

§ 3 Zivilrechtliche Bestimmungen beim Erwerb von Kulturgütern

I. Einleitung

- 137 Die folgenden Ausführungen zu den zivilrechtlichen Bestimmungen beim Erwerb von Kulturgütern befassen sich in erster Linie mit den sachenrechtlichen Vorschriften beim Erwerb vom Nichtberechtigten. Das obligatorische Grundgeschäft, in der Regel ein Kaufvertrag, wird insoweit in die Betrachtungen einbezogen, als im Zusammenhang mit Kulturgütern spezifische, von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelungen bestehen.

II. Erwerbsgeschäft im Allgemeinen

- 138 Der rechtsgültige Erwerb eines Kulturguts setzt voraus, dass erstens Veräusserer und Erwerber ein gültiges Rechtsgeschäft (in der Regel ein Kaufvertrag) abschliessen, dass zweitens der Besitz an der Sache übertragen wird und dass drittens der Veräusserer berechtigt ist, über das Kulturgut zu verfügen.
- 139 Aus dieser Aufzählung wird ersichtlich, dass dem Eigentumserwerb des Erwerbers drei Hindernisse entgegenstehen können. Zunächst ist es möglich, dass das schuldrechtliche Rechtsgeschäft an einem Mangel leidet: Der Vertrag ist ungültig oder anfechtbar, weil er beispielsweise formungültig ist oder weil eine Fälschung verkauft wurde. Sodann können Probleme bei der Besitzesübertragung auftauchen. Dies wird jedoch im vorliegenden Kontext nur sehr selten der Fall sein, weshalb nicht weiter darauf eingegangen wird. Schliesslich, und hier liegt das Hauptgewicht dieses Kapitels, kann die Eigentumsübertragung scheitern, weil der Veräusserer nicht Verfügungsberechtigt ist.
- 140 Stellt sich nachträglich heraus, dass der Käufer eine Fälschung erworben hat, stehen ihm im Wesentlichen zwei Instrumente zur Verfügung, um den Kauf rückgängig zu machen: Er kann sich auf einen Willensmangel berufen (Art. 23 ff. OR) oder nach den Regeln der Sachgewährleistung vom Vertrag zurücktreten (Art. 197 ff. OR).
- 141 Falls der Veräusserer nicht Verfügungsberechtigt ist, ist ein Eigentumserwerb im Grundsatz nicht möglich.¹¹⁷ Der Erwerber muss den Kaufgegenstand nach den Regeln von Art. 934 ff. ZGB dem ursprünglichen Eigentümer zurückgeben. Zu diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. Ist der Erwerber gutgläubig und nach den Besitzesre-

¹¹⁷ BK-JÄGGI, Art. 3 ZGB N 53.

geln im Besitze der Sache geschützt, wird er Eigentümer (Art. 714 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 933 f. ZGB), wenn der bisherige Eigentümer die Sache dem unberechtigt Verfügenden anvertraut hat und – nach Ablauf von fünf bzw. 30 Jahren auch – 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.¹¹⁸ Zentral ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Erwerber gutgläubig ist.

III. Guter Glaube des Erwerbers

1. Allgemeines

Gutgläubig ist, wer die redliche Überzeugung hat, dass der Veräusserer berechtigt sei, ihm das Eigentum zu übertragen.¹¹⁹ Der gute Glaube bezieht sich auf die vermeintliche Verfügungsbefugnis des Veräusserers.¹²⁰ Er heilt jedoch weder die mangelnde tatsächliche Verfügungsgewalt noch die Ungültigkeit des Veräusserungsvertrags.¹²¹ Der gute Glaube einer Person wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Massgebend für das Vorliegen des guten Glaubens sind die Tatsachen im Zeitpunkt, in dem das Eigentum übertragen wird.¹²² Wer nachträglich bösgläubig wird, bleibt im Interesse der Verkehrssicherheit in seinem Erwerb geschützt.¹²³ Hat der Erwerber sich überhaupt nicht um die Verfügungsberechtigung des Veräusserers gekümmert, fragt sich, unter welchen Voraussetzungen er sich auf den Gutgläubensschutz berufen kann.

¹¹⁸ BK-JÄGGI, Art. 3 ZGB N 102; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3 N 31.

¹¹⁹ Vgl. zum Begriff BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 933 N 44 ff.; BK-JÄGGI Art. 3 ZGB N 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.

