
Panel-Gespräch: Sorgfaltspflichten von Auktionshäusern

Teilnehmer: Prof. Dr. Markus Müller-Chen (Leitung)
Prof. Dr. Dirk Boll
Prof. Dr. Haimo Schack
Dr. Friederike Gräfin von Brühl

Markus Müller-Chen:

Ich danke zuerst mal meiner Kollegin Gräfin von Brühl für dieses Referat, das uns hervorragend in das Thema eingestimmt hat, das auch die Breite der Thematik sehr schön erläutert hat. Ich möchte mit Ihnen, zusammen mit dem Panel, aber bitte auch unter Einbezug von Ihnen, ein paar Aspekte herausgreifen. Wir haben +/- 45 Minuten Zeit, um dieses Thema ansatzweise zu behandeln.

Sorgfaltspflichten bei Auktionshäusern: Ich erlaube mir, Ihnen einen kleinen Abschnitt aus den Auktionsbedingungen von Sotheby's vorzulesen, um die Bedeutung der Sorgfaltspflicht für das Auktionshaus in deren eigenen Worten zu erläutern. Hier heisst es unter dem Stichwort *Hinweise an Käufer und Verkäufer*:

„Sotheby's ist im Hinblick auf das Tatsachenmaterial bezüglich zur Versteigerung angebotener Objekte weitgehend vom Verkäufer abhängig. Sotheby's ist deshalb nicht in der Lage, jedes versteigerte Objekt einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen, und tut dies auch nicht. Die Käufer sind deshalb dazu verpflichtet, Objekte, an denen sie interessiert sind, selber auf Beschaffenheit zu überprüfen und zu untersuchen.“

Also: Offenbar soll hier keine Sorgfalt angewandt werden. Wie sieht es nun aus? Wir haben, wenn wir das Ganze chronologisch ansehen, Sorgfaltspflichten, die *vor* der eigentlichen Versteigerung eine Rolle spielen, beispielsweise, wenn ein Objekt zu schätzen ist. Wir haben sodann bestimmte Sorgfaltspflichten *im Zusammenhang mit* der Versteigerung, welche festlegen, wie sich das Auktionshaus oder der Auktionator korrekt zu verhalten hat. Wir haben möglicherweise Sorgfaltspflichten *nach* der Versteigerung im Zusammenhang mit der Abwicklung des Zahlungsverkehrs (Stichwort

Geldwäscherei u.ä.) und schliesslich – last but not least – ist zu beachten, dass gewisse Sorgfaltspflichten in AGB abgedungen werden.

Ich möchte deshalb in dieser chronologischen Reihenfolge die Diskussion führen. Wir beginnen daher zuerst mit den Sorgfaltspflichten *vor* der Versteigerung. Wir haben einen Fall gehört, den Gräfin von Brühl erläutert hatte, den Augsburger Teppichfall. Als Schweizerinnen und Schweizer kennen wir den Gallé-Lampenfall des Bundesgerichtes, der bald einmal 30 Jahre zurückliegt. Folgender Sachverhalt lag dem Entscheid zugrunde: Ein Ehepaar ging zu Sotheby's Zürich, um seine Gallé-Lampe schätzen zu lassen. Am Empfang wurden sie von einem Fräulein V. empfangen, welches dem Ehepaar mitteilte, dass man Sotheby's London kontaktieren müsste. Das könne man vor Ort nicht machen. Der Brief mit der Fotografie ist nie bei Sotheby's London angekommen. Auf Drängen des Ehepaars hin hat dann das Fräulein V. Sotheby's London telefoniert und gesagt, man brauche jetzt diese Schätzung, die Lampe sähe etwa so und so aus. Sotheby's London schätzte daraufhin die Lampe am Telefon auf etwa 10'000 Franken. Das Ehepaar hat dann die Lampe zu einem bisschen höheren Wert an den interessierten Käufer verkauft. Nachträglich, Jahre später, hat sich herausgestellt, dass diese spezifische Lampe kein Massenprodukt, sondern eine Einzelanfertigung war und einen viel höheren Wert hatte. Es stand dann ein Schadenersatzanspruch wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten zur Diskussion, der vom Bundesgericht letztlich gutgeheissen wurde.

Wir haben zwei Thesen von Gräfin von Brühl gehört: Es sei im Verhältnis des Auktionshauses zum Ersteigerer ein strengerer Massstab anzulegen als im Verhältnis des Auktionshauses zum Einlieferer. Auf der Folie 5 können Sie das nachlesen, da eben der Einlieferer weniger schutzbedürftig sei aus den Gründen, die sie genannt hat. Der zweite Hinweis zum Sorgfaltsmassstab war: Ein Händler oder ein Auktionshaus mit grossem Umsatz müsse auch strenger behandelt werden. Damit gelte für das Auktionshaus von Herrn Boll, Christie's, ein strengerer Sorgfaltsmassstab als für die kleineren, regionalen Anbieter.

Nun, wie sieht es jetzt mit dieser Due Diligence bei der Schätzung, bzw. generell bei Pflichten im Vorfeld aus? Ich möchte zunächst mal Herrn Boll das Wort geben und fragen: „Wie läuft denn das jetzt in der Praxis ab?“

Dirk Boll:

