebenamtlich ausgeübt wird oder ob der Verkäufer im Handelsregister eingetragen ist oder nicht.⁸⁰ Das Lösungsrecht steht auch dem gutgläubigen Rechtsnachfolger desjenigen zu, der die soeben genannten Voraussetzungen erfüllt.⁸¹ Erwerb jedoch der an und für sich anspruchsberechtigte Gutgläubige von einem Bösgläubigen

70 BaKomm/STARK, Art. 934, Rn. 4 f.; BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 2 ff.

71 E. T. FRANCINI/A. HEUSS/G. KREIS (FN 2), 43 ff.

72 Keine Ersatzungsfrist. Art. 728 ZGB kommt damit nur noch zur Anwendung, wenn die Erfordernisse von Art. 933 f. ZGB nicht erfüllt sind, weil es an der iusta causa fehlt (z.B. der Käufer, der gestützt auf einen ungültigen Vertrag ein Bild erwarb, ersitzt nach Art. 728 ZGB).

73 P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Band II, Rn. 2106; BeKomm/STARK, Art. 933, Rn. 29.

74 Vgl. nur BGE 122 III I (Waffensammlung); 113 II 398 (Auto-Occasionshandel); OLG München (FN 47).

75 Art. 728 Abs. 1^{bis}; 934 Abs. 1^{bis} revZGB; Art. 196a revOR (noch nicht in Kraft).

76 UNESCO-Konvention vom 14.11.1970 über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung rechtswidriger Ausfuhr und Übereignung von Kulturgütern, BBl 2002, 635 ff.

77 P.-H. STEINAUER (FN 72), Band II, Rn. 2071a; HANS HINDERLING, Der Anwendungsbereich der Besitzesrechtsklage, SPR V/I, 491.

78 BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 32, vorbehaltlich des Rechtsmissbrauchs.

79 BaKomm/STARK, Art. 934, Rn. 21.

80 BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 39.

81 BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 41; K. SIEHR (FN 31), ZVglRWiss 83 (1984), 100 ff., 105.

gläubigen, der seinerseits vom Kaufmann erworben hat, besteht das Lösungsrecht nicht mehr.⁸² Der Eigentümer hat dem gutgläubigen Besitzer den von diesem selbst bezahlten Preis zu ersetzen. Im Kunsthandel kann dies bei einer Klage gegen den Rechtsnachfolger eines Steigerungskäufers zu empfindlich höheren Preisen führen, da Kunstgegenstände in der Regel durch mehrfache Verkäufe immer an Wert gewinnen. Auf diese Problematik wird bei den Kulturgütern zurückzukommen sein.

Neben dem Anspruch aus Art. 934 Abs. 2 ZGB hat der gutgläubige Besitzer auch Anspruch auf den bezahlten Preis nach den Regeln der kaufrechtlichen Rechtsgewährleistung (Art. 192 ff. OR) oder aus Grundlagenirrtum.⁸³ Es fragt sich demgemäss, ob der entwehrte Besitzer den bezahlten Preis primär vom ursprünglichen Eigentümer oder von seinem Verkäufer soll verlangen müssen.⁸⁴ Wird davon ausgegangen, dass der kaufrechtliche Rückerstattungsanspruch seiner Natur nach ein Schadenersatzanspruch ist, ist der Kaufpreis nur insoweit zurückzugeben, als der Käufer tatsächlich einen Schaden hat.⁸⁵ Dieser ist jedoch in dem Umfang vermindert, als der gutgläubige Besitzer vom Eigentümer das Lösungsrecht geltend machen kann. Daraus ergibt sich, dass der auf Herausgabe der gekauften Sache belangte gutgläubige Besitzer das Lösungsrecht geltend machen muss und von seinem Verkäufer nur den Schaden abzüglich des Ertrags des Lösungsrechts verlangen kann.⁸⁶ Der Verkäufer seinerseits kann sich an seinem Lieferanten unter den Voraussetzungen der Art. 97 ff. OR schadlos halten. Im Ergebnis trägt somit der Eigentümer das wirtschaftliche Risiko. Theoretisch kann er den Dieb nach Art. 41 ff. OR auf Schadenersatz verklagen, was ihm in der Regel jedoch wenig helfen wird.