¹²⁰ Und nicht etwa auf die Gültigkeit des Grundgeschäfts, vgl. BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 933 N 55; WIESER, Gutgläubiger Fahrniserwerb, 86 f.

¹²¹ BGE 89 II 389; 103 II 186 ff.; BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 933 N 55.

¹²² ZK-HOMBERGER, Art. 933 ZGB N 34; BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 933 N 79; BK-JÄGGI, Art. 3 N 131; HINDERLING, SPR V/1, 488; GABUS/RENOLD, Art. 16 N 12.

Anders ZK-OFTINGER/BÄR, Art. 884 N 358 (stellen auf den Zeitpunkt des Besitzerwerbs ab; für das deutsche Recht siehe auch BINDING, 11).

¹²³ Mala fides superveniens non nocet: STEINAUER, Bd. I, Rz. 432.

2. Ausschluss des Gutglaubensschutzes wegen mangelnder Aufmerksamkeit

a. Allgemeines

- 144 Wer nur wegen Vernachlässigung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit gutgläubig war, kann sich nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf den Gutglaubensschutz berufen. Ob die gebotene Aufmerksamkeit beachtet wurde, ist ein Ermessensentscheid, der sich auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls zu stützen hat.¹²⁴
- 145 Die Umstände, aus denen auf den guten oder bösen Glauben geschlossen wird, sind objektiv zu würdigen, nach einem Durchschnittsmass von Aufmerksamkeit, die der Redliche unter den gegebenen Umständen aufzuwenden pflegt.¹²⁵
- 146 Im Kunsthandel ist von besonderer Bedeutung, ob der Erwerber sich nach der Verfügungsberechtigung des Veräusserers bzw. nach der Provenienz des Erwerbsobjekts erkundigen muss.

b. Erkundigungspflicht

- 147 Nach Rechtsprechung und Lehre besteht im Grundsatz eine Nachforschungs- und Erkundigungspflicht nur dann, wenn in der jeweiligen Veräusserungssituation konkrete Verdachtsmomente vorliegen.¹²⁶ Wären die Verdachtsmomente auch durch geeignete Nachforschungen nicht beseitigt worden, schadet dem Erwerber nach h.L. seine Nachlässigkeit nicht.¹²⁷ Es wird ein Kausalzusammenhang zwischen dem Ausserachtlassen der gebotenen Aufmerksamkeit und dem guten Glauben angenommen. Dies ist jedoch u.E. 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.¹²⁸
- 148 Diese konkreten Verdachtsmomente können sich im Einzelfall aus einer ganzen Reihe von Faktoren ergeben. Einbezogen werden müssen die Umstände des Kaufgeschäfts. So kann beispielsweise der Ort der Zahlungsabwicklung und der Übergabe verdächtig sein, wenn ein Kulturgut in einem «dunklen» Hinterzimmer übergeben und gleich bar eine grosse Summe bezahlt wird. Relevant ist das (Nicht-)Vorhandensein von Dokumentationen (z.B. Kaufpreisquittung, schriftlicher Kaufvertrag, Importbescheini-

124 BGE 122 III 1, 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. Zum deutschen Recht vgl. PALANDT, § 932 Rz. 10; BGH LM Nr. 12, 21.

125 WIESER, Gutgläubiger Fahrnisserwerb, 88 f.

126 BGE 113 II 397, E. 2b,c; BK-JÄGGI, Art. 3 ZGB N 128; BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 933 N 36.

127 HGER ZH, ZR 1970 241. BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 933 N 39; weitergehend OLG München, das bei besonders wertvollen Werken selbst eine eidesstattliche Versicherung der Verkäuferin nicht genügen liess: zit. nach MÜLLER-KATZENBURG, NJW 1999 2556.

128 BGH 5.2.1994, NJW 1994 2022 ff.; KUNZE, 172.

gungen, andere Zolldokumente, condition report etc.). Des Weiteren sind die Parteien des Kaufgeschäfts zu beachten (Reputation des Verkäufers oder Vermittlers). Ebenfalls einzubeziehen sind die Art und der Zustand des Kaufobjekts. So ist Vorsicht geboten, wenn ein Gemälde der sogenannten «entarteten Kunst» oder der Raubkunst zuzuordnen ist, wenn Werke eines bestimmten Künstlers nur selten auf dem Markt auftauchen oder wenn ein Kulturgut aus besonders gefährdeten Regionen (z.B. Ife/Nigeria) stammt.¹²⁹ Auch die aussergewöhnliche Natur des Vertragsgegenstands kann Verdacht erregen (z.B. riesige Goldmünzen).¹³⁰ Von der Rechtsprechung wird grosses Gewicht auf die Höhe des Kaufpreises gelegt: Ist dieser auffallend niedrig («Schnäppchen»), ist Vorsicht geboten und erhöhte Sorgfalt verlangt.¹³¹