Ja, in der Praxis ist es nun so, dass glücklicherweise diese Versendung des Briefes heutzutage nicht mehr unterlassen werden kann, weil wir natürlich längst mit E-Mail arbeiten. Der Fall ist im Prinzip ein ganz guter Indikator, denn die internationalen Netzwerke grosser Auktionshäuser basieren natürlich in ihrer Expertise auf den Abteilungen, d.h. den Gruppen von Experten,

die die Auktionen zusammenstellen und damit auch die Auktionsobjekte katalogisieren und bewerten. Das bedeutet, auch bei Christie's wäre es so, dass die Expertise in einem Auktionszentrum sitzt, und für diesen Teppich, den wir gesehen haben, war das London; für eine vergleichbare Lampe wäre das in unserem Falle heutzutage wahrscheinlich New York, für ein Hodler-Gemälde wäre das hier in Zürich. Wir bekommen eine unglaubliche Flut von Objekten präsentiert, jeden Tag. Die beiden Kollegen hier im Raum nicken jetzt ganz versonnen. Die grosse Popularität der Kunstmärkte, die Berichterstattung über grosse Wertspannen und Wertzuwachschancen in den Medien haben dazu geführt, dass viele Menschen ihre Dachböden durchstreifen, Objekte auf Flohmärkten kaufen und hinterher bei Auktionshäusern landen und diese Objekte begutachtet haben wollen. Der Ablauf muss dadurch in einer gewissen Art und Weise strukturiert werden und ist eigentlich immer identisch. Diese Objekte werden zunächst fotografiert, vermessen, im Einzelfall gewogen, wenn Sie an Silber denken, wenn Sie an Edelsteine denken, und unsere Experten machen auf Basis dieser abstrakten Angaben zunächst eine unverbindliche Einschätzung. Das ist in aller Regel keine Werteinschätzung, sondern das ist einfach die Beurteilung: Ist das ein Objekt, das wir für diesen Kunden handeln könnten? Wenn es jetzt so ist, dass dieser Kunde tatsächlich daran interessiert ist, von Christie's einen Vorschlag für eine Vermarktung zu erhalten, kommt der Experte, wo immer er auch sitzt, und schaut das Objekt an. In ganz wenigen Fällen kommt das Objekt zum Experten. Normalerweise geht das andersherum. Das bedeutet, wir geben keine Wertschätzung in schriftlicher Form ab, ohne dass der zuständige Experte dieses Werk oder Objekt gesehen hat, je nachdem, ob wir von der bildenden oder angewandten Kunst sprechen. Natürlich ist es trotzdem so, auch wenn wir ein grosses Team an Experten haben, dass diese Menschen prinzipiell Generalisten sind, d.h. wer Experte ist für den deutschen Expressionismus, hat selbstverständlich nicht dieselbe Tiefe an Expertise für jede/n einzelne/n dieser Künstlerinnen und Künstler, die unter diesen Gattungsbegriff oder Epochenbegriff fallen. Das bedeutet, in dem Moment, wo wir ein solches Werk katalogisieren, wenden auch wir uns, wie wir es auf den Folien gesehen haben, an externe Spezialisten, die sich auf ein Œuvre, auf ein künstlerisches Schaffen konzentriert haben, und das sind in aller Regel diejenigen Personen, die das Werkverzeichnis führen. Das ist eine einfache Sache, wenn das Werkverzeichnis dieses Werk, das man in Händen hält, aufführt. Das ist etwas komplizierter, wenn dies nicht der Fall ist. Und dann laufen all die Schritte ab, die wir auch gesehen haben, nacheinander oder gleichzeitig. Aber im Prinzip ist es so, dass unsere eigene Expertise eine Art Eingangskontrolle ist und das Weiterreichen oder das Weiterbefragen im Strang der Expertise natürlich auch eine Meinungsäusserung unserer Kollegen ist. Im Prinzip arbeitet man da Hand in Hand, Administration, interne Expertise, externe Expertise.

Markus Müller-Chen:

Vielen Dank. Herr Schack, aus rechtlicher Sicht: Was wären die Standards, die einzuhalten sind, und was ist von einer Verschärfung oder der Gewichtung zu halten, wie sie unsere Kollegin vorgeschlagen hat?

Haimo Schack:

Ja, mich hat etwas irritiert, als Sie über den Beweisbeschluss des Landgerichts Köln berichtet haben, dass dort geprüft werden soll, wie andere Auktionshäuser das üblicherweise machen. Das kann es nicht sein. Der Fahrlässigkeitsbegriff ist die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Das ist ein normatives Element. Wir schauen nicht, fahren alle mehr als 50 km/h innerorts, sondern 50 km/h sind eben erforderlich. Und deswegen wäre das keine Entschuldigung, wenn da rauskommen sollte, dass alle Auktionshäuser dieser Größenordnung eben zu wenig tun. Wir haben im Urheberrecht das ganz ähnliche Problem. Bei Stärkung der Rechte im Urhebervertragsrecht wird die *angemessene* Vergütung geschuldet. Und da haben der Bundesgerichtshof und viele andere Gerichte zu unserem § 32 des deutschen UrhG mehrfach erklärt, dass das, was üblich ist, deswegen noch lange nicht angemessen sein muss. Also müssen wir schon den Mut haben zu sagen, was normativ erforderlich ist. Wir setzen eine Hürde, die durchaus höher sein kann als das, was im Augenblick praktiziert wird.

Markus Müller-Chen:

Ich sehe viele Praktiker und Praktikerinnen im Publikum. Haben Sie eine Stellungnahme oder eine Replik auf das, was Herr Schack gesagt hat? Es hat mich natürlich auch beschäftigt, als ich gehört habe, dass man von Mitbewerbern Expertisen verlangt. Gibt es dazu eine Meinung aus dem Publikum?

– Was ist mit den Vertretern des Gerichtes, Herr Schönenberger?

Beat Schönenberger:

Nein, das kann's nicht sein. Das kann sicher nicht sein, wie Herr Schack gesagt hat, dass ich vier andere Auktionshäuser frage – und ich meine, keine Krähe kratzt der anderen ein Auge aus, das kommt dann noch dazu –, was der Sorgfaltsmassstab ist.

Friederike Gräfin von Brühl:

Genau. Das wäre auf der Ebene der Beweiswürdigung zu behandeln.

Beat Schönenberger:

Der Sorgfaltsmassstab ist etwas, das vom Gericht festgelegt werden soll, und so soll es sein. Entweder ist er eingehalten oder nicht. Also, da macht es sich das Gericht vielleicht etwas einfach oder will einfach noch etwas Zeit gewinnen. Das kann auch sein. Es hofft vielleicht, dass die Parteien sich unterdessen vergleichen.

Friederike Gräfin von Brühl:

Uns wurden im Zuge dieses Beweisbeschlusses Vergleichsvorschläge unterbreitet. Ich glaube, das Gericht hat in der Tat die Hoffnung, dass wir uns da doch noch irgendwie einigen können.