Der Eigentümer kann seinerseits die Kosten des Vindikationsverfahrens oder das von ihm bezahlte Lösungsgeld vom Zwischenbesitzer gestützt auf Art. 62 ff. OR (bzw. bei Bösgläubigkeit Art. 940 ZGB) herausfordern. Scheitert die Herausgabeklage des Eigentümers, stehen ihm im Grundsatz keine obligatorischen Ansprüche gegen den gutgläubigen Erwerber oder Ersitzer zu. Gegen den bösgläubigen Nichtberechtigten stehen ihm vertragliche und deliktische Schadenersatzansprüche sowie Gewinnherausgabe nach Art. 423 Abs. 1 OR zu.

Alles in allem scheint die Regelung des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten *prima vista* ausgewogen zu sein und es stellt sich die Frage, worin denn nun die "Crux mit dem Eigentum an Kunst" liegen soll. Grundgedanke des verfassungsrechtlich geschützten Privateigentums ist, dass Eigentum stabiles Haben ist und dem Eigentümer nur mit besonderem Rechtfertigungsgrund entzogen werden darf, der auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Es fragt sich, worin beim gutgläubigen Erwerb die Rechtfertigung liegt, dem Eigentümer das Recht wegzunehmen und dem Gutgläubigen zu übertragen. Es stehen sich die Interessen des Eigentümers und des gutgläubigen Erwerbers gegenüber. Dabei ist nicht zu vergessen, dass sich zwei "Unschuldige" gegenüberstehen, die durch äussere Umstände bedingt um das Corpus delicti streiten müssen.

IV. Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs...

1. Generelle Rechtfertigungsgründe

Eine Rechtfertigung für das Opfer des Eigentümers zugunsten des gutgläubigen Dritten könnte in einem Selbstverschulden des Eigentümers, in der Übernahme eines Risikos oder in der widerspruchslosen Hinnahme eines Rechtscheins gefunden werden.

1.1. Selbstverschulden des Eigentümers

Ein Selbstverschulden könnte darin gesehen, dass der Eigentümer z.B. die Sache schuldhaft einem Hehler anvertraut oder durch ungenügende Sicherheitsmassnahmen einen Diebstahl ermöglicht hat.⁸⁷ Dieser Gedanke findet sich jedoch in unserem Recht nicht.⁸⁸ Das Eigentum wird demjenigen genommen, der die Sache dem Veräusserer schuldlos anvertraut hat, es wird aber dem grobfahrlässigen Bestohlenen erhalten.⁸⁹

1.2. Übernahme eines Risikos durch den Eigentümer

Ebensowenig vermag die Argumentation zu befriedigen, dass der Eigentümer auf eigenes Risiko handle, wenn er

82 Vgl. dazu BGE 103 II 189; BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 41, kritisch FRANÇOIS GUIAN, La protection de l'acquéreur de bonne foi en matière mobilière (Diss. 1969), Lausanne 1970, 132; PETER LIVER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1977, in: ZBJV 115 (1979), 250 ff., 264.

83 Zur konkurrierenden Geltendmachung des Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen siehe BGE 114 II 133; BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 45.

84 BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 45.

85 BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 43; i.E. auch K. SIEHR, ZVgIRWiss 83 (1984), 100 ff., 103 (Ersatz für Aufwendungen).

86 BeKomm/STARK, Art. 934, Rn. 45a.

87 Vgl. zur sog. "Verschuldungstheorie" KONRAD ZWIGERT, Rechtsvergleichend-kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, in: RabelsZ 23 (1958), 1 ff., 12 f.; P. PIOTET (FN 68), SJZ 55 (1959), 285 ff., 293; MARTINA HURST-WECHSLER, Herkunft und Bedeutung des Eigentumserwerbs kraft guten Glaubens nach Art. 933 ZGB, Diss., Zürich 2000, 74.