Weiss der Erwerber, dass der Kaufgegenstand unter Verletzung ausländischer Exportvorschriften in die Schweiz eingeführt wurde, schadet dies gemäss Bundesgericht im Grundsatz nicht.¹³² Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Immerhin stellt dieser Umstand ein Indiz für Bösgläubigkeit dar.

Ein öffentlich-rechtliches Veräusserungsverbot hebt das Verfügungsrecht des Eigentümers im Allgemeinen nicht auf. Der rechtmässige Eigentümer, der in Missachtung eines solchen Verbots verfügt, wird nicht als Nichtberechtigter betrachtet.¹³³ Immerhin ist bei Kulturgütern Art. 16 Abs. 1 lit. b KGTG zu beachten, wonach im Kunsthandel und im Auktionswesen Kulturgut nur übertragen werden darf, wenn die übertragende Person nach den Umständen annehmen darf, dass das Kulturgut nicht rechtswidrig eingeführt worden ist. Art. 16 Abs. 1 lit. b KGTG ändert zwar nichts an der sachenrechtlichen Berechtigung der übertragenden Person, welche weiss oder wissen sollte, dass das Kulturgut illegal in die Schweiz importiert wurde.¹³⁴ Stattdessen könnte der Kaufvertrag zwischen der übertragenden Person und dem Käufer u.U. invalidiert sein.¹³⁵ Die Verletzung der Sorgfaltspflichten nach Art. 16 Abs. 1 KGTG führt dazu, dass Kulturgut,

129 Vgl. die von der ICOM geführten «red lists», abrufbar unter <<http://icom.museum/redlist/index.html>>.

130 BGE 131 III 418.

131 BGE 122 III 1: Im Jahre 1979 wurde aus einer Villa in Versoix bei Genf eine antike Waffensammlung gestohlen. Von den Dieben gelangte die Sammlung über einen Zwischenhändler zu einem Antiquitätenhändler, der sie auf den Tag genau ein halbes Jahr nach dem Diebstahl einem Privatsammler verkaufte. Das Geschäft wurde in der Privatwohnung des Verkäufers abgewickelt und der Erwerber legte den Kaufpreis von CHF 320 000.– bar auf den Tisch. Bis 1991 blieb die Sammlung verschwunden. Die 1992 erhobene Herausgabeklage wurde 1997 nach einem Umweg übers BGer (vgl. Kap. 6 Rz. 144 und 152) vom OGer LU abgewiesen. Entscheidend war für das OGer LU, dass der Kaufpreis gemäss Experten nicht nachgerade als Schleuderpreis betrachtet werden konnte, der Erwerber keine Zweifel an der Seriosität des Veräusserers zu haben brauchte und sich die Umstände des Kaufes im Rahmen des Branchenüblichen bewegten.

132 BK-STARK, Art. 933 ZGB N 57; SJ 1999 I 5.

133 BGE 131 III 418, 423.

134 So auch SCHMIDT-GABAIN, AJP 2007 575, 582 f.

135 Zu den Folgen vgl. GABUS/RENOLD, Art. 15 N 18 ff.; SCHMIDT-GABAIN, AJP 2007 575, 576 ff., vgl. auch Kap. 6 Rz. 279.

welches unter Missachtung eines Importverbots in die Schweiz gelangte, nicht verkauft werden darf, selbst wenn ursprünglich der (sachenrechtlich) Berechtigte verfügt hatte und die übertragende Person somit Eigentum erlangt hat.