Beat Schönenberger:

Diese Hoffnung haben wir natürlich immer.

Markus Müller-Chen:

Sehr gut. Ich darf Sie hier daran erinnern, dass wir nach Schweizer Recht bei Schätzungen immer diese Diskussion haben, ob ein Auftragsverhältnis vorliegt oder ob im Schätzungsvertrag auch ein werkvertragliches Element drinsteckt. Gemäss Bundesgericht kommt es auf die Nachprüfbarkeit des Ergebnisses nach objektiven Kriterien an. Ich nehme an, dass nicht alle eingelieferten Werke gleich beurteilt werden können. Aber in den meisten Auktionsbedingungen wird ausdrücklich gesagt, dass der letztendlich erzielte Wert kein Indiz dafür sei, ob die Schätzung richtig oder falsch war. Wenn wir von einem Auftragsverhältnis ausgehen, dann stellt sich natürlich jetzt noch die ganz brennende Frage: Darf das Auktionshaus in AGB die vertragstypische Sorgfalt, die es als Beauftragte des Einlieferers für die Schätzung zu erbringen hat, wegbedingen können? Wäre das in Deutschland zulässig?

Friederike Gräfin von Brühl:

Ja, selbstverständlich kann man solche Haftungsausschlüsse in die Versteigerungsbedingungen aufnehmen. Die Frage ist nur, ob sie dann tatsächlich auch im konkreten Einzelfall wirksam sind. Wenn man bedenkt, dass in Fällen, in denen das Auktionshaus fahrlässig ist, nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Deutschland, die inzwischen schon seit Jahrzehnten besteht, diese Haftungsausschlüsse keine Anwendung finden, dann muss man sich fragen, ob nicht auch die haftungsausschliessende Klausel selbst unwirksam ist, solange nicht drinsteht, dass der Haftungsausschluss unter dem Vorbehalt der Fahrlässigkeit steht. Fälle wie das Bodensee-

auktionsurteil gibt es seit der gesetzlichen Kodifizierung des AGB-Rechts in Deutschland gar nicht mehr, dass eine Klausel wirksam ist, aber in bestimmten Fällen nach 242 BGB (Treu und Glauben) keine Anwendung finden soll. Heute werden solche Fälle im AGB-Recht nicht über den Gesichtspunkt von Treu und Glauben, sondern über die Frage der Wirksamkeit gelöst. Da würde mich auch interessieren, was Sie meinen, Herr Prof. Schack.

Haimo Schack:

Hier müsste man noch differenzieren zwischen dem allgemeinen Versteigerungsauftrag oder dem Kommissionsauftrag, wo das eine Nebenpflicht wäre, und einem auch denkbaren selbständigen Beratungsvertrag. Wenn ich Experten frage, und dazu gehören auch Auktionshäuser, gib mir eine Einschätzung: 'echt?', 'wie viel ist es wert?', dann wäre das die Hauptpflicht eines selbständigen Beratungsvertrages. Von der kann sich der Experte dann nicht wieder freizeichnen. Das wäre ja die Hauptleistung, die er versprochen hat zu erbringen. Da taucht dann die Frage auf, wie weit dieser Vertrag Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter entfaltet. Wenn das Auktionshaus z. B. einen Experten beauftragt, kann dann der Einlieferer auch aus diesem Vertragsverhältnis gegen den Experten vorgehen? Aber wenn der Einlieferer oder jemand, der vielleicht später Einlieferer werden will, mit dem Auktionshaus einen Vertrag schließt, der diese Beratung beinhaltet, dann kann ich mir nicht vorstellen, dass man diese Pflicht wegkontrahieren kann. Das ist die Hauptpflicht des Beratungsvertrages. Da wäre also vermutlich, in AGB schon gar nicht, allenfalls eine Absenkung des Fahrlässigkeitsmassstabs denkbar. Aber auch das ist eigentlich ja nicht Sinn der Sache. Da muss man schon für leichte Fahrlässigkeit haften, so wie ein Anwalt, wenn er Mandanten berät, auch für leichte Fahrlässigkeit haftet. Er kann auch nicht sagen, ich hafte nur für grobe. Eine solche AGB-Klausel wäre auch bei uns nicht wirksam.

Friederike Gräfin von Brühl:

Es gibt einen sehr interessanten Fall dazu, der vor drei Monaten in London entschieden wurde, der „Coleridge Collar“-Fall. Das ist ein Fall, in dem ein Tudor-Kragen aus der Familie des Duke of Coleridge durch ein Auktionshaus expertisiert wurde. Er wurde nicht versteigert, sondern er wurde dem Auktionshaus Sotheby's (wieder Sotheby's) zur Expertisierung vorgelegt, und das Auktionshaus Sotheby's sollte eine Einschätzung geben, um was für einen Kragen es sich dabei handelte. Die Sotheby's-Expertin schätzte ihn auf den ersten Blick ins 17. Jahrhundert und gab eine Preisschätzung von GBP 30'000 an. Der wirkliche Wert hätte wahrscheinlich bei GBP 300'000 gelegen, denn dieser Kragen stammte in Wirklichkeit aus dem 15. Jahrhundert. Das Dramatische an dieser Situation war, dass die Familie des Duke of

Coleridge ihr Schloss nicht verkaufen wollte, sich dazu aber gezwungen sah. Sie hatten gehofft, durch den Verkauf des Kragens den Schlossverkauf verhindern zu können. Als sie dann erfuhren, dass der Kragen in Wirklichkeit nur GBP 30'000 wert sein sollte, haben sie sich dafür entschieden, das Schloss doch zu verkaufen, und es dann auch getan. Wenige Jahre später kam dieser Kragen dann wiederum bei Christie's zur Versteigerung für einen Schätzpreis von GBP 300'000. Das ist ein ziemlich dramatisches Beispiel für Sorgfaltspflichten von Auktionshäusern gegenüber dem Einlieferer im Rahmen des Auftragsverhältnisses oder Werkvertrages, wie auch immer man es vertragstypologisch einordnen möchte. Das Interessante war in diesem Fall: Die Parteien haben eigentlich nur darüber gesprochen und die Einlieferung dann nachher gar nicht durchgeführt, ähnlich eigentlich wie in dem Schweizer Gallé-Lampenfall, den Sie erwähnten, in dem es dann auch gar nicht zur Versteigerung kam, sondern ein freier Verkauf vorgenommen wurde, weil das Objekt wegen des niedrigen Gebots dann einfach anderweitig weitervermittelt wurde. Zu dem Gallé-Lampenfall vielleicht noch eine Anmerkung von mir: In dem Fall, würde ich sagen, hat sich der Einlieferer selbst auf ein ganz starkes Risiko eingelassen, wenn er sich einfach auf die rein telefonische Begutachtung eingelassen hat. Und dann im Nachhinein das Auktionshaus zu verklagen, finde ich doch ganz schön gewagt.