88 Dagegen knüpft die US-amerikanische Rechtsprechung das Institut der Verwirkung an den Gedanken des Selbstverschuldens: Wer sich nicht ernsthaft um die Wiedererlangung der gestohlenen Gegenstände bemüht, indem er es beispielsweise unterlässt, den Diebstahl anzuzeigen, verwirkt den Herausgabeanspruch: *O'Keeffe v. Snyder*, 405 A.2d 840 (Super Ct., App. Div. 1979), cert. granted N.J. 408 A.2d 800 (1979), reversed and remanded N.J. 416 A.2d 862 (S.Ct. 1980); *DeWeerth v. Baldinger*, 658 F.Supp. 688, 692 (US D.Ct.S. N.Y. 1987), reversed 836 E.2d 103 (2d Cir.C.A. 1987), cert. den. 108 S.Ct.2823 (1988); 804 F.Supp. 539 (S.D.N.Y. 1992), reversed 24 F.3d 416 (2d Cir. C.A. 1994), reh'g granted 38 F.3d 1266 (2d Cir. C.A. 1994).

den Besitz einem anderen überlässt. Er könne die Gefahr der Auswahl seiner Vertrauensperson beherrschen und habe daher den Verlust des Eigentums zugunsten des redlichen Erwerbers zu tragen.⁹⁰ Im modernen Massenverkehr ist es jedoch eine Illusion zu glauben, die Redlichkeit einer Person ohne Mühe erkennen zu können. In der Realität prüft niemand, ob z.B. das Auktionshaus, dem man ein Bild übergibt, eine Neigung zur Unterschlagung hat.⁹¹

1.3. Veranlassung eines Rechtsscheins

Nach der Veranlassungs- bzw. Rechtsscheinstheorie ist der gutgläubige Erwerb gerechtfertigt, weil der Eigentümer die rechtfertigende Besitzlage selbst geschaffen habe. Er habe die Sache einer von ihm ausgewählten Person übergeben und so das Auseinanderklaffen von Recht und Rechtsschein selbst veranlasst. Der gute Glaube in die Publizitätsfunktion des Besitzes sei diesfalls dem Eigentumsrecht vorzuziehen.⁹² Dies vermag nicht zu überzeugen. Zunächst "veranlasst" der Eigentümer durch die Besitzesübertragung, welche ganz andere Zwecke verfolgt, nicht die unberechtigte Verfügung. Sodann bleibt im Dunkeln, warum der nachlässige und unsorgfältige Eigentümer, dessen Bild gestohlen wird, die rechtfertigende Besitzlage nicht auch "veranlasst" hat. Es erklärt überdies nicht, warum das Vertrauen des Erwerbers in die Verfügungsberechtigung des Nichtberechtigten stärker gewichtet wird als das Vertrauen des Eigentümers in die Person, der er die Sache anvertraut hat. Beide gehen davon aus, dass sich der Verfügende korrekt verhalten würde. Auch fallen im heutigen Rechtsverkehr Besitz und Eigentum nicht selten auseinander.⁹³

1.4. Zwischenergebnis

Die Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs durch Anknüpfung an die Art des Besitzesverlustes (anvertraut bzw. abhanden gekommen) überzeugt somit im Ergebnis nicht. Das Erhaltungsinteresse des Eigentümers und das Vertrauensinteresse des Erwerbers stehen sich gleichwertig gegenüber.⁹⁴ Der durch die Abwägung der individuellen Interessen der Beteiligten ungelöste Interessenkonflikt kann einzig durch einen überindividuellen Grund aufgelöst werden.⁹⁵ Dieser könnte im Verkehrsinteresse liegen.

1.5. Verkehrsinteresse

Das objektive Verkehrsinteresse an der Leichtigkeit des Geschäfts- und Warenverkehrs reflektiert ein legitimes Sicherheitsbedürfnis. Der Verkehr soll frei von Ängsten beim Eigentumserwerb bleiben. Entscheidend ist somit letztlich das pragmatische Argument der Praktikabilität eines sicheren Güterverkehrs. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass die Entziehung des Eigentums nur in den Grenzen zu rechtfertigen ist, in denen es das Verkehrsinteresse fordert. Der gutgläubige Erwerb im Handelsverkehr wird somit gegenüber dem Erwerb aus privater Hand privilegiert.⁹⁶ Konkret bedeutet dies, dass der gutgläubige Erwerb vom Kunsthändler oder an einer Auktion möglich wäre. Dies kann u.a. damit begründet werden, dass der Kunsthändler als Profi – zumindest meiner Meinung nach