151 Auch Umstände nach dem Verkauf können für die Gutgläubensbeurteilung hinzugezogen werden. Solche Umstände erlauben anerkanntermassen Rückschlüsse auf das vor dem Kauf Erkennbare und sind daher bei der Prüfung des Sorgfaltsmassstabs einzubeziehen (ein Käufer lässt z.B. das Gemälde im Safe «verschwinden» und integriert es nicht in seine im Übrigen frei zugängliche Sammlung).¹³⁶

152 Gemäss dem Leitentscheid BGE 122 III 1 ergibt sich eine Abklärungs- bzw. Erkundigungspflicht hinsichtlich der Verfügungsberechtigung des Veräusserers unter bestimmten Voraussetzungen allerdings nicht erst bei konkretem Verdacht des Rechtsmangels, sondern bereits, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht.¹³⁷ Diese erhöhte Sorgfaltspflicht gilt in allen Geschäftszweigen, die dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft in besonderem Mass ausgesetzt sind, wenn der Erwerber branchenvertraut ist.¹³⁸ Dabei spielt es insbesondere keine Rolle, ob dieser den Kaufgegenstand zum Weiterverkauf oder für den eigenen Bedarf erwirbt. Der Erwerber muss nicht notwendigerweise ein professioneller Kunsthändler sein. Auch ein Privater, der unter Einsatz erheblicher Finanzmittel eine eigene Sammlung aufbaut, an Auktionen ein- und ausgeht, kann mit den Mechanismen des Geschäftslebens im Allgemeinen und des Kunsthandels im Besonderen bestens vertraut sein.

153 Sind die beiden Voraussetzungen – Anfälligkeit des Geschäftszweiges auf Waren zweifelhafter Herkunft und Branchenvertrautheit – erfüllt, ist ein Erwerber zu Erkundigungen und Nachforschungen bereits dann verpflichtet, wenn die Umstände des Kaufs Anlass zu Misstrauen geben oder einen vorsichtigen Kunstsammler hätten misstrauisch machen müssen.

154 Die Erkundigungen müssen die Echtheit des Kulturguts, dessen Herkunft, die Frage, ob es sich um Diebesgut handelt, die Person des Verkäufers, den Erhaltungszustand und die Qualität des Kaufgegenstands betreffen. Derartige Nachfragen zu Provenienz und Verfügungsberechtigung des Veräusserers sind je nach Umständen des Einzelfalls beispielsweise bei Galerien, Auktionshäusern, Interpol oder beim Art Loss Register einzuholen. Zu konsultieren sind etwa auch die sogenannten «red lists» der ICOM, wo Kulturgüter aus besonders gefährdeten Regionen Afrikas, Südamerikas, des Iraks und Afghanistans aufgeführt sind.¹³⁹ Da es in der Praxis häufig um hochpreisliche Objekte geht, belasten diese Nachforschungen den Erwerber auch nicht über Gebühr, da er die Mittel dazu hat.¹⁴⁰ Konsultiert werden sollen insbesondere Versteigerungskataloge gros-

¹³⁶ BK-STARK, Art. 933 ZGB N 52.

¹³⁷ So bereits BGE 80 II 53.

¹³⁸ BGE 122 III 1, E. 2a.

¹³⁹ <<http://icom.museum/redlist/index.html>> vgl. auch <www.bak.admin.ch/bak/themen/kulturgueter-transfer> mit weiteren Links.

¹⁴⁰ HENSON, 51 DePaul L. Rev. (2002) 1103, 1150.

ser Auktionshäuser, Werkverzeichnisse und weitere einschlägige Quellen.¹⁴¹ Gerade der hochpreisliche Markt der bildenden Kunst ist anfällig für Fälschungen und gestohlene Ware (vgl. Kap. 6 Rz. 2 ff.). Schätzungsweise 60% aller Kunstgegenstände auf dem Markt sind gefälscht.¹⁴²

Im Kunsthandel muss die Sorgfaltspflicht von Händlern und Sammlern hohen Anforderungen genügen.¹⁴³ Wird bei Händlern und Sammlern Misstrauen erweckt oder hätte es nach den dargestellten Kriterien 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 que [...] après la conclusion de la transaction et le versement du prix convenu».¹⁴⁴ Hinweise auf das übliche Mass an Sorgfalt im Kunsthandel liefern auch diverse Verhaltenskodizes, wie beispielsweise der Code of Professional Ethics des Internationalen Museumsrates.¹⁴⁵

An einem Fall aus der neuesten Rechtsprechung soll exemplifiziert werden, dass das Bundesgericht auch ausserhalb des KGTG einen strengen Massstab anlegt.¹⁴⁶ Mukarram Jah, der Enkel des Herrschers des früheren indischen Fürstentums Hyderabad, verpfändete einer Genfer Bank zwei riesige Goldmünzen als Sicherheit für einen Kredit an zwei durch ihn kontrollierte Offshore-Gesellschaften. Indien beanspruchte das Eigentum an den Münzen. Gemäss Art. 884 Abs. 2 ZGB erhält der gutgläubige Empfänger der Pfandsache das Pfandrecht auch dann, wenn der Verpfänder nicht befugt war, über die Sache zu verfügen.