Frage aus dem Publikum:

The interesting thing in the Coleridge case was the following that the court made a decision about duty of care. And it said about the advice which Sotheby's gave in first instance to this family Coleridge who thought that the chain dated of the 15th century they thought that that was the case and Sotheby's said it was not, it was later. And it appeared afterwards that it was, indeed, of the 15th century. The court said as far as the advice of Sotheby's is concerned whether they are liable for a duty of care or not, depends whether a normal advisor and advisor in the auction world could have given this advice and for several grounds then they decided that, indeed, that was the case and at the end, Sotheby's was not liable. Which was of course a little bit difficult to understand for this family Coleridge because always for centuries in the family it was the matter that he said and it was a painting about that the chain was 200 years older than Sotheby's had said. So it is, the case itself, is interesting because it gives in the English law an explanation what the duty of care of the auction holder is.

Markus Müller-Chen:

Vielen Dank. Ja bitte, Herr Schack.

Haimo Schack:

Da würde ich gerne noch etwas ergänzen wollen. Die Sorgfaltspflicht kann ja einmal im Rahmen einer vertraglichen Schadenersatzhaftung vorkommen. Das ist das Problem, über das wir bisher gesprochen haben. Die Sorgfaltspflicht kann aber genauso in einer deliktischen Schadenersatzhaftung vorkommen. Das wird im englischen Recht auch häufiger sein. Das liegt an den Schwierigkeiten eines vertraglichen Drittschutzes und am Consideration-Erfordernis. Dann droht ein Auktionshaus oder jeder Experte, der die Echtheit oder Werthaltigkeit eines Objektes nicht erkennt, das Eigentum an diesem Objekt zu verletzen. Wenn ich es weniger wert mache – die Amerikaner nennen das *disparagement of title* – ist das auch eine Eigentumsverletzung. Dann tauchen beim Verschulden, bei der Fahrlässigkeit Sorgfaltspflichtprobleme auf, die aber nicht, wenigstens nicht grundsätzlich, dem Fahrlässigkeitsmassstab bei vertraglichen Pflichtverletzungen entsprechen müssen. Den würde ich bei vertraglichen Pflichtverletzungen eher noch gesteigert sehen, weil das gerade der Inhalt des Vertrages ist. Dafür bezahlt man diese Expertise, sei es eines Dritten oder eines Auktionshauses. Aber ich will nur darauf hinweisen, dass wir neben der vertraglichen Haftung, insbesondere im Common Law, auch eine deliktische Haftung haben.

Markus Müller-Chen:

Ein anderer Punkt, der mir in diesem Zusammenhang wichtig scheint, ist die Erstellung des Kataloges. Welche Sorgfaltspflichten hat das Auktionshaus zu beachten? Was ist ihm zumutbar? Welche Pflichten können bzw. sollen dem Einlieferer überbunden werden? Wiederum überbinden die AGBs im Prinzip die ganze Verantwortung für die Richtigkeit der Angaben dem Einlieferer. In diesem Zusammenhang interessiert die Klausel, wonach alle Angaben im Katalog nach bestem Wissen und Gewissen gemacht worden sind. Der von der Referentin genannte Fall des OLG Hamm beschäftigt sich damit. Ich möchte darauf hinweisen, dass in der Schweiz BGE 123 III 165 dazu einschlägig ist („Swatch-Fall“). Es wurde bei einer Swatch-Uhren-Auktion eine Uhr eingeliefert, bei der sich dann nachträglich herausstellte, dass sie nicht genau das ist, was sie vorgab zu sein. Sie war nämlich nicht fabrikneu, *not in mint condition*, und daher nicht das wert, was sie eigentlich hätte sein sollen. Die Auktionsbedingungen enthielten die Klausel, dass das Auktionshaus die Angabe *'fabrikneu'* nach bestem Wissen und Gewissen gemacht hat. Das Bundesgericht sagte dazu was folgt:

„Es ist davon auszugehen, dass die Berufung auf bestes Wissen und Gewissen und die Ablehnung der Haftung für die Zustandsbeschreibung im Katalog als Hinweis auf deren Unzuverlässigkeit verstanden werden mussten. Es kann daraus von vornerein kein In-Kauf-Nehmen eines auf falschen Angaben beruhenden Kaufentschlusses erblickt werden.“

Mit der Formulierung „nach bestem Wissen und Gewissen“ drückt das Auktionshaus aus: „Ich wusste es eben nicht besser. Eine Haftung kann ich nicht übernehmen.“ Eine Freizeichnung gestützt auf diese Klausel wurde vom Bundesgericht akzeptiert. Ganz anders das OLG Hamm. Es liegt somit ein Unterschied zwischen der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland vor. Aber wie ist es jetzt? Was muss das Auktionshaus tun, um seiner Sorgfaltspflicht bei der Katalogerstellung gerecht zu werden? Wie läuft das bei Christie's, Herr Boll?