– strengen Sorgfaltspflichten untersteht und so Gewähr bietet, dass die Provenienz untadelig ist. Darauf soll sich der gutgläubige Käufer verlassen dürfen.⁹⁷ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass im nicht-kaufmännischen Bereich erworbene Sachen ersessen werden können (Art. 728 ZGB). Diese Lösung findet im Übrigen im preussischen Allgemeinen Landrecht von 1794⁹⁸ ein rechtshistorisches und im holländischen⁹⁹ und österreichischen¹⁰⁰ Recht ein rechtsvergleichendes Vorbild.

2. Spezialfall der Kulturgüter

Dieser Ansatz birgt allerdings bei Kunst- und Kulturgütern gewisse Gefahren in sich. Denn gleichgültig, von wem erworben wird: Kunst- und Kulturgüter sind keine "normalen" Handelsgüter, die beliebig reproduzierbar sind. Aufgrund ihrer statistischen Einmaligkeit und Individualität sowie der unter Umständen bestehenden kultur- und gesellschaftspolitischen Bedeutung der Objekte stellt sich die Frage, ob diese Regelung sachgemäss ist. Eine Vase aus der Ming-Dynastie (1368-1644) oder Oscar Kokoschkas "Windsbraut" dürfen rechtlich nicht mit einem Wassereimer oder einem Laser-Drucker gleichgesetzt werden.

Besonders Kulturgüter stehen häufig in einer wechselseitigen Beziehung zu ihrer angestammten Umgebung. Es steht ausser Frage, dass jede Nation ein Recht darauf hat, ihre Identität zu bewahren. Dies beinhaltet auch das Recht, gewisse wichtige Kulturgüter, welche materielles Zeugnis von zivilisatorischem Wert ablegen, im eigenen Territorium zu behalten, um damit den Menschen ihre kulturelle Identität erhalten zu können.¹⁰¹ Im Bewusstsein dieser Problematik

89 K. ZWIEGERT (FN 87), *RabelsZ* 23 (1958), 1 ff., 13.

90 RUDOLF MÜLLER-ERZBACH, Das Recht des Besitzes aus der von Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage entwickelt, in: *AcP* 142 (1936), 5 ff., 20.

91 M. HURST-WECHSLER, (FN 87), 74.

92 Vgl. dazu HEINZ HÜBNER, Der Rechtsverlust im Mobilarsachenrecht, Erlangen 1955, 56; M. HURST-WECHSLER (FN 86), 74 f.

93 K. ZWIEGERT (FN 87), *RabelsZ* 23 (1958), 1 ff., 14.

94 So auch K. ZWIEGERT (FN 87), *RabelsZ* 23 (1958), 1 ff., 15.

95 K. ZWIEGERT (FN 87), *RabelsZ* 23 (1958), 1 ff., 15.

96 Die Privilegierung des Handelsverkehrs wird auch damit begründet, dass hierbei die Überprüfung der Verfügungsberechtigung des Verkäufers unmöglich oder untunlich sei, (BGE 113 II 398); PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002, 759.

97 So auch der BGH, Urteil vom 5.10.1989, in: *NJW* 1990, 899 ff. zum deutschen Recht.

98 BRUNO HUWILER, Vindikationsprinzip versus Hand wahre Hand, Dogmengeschichtliches zur Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs, in: Nit anders den liebs und guets, Petershauser Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Karl S. Bader, hrsg. von CLAUS-DIETER SCHOTT/CLAUDIO SOLIVA, Sigmaringen 1986, 75, 90 ff.