Das Bundesgericht prüfte, ob die Bank im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB berechtigt war, sich auf ihren guten Glauben zu berufen.¹⁴⁷ Es hielt fest, dass die Bank ver-

¹⁴¹ Vgl. MÜLLER-KATZENBURG, Internationale Standards, 329 ff.; WIESER, Gutgläubiger Fahrnisserwerb, 101.

¹⁴² SCHACK, Rz. 38 ff.

¹⁴³ HENSON, 1103, 1151; SIEHR, ZvGRWiss 80 (1981) 273, 283; HANISCH, 19, 36; MÜLLER-KATZENBURG, NJW 1999 2556 m.w.N.; RASCHER, Kulturgütertransfer, 82 ff. m.w.N.; vgl. OGer SH, 10.6.1960 (SJZ 57 [1961] 303 f.), das den «Bilderhandel» zu denjenigen Handelszweigen zählte, «bei denen das Angebot von Waren von Seiten unrechtmässiger Besitzer häufiger ist als in andern.»

¹⁴⁴ BGE 123 II 134, 141. Das BGE 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.

¹⁴⁵ Vgl. Anhang 8.1; KUNZE, 181 mit den dort erwähnten Codes of Ethics etc. als Ausdruck der im internationalen Kunsthandel gebräuchlichen Sorgfalt. Zu den Ethikcodes schweizerischer und europäischer Kunsthändler siehe GLAUS/STUDER, 207 ff. (Anh. 3).

¹⁴⁶ BGE 131 III 418.

¹⁴⁷ BGE 131 III 418, E. 2.4 ff.

pflichtet war, sich nach der Provenienz zu erkundigen, um die Verfügungsberechtigung des Verpfänders zu verifizieren. Das Bundesgericht auferlegte der Bank diese Pflicht, obwohl die Münzen kurze Zeit vor der Verpfändung an einer öffentlichen Versteigerung in Genf mit weltweiter Publizitätswirkung angeboten worden waren. Dieser Pflicht kam die Bank nach Urteil des Bundesgerichts nur nach, weil sie erstens beim Auktionshaus Habsburg Feldman Erkundigungen eingezogen hatte, zweitens drei schriftliche Bestätigungen unter anderem zur Provenienz und den Besitzverhältnissen eingeholt hatte und drittens Vertreter der Bank den Verpfänder an seinem Domizil in Australien besucht und sich dort über die Pfandgegenstände informiert hatten. Ferner hatte sich die Bank über die Geschichte der Herrscherfamilie in Hyderabad und deren Vermögen dokumentiert. Im Übrigen hatte Indien vor dem Zeitpunkt der Verpfändung nie geltend gemacht, es sei Eigentümer der Pfandgegenstände gewesen.

- 158 Zu beachten ist, dass es sich in diesem Entscheid¹⁴⁸ nicht um eine gestohlene oder abhanden gekommene Sache handelte. Daraus muss gefolgert werden, dass der vom Bundesgericht formulierte Standard als das Minimum an Anstrengungen qualifiziert werden muss, der vom Erwerber zu beachten ist, damit er seiner Pflicht zur Erkundigung und Nachforschung Genüge tut. U.E. spielte es hinsichtlich des Sorgfaltssystems keine Rolle, dass eine Bank als Pfandnehmerin auftrat.

c. Sorgfaltspflichten nach KGTG

- 159 Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang auch die in Art. 16 KGTG positivrechtlich festgelegten Sorgfaltspflichten im Kunsthandel und Auktionswesen.¹⁴⁹
- 160 Im Anwendungsbereich des KGTG (vgl. Kap. 6 Rz. 261 ff.) darf Kulturgut nur übertragen werden, wenn die übertragende Person, d.h. z.B. der Verkäufer oder Auktionator nach den Umständen annehmen darf, dass das Objekt nicht gestohlen und nicht abhanden gekommen ist sowie nicht rechtswidrig ausgegraben und nicht rechtswidrig importiert worden ist (Art. 16 Abs. 1 KGTG). Die im Kunsthandel oder Auktionswesen tätigen Personen sind darüber hinaus verpflichtet, die Identität der einliefernden Personen oder des Verkäufers festzustellen und von diesen eine schriftliche Bestätigung über deren Verfügungsberechtigung über das Kulturgut zu verlangen (Art. 16 Abs. 2 KGTG).¹⁵⁰ Ferner ist es generell sinnvoll, vom Verkäufer ein Ursprungszertifikat zu verlangen. Dies käme dem seriösen Kunsthandel zugute, da er sich einerseits gegen die schwarzen Schafe abgrenzen und andererseits auch höhere Preise verlangen könnte.