Dirk Boll:

Nun ja, die Werke werden von sehr vielen Menschen zunächst mal angeschaut. Denn, wie ich vorhin schon sagte, diese Aussage über eine Authentizität und über einen Wert ist natürlich immer auch eine Meinung und diese Meinung beginnt in dem Expertenteam, das sich spezialisiert hat auf diese Sorte Kunst, auf diese Epoche, auf diese Gattung, was auch immer es gerade für ein Objekt ist. Das bedeutet, dass die ganzen Menschen, die bei Christie's mit diesen Objekten zu tun haben, regelmässig zusammenkommen und die Kunstwerke zusammen begutachten und diskutieren. Das ist ja ein Austausch, ein Meinungsaustausch, der dazu führt, dass man Objekte annimmt, dass man andere Objekte ablehnt, dass man dritte Objekte, über die es geteilte Meinung gibt, an externe Experten weitergibt, um eine weitere externe Meinung herbeizuziehen. In der Folge werden allerlei technische und administrative Vornahmen gemacht. Also es gibt eine parallele Recherche, es wird die Provenienz erforscht, es wird die Provenienzenkette, sofern sie vom Einlieferer geliefert wird und sofern sie überprüfbar ist, wird sie überprüft. Die Arbeit wird fotografiert. Wenn es hinten auf der Rückseite Stempel, Etiketten, etc. gibt, wird das dokumentiert und dann wird die Arbeit kunsthistorisch eingeordnet und mit Hilfe eines Textes katalogisiert. Die Katalogisierung hat, juristisch gesehen, zwei Teile. Es gibt den Fettdruckteil, das ist die Zuschreibung oder die Angabe des Künstlers/der Künstlerin und das ist etwas, das Christie's garantiert; also die Authentizität garantieren wir. Was darunter in einem normalen Schrifttypus gedruckt wird, ist die Meinung unseres Expertenteams ist. Und wie sich diese Meinung zusammensetzt, sollte diese Katalogisierung transparent machen. Das bedeutet, wir nehmen darin auf, wenn wir externe Spezialisten zu Rate gezogen haben.

Und wir machen auch kenntlich, wenn wir Angaben haben, die wir selber nicht überprüfen können. Das beste Beispiel ist eine Provenienzenkette z. B. innerhalb einer Familie in Erbgängen, dass man ein Objekt hat, was an verschiedenen Plätzen dokumentiert worden ist und wo man anhand dieser Dokumente eine wahrscheinliche, z. B. Vererbungslinie, konstruieren kann. Und wenn man diese Vererbungslinie nicht beweisen kann, z. B. indem man den Besitz in jeder Generation nachweisen kann, dann gibt es bei uns im Katalog diese schöne Formulierung, die da heisst '*almost certainly*'. Das bedeutet, wir glauben, das ist der Erbgang, das ist die Provenienzenkette, man kann es aber nicht beweisen.

Markus Müller-Chen:

Vielen Dank.

Beat Schönenberger:

Darf ich Herrn Boll schnell eine Frage stellen? Es tönt alles wunderschön.

Dirk Boll:

Das *ist* wunderschön.

Beat Schönenberger:

Sie haben gesagt, das Objekt wird von vielen Menschen angeschaut. Das war Ihr Zitat. Was für eine Qualifikation haben diese Menschen? Also ist das jemand, der Kunstgeschichte studiert und dann ein halbes Jahr bei Christie's arbeitet, und dann ist man Experte für irgendwie eine spezielle Kunstgattung? Oder was für eine Qualifikation haben diese Menschen und wer entscheidet, ich kann es selber entscheiden oder wir brauchen externe Experten?

Dirk Boll:

Das ist natürlich eine Abteilung, die einer Hierarchie unterworfen ist, wie man das überall kennt. Und diese Hierarchie wird nicht durch die Vorbildung bestimmt, sondern die wird durch die Erfahrung und die Expertise bestimmt. Das bedeutet, an der Spitze steht der Leiter der Abteilung. Auf eine solche Position kommt man normalerweise nach mindestens zehn Jahren in diesem Geschäft, in diesem Bereich. Es gibt weitere Senior Specialists, die ausserhalb der Hierarchie stehen, die aber auch einen grossen Erfahrungsschatz haben. Und die Grenze kann man tatsächlich bei zehn Jahren ziehen. Ich denke jetzt als Beispiel an unsere Abteilung Impressionismus und klassische Moderne. Und dann gibt es eine Art mittlere Altersstufe von

Experten. Das sind diejenigen, die ein paar Jahre dabei sind, die aber noch nicht alleine entscheiden und entscheiden dürfen. Dann gibt es wirklich die Anfänger, die auch miteinbezogen werden, damit sie lernen, wie man eine solche, ja ein solches Kunstwerk anschaut, worauf man achtet, was man alles untersucht, und die über Jahre in diesen Prozess einbezogen und herangeführt werden. Das Ganze heisst *Hilling*, also da sind tatsächlich die Menschen zusammen und da gibt es mehrere feste Termine, an denen immer vor den Auktionen die Objekte, die eingereicht worden sind, zusammen angeschaut werden. Die Frage, wann ein externer Experte hinzugezogen wird, kann ich beantworten mit: sobald es irgendwelche Uneinigkeiten und Zweifel gibt. In dem Moment, wo jemand sagt: „Das kommt mir komisch vor.“, würden wir jetzt nicht dieses Objekt einfach weiterschicken in diesem Gang der Dinge, sondern man würde sagen: „Da muss man nochmal jemand anderen fragen.“ Was das dann ist, hängt vom Objekt ab, ob man eine technologische Untersuchung macht, weil man von der stilistischen Seite her nicht vom Objekt überzeugt ist, oder ob man sich im Bereich der angewandten Kunst an ein Museum wendet, wo es eine grosse Sammlung von derartigen Objekten gibt, das wäre jetzt das Gallé-Beispiel. Das sind die Möglichkeiten. Wenn es einen Werkverzeichnisführer gibt, der die Werke dieses Künstlers listet, dann wird er bzw. das Werkverzeichnis ohnehin hinzugezogen.

Beat Schönenberger:

Wer bezahlt den externen Experten?

Dirk Boll:

Der Eigentümer des Werkes.