99 Art. 3:99 ff. NBW.

hat der Gesetzgeber nach längerem Zögern beschlossen, für eine bestimmte Kategorie von Kunstwerken mit dem Erlass des Bundesgesetzes über den Kulturgütertransfer eine Sonderregelung zu schaffen.¹⁰² Dieses zielt vornehmlich darauf ab, die negativen Auswüchse des internationalen Handels mit Kulturgütern zu bekämpfen und die ökonomischen Anreize zu minimieren.¹⁰³ In der Sache vergleichbare Gesetze kennen zahlreiche lateinamerikanische, afrikanische, asiatische und europäische Staaten.¹⁰⁴

Kulturgüter können durch verschiedene Massnahmen geschützt werden. Eine Methode besteht darin, Kulturgüter pauschal zu Staatseigentum zu erklären, auch wenn sie noch nicht entdeckt oder ausgegraben sind.¹⁰⁵ Ohne staatliche Genehmigung können solche Sachen nicht veräussert, eressen oder gutgläubig erworben werden (Art. 724 Abs. 1 und 1^{bis} revZGB). Dem Gegenstand wird so die Verkehrsfähigkeit entzogen: Es handelt sich um sog. *res extra commercium* wie z.B. der Bundesbrief oder Bücher der St. Galler Stiftsbibliothek. Die zwingende Eintragung solcher Objekte in Kulturgüterverzeichnisse, strenge Export- und Importvorschriften sowie strafrechtliche Massnahmen ergänzen und sichern die Durchführung (Art. 5 ff. KGTG).¹⁰⁶ Nicht vergessen werden darf auch, dass die Staaten durch verstärkte Sicherheits- und Schutzvorkehrungen viel dazu beitragen können, dass Kulturgüter gar nicht erst abhanden kommen. Hier wird vielfach am falschen Ende gespart. Unlängst war es einem Dieb möglich, über das ungesicherte Baugerüst in das Wiener Kunsthistorische Museum einzudringen. Er entwendete aus der nicht mit einem Alarm versehenen Vitrine Benvenuto Cellinis "Saliera", das auf 75 Mio. Franken geschätzte, aus Gold, Ebenholz und Elfenbein gearbeitete Salzgefäss aus dem 16. Jahrhundert. Es existierte keine Videoüberwachung und die Wächter schenkten dem durch den Bewegungsmelder ausgelösten Alarm keine Beachtung.¹⁰⁷

Wer künftig in der Schweiz ein rechtswidrig eingeführtes Kulturgut gutgläubig erwirbt, soll während 30 Jahren nach dem illegalen Export zur Rückgabe des Kunstgegenstands gegen "angemessene" Entschädigung an den ausländischen Staat verpflichtet werden.¹⁰⁸ Die Höhe der Entschädigung orientiert sich am Kaufpreis sowie den Aufwendungen zur Bewahrung und Erhaltung des Kulturguts.¹⁰⁹ Im Grundsatz ist diese Verschärfung der Rückgabepflicht und der Ausbau des Lösungsrechts zu begrüßen. Die Anknüpfung des Fristbeginns an den Zeitpunkt des illegalen Exports wird aber erhebliche praktische Schwierigkeiten verursachen, denn dieser Zeitpunkt wird häufig nur sehr schwer zu ermitteln sein.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei Kulturgütern, die "aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur und Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvoll" sind (Art. 2 KGTG), versucht wird, das Problem des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten einerseits durch Beschränkung des Privateigentums und andererseits durch eine Privilegierung des Alteigentümers (des Staates) zu lösen. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber der Meinung ist, dass die durch Art. 933 ff. ZGB vorgenommene Interessenbewertung dem Kultur-

güterschutz nicht gerecht wird. Zur gleichen Schlussfolgerung kam der Bundesrat schon einmal. Nach dem Zweiten Weltkrieg bestand für kurze Zeit ein ähnliches Sonderregime, welches den durch die Nationalsozialisten Bestohlenen erlauben sollte, gegen Entschädigung ihre Kunstgegenstände selbst vom gutgläubigen Erwerber zurückzuerhalten.¹¹⁰

Was gilt aber für Kunstwerke, die vom KGTG nicht erfasst werden? Soll es für diese bei der normalen Regelung des gutgläubigen Erwerbs bleiben?