¹⁴⁸ BGE 131 III 418, E. 2.4.3.

¹⁴⁹ Vgl. zum Ganzen RASCHER/ZIMMERMANN, KUR 2006 6 ff.

¹⁵⁰ Eine gesetzlich verankerte Meldepflicht wurde jedoch bei den Beratungen im Parlament aus dem Entwurf zum KGTG gestrichen (Art. 16^{ter} E-KGTG), AB 2003 N 41, AB 2003 S 553; <www.parlament.ch/ab/framset/d/n/4617/75238/d_n_4617_75238_75239.htm>.

3. Rechtslage bei dem Nichtberechtigten anvertrauten Kulturgütern

Neben der Gutgläubigkeit entscheidet nach schweizerischem Recht die Art des Besitzesverlustes darüber, ob der Erwerber das Kulturgut behalten darf, obwohl er es von einem Nichtberechtigten erworben hat. Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten ist mit Ausnahme des portugiesischen¹⁵¹ und des kanadischen Rechts¹⁵² in praktisch allen Ländern¹⁵³ möglich, wenn die Sache «dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut» worden ist (Art. 933 ZGB).

Anvertrauen ist die freiwillige und bewusste Übertragung der Sache mit der Massgabe, dass der Empfänger diese selbst oder eventuell den Erlös später zurückgibt.¹⁵⁴ Die Verfügungsbefugnis des Empfängers ist somit rechtlich beschränkt.¹⁵⁵

Wer gutgläubig eine dem Veräusserer anvertraute Sache erwirbt, wird deren Eigentümer (Art. 933 ZGB).¹⁵⁶ 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.

4. Rechtslage bei abhanden gekommenen Kulturgütern

a. Allgemeines

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. Das Rückforderungsrecht für abhanden gekommene Kulturgüter im Sinne von Art. 2 Abs. 1

¹⁵¹ Art. 1301 Código civil; im Handelsverkehr kann der Alteigentümer die Sache jedoch nur gegen den Kaufpreis auslösen, siehe dazu SIEHR, ZVglRWiss 80 (1981) 271, 281.

¹⁵² Unabhängig von der Art des Besitzesverlusts ist ein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten erst nach Ablauf einer dreijährigen Ersatzungsfrist möglich (Art. 2919 CCQuébec).

¹⁵³ Vgl. THORN KARSTEN, Mobiliärerwerb, 154 ff. m.w.N.

¹⁵⁴ BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 933 N 23b.

¹⁵⁵ BGer, 28. Mai 1998, 5C.16/1998, abgedruckt in SJ 121 (1999) 1 ff., vgl. auch NZZ Nr. 122 vom 29.5.1998: 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 als 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.

¹⁵⁶ ERNST, 7; BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 934 N 17g.

KGTG verjährt ein Jahr nachdem der Eigentümer Kenntnis erlangt hat, wo und bei wem sich das Kulturgut befindet, spätestens jedoch 30 Jahre nach dem Abhandenkommen (Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB). Zu klären sind der Begriff der abhanden gekommenen Sache sowie der Fristablauf.

b. Begriff

- 165 Abhanden gekommen sind Sachen, die nicht anvertraut sind. *Tertium non datur*. Was abhanden gekommen ist, ergibt sich daher negativ aus dem Begriff des Anvertrautseins. Es geht um den unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes: Gestohlene, geraubte, verlegte oder unrechtmässig beschlagnahmte Sachen sind abhanden gekommen, da sie ohne bzw. gegen den Willen des Eigentümers in den Rechtsverkehr gelangten.¹⁵⁷ Gegen den Willen in den Rechtsverkehr gelangt sind vor allem Grabungsfunde, die ex lege im Eigentum des Staates sind und die unrechtmässig ausgegraben wurden (Art. 724 ZGB).¹⁵⁸