Friederike Gräfin von Brühl:

Ja, noch eine Anmerkung von mir. Man hört, was die Haftung von Auktionshäusern gegenüber den Käufern angeht, immer mal wieder den Einwand, die Käufer, die seien ja zum Teil selbst große Spezialisten, spezialisierter als das Auktionshaus. Das Auktionshaus ist ja, wenn man so will, ein Generalist, der unterschiedliche Bereiche abdeckt und nicht nur auf ein spezielles Thema kapriziert ist. Es gibt eine sehr alte englische Rechtsprechung dazu, die diese Rollenverteilung zwischen Auktionshaus und Kunsthändlern zum Anlass nahm, die Sorgfaltsmassstäbe des Auktionators abzusenken. So sah der Markt damals in England auch wahrscheinlich aus, dass die Auktionshäuser die Generalisten waren, und im Publikum sassen die spezialisierten Händler, die sich sehr genau in einer ganz bestimmten Epoche auskannten und in ihrem jeweiligen Spezialbereich wahrscheinlich deutlich besser waren als das Auktionshaus. Der Markt hat sich, wie wir wissen, seither grund-

legend verändert; heute ist das Publikum bei Kunstauktionen ein breites Publikum, einschließlich Käuferschichten, die eben nicht solche Kenntnisse mitbringen. Insofern, denke ich, kann man diesen Einwand aus heutiger Sicht nicht mehr gelten lassen, er würde der Marktwirklichkeit nicht entsprechen.

Haimo Schack:

Ich glaube, die Interna, wie ein Auktionshaus zu den Aussagen kommt, sind ganz aufschlussreich, aber juristisch für uns nicht von Interesse. Da kommt es darauf an, was im Katalog steht. Welches sind die Versteigerungsbedingungen? Welches sind die Beschaffenheitsvereinbarungen? Und da würde ich doch für etwas mehr *truth in advertising* plädieren. Die feinen Unterschiede, die Sie da machen zwischen Angaben in Fettdruck oder nur Normaldruck, das würde mich als Jurist noch nicht zur Annahme einer minderen Bedeutung des normal gedruckten Wortes veranlassen. Oder, wenn Sie Zweifel haben hinsichtlich Unterbrechungen der Provenienzkette, insinuiert *'almost certainly'* natürlich genau das Gegenteil. Ein normaler Mensch sagt sich, die sind sich fast sicher. Aber in Wirklichkeit ist das so gemeint wie mit den naturidentischen Aromastoffen. Da muss man auch wissen, dass damit künstlich gemeint ist. Stattdessen könnte man die Ausdrücke auch so wählen, dass ein normaler Leser gleich weiss, woran er ist. Juristisch würden wir, wenn wir einen normalen Kaufgegenstand haben, immer zweistufig prüfen: Haben wir eine Beschaffenheitsvereinbarung, insbesondere gehört die Echtheit zur vereinbarten Beschaffenheit? Das wird man bei einem Auktionshaus grundsätzlich bejahen müssen, anders bei einem Kauf auf dem Flohmarkt. Und die nächste Frage ist dann: Hat hier der Auktionator wirksam die Gewährleistungshaftung ausgeschlossen oder eingeschränkt? Diese beiden Stufen werden in der deutschen Rechtsprechung elegant kurzgeschlossen durch den Bodensee-Auktionsfall des BGH und das OLG Hamm, indem man sagt: Wenn der Auktionator seine Aufklärungs- und Prüfungspflichten verletzt hat, dann kann er sich auf die Enthaltungsvereinbarung nicht wirksam berufen, und damit haftet er für das, was der Käufer als Beschaffenheit annehmen durfte. Das führt zu einer ganz flexiblen Lösung, dass man nach dem Massstab der vom Gericht zu definierenden Verkehrspflichten sagen kann, ob das Ganze (Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss) wirksam ist oder nicht. Das ist ein Spezifikum des Kunstmarktes und dogmatisch vielleicht nicht ganz sauber. Aber es führt zu einem von der Wertung her richtigen Ergebnis. Und da wäre ich tendenziell auch noch etwas strenger. Die erwähnte BGE-Entscheidung im 123. Band würde mich so nicht überzeugen. Wenn im Auktionshaus Erkenntnisse gewonnen worden sind, kann man die auch in den Auktionskatalog reinschreiben. Die mehr oder minder starken Zweifel soll man nicht irgendwo verste-

cken, indem man hinten in den Auktionsbedingungen sagt, dass das, was vorne geschrieben steht, von Carl Schuch oder sonst wem, gar nicht gelten soll, weil man sich so sicher denn doch nicht ist. Wenn man die Ware werthaltig macht, indem man sie im Katalog unter der Urheberbezeichnung abdruckt, dann muss man dazu auch stehen, oder man muss von vornherein sagen: das ist kein Rubens, sondern aus dem Umkreis oder ein späteres Werk oder was auch immer. Hier würde ich für erhöhte Deutlichkeit plädieren. Wenn das Werk erst durch diese Zuschreibung werthaltig wird, die auch als solche aufgefasst wird, dann liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung vor. Hinsichtlich der Erfüllung der Prüfungspflichten scheint mir auch die Beweislastumkehr richtig zu sein, die wir im Übrigen im deutschen Recht bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen in § 280 Abs. 1 BGB generell haben.

Markus Müller-Chen:

Das ist richtig. Das Problem, das wir in der Schweiz natürlich haben, ist, dass wir keine wirksame Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kennen. Wir werden sie auch nach dem 1. Juli 2012 nicht kennen. Peter Mosimann will noch etwas dazu sagen.

Peter Mosimann:

Wir haben sie ab 1. Juli...

Markus Müller-Chen:

Für diejenigen, die das nicht so intensiv verfolgen, ein kurze Erläuterung: Art. 8 UWG wird am 1. Juli 2012, also in ein paar Tagen, in Kraft treten. Danach handelt unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. Nun, dem Wortlaut nach ist Art. 8 UWG natürlich nicht so weit von §§ 307 ff. BGB weg. Nur, ich bezweifle, ob Art. 8 UWG alleine ausreicht. Im Gegensatz zur deutschen Regelung haben wir keinen Klauselkatalog, der bei der Konkretisierung der Inhaltskontrolle weiterhilft. Deshalb wird es zumindest bis zur Ausbildung einer Rechtsprechung zu Art. 8 UWG weiterhin umstritten bleiben, welche Klauseln gesetzeskonform sind.