V. ...und mögliche Alternativen

An alternativen Lösungsvorschlägen mangelt es nicht. So wurde etwa vorgeschlagen, dass es anstelle des "entweder-oder" sinnvoller sei, in solchen Fällen eine Art Miteigentum zwischen Alteigentümer und gutgläubigem Erwerber zu konstruieren und dieses dann möglichst gerecht aufzulösen, indem z.B. das Objekt versteigert und der Erlös geteilt wird. Wenn die Parteien sich darauf einigen, mag dieser Weg sinnvoll sein. De lege lata sehe ich aber auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie und der privatrechtlichen Konzeption des Eigentums nicht, wie dies gegen den Willen einer Partei gerichtlich erzwingbar sein soll.

Ferner wurde argumentiert, dass analog zur Regelung im Kulturgüterrecht generell die Rückgabepflicht auch bei gutgläubigem Erwerb verbunden mit einer Entschädigungszahlung angeordnet werden sollte.¹¹¹ Dies ist an sich

100 Art. 1455 ABGB.

101 Vgl. dazu und zu möglichen Zuordnungskriterien ERIK JAYME, Die Nationalität des Kunstwerks als Rechtsfrage, in: Wiener Vorträge, Wien 2001, 129, 152; P. M. BATOR (FN 23), 27 ff. Zur Nationalität siehe auch anschaulich bei H. HANISCH (FN 31), 25 ff.

102 Damit setzt die Schweiz die UNESCO-Konvention vom 14.11.1970 um, vgl. FN 16.

103 Vgl. Art. 1 Abs. 2 KGTG.

104 MARC WEBER, Archäologische Objekte vor US-amerikanischen Gerichten, in: Liber discipulorum et amicorum, Festschrift für Prof. Dr. Kurt Siehr zum 65. Geburtstag, hrsg. von JOHANNES WEBER et al., Zürich 2001, 230; vgl. auch JONATHAN S. MOORE, Enforcing Foreign Ownership Claims In The Antiquities Market, Yale L. J. 97, 466, 470 f. mit FN 26 (1998).

105 M. WEBER (FN 104), 225, 232 m.w.N.

106 P. M. BATOR (FN 23), 34 ff.

107 NZZ Nr. 103 vom 13.5.2003, 52. Gemäss Die Zeit, Nr. 37 vom 4.9.2003, soll bei der Versicherung des Kunsthistorischen Museums, Uniq, bereits ein Erpresserbrief mit einer Lösegeldforderungen eingegangen sein.

108 Art. 9 Abs. 4, 5 KGTG.

109 Kritisch dazu CHRISTOPH DEGEN, NZZ, Nr. 128 vom 5.6.2003, 13.

110 E. T. FRANCINI/A. HEUSS/G. KREIS (FN 2), 335 ff.

eine valable Möglichkeit; allerdings bin ich skeptisch, ob es im Kunstbereich in der Praxis funktionieren würde. Bei äusserst wertvollen Kunstwerken – und nur um diese wird in der Regel gestritten – wird der ursprüngliche Eigentümer finanziell nicht immer oder sogar nur selten in der Lage sein, den vom Erwerber bezahlten Kaufpreis zu erstatten. Und selbst wenn er dazu imstande ist, besteht keine Gewähr dafür, dass er allfällige Regressansprüche gegen Dritte, z.B. den Dieb, durchsetzen kann. Faktisch würde dies zu einer erheblichen und nicht unbedenklichen Einschränkung des Privateigentums führen. Der Unterschied zum Kulturgüterschutz liegt darin, dass dort nur der in der Regel solvente Staat rückforderungsberechtigt ist.¹¹²