c. Fristablauf

- 166 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.¹⁵⁹ Diese fünfjährige Verwirkungsfrist beginnt mit Besitzesverlust zu laufen und kann weder unterbrochen noch gehemmt werden. Für Kulturgüter, die unter den Geltungsbereich des KGTG fallen, beträgt die Verwirkungsfrist 30 Jahre (Art. 728 Abs. 1^{ter}; Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB). Der Eigentumserwerb setzt nicht voraus, dass der Besitzer fünf (bzw. 30) Jahre gutgläubigen, ununterbrochenen Besitz hatte. Es genügt, wenn er entweder 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.¹⁶⁰

d. Rechtsfolge

- 167 Der gutgläubige Besitzer wird nach Ablauf der Frist Eigentümer der abhanden gekommenen Sache.¹⁶¹ Der spätere Erwerber erwirbt vom Berechtigten; die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit ist irrelevant. Selbst wenn er weiss, dass die Sache ursprüng-

157 BK-STARK, Art. 934 ZGB N 2 ff.

158 Botschaft KGTG, BBl 2002 I 602; RASCHER, Kulturgütertransfer, 105 f.

159 Keine Ersatzungsfrist. Art. 728 ZGB kommt damit nur noch zur Anwendung, wenn 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 Gemälde erwarb, ersitzt nach Art. 728 ZGB).

160 STEINAUER, Bd. II, Rz. 2106; BK-STARK, Art. 933 ZGB N 29; BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 934 N 17j.

161 STEINAUER, Bd. II, Rz. 2071a; HINDERLING, SPR V/I, 491.

lich abhanden gekommen war, wird er im Grundsatz rechtmässiger Eigentümer.¹⁶² Verlangt der Alteigentümer seine Sache mit Erfolg heraus, ist zu regeln, wer letztlich den aus der Sache gezogenen Nutzen behalten darf und allfällige Auslagen und Schäden zu tragen hat. Das erworbene Gemälde wurde beispielsweise kostspielig restauriert, versichert und anschliessend mit Gewinn weiterverkauft. 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 Gemälde gezogenen Nutzen hat er mit Ausnahme des Veräusserungserlöses nicht herauszugeben. Ausserdem steht ihm die Vergütung des von ihm für das Gemälde 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 wurde, 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.¹⁶³ Irrelevant ist es hingegen, ob er die kaufmännische Tätigkeit haupt- oder nebenamtlich ausübt oder ob er im Handelsregister eingetragen ist oder nicht.¹⁶⁴ Das Lösungsrecht steht auch den gutgläubigen Rechtsnachfolgern desjenigen zu, der die soeben genannten Voraussetzungen erfüllt.¹⁶⁵ Erwarb jedoch der an und für sich anspruchsberechtigte Gutgläubige von einem Bösgläubigen, der seinerseits vom Kaufmann erworben hat, besteht das Lösungsrecht nicht mehr.¹⁶⁶ 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.

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.¹⁶⁷ Es fragt sich demgemäss, ob der entwehrte Besitzer den bezahlten Preis primär vom ursprünglichen Eigentümer oder von seinem Verkäufer verlangen muss.¹⁶⁸ 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

162 BK-STARK, Art. 934 ZGB N 32, vorbehaltlich des Rechtsmissbrauchs.

163 BSK ZGB II-STARK/ERNST, Art. 934 N 21.

164 BK-STARK, Art. 934 ZGB N 39.

165 BK-STARK, Art. 934 ZGB N 41; SIEHR, ZVglRWiss 83 (1984) 100, 105.

166 Vgl. dazu BGE 103 II 189; BK-STARK, Art. 934 ZGB N 41; LIVER, ZBJV 115 (1979) 264 ff.

167 Zur konkurrierenden Geltendmachung des Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen siehe BGE 114 II 133; BK-STARK, Art. 934 ZGB N 45.

168 BK-STARK, Art. 934 ZGB N 45.

hat.¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰ 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.

- 170 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.