Friederike Gräfin von Brühl:

Noch eine Frage an Herrn Prof. Boll, und zwar: Sie hatten gerade erläutert, wann Sie denn externe Experten einschalten, und gesagt, das sei vor allen Dingen dann der Fall, wenn die hausinternen Experten Zweifel haben oder

sich nicht ganz sicher sind. Es gibt doch aber auch bestimmte Umstände, in denen ganz objektiv ein Anhaltspunkt dafür besteht, dass man einen externen Experten braucht, z. B. wenn im Werkverzeichnis keine klare Zuordnung möglich ist, wenn z. B. im Werkverzeichnis keine Abbildung ist, oder ähnliche Fälle, dann schalten Sie doch mit Sicherheit auch Experten ein, richtig?

Dirk Boll:

Absolut. In dem Moment, wo wir bei dem Katalogisierungsprozess auf einen Punkt stossen, wo es theoretisch nicht weitergeht. Das Werkverzeichnis ist ein gutes Beispiel. Man macht das Werkverzeichnis auf, und da ist zwar ein Werk aufgeführt, was theoretisch mit diesem Stück zusammenpassen könnte, aber eben nur könnte, und das muss man klären.

Friederike Gräfin von Brühl:

Das ist z. B. eine der Fragen, auf die es ankommen wird in dem Rechtsstreit um das Campendonk-Gemälde, denn da ist keine Expertise eingeholt worden, obwohl im Werkverzeichnis eine Abbildung fehlte. Insofern können Sie ja vielleicht als Experte auftreten bei uns...

Dirk Boll:

Sicher nicht.

(allgemeines Gelächter)

Markus Müller-Chen:

Sind noch Fragen Ihrerseits? Ja, bitte.

Frage aus dem Publikum:

Ich komme nochmal auf Ihr Referat mit der Werkintegrität und mit den Materialfehlern zu sprechen. Also ich möchte jeden im Raume warnen: Wenn Sie irgendwo im Auktionskatalog lesen: minime Farbverluste, minim stockfleckig, dann schauen Sie bitte genau hin. Schliesslich will das Auktionshaus verkaufen und da, finde ich, ist natürlich die Sorgfaltspflicht enorm verletzt, wenn in Bezug auf den Haltungszustand des Werkes nicht gerade mit offener Transparenz figuriert wird. Ich kenne persönlich einen Fall, bei dem es um ein Werk von Felix Vallotton ging. Das ist die Angelegenheit eines Rechtsstreites hier in der Schweiz gewesen in einem sog. Sachverständigenverfahren aufgrund eines Lochs im Bild. Das Loch wurde restauriert, und anschliessend wurde das Werk in zwei Auktionen versteigert. Und Sie

lesen im Auktionskatalog „tadellos“ im Erhaltungszustand. Dies soweit zur Sorgfaltspflicht.

Markus Müller-Chen:

Wollen Sie kurz etwas dazu sagen?

Friederike Gräfin von Brühl:

Nein, nur dass es mich freut, dass Sie das nochmals aufgreifen, und das sehe ich auch genau wie Sie. Das wird in der Praxis sicher öfter ein wenig beschönigend gehandhabt, und natürlich kann das Auktionshaus dann, wenn es zum Streit kommt, immer sagen: „Wir haben ja darauf hingewiesen, dass da minime Schäden sind.“ Was dann „minim“ bedeutet, das ist natürlich eine Auslegungsfrage. Insofern stimme ich Ihnen zu, man muss wirklich aufpassen.

Markus Müller-Chen:

Für zwei Fragen haben wir noch Zeit.

Dame aus dem Publikum:

Ich fand jetzt sehr interessant, von diesen ganzen Fällen zu hören, wo etwas schiefgelaufen ist. Aber, nach dem Prinzip *Il vaut mieux prévenir que guérir*: Was kann man als Kunde machen, als Einlieferer oder als potentieller Käufer, um Probleme zu vermeiden? Wie sieht es mit der Sorgfaltspflicht von mir als Einlieferer oder als Käufer aus?

Markus Müller-Chen:

Vielen Dank für die Frage.

Haimo Schack:

Frau von Brühl hat ja schon die wesentliche Informations-Asymmetrie genau herausgearbeitet. Der Einlieferer hat jede Zeit der Welt, auch naturwissenschaftliche Untersuchungen vorzunehmen, der Käufer nicht. Deshalb würde ich den Käufer weitgehend, wenn es nicht gerade um bei der Vorbeichtigung erkennbare Mängel geht, aus der Verantwortung nehmen, den Einlieferer nicht. Das Problem ist, dass der Käufer den Einlieferer nicht kennt, weil sich die Auktionshäuser schützend vor ihn stellen. Dann aber muss das Auktionshaus auch als Blitzableiter funktionieren. Es fördert gerade die Anonymität der Voreigentümer, und das erhöht aus der Sicht des Käufers zwangsläufig die Sorgfaltspflichten der Auktionshäuser. Diese sitzen insofern mit dem Einlieferer in einem Boot.

Markus Müller-Chen:

Vielen Dank. War noch eine Frage?

Dame aus dem Publikum:

Ich möchte zuerst einmal Frau von Brühl für das Referat danken. Und dann habe ich noch eine Frage, und zwar: Wie stehen Sie eigentlich zum Argument, dass vielfach von Auktionshäusern ja auch vorgebracht wird, dass der objektive Wert, der gar nicht unbedingt objektiv nachvollziehbar ist, sondern auch sehr von den einzelnen Parteien abhängt, sprich, wer gerade im Raum sitzt und eben mitbietet, dass sehr exorbitante Beträge für gewisse Gegenstände erzielt werden können und dass das, also gerade in diesem Augsburger Fall, also dieser Wert von 7,5 Millionen, da kann man ja nicht unbedingt sagen, dass jetzt eine Sorgfaltspflichtverletzung, wäre es theoretisch einfach, wenn das zwei Liebhaber waren, die zu viel dafür geboten haben. Oder wie stehen Sie, also ich habe das allgemein in die Runde gebracht, wie stehen Sie dazu?