Des Weiteren könnte aus der Regelung des Kulturgüterschutzes abgeleitet werden, dass generell immer derjenige Besitzer bevorzugt werden soll, der in der Lage und willens ist, das Kunstwerk öffentlich zugänglich zu machen, da – etwas provokativ formuliert – Kunst dem Volk zustehe. Doch auch dagegen erheben sich Bedenken. Manche Kunstwerke, wie z.B. illuminierte Manuskripte, eignen sich aus konservatorischen Gründen von vorneherein nur sehr beschränkt für eine dauerhafte Ausstellung, unabhängig davon, in wessen Eigentum sie stehen.¹¹³ Es ist überdies auch falsch zu behaupten, dass öffentliches Eigentum an Kunst dem privaten per se überlegen sei, weil der Staat die Kunst in Museen für jedermann zugänglich mache. Denn oft entstehen aus anfänglich privaten Sammlungen später beachtliche öffentliche Museen; viele private Sammlungen sind zudem der Öffentlichkeit zugänglich. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, dass es einerseits den Kunsthandel als wichtigen Wirtschaftszweig braucht und andererseits gerade die manchmal erratische, dafür mutige Sammeltätigkeit Privater bestimmte Kunstrichtungen erst zum Blühen gebracht hat.¹¹⁴ Die öffentliche Hand verfügt auch gar nicht über die finanziellen Ressourcen, um das Bedürfnis der Öffentlichkeit zu befriedigen. Ausserdem kann es nicht ernstlich die Meinung sein, die Auswahl "schöner" Kunst nur in die Hände von Museumsdirektoren oder staatlichen Kunstkommissionen zu legen.¹¹⁵

Schliesslich könnte versucht werden, den Interessenausgleich dadurch herzustellen, dass das Eigentumsrecht in Verfügungs- und Nutzungsrechte aufgespalten wird, so wie dies im mittelalterlichen Lehensrecht¹¹⁶ oder bei der erbrechtlichen Nutzniessung möglich war und ist. Der ursprüngliche Eigentümer einerseits würde den mittelbaren Besitz und ein beschränktes Verfügungsrecht behalten; der gutgläubige Erwerber andererseits würde die Nutzungsmöglichkeiten erhalten, die aber auf Zwecke beschränkt werden, welche mit dem künstlerischen Charakter des Werkes vereinbar sind und dessen Integrität sowie Konservierung nicht beeinträchtigen.¹¹⁷ Das Eigentumsrecht wird so aber letztlich zur *nuda proprietas* degradiert.¹¹⁸ Dies entspricht wohl in wenigen Fällen den Interessen der beiden Parteien. Denkbar ist dies z.B., wenn ein gestohlenen Bild von einem Museum ersteigert und dort dann dauerhaft mit der Erwähnung des ursprünglichen Eigentümers ausgestellt wird. Ansonsten birgt dieser Vorschlag erhebliches Konfliktpotential, indem ursprünglicher Eigentümer und gutgläubiger

Erwerber in eine Art unfreiwillige Schicksalsgemeinschaft gepresst werden, die ihnen eine gemeinsame Verantwortung für das Kunstwerk aufbürdet. Sie geraten auch in gegenseitige wirtschaftliche Abhängigkeit: Fällt z.B. der eine in Konkurs, reisst er u.U. seine Rechte am Kunstobjekt mit sich.¹¹⁹ Die gleiche Problematik stellt sich im Übrigen bei der vorher erwähnten Miteigentumskonstruktion vor deren Auflösung.

Insgesamt vermag keine dieser Alternativen zum bestehenden System vollständig zu überzeugen. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie ist es gefährlich, den bestehenden Eigentumsbegriff zu manipulieren, um ein bestimmtes rechtspolitisch motiviertes Ergebnis zu erzielen. Das Eigentum wird schleichend "verdünnt" und in letzter Konsequenz entwertet.¹²⁰

Es bleibt somit de lege lata dabei, dass ein möglichst adäquater Interessenausgleich im Einzelfall durch verschärfte Anforderungen an die zu beachtende Sorgfaltspflicht unter Berücksichtigung der kunst- und kulturspezifischen Eigenarten des Objekts erzielt werden muss. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers sollte nicht weitergehen, als es das Interesse des Handels- und des Rechtsverkehrs erfordert. Das Problem der Raubkunst aus dem 2. Weltkrieg wird damit nicht gelöst. Allerdings bin ich skeptisch, ob dieses dunkle Kapitel ohne gesetzgeberische Hilfe einer guten Lösung zugeführt werden kann. Dies zeigen nicht nur unsere eigenen Erfahrungen mit Raub- und Beutekunst, sondern auch ausländische Erkenntnisse. Diese haben z.B. Österreich schon vor fünf Jahren dazu geführt, ein spezielles Gesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den

111 K. SIEHR (FN 57), ZvglRWiss 80 (1981), 273 ff.; DERS. in: Nach Europa, 75 Jahre Max-Planck Institut für Privatrecht (FN 65), 823.