IV. Kaufvertragliche Mängel

- 171 Hat der Käufer eine Fälschung erworben, stellt sich für ihn die Frage nach der Rückgängigmachung des Kaufvertrags. Dazu stehen ihm zwei Wege offen. Er kann den Kaufvertrag wegen eines Willensmangels (je nach Situation Grundlagenirrtum oder Täuschung) anfechten. Andererseits kann er, da ein Mangel vorliegt, über die Sachgewährleistungsvorschriften des Kaufvertragsrechts nach Art. 197 ff. OR vorgehen. Im Vordergrund steht die Möglichkeit zur Wandelung (Art. 205 OR), d.h. zum Rücktritt vom Vertrag.
- 172 Zu beachten hat der Käufer dabei die strengen Untersuchungs- und Rügevorschriften (Art. 201 OR), deren Nichtbeachtung zur Verwirkung seiner gewährleistungsrechtlichen Ansprüche führt. Hat er den Mangel sofort nach Entdeckung dem Verkäufer angezeigt, muss er des Weiteren beachten, dass sein Anspruch auf Wandelung ein Jahr nach Lieferung verjährt (Art. 210 Abs. 1 OR), ausser es läge eine Täuschung des Verkäufers vor. In diesem Fall hat der getäuschte Käufer gemäss Art. 127 OR ab Vertragsschluss zehn Jahre Zeit, um die Wandelung zu verlangen.
- 173 Die Verjährungsregelung für Kulturgüter weicht in zwei Punkten von Art. 210 Abs. 1 OR ab. Zum ersten beginnt die Einjahresfrist erst mit Entdeckung des Mangels (sog. relative Frist). Zum zweiten tritt 30 Jahre nach Vertragsschluss die absolute Verjährung

169 BK-STARK, Art. 934 ZGB N 43; i.E. auch SIEHR, ZVgIRWiss 83 (1984) 100, 103 (Ersatz für Aufwendungen).

170 BK-STARK, Art. 934 ZGB N 45a.

ein (sog. absolute Frist). Durch die Kombination dieser zwei Elemente steht dem Käufer eines Kulturgutes eine sehr lange Zeit zur Verfügung, um Sachgewährleistungsansprüche geltend zu machen. Es fragt sich, welche Fälle unter Art. 210 Abs. 1^{bis} OR zu subsumieren sind.¹⁷¹

Ein rechtlicher Sachmangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR liegt vor, wenn die Beschaffenheit bzw. Eigenschaften der Ware gegen objektives Recht verstossen, z.B. wenn die Nutzung der Sache durch öffentlich-rechtliche Vorschriften eingeschränkt wird. Ein solcher Fall liegt bei einem Kulturgut im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KGTG vor, wenn der Kaufvertrag über das Kulturgut gegen eine Ein- oder Ausfuhrbeschränkung nach Art. 7 f. KGTG verstösst und das Kulturgut nicht erfolgreich zurückgefordert wird (Art. 9 KGTG). Im Fall einer erfolgreichen Rückforderung liegt eine Entwehrung vor, da der Verkäufer seine Eigentumsverschaffungspflicht verletzt hat. Darauf findet die Verjährungsbestimmung von Art. 196a OR Anwendung.¹⁷² Dabei muss sich der entwehrte Käufer die Entschädigung gemäss Art. 9 Abs. 5 KGTG an seine Rechtsgewährleistungsansprüche aus Art. 195 OR anrechnen lassen.

Das KGTG will gemäss Art. 1 unter anderem Diebstahl, Plünderung und die illegale Ein- und Ausfuhr von Kulturgut verhindern. Das Gesetz sieht Massnahmen zur Bekämpfung des illegalen Kulturgütertransfers vor. Unter den Begriff der «Illegalität» kann auch der in der Praxis häufige Fall des gefälschten (oder minderwertigen) Kulturguts fallen. Deshalb könnte es sich rechtfertigen, auch das gefälschte bzw. minderwertige Kulturgut im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KGTG der längeren Frist des Art. 210 Abs. 1^{bis} OR zu unterstellen. Die Frage ist dann: kann ein gefälschtes Kulturgut ein Kulturgut im Sinne des KGTG sein?¹⁷³

§ 4 Kulturgütertransfergesetz

Die Schweiz hat weltweit die grösste Museumsdichte pro Kopf und Fläche und bietet zahlreichen Privatsammlungen eine Heimat: Der Schweizer Museumsführer zählt fast 1000 Museen und Sammlungen auf. Die Schweiz zählt nach den USA, England

171 Vgl. zum nachfolgenden CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 210 OR N 6 ff.

172 A.M. Botschaft KGTG, BBl 2002 I 535, 606.

173 Vgl. CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 210 OR N 8. A.M. GABUS/RENOUD, Art. 2 N 11 und Art. 32 N 46, die der Ansicht sind, dass ein gefälschtes Kulturgut nicht ohne weiteres unter den Kulturgüterbegriff von Art. 2 KGTG subsumiert werden kann; TERCIER, SJZ 2006 278.