Haimo Schack:

Das ist wohl kein Problem der Sorgfaltspflicht, sondern eines der Schadensbemessung. Besteht eine Verantwortlichkeit dem Grunde nach, dann müssen Sie den Schaden definieren. Und da kann man ökonomisch durchaus sagen: „Der Wert, und damit der Schaden, ist nicht identisch mit dem Höchstgebot.“, eher ist es das zweithöchste, das letzte unterlegene Gebot. Diesen Wert haben zumindest zwei Personen bejaht, und nicht nur ein wild gewordener Liebhaber. Deswegen ist das eine Schadensproblematik, aber keine der verletzten Prüfungspflicht.

Friederike Gräfin von Brühl:

Mit dieser Frage hat sich übrigens auch das englische Gericht in dem Fall um den „Coleridge Collar“ befasst. Da war es nämlich so, dass der Katalogpreis von Christie's schon eine gewisse Liebhaberdimension eingepreist hatte. Diese Preisschätzung von GBP 300'000 wurde dann im Verfahren von den verschiedenen Gerichtssachverständigen, die dazu gehört wurden, nicht geteilt. Die sagten, im Christie's-Schätzpreis sei im Prinzip schon sehr viel Liebhaberinteresse drin gewesen, und der normale Marktpreis hätte deutlich darunter gelegen. Die Richter sind daher zum Ergebnis gekommen, dass der normale Marktpreis nur etwa ein Drittel des Schätzpreises von Christie's gewesen wäre. Wobei es natürlich sehr schwierig ist auf einem Markt wie dem Kunstmarkt, der ja auch ein Liebhabermarkt ist und sich durch eine Preisbildung charakterisiert, die gerade dadurch bedingt ist, dass mehrere Liebhaber um die sie interessierenden Werke konkurrieren. Insofern, was ist

der „realistische“ Marktpreis in einem solchen Fall? Das ist eine sehr komplexe ökonomische Frage.

Markus Müller-Chen:

Haben wir noch Zeit für eine Frage?

Jemand aus dem Publikum:

Vielen Dank. Ich habe eine Frage betreffend diesen englischen Collar-Fall. Hat das Gericht da auch die Liability von diesem Einlieferer geprüft, also von dieser Familie? Weil, es wurde ja falsch in das 17. Jahrhundert zugeordnet und es war schlussendlich das 15. Jahrhundert. Hat da nicht die Familie, die sich ja fast sicher war, dass es dem 15. Jahrhundert zuzuordnen ist, nicht auch eine gewisse Verantwortung?

Friederike Gräfin von Brühl:

Absolut. Diese Verantwortung hat die Familie aber erfüllt. Die Familienmitglieder haben zu der Sotheby's-Expertin gesagt: „Das kann doch nicht sein. Das ist bei uns seit Jahrhunderten so überliefert, dass es 200 Jahre älter ist, als Sie sagen. Wir hatten gehofft, weil es eben so alt ist und so ein einmaliger Collar, dass wir damit unseren Schlossverkauf verhindern können.“ Woraufhin die Expertin mitteilte, da müsse sie die Familie leider eines Besseren belehren, aus diesen und jenen Gründen, in dem Kragen sei keine Tudor-Rose wie bei Kragen aus dem 15. Jahrhundert üblich, usw. Die Expertin hat den Familienmitgliedern also sehr fachmännisch-plausibel dargelegt, dass offenbar die Familientradition und die Überlieferung nicht stimmten. Insofern kann man festhalten: Ja, es gibt eine Obliegenheit des jeweiligen Einlieferers, seine eigenen Kenntnisse mitzuteilen. Denn wenn er Spezialkenntnisse, vor allem besondere Herkunftskennntnisse hat, muss er sie den Auktionator wissen lassen. Aber jedenfalls in dem Fall des „Coleridge Collar“ wurde diese Obliegenheit tatsächlich erfüllt.

Jemand aus dem Publikum:

Wurde in diesem Fall keine zweite Expertise eingeholt?

Friederike Gräfin von Brühl:

Das ist eine interessante Frage. Das hätte man vielleicht auch von Sotheby's verlangen sollen, dass dann noch ein externer Experte eingeschaltet wird. Vor allem bei so einem besonderen, ungewöhnlichen Stück. Ähnlich wie die Umstände, die Herr Boll nannte, dass man bei Anhaltspunkten für Widersprüche oder Unstimmigkeiten externe Experten einschaltet und hinzuzieht.

Das ist im Fall des „Coleridge Collar“ nicht geschehen. Wäre das geschehen, denke ich, wäre die Familie dann auch am Fahrlässigkeitsvorwurf gescheitert als Kläger im Zivilprozess. Wenn nämlich das Auktionshaus zusätzlich zu seinen hausinternen Experten noch externe Experten begutachten lässt und sich alle einig sind, dass der Kragen wirklich aus dem 17. Jahrhundert stammt, dann kann man dem Auktionshaus eigentlich nichts mehr vorwerfen. Wobei sich die Zusatzfrage stellt, ob man nicht noch ein naturwissenschaftliches Gutachten zur Datierung hätte einholen können. Aber das ist in dem Fall gar nicht erörtert worden.

Markus Müller-Chen:

Ok. Vielen Dank für Ihre Teilnahme. Vielen Dank auch meinen Panel-Teilnehmern und nochmals herzlichen Dank für Ihr Referat, Frau Dr. Gräfin von Brühl. Ich habe abschliessend noch einen Literaturhinweis. Es ist im Jahr 2010 eine ausgezeichnete Genfer Dissertation erschienen über die Fragen, die wir hier diskutiert haben: *La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse* von Joëlle Becker. Ich danke Ihnen nochmals ganz herzlich und darf das Wort den Veranstaltern geben.

Beat Schönenberger:

Ja, herzlichen Dank auch von unserer Seite diesem hochkarätigem Panel. Es war sehr interessant.