112 Vgl. Art. 6 KGTG.

113 P. M. BATOR (FN 23), 24.

114 P. M. BATOR (FN 23), 24 f.

115 So auch P. M. BATOR (FN 23), 24.

116 CH. ENGEL (FN 18), 81: Der feudale Herrscher gab seinen Vasallen ein Lehen, das am Ende der vereinbarten Nutzungszeit an den Herrn zurückfällt. Diese Idee findet sich heute noch in gewissem Mass im Urheberrecht: Der Urheber überträgt sein Werk auf einen anderen, behält aber daran alle mit seiner Urheberpersönlichkeit verknüpften Rechte ("droit moral").

117 Kritisch CH. ENGEL (FN 18), 82 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass eine Aufspaltung der im Bündel "Eigentum" befindlichen Eigentumsrechte problematisch ist, da der Eigentümer auch die volle Verantwortung für die Sache trägt, währenddem der blosse Nutzer von Begleitleistungen zugunsten der Allgemeinheit befreit würde.

118 MAURO LOOSLI, Kulturgüterschutz in Italien, Zürich 1996, 33 f.

119 CH. ENGEL (FN 18), 18, 89.

österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen zu erlassen, die während des 2. Weltkriegs geraubt wurden.¹²¹

Schliesslich bleibt noch anzumerken, dass eine beachtliche Zahl gestohlener Kunstwerke auf freiwilliger Basis an den Alteigentümer zurückgegeben werden, wenn auch gegen nicht unbeträchtliche Entschädigungssummen. Nicht selten werden solche Rückgaben mit der Abmachung verbunden, dass das Bild als Leihgabe beim Erwerber verbleibt, vor allem dann, wenn es sich beim Erwerber um ein Museum handelt.¹²²

120 Je stärker die Möglichkeit eingeschränkt wird, sich an einer Sache Nutzungsmöglichkeiten zu kaufen, desto weniger ist diese wert: CH. ENGEL (FN 18), 48.

121 Bundesgesetz über die Rückgabe von Kunstgegenständen aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen vom 12.5.1998: Kunstgegenstände, die während des 2. Weltkriegs geraubt wurden, müssen zurückgegeben werden, unabhängig davon, ob die Museen und Sammlungen rechtmässige Eigentümer sind, solange nur das ursprüngliche Rechtsgeschäft nichtig war. Diese Regelung gilt nur für Eigentum der Republik Österreich.

Le vol d'objets d'art, l'art dérobé ou la protection des biens culturels sont des expressions qui remuent la société et la politique, au plus tard depuis le Rapport Bergier. La Suisse est riche en objets d'art et en biens culturels, maintes collections publiques ou privées abritent d'importants trésors culturels. L'art est quelque chose d'exceptionnel: Elle touche les émotions, provoque, veut faire passer un message ou non et ... est en même temps un bien économique ordinaire qui sert à gagner beaucoup d'argent. La Suisse est l'un des pays de pointe dans le commerce des œuvres d'art. Là où il y a de la ruse, il y a, comme chacun le sait, beaucoup d'abus. Des œuvres d'art sont falsifiées et volées, des biens du patrimoine culturel sont illégalement déterrées et exportés, avec l'art, on blanchit de l'argent d'origine criminelle et bien plus encore. L'ordre juridique connaît beaucoup de règles pour combattre de tels dérapages.

Cet article examine ces règles: Qui, dans de tels cas, doit être considéré comme propriétaire? Le propriétaire dérobé ou l'acquéreur qui est de bonne foi et qui n'a pas connaissance du passé douteux? Quel est le degré de diligence requise et comment les acheteurs d'objets d'art doivent-ils se renseigner sur la provenance de l'objet? Quelles sont les obligations des marchands? Est-ce que la législation en vigueur tient compte des particularités des objets d'art? Ou bien des corrections du point de vue politico-juridique sont-elles nécessaires? Est-ce que la nouvelle loi sur le transfert de biens culturels propose de solutions adéquates?

(trad. Flurin von Planta)